



CONCOURS COMPLEMENTAIRES 2012

1^{ER} GRADE

SUJETS ET MEILLEURES COPIES

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND ET DU PREMIER GRADE**

**(ouverts en application de l'article 21-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22
décembre 1958 modifiée)**

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

SESSION 2012

Jeudi 06 septembre 2012

Deuxième épreuve d'admissibilité :

COMPOSITION SUR UN SUJET DE DROIT PENAL

(DUREE 5 HEURES)

Le risque et le droit pénal.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE
ET DES LIBERTÉS

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS ou EXAMEN* : 1^{er} Grade

(DROIT PÉNAL)

DATE : 6 septembre 2012

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

0026

NOTE

15

/20

Le candidat ne doit rien écrire dans la partie réservée au jury. IL NE DOIT PAS SIGNER SA COMPOSITION

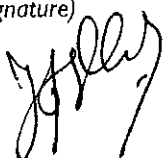
NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES : 3

COMPOSITION DE DROIT PÉNAL

Certifié exact.

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE

(signature)



La notion de risque
et les contreparties et occupe
les débats de société. Elle est
prise en compte par le droit pénal
civil, notamment environnemental,
et pénal.

Risque de "Nesecano"
coupa c'est faire supporter une
charge éventuelle à quelqu'un.

Il est interdit aux candidats de signer

Ces incursions
de l'infraction
de la sanction
que l'
du
la

C'est une notion qui inclut
toujours un aléa. C'est
cet aléa - partie intégrante
du risque qui a évolué
en droit pénal positif. Car
il est fonction des valeurs
sociales à protéger.

Le droit pénal a
pour objet la mise en

œuvre de l'action publique afin de réprimer le
trouble apporté à l'ordre public, par l'application
d'une sanction pénale. La conception du trouble
en 1791 puis 1870 n'était pas celle d'aujourd'hui.
La prégnance des idées issues de la révolution française
mettait l'accent sur la défense des intérêts individuels
contre l'arbitraire. On se situait le risque en
la valeur à protéger. Dans cet esprit la légitime
défense constituait le fait justificatif naturel, nécessaire
par l'insurmontabilité du risque. Naturellement, les différents
courants doctrinaux ont évoqué le risque qui peut
causer aux individus à eux-mêmes et selon des cas,
l'idée de neutralisation des délinquants, ou de
répression afin d'éviter la recidive ont été mises
en avant. Mais la défense sociale nouvelle
soutenue par le Premier Avocat et qui prônait une
politique de formation du risque par la réinsertion
a pu se reconnaître avec notamment l'adoption
du 2 février 1965 relative aux mineurs, mais le Code

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

novembre 1984 a oculte quand certains a donné
à la sanction finale pour comme préventive, réhabilitative
ou même envisageant le intérêt de la victime - l'article
132.24 du code pénal démontre l'incertitude entre la sanction
difficilement conciliables.

Cependant des facteurs ont entraînés
une nouvelle approche de la notion de risque
par le droit pénal.
D'une part l'évolution économique, et la prise
en compte indispensable de nouveaux acteurs que
sont les personnes morales et plus largement le groupe
de sociétés - d'autre part une accentuation
de la politique de sécurité publique après de
fautes commises la résoudre - Il en est résulté une
multiplication de lois récentes notamment à l'égard
de la loi du 12 décembre 2005 dont les intitulés
lisant la "prévention" démontrent clairement la prise
en compte du législateur actuel : blâmer le
risque non plus dans sa conception traditionnelle
mais le risque imposé par la société à l'in-
dividuel et la dangerosité basée
sur des faits sont des facteurs de risque
et doivent être pris en compte. La loi du 25 février
2002 avec la réhabilitation de la victime et l'indemnité.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

Ces incursions en avant de la Couronne de l'infraction, avec l'infraction obstacle, et après la sanction avec l'union d'infraction l'assistent penser que la fonction du droit pénal est fait le droit du civil, plutôt que celui des crimes, ceci tant en ce qui concerne le risque l'incrimination (I) que le risque de punir (II).

I L'ELIMINATION DU RISQUE PAR LE DROIT PÉNAL.

Le risque est pris en compte avec le développement de l'infraction obstacle, et le particulier de la variabilité de fait non intentionnelle de personnes légales, voire de l'infraction obstacle locution.

A/ L'ELIMINATION PRÉVENUE DU RISQUE.

L'infraction obstacle a pour objet de sanctionner certains comportements précis comme généralement au premier d'un risque plus important. Aussi la sanction, sont-elles caractérisées et séparées indépendamment de la survenance du résultat. Il s'agit donc de prendre en compte l'infraction civile en avant, si le risque n'a pu être évité alors l'infraction obstacle sans obstacle par l'infraction

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

FEUILLE INTERCALAIRE N° 1

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

Cowwise, aucune circonstance aggravante de bande organisée, non la réunion par ruse.

Avec la mixe en danger d'autre au le délit d'embuscade il s'agit de rejouer des atteintes possibles aux personnes. La jurisprudence veille à contrôler le risque immédiat l'atteinte à l'obligation "loyale" ou "loyalement" et le fait strictement. Ces infractions obstat le portait pas atteinte à la liberté fondamentale. Mais la question peut être posée en ce qui concerne l'attachement par l'article 22-14-4 au regard de la liberté de réunion prise à l'article 11 de la Convention Européenne des droits de l'homme. Il est notable que le droit pénal appréhende ici efficacement la notion de "groupe" que peine à reconnaître le droit civil. Cette nouvelle notion a un domaine plus large que la précédente puisque il ne s'agit pas seulement de risque envers les personnes mais aussi envers les biens.

B) L'efficacité de la loi sur la mixe

Il est clair que la loi sur la mixe

de l'incrimination d'un premier homicide a été
affirmée. Cette évolution était indispensable et
la responsabilité de la personne homicide - pour
l'usage - et les fautes entendant que par
les personnes physiques en ce qui concerne la
violation des intentions. L'article 21.3 du
Code stipule que le lien de causalité par
équivalence de conditions est suffisant pour
établir la responsabilité en cas de faute d'imprudence
ou négligence; Il s'agit d'harmoniser les parts de risque
aux conséquences humaines (industrielles-écologiques)

Il faut noter que les preuves d'actions
formelles est à dire par laquelle la survenance
du résultat n'est pas nécessaire, afin de reconnaître
des parts de risque par l'égard de certains
victimes devant être particulièrement protégées
Il s'agit de l'infraction de délaissément (Art. 223-3)
ou de la mise en péril de vies
(Art. 224.15)

Ainsi le législateur contemporain
a accentué l'incrimination de situations
généralisées de risques, et les pays voisins
à une application stricte de la légalité. Préserveant
les droits fondamentaux. La question est

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

plus discutée en ce qui concerne le risque envisagé. Plus elle pousse de la peine ou après elle, ci.

II LE RISQUE CONTRAIRE A LA REPRESSION PENALE

La poursuite de la peine a pu être de sanctionner les actes de facilité la tentative et donc de prévenir le risque de récidive. Néanmoins, indépendamment de la part de l'Etat contemporain a multiplier les moyens de surveiller cette de neutraliser des individus considérés comme potentiellement à risque élevé. Ce qui a amené tout le long du développement de l'homme que le droit constitutionnel à se pencher sur la notion de moyens de surveillance.

A/ La peine prison en contre le risque.

Il appartient au juge de statuer en fonction de l'impact des actes de la personnalité du délinquant. Le juge de personnalité de la peine est complet par l'affirmation de l'acte.

8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens
selon laquelle la peine doit être "strictement
et évidemment nécessaire" -

Pour ce faire, et notamment prévenir
le risque de récidive, le juge dispose d'une
palette assez vaste lui permettant d'encadrer
la peine, sans du pouvoir, pas fait de son
exécution (avec le MAP) Mais le législateur a l'initiative
d'appréciation avec le pénitencier depuis 1978 -

Mais le risque est par ailleurs pris en
compte comme fait pénalisant de la condamner
à une réclusion - L'importance du risque
que ce soit avec la répétition de l'acte ou l'état
de nécessité autorise l'exception et la justice
Il s'agit de ; par exception à l'interdiction
de la justice pénale, de ne pas faire connaître
une réclusion éventuelle à défaut d'interdiction, interdit

B/ LE RISQUE PRÉVENU PAR LES

LIMITES INFRANCHISSABLES APRES LES PEINES

C'est essentiellement dans le fait que le
récidive par la violation de l'interdiction de récidive
que le législateur contemporain a introduit
une réaction de la Cour Supérieure et du Civil

travailler rapidement, et en faisant
en repeter les effets en 2023....

Mais c'est la Cour Européenne des
droits de l'homme qui dans sa dernière
décision 1400 du 11/12/2009 va reconnaître la
violation de l'article 14 de la Convention de "Pékin"
en précisant "et à l'égard des personnes"
En faisant la CEDH illustre bien ce qu'est la
qualification en droit pénal tout spécialement
à savoir une qualification intellectuelle visant à
déterminer une intention consciente de la part de l'auteur

Voilà le risque et une préoccupation
des droits pénal contemporain. Il convient qu'il
il ne soit pas mis attribué aux droits fondamentaux
par la protection de l'ordre public, car ce n'est
l'existence de tout risque semble être la
la Cour Européenne continue son œuvre et la faire
que la Cour de Cassation a donné à la dernière
par l'arrêt du 29 mai 2011 l'existence d'une faute
supplémentaire en ce sens.

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND ET DU PREMIER GRADE**

**(ouverts en application de l'article 21-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22
décembre 1958 modifiée)**

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

SESSION 2012

Jeudi 06 septembre 2012

Deuxième épreuve d'admissibilité :

COMPOSITION SUR UN SUJET DE DROIT PUBLIC

(DUREE 5 HEURES)

**Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme,
instrument de garantie des libertés individuelles.**

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS : Complémentaire

1^{er} grade

DATE : 6 septembre 2012

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

0011

NOTE

14/20

Le candidat ne doit rien écrire dans la partie réservée au jury. IL NE DOIT PAS SIGNER SA COMPOSITION

NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES :

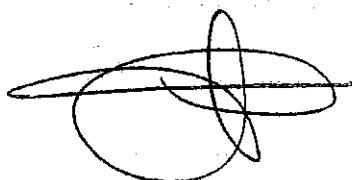
4

COMPOSITION DE

DROIT PUBLIC

Certifié exact.

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE
(signature)



Il est interdit aux candidats de s'

la législation
de

Le droit au respect des libertés individuelles est inscrit au Preamble de la Constitution de 1958 qui renvoie explicitement à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, confirmée et complétée par le Preamble de la Constitution de 1946.

Ce sont les droits fondamentaux de liberté de conscience, et d'expression, de liberté de circulation, d'égalité devant la loi, et de légalité des peines et sanctions, plus globalement de la légalité des "bornes" imposées à la liberté de chacun, et au droit de propriété.

Cette exigence de légalité s'inscrit aussi au regard des traités et accords internationaux qui, dès leur publication, après leur régulière signature ou approbation, ont une autorité supérieure à celle des lois, selon l'article 55 de la Constitution de 1958.

Ainsi les atteintes aux libertés individuelles résultent le plus souvent de la loi, qui fait l'objet d'un contrôle a priori par le Conseil Constitutionnel, et qui désormais peut faire l'objet d'un contrôle a posteriori.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

promulgation dans le cadre de la procédure relative à la question prioritaire de constitutionnalité prévue aux articles 61-1 et suivants de la Constitution de 1958 révisée en juillet 2008.

Cependant si le contrôle du Conseil constitutionnel permet d'exercer une garantie des droits individuels prévus par la Constitution, la question prioritaire de constitutionnalité ne donne pas pouvoir de vérifier la conformité avec les conventions internationales qui restent de la compétence des juges du fond.

La Convention Européenne des droits de l'homme réaffirme les droits individuels de tout être humain et les articles 6 et 8 sont le plus souvent invoqués à l'appui des recours devant la Cour Européenne des droits de l'homme, crée par le protocole N°11 de mai 1994, et qui a pour objet de juger des violations des droits individuels.

Pourtant, les conditions mêmes de la saisine de la Cour, et les effets en droit interne des conventions internationales conduisent à s'interroger sur la force donnée en droit interne aux décisions de la Cour Européenne des droits de l'homme en tant que "garantie" des libertés individuelles et l'on doit considérer que ces décisions sont un instrument de garanties individuelles, dont

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

le législateur ou le juge ne reviennent dans le rôle de garantir le respect des libertés individuelles.

I Les décisions de la Cour européenne des Droits de l'homme, un instrument limité de garantie des libertés individuelles.

A. Une apparente absence de portée de ces décisions en droit interne

Le protocole numéro 11, entré en vigueur en 1998 et le protocole 14 entré en vigueur en 2004, définissent les moyens de fonctionnement de la Cour et sa compétence.

Les articles 34 et 35 prévoient les conditions de saisine de la Cour par des particuliers ou groupes de particuliers, qui se prétendent victimes d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus par la Convention. Comme pour la Question Prioritaire de Constitutionnalité, les conditions de recours sont le caractère nouveau, sérieusement motivé de la requête après une violation ayant entraîné un préjudice important, et surtout après

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

avoir épuisé l'ensemble des voies de recours en droit interne.

Dès lors, la garantie a posteriori d'une liberté individuelle violée paraît impossible du moins pour ce requérant.

L'article 41 prévoit la possibilité d'allouer au requérant, si le Cour déclare qu'il y a eu violation de la convention, et si le droit interne ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, une "satisfaction équitable" qui sera à la charge de la Haute Partie contractante.

Cette condamnation pécuniaire est certes un moyen de réparer mais la garantie pour le futur est minime au regard des montants alloués à la charge d'un État.

Ces arrêts ^{de la Cour européenne} tirent de l'article 46 du protocole une force exécutoire auxquelles les Parties contractantes s'engagent à se conformer mais cela n'a qu'une portée limitée au seul requérant. La Cour de Cassation, Chambre criminelle, a jugé que les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme

n'ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales. (Cass Crim 4 mai 1994) qui consacrent l'autorité de la chose jugée.

B. Le garant des libertés individuelles est le juge du fond.

Il appartient au juge de vérifier la conformité de la loi applicable aux conventions internationales.

Il lui appartient notamment quand il est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et sur la conventionnalité d'une disposition législative, de se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors sans application les dispositions relatives à la

Q PC. (CJUE, Grande Ch., 12 juin 2010)
Melki et Abdeli.

Le principe est que le juge judiciaire est seul compétent pour juger des cas d'atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile, principe édicté par l'art 136 du Code de procédure pénale, et les libertés visées sont celles de l'art 432.4 du nouveau code pénal.

Cette compétence est établie depuis des décennies, et comprend aussi la réparation de l'atteinte que l'auteur de l'atteinte soit une personne morale de droit public ou d'un des ses agents.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

Le juge judiciaire est également seul compétent en matière de voir de fait, et il peut utiliser les procédures d'urgence et d'injonction pour les faire cesser.

En matière d'hospitalisation d'office en milieu psychiatrique, le juge judiciaire avait compétence pour juger du bien fondé de la mesure mais le juge administratif restait compétent pour en apprécier la régularité.

De même le juge administratif est compétent en matière de police administrative qui peut réduire les libertés individuelles au nom de l'intérêt général pour garantir la tranquillité, la sécurité publique, la salubrité et même l'ordre moral.

C'est le juge administratif qui contrôlera ainsi les mesures plus strictes de l'autorité locale au regard de celles imposées par l'autorité de tutelle.

(réglementation locale en matière de limitation de la circulation, interdiction de la diffusion d'un film.)

La procédure de référé et notamment la procédure de référé libéré, par sa rapidité et les pouvoirs qui sont donnés

au juge par l'article L 521-2 du code de justice administrative, est un instrument très efficace de garantie des libertés individuelles. La Convention européenne des droits de l'homme est une référence évidente pour définir les libertés fondamentales protégées par cette procédure (cf liberté personnelle, à laquelle portent atteinte des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme arrêt CE Refus 15.10.2001. Ministère de l'intérieur c/ Hamani).

Il peut s'agir du droit d'exercer un recours effectif devant le juge (CE 13.3.2006 Bayrou).

Dis lors, c'est plus la Convention elle-même qui est la référence sur laquelle s'appuie le juge que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

Cependant proprement, l'influence des décisions de la Cour s'accroît par le contrôle qu'elle exerce, et cette importance est sans cesse renforcée par le Conseil constitutionnel.

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme deviennent un instrument plus efficace entre les mains du juge pour garantir les libertés individuelles.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

II Les décisions de la Cour européenne
des droits de l'homme, instrument
efficace de la garantie des libertés
individuelles.

A. Référence pour le juge, quasi obligation
pour le législateur d'adapter la loi.

L'article 55 de la Constitution édicte une
valeur supérieure des traités internationaux
à celle des lois.

Le droit communautaire s'applique avec une
automatisme total sauf nécessité d'actes
d'application ou d'interprétation.

Mais le juge refuse de vérifier la
compatibilité de deux conventions internationales
entre elles (CE 30 juillet 2003 : Association Guekin).

Ce pouvoir appartient au juge communautaire
qui met en œuvre les principes fondamentaux
issus des traditions constitutionnelles communes
des États membres (CJCE 1970).

La Cour européenne des droits de l'homme
admet de contrôler la conventionnalité de
dispositions organiques et constitutionnelles
au regard de la Convention européenne de droits
de l'homme en tenant compte de la structure constitutionnelle
de l'État. (CEDH 11.01.2005 Pj / France)

Le juge interne (administratif ou judiciaire) admet d'écarter des lois déclarées conformes à la constitution, au regard de la Convention.

Le juge peut même ordonner à une administration d'avoir à prendre, dans un délai raisonnable, les mesures nécessaires à respecter ses obligations conventionnelles.

(CE ass, 29 juin 2001 - Vanhulst)

Le Conseil d'état a estimé que l'Etat ne peut, sans méconnaître les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, porter atteinte au droit de toute personne à un procès équitable en prenant des mesures législatives de portée rétroactive, sauf si ces mesures sont justifiées par "d'impérieux motifs d'intérêt général" reprenant ainsi la même formule que la Cour européenne des droits de l'homme (CE section 7, juillet 2004 - FN SA PIT.)

qui rejoint l'arrêt de la CEDH 28.10.1999 Zieliński / France.

Ainsi, les décisions de la Cour européenne ont une influence certaine sur les motifs retenus par les juridictions internes, et sur les décisions elles-mêmes.

Le Conseil Constitutionnel en revanche rappelle toujours que seul le législateur a le pouvoir de légiférer de façon "républicaine" après l'annulation d'une disposition entachée d'inconstitutionnalité.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

En matière pénale, et en ce qui concerne plus spécifiquement le droit pour la personne gardée à vue d'être assistée d'un avocat lors des interrogatoires, ^{des nouvelles dispositions} découlaient directement de diverses décisions de la Cour européenne qui condamnaient la France, et les décisions de la Cour de Cassation ont permis de rendre immédiates les dispositions législatives qui ne devaient intervenir que plus tardivement.

Cette influence des décisions de la Cour européenne s'exerce également pour le requérant victime de la violation et non plus seulement pour prévenir de nouvelles violations des libertés individuelles.

B. La possibilité de réexaminer les décisions définitives.

Le Code de Procédure pénale prévoit désormais aux articles 626-1 à 626-7 (loi N° 2000-516 du 15 juin 2000 - article 89) une procédure permettant le réexamen d'une décision pénale, consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

(voir par exemple : Commission de réexamen
des décisions pénales 30 novembre 2000 -
6 décembre 2001.)

En matière d'exécution, la Cour européenne
des droits de l'homme a jugé le 20.07.2001
que les juridictions d'Etat ont l'obligation
avant d'accorder l'exécution à une
décision étrangère de vérifier que cette
décision a bien été adoptée dans le respect
des principes du procès équitable.

Et si ces critères ont été retenus par
la jurisprudence, le législateur a édicté
de nouvelles règles par le décret de 2004
(articles 509 et suivants du Code de procédure
civile).

On peut dès lors imaginer que
le recours en révision pourrait s'ouvrir
aux décisions définitives sanctionnées
par un arrêt de la Cour européenne
des droits de l'homme...

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND ET DU PREMIER GRADE**

**(ouverts en application de l'article 21-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22
décembre 1958 modifiée)**

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

SESSION 2012

Vendredi 07 septembre 2012

Troisième épreuve d'admissibilité :

NOTE DE SYNTHESE

(DUREE 5 HEURES)

**Rédigez, à partir de documents joints, une note de synthèse
d'environ quatre pages, relative au harcèlement.**

Liste des documents :

Document n°1 : Directive du parlement européen et du conseil du 05 juillet 2006

Document n°2 : Articles du code pénal sur le harcèlement

Document n°3 : Articles du code du travail sur le harcèlement

Document n°4 : « Le harcèlement moral en entreprise », Audigny Consulting

Document n°5 : « L'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel », Damien Roets (Dalloz 2002)

Document n°6 : Extrait d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 24 mai 2011

Document n°7 : Extrait d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 31 janvier 2012

Document n°8 : « Harcèlement moral définitions et exemples », Jean-Marc Miglietti, droit du travail

Document n°9 : Extrait d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 7 février 2012

Document n°10 : Extrait d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 mai 2012

Document n°11 : Extrait d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 19 octobre 2011

Document n°12 : Extrait d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 11 janvier 2012

Document n°13 : « Harcèlement sexuel : justification et portée de l'inconstitutionnalité », note de Stéphane Detraz, Maître de conférences, Recueil Dalloz, le 31 mai 2012

Document n°14 : Circulaire du Ministère de la Justice et des Libertés du 10 mai 2012

Document n°15 : « Les harcelées sans droit ni loi », L'EXPRESS, 16 mai 2012

Document n°16 : « La sagesse des Sages : sur l'abrogation du délit de harcèlement sexuel », Morgane DAURY, Maître de conférences

Document n°17 : Extrait du jugement du tribunal correctionnel d'Epinal du 10 mai 2012

Document n°18 : « Le harcèlement moral est-il aussi sur la sellette ? », Actuel ressources humaines, 16 mai 2012

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS : Complimentaire

1^{er} Grade

DATE : 07 Septembre 2012

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

0032

NOTE

14/20

Le candidat ne doit rien écrire dans la partie réservée au jury. IL NE DOIT PAS SIGNER SA COMPOSITION

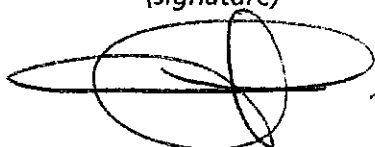
NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES :

1

COMPOSITION DE Note de Synthèse

Certifié exact.

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE
(signature)



Il est interdit aux candidats de s'écouter

II ... compte

A - Le

La D

article

de la

-

Placé au cœur du dispositif de
Contrôle de la loi, la Constitution,
pensée comme la source de notre
Droit est érigée au sommet de la
hiérarchie de nos normes -
Le récent élargissement de la
saisine du Conseil Constitutionnel
par la voie d'exception depuis le 1^{er}

Dans 2010 permet de "révisiter" des pans entiers de notre Droit - Tel
est le sort qu'a subi l'article 222-33 du Code Pénal. (Doc 2)

En effet, si les juges répressifs ou judiciaires ont appliqué
prudemment et justement les textes du Code Pénal et du Code du
Travail (Doc 2 et 3) (I^{ère} partie), cette législation héritante
ne résistera pas à la censure d'application immédiate du juge
Constitutionnel, mettant ainsi le Harcèlement Sexuel entre
parenthèses et le Harcèlement Moral sur la scellette (II^e partie)

I - Une Jurisprudence attentive et prudente

A - Application du Droit par la Juridiction répressive :

Les juges répressifs se sont appliqués en matière de harcèle-
ment sexuel créé en 1992 et modifié en 1998 à prendre
des décisions motivées mais prudentes - sur la base des articles du
Code Pénal.
La dernière modification législative de 2002, réduisant la
définition du harcèlement sexuel à sa plus simple définition,
le facilitera par leur mission - Le Com de Cassation confirme
notamment un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux (Doc 7)
reconnaissant qu'il "existe un faisceau d'indices graves et

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

Concordants qui permet de déclarer N.T. coupable d'avoir harcelé N.T. - En matière de harcèlement moral, d'ill. cré. par la loi de modernisation sociale du 17.01.2002, l'infraction ne supposant pas de rapport d'autorité, le juge répressif s'attachera à appliquer l'article 222-33.2 du Code Pénal avec une grande prudence : le délit de Harcèlement moral n'implique pas que les agissements aient nécessairement pour objet la dégradation des conditions de travail (Doc 6)

B. Application du Droit par la Juridiction Judiciaire -

Les juges judiciaires ont appliqué les différents articles du Code du Travail sur le harcèlement moral et sexuel en définissant notamment pour les juridictions prud'homales une ligne de principes en matière de harcèlement moral : Constat objectif de la dégradation des conditions de travail sans intention de l'auteur - Mise en cause de Méthodes de gestion sans lien hiérarchique obligatoire (Doc 8 -) - Des études de psychologues confirment que le harcèlement moral se situe à tous niveaux dans l'entreprise et est facilité dans le cadre d'un management peu clair (Doc 4) -

Le Code du Travail (art. 1152-2 et 1152-3) protège le salarié d'une éventuelle décision injustifiée de licenciement (Doc 9)

allant sur la base de l'article 1234.1 et suivants du même Code à reconnaître une obligation de résultat de sécurité ne pouvant exonérer l'employeur des conséquences du harcèlement moral (Doc 11)

En matière de harcèlement sexuel, la Cour de Cassation confirme un licenciement pour violation de l'article L 1153.1, harcèlement sexuel exercé par un responsable hiérarchique même en dehors du lieu de travail (Doc 12) -

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

II ... compte tenu d'une législation héritée :

A - Le Harcèlement sexuel : Texte vidé de sa substance en 2002

La Doctrine s'étonna rapidement de la métamorphose de l'article 222.33 du CPénal. A priori influencé par le nouveau droit de harcèlement moral, le harcèlement sexuel ayant perdu successivement la notion de rapport d'autorité (en 1998) et les moyens d'abus (en 2002), ce droit se trouve vidé de toute technique d'incrimination. Le harcèlement sexuel consiste simplement à harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles - (Doc 5) - Que peut faire le juge ? Ce n'est pas à lui de définir les éléments constitutifs du délit ; en vertu du principe de légalité, ce rôle est confié au législateur. (Doc 16) - Cela ne pouvait échapper à ceux qui risquaient d'être condamnés sur le visa de cet article "techniquement défaillant". Certes, le juge aurait pu par application de l'art 7.1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme refuser de l'appliquer, puisque la définition de la Directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de chances... (Document 1)

Une question prioritaire de Constitutionnalité va être posée à la Cour de Cassation, qui après vérification du sérieux de la demande, la transmettra à l'examen du Conseil Constitutionnel - Le 04 05 2012, le juge constitutionnel déclare cet article inconstitutionnel et l'abroge, comme la Constitution le prévoit, immédiatement cet article (Doc 16) - Le mécontentement des avocats, associations et plaignants sur le même chef d'accusation s'en bruyant (Doc 15), l'effet erga omnes de cette abrogation paraissant injuste pour beaucoup - Une circulaire du Ministère de la Justice ne se fera

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 1

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

pas attendre (Doc 14) pour préciser les conséquences sur les poursuites en cours et celles à venir -

B - Les Conséquences sur le Harcèlement Moral,

Il était légitime d'envisager qu'un citoyen viendrait tôt ou tard voir du principe de contrôle de la loi par voie d'exception - Suite à une condamnation par le Tribunal Correctionnel d'Epinal du 10 Mai 2012, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la disposition législative applicable (en l'espèce l'art 222.33.2 du Code Pénal) en litige est transmis à la Com de Cassation, chargée d'examiner une deuxième fois la recevabilité de cette question à transmettre au Conseil Constitutionnel - (Doc 17, Doc 18,

Quelle sera sa position alors qu'elle a déjà rejeté quatre fois cette même question? Le fait que l'article 222.33 du CPenal ait été abrogé est-il un élément nouveau au sens de l'article 23.2 de l'Ordonnance d'04/11/1958?

D'aucuns supputent que l'article L 1153.1 du Code du Travail devrait subir le même examen de constitutionnalité.

Impossible toutefois de ne pas inciter le législateur à refondre un article ou plusieurs en totale conformité de notre Constitution, gardienne de nos libertés fondamentales. Le remède était bien l'abrogation, le législateur l'ayant vite compris en reformulant le nouveau délit de harcèlement sexuel (Doc 13) -



CONCOURS COMPLEMENTAIRES 2012

2ND GRADE

SUJETS ET MEILLEURES COPIES

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND ET DU PREMIER GRADE**

**(ouverts en application de l'article 21-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22
décembre 1958 modifiée)**

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

SESSION 2012

Mercredi 05 septembre 2012

Première épreuve d'admissibilité :

DROIT CIVIL

(DUREE 5 HEURES)

**Rédiger, notamment à partir des documents joints, une
étude juridique sur la distinction entre responsabilité
contractuelle et responsabilité délictuelle.**

Liste des documents :

Document n°1 : Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 1991

Document n°2 : Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 mai 2002

Document n°3 : Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 octobre 2003

Document n°4 : Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 16 mars 2005

Document n°5 : Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 06 octobre 2006

Document n°6 : Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 octobre 2010

Document n°7 : Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 2011

MINISTÈRE DE LA JUSTICE
ET DES LIBERTÉS

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS ou EXAMEN* : COMPLÉMENT

E.N.M 2012 (SECOND GRADE)

DATE : 05/09/2012

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

0176

NOTE

16 /20

Le candidat ne doit rien écrire dans la partie réservée au jury. IL NE DOIT PAS SIGNER SA COMPOSITION

NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES : 6

COMPOSITION DE DROIT CIVIL

Sujet : La distinction entre responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

Certifié exact.

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE
(signature)

Il est interdit aux candidats de signer

Le rapprochement, et
responsabilité contractuelle
toutefois, ne
convient pas
de la
responsabilité

Il est des constructions
juridiques qui préoccupent
tant la doctrine que le
juge. Tel est le cas de la
distinction cardinale entre
la responsabilité contractuelle
et la responsabilité délictuelle.
Certains auteurs, tenant
de la spécificité contractuelle
(Philippe LETOURNEAU ou Rôm

CHABERT), refusent toutes comparaisons entre responsabi-
lité contractuelle et responsabilité délictuelle. Par ailleurs,
cette distinction entre deux ordres de responsabilité perdure
aujourd'hui.

Traditionnellement, tout sépare la responsabilité
contractuelle et la responsabilité délictuelle. D'abord,
les rédacteurs du Code civil en 1804 ont prévu des
textes bien distincts et distincts, aux articles 1147 et
suivants et aux articles 1182 et suivants du Code civil.
D'autre part, comme l'écrivait le Doyen AUBERT,
« contracter, c'est prévoir ». Ainsi, la responsabilité
contractuelle est une réponse à l'inexécution ou la
mauvaise exécution des prévisions obligationnelles des
parties contractantes. Il arrive fréquemment, d'ailleurs,
que les parties elles-mêmes, par le jeu de clause
résolutoire, d'immobilisation et/ou de clause limitative
de responsabilité, aient justement prévu les conséquences
de l'inexécution contractuelle et les effets d'une
responsabilité contractuelle éventuelle. A l'opposé,

la responsabilité délictuelle intervient suite à un événement imprévisible, entre des personnes qui ne se connaissent pas = ainsi, lors d'un accident de circulation, un acte de détérioration commis par son enfant... Cette soudaineté de l'événement déclenchant la responsabilité délictuelle justifie une recherche de réparation davantage efficiente.

Cependant, si cette distinction cardinale apparaît simple, la réalité est toute autre. D'abord, la contractualisation contemporaine des relations économiques, qui se traduit par un enchevêtrement des contrats, (des groupes de contrats) modifie le domaine de la responsabilité contractuelle. En outre, cette importance du contrat dans notre société moderne se traduit par un raisonnement de la responsabilité contractuelle. En effet, la Cour de cassation a depuis longtemps posé le principe d'une unité des fautes contractuelles et délictuelles (Chambre civile 2000 et Assemblée plénière ACASS du 06/10/2006). Enfin, la vocation indemnitaire de la responsabilité civile a donné naissance à de nombreux régimes spéciaux d'indemnisation, transcendant les deux ordres de responsabilité. Ces régimes spéciaux modifient inexorablement les modes traditionnels de réparation des dommages, quelque soit leur origine, repoussant l'état et le risque au profit d'un nouveau droit subjectif, « le droit d'être indemnié ».

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

Le rapprochement, pour ne pas dire le déassement entre responsabilité contractuelle et délictuelle ne saurait toutefois nuire toute utilité à la distinction. Aussi bien convient-il de mettre en rapport la nature cardinale de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (I) pour en venir à la mise en cause par la location indemnitaire de la responsabilité civile (II).

I Responsabilité contractuelle et délictuelle, une distinction cardinale

La distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle s'observe tout d'abord de leur domaine (A), que dans leur régime parfaitement distinct (B).

A - Des domaines circonscrits

1^{er} / de principe de la distinction : l'existence d'un contrat

L'existence de relations contractuelles entre la victime et l'auteur prétendu du dommage présume la nature contractuelle de la responsabilité mise en œuvre. En effet, c'est justement parce que l'obligation n'égée n'a pas été exécutée ou a été mal exécutée que le cocontractant insatisfait de la prestation va rechercher

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 1

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

la responsabilité de son co-obligé. En outre, bien souvent les cocontractants ont fait œuvre de prévision et ont envisagé dans leur contrat les conséquences de leur responsabilité. Ainsi, l'article 1150 du Code civil dispose que "le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat (...)". La responsabilité contractuelle est ainsi limitée ou écartée par le contrat.

A l'opposé, les articles 1382 et suivants du Code civil obligent celui "par la faute duquel" ou en raison de la faute d'une chose ou d'autrui ^{qui} a causé un préjudice. Ainsi, en dehors de toute relation contractuelle, chaque individu, selon certaines conditions, est tenu de réparer les dommages qu'il a causés à autrui. La responsabilité délictuelle est, en quelque sorte, le résultat d'une obligation naturelle de réparer son dommage tandis que la responsabilité contractuelle est la réparation de la non-exécution de son obligation contractuelle.

Cette distinction l'impose a donné lieu en pratique à des solutions surprenantes, pour ne pas dire bizarres. Ainsi, en matière de contrat de transport, longtemps la Cour de cassation a appliqué la responsabilité contractuelle au voyageur muni d'un billet alors qu'elle

Retenait la responsabilité délictuelle à l'égard du passager sans titre valable ou simplement dans la gare (Civ. 1^{re} 01/07/69, CARAVELLO). C'est ainsi que dans le cadre de la responsabilité contractuelle la victime du dommage était soumise aux ~~clauses~~ limitatives de responsabilité tandis que le simple contrevenant bénéficiait du régime des ~~possibilités~~ de la responsabilité délictuelle. La Haute juridiction a mis fin à cette distinction inopportune en détachant l'obligation de sécurité du contrat de transport (Civ. 1^{re} 07/03/89, VALVERDE) ^{Civ. 1^{re} 14/10/89}. Ainsi, les domaines de la responsabilité contractuelle et délictuelle fluctuent selon que le juge attache des obligations contractuelles (obligations de sécurité, d'information...) dans la sphère contractuelle ou non, laissant prévaloir de telles obligations comme de simples obligations naturelles de "bonne conduite".

20/ des atténuations au quinzage

Dans le même cadre d'idée, la nature contractuelle de la responsabilité est justifiée dans certaines opérations économiques d'une certaine envergure. Ainsi, lorsque la phase préparatoire à la conclusion d'un contrat définitif n'aboutit pas, la rupture peut néanmoins donner lieu à des dommages intérêts fondés sur la responsabilité contractuelle. On citera, par exemple, la rupture de l'accord de quinzage (Com. 02/07/1902). En revanche, s'agissant des groupes

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 2

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

de contrats, après de longues hésitations, la Haute juridiction a posé le principe, qu'en dehors de groupe de contrats transférant successivement la propriété, la responsabilité entre un sous-traitant et le maître d'ouvrage est de nature délictuelle (APCASS 07/02/1986 et APCASS 12/07/1991).

L'existence d'un contrat et/ou d'objections de nature contractuelle est donc la règle angulaire distinguant le domaine de la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle. Cette distinction est juridique tout les régimes de ces deux ordres de responsabilité diffèrent.

B. Des régimes distincts

1° Des conditions spécifiques

Outre l'exigence d'un préjudice réparable, les conditions de la responsabilité contractuelle et délictuelle diffèrent. S'agissant de la responsabilité contractuelle, en premier lieu, elle suppose l'existence d'un contrat, d'une inexécution ou faute contractuelle à l'origine du dommage, d'un lien de causalité direct et certain entre le préjudice et la faute contractuelle et suppose que les parties contractantes aient appelé à l'instance en responsabilité. S'agissant, en second lieu, des conditions

de la responsabilité délictuelle, sont exigés un fait générateur de responsabilité (la faute personnelle, la faute d'une chose ou d'autrui) et un lien de causalité entre ce fait et le préjudice réparé. En outre, il convient de préciser la faveur contemporaine de la jurisprudence pour la théorie de l'équivalence des conditions s'opposent à caractériser le lien de causalité en matière de responsabilité délictuelle ainsi que des présomptions (simples) de causalité posées par la Haute Juridiction, notamment en matière de contamination sanguine ou de vaccination (Arrêt de 2008 et 2010).

Les conditions de la responsabilité contractuelle sont donc plus strictes. Néanmoins, la Haute Juridiction rappelle régulièrement le principe du non cumul des deux ordres de responsabilité sauf à caractériser une faute extérieure à l'engagement contractuel (Civ. 3ème, 16/03/2005). Du reste au delà même du non cumul, il s'agit d'offrir d'un principe de non option pour la victime d'un dommage contractuel.

20/ Une portée distincte

Elle de préférence par les parties, la responsabilité contractuelle entraîne la réparation du seul préjudice prévisible. C'est

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 3

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

là encore un grand trait distinctif d'avec le régime de la responsabilité délictuelle. En effet, dans cette matière extracontractuelle, le principe de la réparation intégrale du préjudice prévaut.

S'agissant des causes d'atténuation de la responsabilité, l'auteur du dommage peut se prévaloir de la force majeure imprévisible et irrésistible et extérieure ou de la faute de la victime. Néanmoins, il convient de préciser que dans le cadre d'une obligation de moyen, l'exonération sera facilitée (art 1141/10/10). Enfin, les clauses limitatives ou éliminées de responsabilité ne sont concevables qu'en matière contractuelle. Seule la faute lourde ou dolosive du cocontractant auteur du dommage contractuel permettant d'écarter traditionnellement ces clauses. Toutefois, la législation sur les clauses abusives, de portée européenne depuis 1993, permet une meilleure protection dans les rapports de consommation et vice versa, depuis la loi de modernisation de 2008 entre professionnels.

Conditions et effets separent notamment la responsabilité contractuelle et délictuelle. Cette distinction cardinale tend néanmoins à être remise en cause aujourd'hui, tant la volonté d'harmonisation est préminente.

II Une distinction remise en cause par la vocation incertaine de la responsabilité civile

Les domaines respectifs de la responsabilité contractuelle et délictuelle tendent à s'entrelacer par le travail du juge (A) et par le pouvoir créateur du législateur (B).

A - Distinction remise en cause par le juge

1) Le rapprochement de la responsabilité contractuelle à l'égard des tiers

On enseigne traditionnellement que le contrat, en tant qu'acte juridique a des effets limités aux parties contractantes (qui ont manifesté leur volonté) et, en tant que fait juridique il est opposable aux tiers qui ne peuvent y opposer son existence. Sans l'influence des pensées libérales et philanthropiques, la Cour de cassation reconnaît depuis 2000, la possibilité pour un tiers au contrat de fonder son action en responsabilité délictuelle sur un manquement contractuel à une obligation comportementale (obligation d'information, de sécurité...) dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. Dans ce prolongement, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a posé récemment le principe de l'identité des fautes contractuelles

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N°4

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

et délictuelle et a admis l'invoocation par un tiers, en le fondement de la responsabilité délictuelle, d'un manquement contractuel (dans l'obligation économique) à l'origine de son préjudice (CASS. ASS. PLEN. 06/10/2006).

Dès lors, le tiers semble davantage protégé que le contractant lui-même. En effet, le tiers ne peut se voir opposer quelque clause limitative de responsabilité, contrairement au co-contractant qui peut également être victime du même manquement contractuel. Même si en matière de groupe de contrats, la solution est nuancée (ainsi le maître d'ouvrage ne peut se voir opposer les clauses limitatives de responsabilité du contrat initial par le sous-traitant, Com 22/05/2002), la position de la Haute Juridiction en 2006 peut surprendre. Le droit prospectif, par ailleurs, particulièrement le sujet CATACA, souhaite revenir sur cette solution en faisant le principe de non option 20/06/2006 correctifs attendus

La jurisprudence de 2006 est aujourd'hui bien ancrée. Pour autant, le sort favorable des tiers par rapport aux contractants

fait l'objet d'une remise en cause par le droit prospectif et le projet de recodification du droit des obligations. Par ailleurs, la réforme ^{en 2008} des délais de prescription portant la division entre dommages corporels (10 ans) et dommages aux biens (5 ans) tend à atténuer les écarts de cette identité des fautes contractuelles et délictuelles. C'est alors le travail législatif qui a remis en cause totalement la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle.

B. Distinction remise en cause par le législateur

1° la multiplication des régimes spéciaux d'indemnisation

Commencé en 1898 par la loi réglementant la réparation des accidents du travail, le législateur n'a cessé de créer de nombreux régimes spéciaux d'indemnisation transposant les deux ordres de responsabilité. De façon non exhaustive, on peut citer la loi de 1935 sur les accidents de la circulation, la loi de 1998 sur les produits défectueux, la loi de 2002 en matière de responsabilité médicale ou encore la loi de 2010 en matière de

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

dommages liés à l'utilisation de l'amiante.

Ces divers régimes spéciaux présentent l'avantage de faire l'économie de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Ainsi, leurs conditions sont spécifiques tant s'agissant des faits générateurs (l'implantation du véhicule, l'exposition à l'amiante ou encore le défaut du produit...) que dans leur régime. Ainsi, ces régimes spéciaux simplifient l'obligation à la dette, d'autant plus qu'ils sont pour la plupart adossés à des fonds de solidarité nationale alimentés par le système assurantiel collectif.

20/ La portée relative des régimes spéciaux d'indemnisation

Comme nous l'avons vu précédemment, la création des régimes spéciaux d'indemnisation a pour finalité de désigner un objet à la dette d'indemnisation : tel le conducteur automobile, le fabricant du produit défectueux, la clinique à l'origine de l'infection nosocomiale... Dans le cadre

de ces régimes, le législateur a généralement exclu les causes traditionnelles d'exonération (faute de la victime et force majeure), celles-ci pouvant ressurgir au stade de la contribution à la dette dans le cadre des actions récursoires. En outre, le législateur consacre également la nouvelle summa-divisim entre dommages corporels et dommages aux biens, ces derniers pouvant seuls faire éventuellement objet de clauses limitatives de responsabilité (Ainsi en matière de responsabilité du fait de produits défectueux article 1386-15 du Code civil).

S'agissant du montant de l'indemnité, les régimes spéciaux sont fréquemment l'objet d'une réparation forfaitaire (par exemple en matière d'infections nosocomiales ou en matière d'incendie). Enfin, il convient de préciser que ces régimes n'ont d'intérêt que s'ils sont exclusifs du droit commun, sans peine de voir ressurgir les incertitudes jonctuelles entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle notamment.

La distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, bien

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N°6

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

que cardinale n'ex est pas moins remise en cause que ce soit sous l'effet de l'office du juge, tant par la découverte d'obligations comportementales attachées ou détachées du contrat que par le principe de l'identité des fautes contractuelles et délictuelles, ou sous couvert de l'abolition de nombreux régimes spéciaux transcendant les deux ordres de responsabilité. En outre, le Conseil constitutionnel a rayé récemment la valeur constitutionnelle de l'article 1382 du Code Civil (DCA 199). Enfin, s'agissant de la responsabilité contractuelle, les intrusions contemporaines d'un ordre public renouvelé tendent à pérenniser la teneur et la valeur de la responsabilité contractuelle.

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND ET DU PREMIER GRADE**

**(ouverts en application de l'article 21-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22
décembre 1958 modifiée)**

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

SESSION 2012

Jeudi 06 septembre 2012

Deuxième épreuve d'admissibilité :

COMPOSITION SUR UN SUJET DE DROIT PENAL

(DUREE 5 HEURES)

Le risque et le droit pénal.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE
ET DES LIBERTÉS

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS ou EXAMEN* : Concours

Concours ENM 2012.

DATE : 06/09/2012

2^{de} grade

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

0122

NOTE

16 / 20

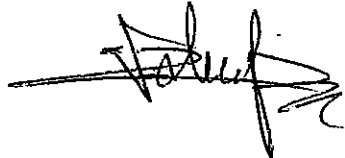
Le candidat ne doit rien écrire dans la partie réservée au jury. IL NE DOIT PAS SIGNER SA COMPOSITION

NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES :

4

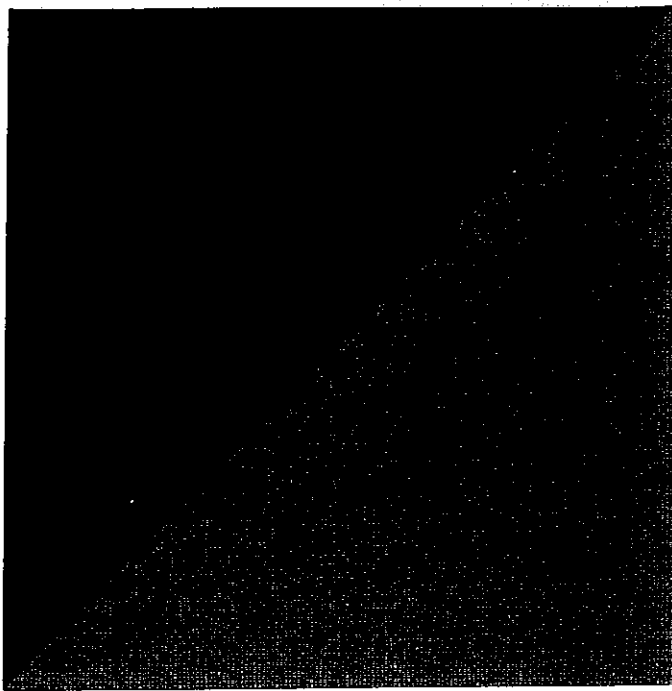
Certifié exact.

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE
(signature)



COMPOSITION DE Droit pénal.

Le droit pénal tel qu'il issu du code de 1810 était avant tout objectif. Il tenait compte strictement du trouble à l'ordre social tel que provoqué par les auteurs indépendamment de toute autre considération de la personnalité de l'auteur. Or, l'influence des thèses doctrinales positivistes tels que développées par messieurs FERRÉ ou COMBROSO à la fin du XIX^{ème} siècle, ont



concedait le législateur à prendre
en considération non plus le trouble
créé par une infraction pénale mais
aussi la dangerosité de l'auteur
de l'infraction. La philosophie
développée par ces thèses subjectives
prouvait que le droit pénal devait
aussi prendre en considération le
risque que présentait un délinquant

pour la société et le neutraliser par exemple au travers de la
relégation dans des territoires d'outre mer. Les Thèses subjectives
complétées par monsieur ANCEL ("Nouvelle École de la défense sociale" 1954)
s'attachaient aussi à prendre en considération la personnalité du délinquant.
Le risque pouvant ici se neutraliser par une meilleure réinsertion de
ce dernier.

Il est aujourd'hui manifeste que le risque est pris en considération
au titre de la répression pénale. Ainsi en témoigne par exemple
le régime spécifique de la récidive et l'instauration de peines
minimales de prison la loi du 10 août 2007 ou bien encore par le
développement de mesures de sûreté tel qu'issu des lois du
12 décembre 2005 ou du 25 février 2008.

Mais au delà d'une répression forte du risque, c'est aussi au
titre des incriminations pénales qu'il est pris en considération.
Le développement contemporain des infractions dites obstacles, très
en amont de l'acte criminel (le chemin criminel) tel que définit
par monsieur GARRAUD ou bien encore la prise en considération des
infractions non intentionnelles contribuent à une appréhension
forte du risque en droit pénal.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

Cependant, si le risque ainsi pris en considération par le droit pénal témoigne de la nécessité de renforcer la sécurité de tout citoyen, il convient aussi de veiller au respect des libertés individuelles. L'équilibre du risque témoigne de ce difficile équilibre. Il est ainsi permis de prendre la mesure de l'évolution du risque en droit pénal en tenant compte du risque appréhendé au titre de l'incrimination (A) et du risque appréhendé au titre de la répression pénale (B).

A) Le risque appréhendé au titre de l'incrimination:

Le droit pénal a toujours pris en considération le risque. Cependant la conception traditionnelle du risque (A) se trouve bousculée par une approche renouvelée du risque en droit pénal (B).

A) La conception traditionnelle du risque en droit pénal

La tentative incriminée au titre de l'article 121-5 du code pénal est significative du risque pris en considération par le droit pénal. Si celle-ci se définit principalement au travers d'un commencement d'exécution proche de la consommation de l'infraction (arrêt Lacour, Chambre Criminelle de la Cour de Cassation du 25 octobre 1962) et par une absence de consentement volontaire, la jurisprudence a aussi retenu au titre de la tentative, celle dite infructueuse. En l'occurrence il s'agit de la tentative manquée. Le fait qu'un tueur ait par

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

maladroite manqué la victime) mais surtout de la faire en considération des infractions dites impossibles. Afin de mieux appréhender cette notion d'infraction impossible, la doctrine a suggéré de distinguer les infractions dites impossibles de fait des infractions dites impossibles de droit. Si la jurisprudence a très rapidement retenu les infractions impossibles de fait (celle par laquelle un auteur utilise des moyens impropres à la réalisation d'un résultat infractionnel), elle a transcendé cette distinction théorique en retenant aussi les infractions dites impossibles de droit. En principe, en effet, on ne peut incriminer une personne qui aurait exercé des violences sur une personne décédée : l'homicide de personne décédée n'existe pas. Pourtant, par un arrêt de la chambre criminelle du 16 janvier 1986 (arrêt Berderon), la cour de cassation a élargi au titre de la tentative, l'homicide volontaire, un auteur lui croyant la victime encore en vie, lui inflige des violences en vue de lui donner la mort.

L'empoisonnement tel que défini à l'article 221-5 du code pénal permet aussi une prise en considération forte du risque encouru. En effet, il s'agit en l'occurrence d'une infraction dite formelle, c'est-à-dire consommée notwithstanding la survenance d'un résultat. Que l'administration de substances de nature à provoquer la mort ait entraîné ou non la mort de la victime importe peu : l'infraction est consommée. Cette incrimination ancienne s'inscrit en amont de l'acte criminel. On peut considérer que le législateur au vu du risque comportemental de l'auteur, a incriminé

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 1

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

ce que l'on peut définir théoriquement comme une tentative d'infraction matérielle à titre autonome. Il est à ce titre à préciser que compte tenu du champ d'application large que recèle l'empoisonnement, par un arrêt de la chambre criminelle du 18 juin 2003, la Cour de cassation a répondu qu'au titre de l'élément moral de l'infraction, il est requis la preuve de l'intention de donner la mort. On peut aussi considérer que le risque est fini de manière large dans la mesure où la tentative d'empoisonnement est circonscrite. Par un arrêt en date du 05 février 1958, la Cour de cassation a ainsi retenu au titre de la tentative d'empoisonnement, le fait de jeter dans l'eau d'un fruit empoisonné.

B) L'approche renouvelée du risque en droit pénal

Le législateur a fortement appréhendé le risque en développant de manière contemporaine les infractions dites obstacles. Ces infractions ont la particularité d'être des infractions dites de prévention qui font obstacle à la survenance d'un résultat infractionnel plus grave. Si ce résultat survient, l'infraction obstacle en tant que telle n'existe plus. Elle est soit absorbée par la nouvelle infraction consommée, soit elle est constituée en circonstances aggravantes. Ces infractions sont très en amont de l'iter criminis et peuvent se définir théoriquement

comme des actes préparatoires incriminés à l'acte autonome.
L'incrimination du mandat criminel définit à l'article
221-5 du code pénal est significative de ce type d'infraction
pour lequel le risque pris par l'auteur est estimé de dix
ans d'emprisonnement. Or dans ces cas de mise
lutter contre les atteintes portées à l'encontre de mineurs,
le législateur a développé un certain nombre d'infractions
obstacles de manière contemporaine. Le fait de provoquer
un mineur à un usage illicite de stupéfiants (article 227-18
du code pénal), le fait de provoquer un mineur à commettre
un crime ou un délit (article 227-21 du code pénal), le
fait de faire des propositions sexuelles à un mineur de moins
de quinze ans en utilisant un moyen de communication
électronique (art 227-22-1 du code pénal) sont autant
d'exemples d'infractions obstacles.

L'infraction la plus typique en ce qui concerne la prise de
risque est principalement le délit de risques causés à
autrui (article 223-1 du code pénal). L'infraction est
aussi non intentionnelle et se définit au travers de
la preuve d'une mise en danger délibérée d'autrui en
autrui. On est élément constitutif de l'infraction est
significatif des risques pris en considération par le droit
pénal. L'infraction nécessite ainsi la preuve d'une
violation manifeste d'une obligation spécifique, circonscrite
de prudence ou de sécurité mais aussi la preuve
d'un dol éventuel.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

Le dol éventuel est caractérisé par le fait d'une volonté tendue vers la prise de risque de son auteur.

Le risque ici est clairement défini par le législateur. Il s'agit en l'occurrence d'un risque grave puisque celui du risque de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation permanente.

Si le risque est marqué au titre des incriminations pénales, la portée de celui-ci est tout aussi significative au titre de la répression pénale.

11/ Le risque appréhendé au titre de la répression pénale

Le droit pénal tient compte ici du risque engendré par la personnalité du délinquant. Le risque est alors pris en compte au titre de la peine encourue (A) et au titre de la peine exécutée (B).

A) Le risque pris en compte au titre de la
- peine encourue

La volonté manifeste du législateur est ici de mentionner la délinquance par une peine encourue qui impose une individualisation de la peine plus contraignante. La loi du 6 août 2017

La jurisprudence au titre de la récidive des peines dites minimales ou peines planchers en deux points en principe le juge ne peut prononcer une peine inférieure. Ce système de peines planchers a été institué aussi bien à l'égard des personnes physiques majeures ou mineures. Afin d'éviter tout risque d'arbitraire, par une décision motivée le juge peut prononcer une peine inférieure aux seuils déterminés en tenant compte des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur et des garanties d'insertion que celui-ci présente. En cas de récidive de récidive, le délinquant doit présenter des garanties exceptionnelles d'insertion. Ce système de peines minimales a par ailleurs été étendu par la loi du 14 mars 2011 au titre de certaines violences aggravées (article 132-19-2 du code pénal). Le risque grave conduit par ces infractions se définit ainsi au travers d'une répétition que le législateur souhaite certaine. Il est cependant à préciser que par une décision en date du 10 mars 2011, le Conseil constitutionnel a refusé que ces peines planchers soient applicables au titre des peines applicables à l'égard des mineurs délinquants.

La nature de la peine encourue est également propre à minimiser un risque futur. Tel est le cas par exemple des peines propres à l'application au titre de la délinquance sexuelle. L'état de dangerosité que certains délinquants sexuels présente a conduit le législateur à élargir par exemple le tiers avec mise à l'épreuve en donnant la possibilité

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 3

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

au Juge d'obliger le délinquant à se soumettre à une
enquête thérapeutique. Enfin le Juri socio judiciaire
(art 131-36-1 du code pénal) est chargé d'instaurer des
mesures de surveillance et d'assistance obligatoires manifestement
à réduire le risque que peut présenter un délinquant de
récidiver. Le développement des peines alternatives en
matière correctionnelle est également significatif de la prise
en charge du risque en droit pénal : l'interdiction d'exercer
certaines activités professionnelles, ou bien encore l'interdiction
d'émettre des chèques pendant au plus cinq ans sont
autant de possibilités pour le Juge au titre de la peine
de neutraliser le risque créé par la commission de l'infraction.

B) Le risque pris en compte au titre de la
peine exécutée :

Le risque ici se démontre au travers de plusieurs mécanismes
juridiques destinés à neutraliser le délinquant en contraignant
les modalités d'aménagement de la peine. Tel est le cas
par exemple au travers de la mise en place de la période
de sûreté qui inhibe toute possibilité pour le condamné
de bénéficier de dispositions propres à la suspension de peine,
le fractionnement ou la libération conditionnelle par exemple.
Or cette période de sûreté pour certaines situations

telles que l'assassinat d'un mineur de quinze ans
précédé de tortures ou d'actes de barbarie, peut être puni
par décision spéciale de la cour d'assise à la totalité
de la peine prononcée. Cette perpétuité n'est alors réelle
autant tout à mentionner le risque que présente la
condamnation en cas d'une sortie anticipée générée
par des aménagements de peine. La loi du 14 mars 2011
a également assorti cette possibilité d'une période de sûreté
réelle dans le cadre d'un assassinat perpétré à l'encontre
de certains professionnels à l'occasion de l'exercice de leurs
fonctions (militaire, fonctionnaire de police nationale par exemple).
Le risque s'ajoute aussi au travers des dispositions plus
contraignantes pour les délinquants récidivistes d'obtenir des
aménagements de peine : les crédits de réduction de peine
sont moins importants, la libération conditionnelle accordée
alors que le condamné exerce l'autorité parentale sur
un mineur de moins de dix ans ne leur est plus permis
depuis la loi du 12 décembre 2005.

Enfin, le risque est pris en considération par le droit pénal
en dehors de toute peine. Tel est le cas pour les auteurs atteints
de trouble mental, déclarés irresponsables et pour lesquels le
risque qu'ils représentent, leur état de dangerosité
peuvent conduire à une hospitalisation complète.

Mais plus encore, c'est au travers des mesures de
sûreté telles que mises en place par les lois du 12 décembre
2005 et du 25 février 2008 que le risque généré par
l'état de dangerosité que certains condamnés présentent

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

Il a été spécifiquement développé. Les mesures de sûreté se justifient comme de simples mesures de précaution sociale destinées à prendre en considération l'état de dangerosité et le risque de récidive que certaines personnes présentent. Elles peuvent être prononcées suite à un délit, ou avant qu'il n'ait été commis et à évoluer avec la situation du délinquant.

Au-delà des conditions de mise en place propres à chacune de ces mesures de sûreté (la surveillance électronique mobile, la surveillance judiciaire des personnes dangereuses ou bien encore la surveillance de sûreté), c'est la sélection de sûreté qui est la plus spécifique. Cette mesure est principalement destinée à l'amener d'un emprisonnement d'un condamné à une peine de plus de quinze ans et à l'égard de certains facteurs au-delà de l'exécution de sa peine prononcée. Le risque de dangerosité que représente ces délinquants a été considéré si important que le législateur a institué ce mode de surveillance pour tenir compte du trouble de la personnalité de ces délinquants. C'est sur le fondement de la prévention de la récidive que cette mesure de sûreté répond.

Cependant si le risque engendré apparaît important, le Conseil constitutionnel en considérant que ces dispositions répondent bien de la mesure de sûreté, la sélection

La sûreté ne pouvait répondre au principe de non-rétroactivité
de la loi. En effet par principe les mêmes sûretés peuvent
s'appliquer aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi
l'instituant. Pourtant compte tenu du fait que
la rétention de sûreté présente un caractère fort de
restriction de liberté, le dispositif est aujourd'hui neutralisé
jusqu'en 2023.

Ainsi si le risque justifie une incrimination
comme une répression complète, les libertés individuelles
doivent cependant être préservées.

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND ET DU PREMIER GRADE**

**(ouverts en application de l'article 21-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22
décembre 1958 modifiée)**

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

SESSION 2012

Jeudi 06 septembre 2012

Deuxième épreuve d'admissibilité :

COMPOSITION SUR UN SUJET DE DROIT PUBLIC

(DUREE 5 HEURES)

**Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme,
instrument de garantie des libertés individuelles.**

MINISTÈRE DE LA JUSTICE
ET DES LIBERTÉS

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS ou EXAMEN* : ENM

complémentaire (2nd grade)

DATE : 6 septembre 2012

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat : 0023

NOTE

15 /20

Le candidat ne doit rien écrire dans la partie réservée au jury. IL NE DOIT PAS SIGNER SA COMPOSITION

NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES : 10

Certifié exact.

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE
(signature)

* Rayer la mention inutile

COMPOSITION DE droit public

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) a été signée par la France le 4 novembre 1950 et ratifiée le 4 mai 1974. Par décret en date du 3 octobre 1981, la France a déclaré accepter le droit de recours individuel qui permet à toute personne physique, toute organisation

Il est interdit aux candidats de signer

(art. 6-1 CESDH)

effectif (art. 6-1 CESDH)

non appliqué

liberté

les

con

tion non gouvernementale
ou tout groupe de personnes
qui se prétend victime
d'une violation par l'une
des Hautes Parties contrac-
tantes des droits reconnus
dans la CESDH ou ses
protocoles de saisir la
Cour européenne des droits
de l'homme. La Cour

ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies
de recours internes et dans un délai de six mois
à partir de la date de la décision interne
définitive. La Cour examine l'affaire de façon
contradictoire avec les représentants des parties
et, s'il y a lieu, procède à une enquête. A tout mo-
ment de la procédure, la Cour peut se mettre
à la disposition des intéressés en vue de parvenir
à un règlement amiable de l'affaire s'inspirant
du respect des droits de l'homme. Si la Cour décide
qu'il y a eu violation des droits de l'homme
et de la CESDH, et si le droit interne de la Haute
Partie contractante ne permet d'effacer qu'impar-
faitement les conséquences de cette violation,
la Cour accorde à la partie lésée une satisfaction
équitable. Ainsi, la Cour rappelle qu'un arrêt
constatant une violation entraîne pour l'Etat
défendeur l'obligation juridique au regard
de la CESDH de mettre un terme à la

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci. Enfin, il convient ici de rappeler que conformément aux stipulations de l'article 46 de la CEDH "les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties".⁴ Les arrêts définitifs de la Cour ont donc force obligatoire vis-à-vis des Hautes Parties contractantes. Ces dispositions procédurales de la CEDH ayant été précisées, la question se pose de savoir en quoi les décisions de la Cour de Strasbourg sont un instrument de garantie des libertés individuelles. Par libertés individuelles nous entendons : le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH), la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9 CEDH), la liberté d'expression (art. 10 CEDH) et le droit au mariage (art. 12 CEDH) par opposition aux libertés collectives (i.e. liberté de réunion et d'association art. 11 CEDH). Toutefois, comment ces libertés individuelles pourraient-elles être garanties en l'absence de droit au juge et à un procès équitable

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

(art. 6-1 CESDH) et sans un droit à un recours effectif (art. 13 CESDH); conditions sine qua non afin de faire reconnaître ses droits et libertés fondamentaux.

Les décisions de la Cour de Strasbourg constituent indubitablement un précieux instrument de garantie des libertés individuelles. Les principes qui s'imposent aux Parties contractantes et dans la mesure où la Cour peut être saisie par voie de requêtes individuelles. Les décisions de la Cour de Strasbourg ont un effet incontestable sur les juges administratif et judiciaire qui opèrent via l'article 55 de la Constitution un contrôle de conventionnalité des lois véritable contrôle dit de "fondamentalité" selon la doctrine. On peut parler ici de véritable dialogue des juges. Les juges français en appliquant le CESDH s'inspirent indubitablement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Aussi bien convient-il de mettre en rapport la garantie des libertés individuelles (I) et les libertés individuelles garanties (II) par la Cour de Strasbourg.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

I. LA GARANTIE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES PAR LA COUR DE STRASBOURG

Les libertés individuelles consacrées par la CESDH ne sauraient être efficacement garanties en l'absence de droit au juge (A) et de droit à un recours effectif (B).

A) Le droit au juge

Selon la Cour de Strasbourg le droit à un procès équitable occupe une place éminente dans une société démocratique (CEDH, 9 oct. 1979, Airey c/ Irlande). La Cour précise dans son arrêt Klass c/ Allemagne du 6 septembre 1978 que parmi les principes fondamentaux d'une société démocratique figure la prééminence du droit à laquelle se réfère le préambule de la CESDH. Elle implique qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace qui doit normalement assurer, au moins en dernier ressort,

le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière. Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6-1 CESDH décrive en détails les garanties de procédure et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès ne offrent point d'intérêt en l'absence de procès. Le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6-1. Il ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux Etats contractants de nouvelles obligations, elle se fonde sur les termes mêmes de la première phrase de l'article 6-1 lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qui est la CESDH. L'article 6-1, consacré de la sorte de droit à un tribunal, dont le droit d'accès ne constitue qu'un aspect.

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

FEUILLE INTERCALAIRE N° 2

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

A cela s'ajoutent les garanties prescrites par l'article 6-1 quant à l'organisation et à la composition du tribunal et quant au déroulement de l'instance. Le tout forme en bref le droit à un procès équitable (CEDH, 21 fév. 1975, *Golden c./R.U.*). Dans son arrêt *Airey c./Irlande* du 9 octobre 1979, la Cour précise que si l'article 6-1 garantit aux plaignants un droit effectif d'accès aux tribunaux, néanmoins il laisse aux Etats le choix des moyens à employer à cette fin. L'instauration d'un système d'aide judiciaire en constitue un, mais il y en a d'autres, par exemple une simplification de la procédure. Il n'appartient donc pas à la Cour de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer. La CEDH se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice selon des modalités non contraires à l'article 6-1. Le droit au juge consacré par la Cour

Il a été également par le Conseil constitutionnel sous la forme d'un droit au recours effectif dans sa décision du 23 juillet 1999 et par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 21 décembre 2001 (Hofmann).

L'article 6-1 pose plusieurs garanties: le droit à un tribunal établi par la loi, le droit à un tribunal indépendant et impartial le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de l'espèce et en regard à la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes), le droit à ce que la cause soit entendue équitablement et publiquement (qui implique implicitement le principe de l'égalité des armes qui implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

par rapport à son adversaire, CEDH 18 mars 1997, *Fouché c/ France*). Parmi les garanties spéciales offertes par l'article 6, l'on mentionnera le principe de la présomption d'innocence et le respect des droits de la défense qui impliquent le droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation, le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à sa défense, le droit de se défendre efficacement, le droit aux témoins et à un interprète.

Le respect des droits de la défense a été reconnu par le Conseil constitutionnel comme principe fondamental reconnu par les lois de la République dans sa décision du 2 décembre 1976. Le juge administratif retient ce principe comme un principe général du droit (CE, 1963, *Lacon*). Il convient ici de rappeler que dans deux décisions (*Kress c/ France* du 7 juin 2001 et *Martini c/ France* du 12 avril 2006), la Cour de Strasbourg a affirmé que la participation du commissaire du Gouvernement au délibéré méconnaît

l'article 6-1. En revanche, la circonstance que le requérant ne reçoit pas préalablement à l'audience les conclusions du commissaire du Gouvernement et ne peut y répliquer autrement que par une note en délibéré ne viole pas l'article 6-1. En conséquence l'article 6.7 du CSA a été modifié et dispose depuis qu'« un membre de la juridiction, chargé des fonctions de rapporteur public expose publiquement, et en toute indépendance son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent. »

La Cour de Strasbourg a donc obligé la France à modifier le CSA en adoptant le décret du 7 janvier 2003. Désormais, la décision des TA et des CAA est délibérée hors la présence des parties et du rapporteur public. Devant le Conseil d'Etat, sauf demande contraire d'une partie, le rapporteur public assiste au délibéré. Il n'y prend pas part.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

B) Le droit à un recours effectif
Aux yeux de la Cour, l'article 13 CESDH exige qu'un individu lésé par une mesure prétendument contraire à la CESDH dispose d'un recours devant une instance nationale afin de voir statuer sur son grief et, s'il y a lieu, d'obtenir réparation. Il faut ainsi l'interpréter comme garantissant un recours effectif devant une instance nationale à quiconque allègue une violation de ses droits et libertés protégés par la CESDH. (CEDH, 6 sept. 1978, Klass et al. / Allemagne). L'article 13 garantit donc l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir en substance des droits et libertés consacrés par la CESDH. Il a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale qualifiée à connaître du contenu du grief fondé sur la CESDH et de plus à offrir le redressement approprié (CEDH, 7 juil. 1979, Soering c. / R.U.). Un recours

est effectif dès lors qu'il permet soit de faire intervenir plus tôt la décision des juridictions saisies, soit de fournir au justiciable une réparation adéquate pour les retards déjà accusés. Le recours de l'article 781-1 C.O.S. est selon la Cour un recours effectif au sens de l'article 13 que le requérant qui se plaint de la durée déraisonnable d'une procédure judiciaire doit exercer avant de saisir la Cour (CEDH, 3 juil. 2002, *Nouhaud c/ France*).

Dans son arrêt *Khider c/ France* du 3 juillet 2003, la Cour a rappelé, en ce qui concerne les placements de détenus à l'isolement, que par un arrêt du 30 juillet 2003, le Conseil d'Etat avait jugé que ces mesures étaient susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En matière de mise à l'isolement, le requérant disposait donc d'un recours effectif au sens de l'article 13. A propos des décisions de transfèrements répétés de détenus, la Cour de Strasbourg a considéré que le Conseil d'Etat avait admis dans un arrêt du 14 décembre 2007 que ces décisions

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

n'étaient pas des mesures d'ordre intérieur mais de véritables décisions administratives susceptibles de recours pour excès de pouvoir, et répondant ainsi aux exigences de l'article 13.

On ne peut que constater l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur celle du Conseil d'Etat. Le droit au juge et le droit au recours effectif ^{conditions de} véritables garanties des libertés individuelles, aboutissent à présent les principales libertés individuelles garanties par la Cour de Strasbourg.

II LES LIBERTÉS INDIVIDUELLES GARANTIES PAR LA COUR DE STRASBOURG

L'on se focalisera ici sur le droit à la liberté et à la sûreté (A) et le droit au respect de la vie privée et familiale (B).

A) le droit à la liberté et à la sûreté

En proclamant le droit à la liberté le paragraphe 1 de l'article 5 vise la liberté individuelle dans son acception classique, c'est à dire la liberté physique de la personne. Il a pour objet d'assurer que nul n'en soit dépourvu de manière arbitraire (CEDH 8 juin 1976, Engel c./ Pays-Bas). L'objet de la CEDH est de protéger la liberté et la sûreté de la personne contre les arrestations ^{et détentions} arbitraires. Nul ne doit donc être arbitrairement dépourvu de sa liberté. Le droit à la sûreté apparaît comme une garantie contre l'arbitraire dans le domaine de la détention (CEDH 3 oct. 1984, Dyce c./ R.U.). La liste des exceptions au droit à la liberté figurant dans l'article 5.1 revêt un caractère exhaustif et seule une interprétation étroite cadre avec le but et l'objet de cette disposition qui est d'assurer que nul ne soit arbitrairement dépourvu de sa liberté (CEDH 22 mars 1995, Guinn c./ France).

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

Selon la Cour de Strasbourg, la mesure privative de liberté doit être nécessaire c'est-à-dire qu'elle doit répondre à un besoin impérieux et être proportionnée au but légitime poursuivi (CEDH 6 oct. 1976 *Lyngas c. Suisse*). Deux conditions sont prévues pour qu'une privation de liberté soit conforme à l'article 5-1 : une condition de légalité et une condition de régularité. Ces deux expressions reflètent l'importance de la finalité sous-jacente à l'article 5-1 dans une société démocratique : une détention arbitraire ne peut jamais passer pour régulière.

Aussi, l'article 5 exige des garanties offertes aux personnes privées de liberté. Ces dernières ont le droit d'être informées (art. 5-2), d'être aussitôt traduits devant un juge ou un autre magistrat impartial et indépendant / les procureurs

agissant en qualité de magistrats du
ministère public subordonnés d'abord
au procureur général puis au ministre
de la justice ne remplissent pas
l'exigence d'indépendance à l'égard
de l'exécutif (selon la Cour), d'être
jugé dans un délai raisonnable ou
libéré pendant la procédure (aussi
la Cour considère que la détention
provisoire est une mesure de caractère
exceptionnel pouvant être utilisée
seulement dans les cas où elle
s'avérerait strictement nécessaire, CEDH
8 nov. 2007, *Ullrich c./Belgique*). Par ailleurs,
la Cour considère que la détention
provisoire ne demeure légitime que
si l'ordre public reste effectivement
menacé, sa continuation ne saurait
servir à anticiper sur une peine
privative de liberté (*CEDH* 26 juil. 1991,
Ullrich c./France).

Dans un arrêt *Tomasi c./France* du 27 août
1992, la Cour a considéré qu'il y avait
en violation de l'article 5-3 dès lors

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

que la longueur de la détention incriminée n'apparaissait imputable, pour l'essentiel, ni à la complexité de l'affaire ni au comportement du requérant.

Le Conseil constitutionnel limite la liberté individuelle à la seule liberté personnelle. C'est ainsi qu'il ne range plus le droit au mariage et la liberté d'aller et de venir comprenant le droit de quitter le territoire national dans la liberté individuelle mais dans les libertés et droits fondamentaux de tous ceux qui résident en France. Le Conseil constitutionnel affirme que la liberté individuelle voit sa sauvegarde confiée à l'autorité judiciaire sur le fondement de l'article 66 de la

Constitution. Le Conseil constitutionnel considère donc que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge judiciaire intervient dans le plus court délai possible. Dès lors, une rétention administrative qui pourrait se prolonger sur sept jours sans l'intervention d'un juge du siège doit être considérée comme arbitraire.

Ici encore on peut constater un dialogue des juges.

B) le droit au respect de la vie privée et familiale

L'expression de "vie privée" est large et ne se prête pas à une définition exhaustive. Des éléments tels que le sexe ainsi que la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8. En matière de transsexualisme, la

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 8

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

Cour de Strasbourg a considéré dans un arrêt du 25 mars 1992 contre la France que la requérante se trouvait quotidiennement placée dans une situation globalement incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Dès lors, même, en regard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu donc violation de l'article 8. On sait que cette décision a entraîné un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation dans un arrêt d'assemblée plénière de décembre 1992 dans lequel la Cour de cassation a admis qu'un transsexuel pouvait faire modifier son sexe sur son état civil à la suite de l'opération chirurgicale. Pour la Cour de Strasbourg lorsque un Etat autorise et finance

tout en partant d'une opération de conversion sexuelle, il paraît illogique que l'il refuse de reconnaître les implications juridiques d'une telle opération (CEDH 11 juil. 2002; Goodwin c/ R.U.).

En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présume l'existence d'une famille. Cet article ne distingue pas entre famille naturelle et famille légitime. L'article 8 vaut donc pour la vie familiale de la famille naturelle comme de la famille légitime, l'article 8 est fréquemment appliqué par le juge administratif en matière de regroupement familial dès lors que le refus de titre de séjour ou la mesure d'éloignement porte une atteinte disproportionnée au droit de mener une vie familiale normale en dépit de la possibilité du regroupement

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

familial (CE, 21 oct. 1998, Mukenga).
C'est aussi dans le domaine des
mesures d'éloignement que le juge
administratif va faire application
des stipulations de la CEDH en
exigeant désormais un contrôle de
proportionnalité entre l'intérêt public
qui fonde la décision d'éloignement
et le droit au respect de la vie
familiale garantie par l'article 8
CESDH (CE, 18 janv. 1991, Belojoudi)
(CE, 19 avril 1991, Belgacem et Babas).
Le Conseil d'Etat a même élargi le
champ d'application de l'article 8
en précisant que cette disposition
pouvait s'appliquer à l'expulsion
en urgence absolue, à un refus
d'abrogation d'un arrêté d'extradition
à une décision de refus d'admission
au séjour au motif que la demande
d'asile relève de la compétence d'un

autre Etat.

Quant à la Cour de cassation, elle a admis l'applicabilité de l'article 8 aux mesures d'interdiction judiciaires du territoire (Arr. 19 juin 1997 M. Kori).

Aux termes de ces développements, il apparaît donc que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg constitue une garantie fondamentale des libertés individuelles. D'une part, parce que ses décisions ont force obligatoire à l'égard des Parties contractantes qui s'engagent à s'y conformer. D'autre part, parce que la Cour de Strasbourg peut être saisie par toute personne physique qui se prétend victime d'une violation des droits et libertés fondamentaux reconnus par la CESDH.

Par ailleurs, la CESDH en instance un droit au juge et un droit à un recours effectif permet de garantir les droits substantiels fondamentaux qu'elle contient.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg a une influence déterminante sur les juges ordinaires administratifs et judiciaires.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

qui appliquent la CESDH en opérant
un contrôle de conventionnalité, authentique
contrôle de fondamentalité.

Jamais aujourd'hui les droits et libertés
fondamentaux n'ont été aussi bien
garantis depuis l'instauration même
de la question prioritaire de
constitutionnalité. Les droits et libertés
fondamentaux sont donc consacrés
tant au niveau constitutionnel que
conventionnel. On est bien loin de
la situation qui régnait en 1958.

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND ET DU PREMIER GRADE**

**(ouverts en application de l'article 21-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22
décembre 1958 modifiée)**

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

SESSION 2012

Vendredi 07 septembre 2012

Troisième épreuve d'admissibilité :

NOTE DE SYNTHESE

(DUREE 5 HEURES)

**Rédigez, à partir de documents joints, une note de synthèse
d'environ quatre pages, relative au harcèlement.**

Liste des documents :

Document n°1 : Directive du parlement européen et du conseil du 05 juillet 2006

Document n°2 : Articles du code pénal sur le harcèlement

Document n°3 : Articles du code du travail sur le harcèlement

Document n°4 : « Le harcèlement moral en entreprise », Audigny Consulting

Document n°5 : « L'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel », Damien Roets (Dalloz 20D2)

Document n°6 : Extrait d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 24 mai 2011

Document n°7 : Extrait d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 31 janvier 2012

Document n°8 : « Harcèlement moral définitions et exemples », Jean-Marc Miglietti, droit du travail

Document n°9 : Extrait d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 7 février 2012

Document n°10 : Extrait d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 mai 2012

Document n°11 : Extrait d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 19 octobre 2011

Document n°12 : Extrait d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 11 janvier 2012

Document n°13 : « Harcèlement sexuel : justification et portée de l'inconstitutionnalité », note de Stéphane Detraz, Maître de conférences, Recueil Dalloz, le 31 mai 2012

Document n°14 : Circulaire du Ministère de la Justice et des Libertés du 10 mai 2012

Document n°15 : « Les harcelées sans droit ni loi », L'EXPRESS, 16 mai 2012

Document n°16 : « La sagesse des Sages : sur l'abrogation du délit de harcèlement sexuel », Morgane DAURY, Maître de conférences

Document n°17 : Extrait du jugement du tribunal correctionnel d'Epinal du 10 mai 2012

Document n°18 : « Le harcèlement moral est-il aussi sur la sellette ? », Actuel ressources humaines, 16 mai 2012

MINISTÈRE DE LA JUSTICE
ET DES LIBERTÉS

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS ou EXAMEN* : COMPLÉMENTAIRE

ENM 2012

DATE : 7/03/2012

- 2nd grade -

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

0327

NOTE

14,5/20

Le candidat ne doit rien écrire dans la partie réservée au jury. IL NE DOIT PAS SIGNER SA COMPOSITION

NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES : 1

COMPOSITION DE Note de Synthèse

Certifié exact

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE
(signature)

BB

Il est interdit aux candidats de signer les

Concernant le harcèlement
depuis 2002 de façon
même si l'auteur de
s'il n'est pas u
la jurisprudence
tant que
chang

Les phénomènes d'harcèlement
sexuel et d'harcèlement moral
sont de plus en plus fréquents.
Un sondage effectué par le
Conseil de Seine-Saint-Denis a
révélé que 22% des femmes
interrogées estimaient avoir
connu une agression ou un
harcèlement sexuel au travail (doc 15).
Les litiges mettant en cause

des faits de harcèlement moral ne cessent d'augmenter depuis 2002
(doc 17). Une directive du parlement européen et du conseil du 5
juillet 2006 a rappelé que le harcèlement et le harcèlement sexuel
étaient contraires au principe d'égalité de traitement entre hommes
et femmes et constituaient une discrimination fondée sur le sexe (doc 1).
Le harcèlement sexuel et moral est réprimé en droit français (I) mais
connaît aujourd'hui un bouleversement suite à l'abrogation du délit
de harcèlement sexuel par le Conseil Constitutionnel, le 4 mai 2012 (II).

I Le harcèlement sexuel et moral en droit français.

Jusqu'à la décision du Conseil Constitutionnel du 4 mai 2012, tant le
harcèlement moral que sexuel bénéficiait d'un cadre légal (A) et
jurisprudentiel (B).

A/ Le Cadre légal

Le délit d'harcèlement sexuel a été inséré dans le Code pénal par la
loi du 22 juillet 1992. L'article 222-33 du Code pénal, déjà modifié en 1998,
punissait "le fait d'harcéler autrui en donnant des ordres, proférant des menaces,
infligeant des contraintes ou exerçant des pressions graves, dans le but d'obtenir
des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

confère ses fonctions" (doc 5 et 16). La loi du 17 janvier 2002 (dite loi de "modernisation sociale") a réécrit l'article 222-33 du Code pénal pour l'harmoniser avec le délit d'harcèlement moral nouvellement créé, qui punit plus simplement "le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle" (doc 2). Les faits d'harcèlement sexuel sont également visés par le Code du Travail dans les articles L.1153-1 et suivants (doc 3).

L'harcèlement moral a été reconnu par la loi du 17 janvier 2002 qui a inséré un article 222-33-2 dans le Code pénal qui punit "le fait d'harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel" (doc 2). La notion d'harcèlement moral, bien connue dans le monde de l'entreprise, a été également visée dans le Code du Travail au sein de ses articles L.1152-1 et suivants (doc 3). Le renforcement de la législation a été rendu nécessaire par l'apparition de plus en plus fréquente de violences sur le lieu de travail des salariés comme des capotements refusants, dégradants (doc 4).

B) Le cadre jurisprudentiel

La jurisprudence est venue préciser les contours des notions d'harcèlement sexuel et moral.

Concernant le harcèlement sexuel, la jurisprudence même après les modifications effectuées par le législateur en 2002 a continué à retenir le rapport d'autorité existant entre le harceleur et sa victime et a éliminé les faits pouvant relever d'un capotement amoureux (doc 16). En revanche, des faits d'harcèlement sexuel peuvent être dévotés en dehors du lieu de travail (doc 12).

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

Concernant le harcèlement moral, la jurisprudence a eu l'occasion depuis 2002 de préciser son contenu. Le harcèlement moral est reconnu même si l'auteur des faits n'a pas eu l'intention de nuire à la victime / d'abord si il n'est pas un responsable hiérarchique direct de la victime (doc 1 et 8). La jurisprudence a également protégé les actions des victimes d'harcèlement tant que leur mauvaise foi n'est pas caractérisée (doc 9). Toutefois, les chambres sociales et criminelles de la Cour de cassation ne sont pas toujours en accord sur l'appréciation des faits d'harcèlement relevant des juges du fond (doc 7 et 10). En effet, la notion d'harcèlement sexuel ou moral n'est pas clairement définie dans les textes légaux (doc 5 et 16), ce qui a conduit le Conseil Constitutionnel à abroger le délit d'harcèlement sexuel.

II d'abrogation du délit de harcèlement sexuel

Le bouleversement opéré par la décision du Conseil Constitutionnel du 4 mai 2012 (A) entraîne de nombreuses conséquences relatives au délit d'harcèlement sexuel (B)

A) Le bouleversement opéré par la décision du Conseil Constitutionnel

Une question prioritaire de constitutionnalité a été transmise au Conseil Constitutionnel, à l'occasion d'un litige concernant des faits de harcèlement sexuel. L'auteur des faits litigieux contestait en effet que les dispositions de l'article 222-33 du Code pénal étaient notamment contraires à la Constitution car elles ne définissaient pas les éléments constitutifs du délit (doc 16).

Le Conseil Constitutionnel a rendu, le 4 mai 2012, une décision selon laquelle elle considère que les dispositions de l'article 222-33

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

du Code pénal méconnaissent le principe de la légalité des délits et des peines car les éléments constitutifs de l'infraction de délit de harcèlement sexuel sont insuffisamment définis. Ce texte est donc déclaré contraire à la Constitution. Le Conseil constitutionnel fait le choix d'abroger le texte à compter de la publication de la décision (doc 13).

L'abrogation immédiate du délit d'harcèlement sexuel a suscité l'inquiétude et la colère des personnes ayant subi ou subissant des faits de harcèlement sexuel (doc 15).

Le texte de l'article 222-33 du Code pénal dans sa dernière version était peu explicite (doc 5 et 16) mais d'autres articles du Code pénal sont eux aussi assez obscurs comme la définition du vol ou des violences (doc 13). Par ailleurs, la sanction de l'abrogation immédiate du texte laisse des faits impunis (doc 13 et 14).

B) Les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel.

L'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal concerne toutes les procédures non définitivement jugées à cette date. Une circulaire du ministère de la Justice et des Libertés du 10 mai 2012 (doc 14) encourage à rechercher d'autres qualifications pour les faits litigieux d'harcèlement sexuel que ce soit avant la saisine de la juridiction répressive ou après. Ces autres qualifications pourraient être des violences volontaires ou des faits pouvant être des violences volontaires ou des faits de harcèlement moral dans le monde du travail. Toutefois, le délit d'harcèlement moral fait également l'objet d'une question sur la constitutionnalité pour défaut de définition claire (doc 17 et 18). L'intervention du législateur est donc attendue (doc 16).