



HAL
open science

La responsabilité personnelle des magistrats

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. La responsabilité personnelle des magistrats. *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2006, 2006, pp.2193-2220. hal-01467592

HAL Id: hal-01467592

<https://normandie-univ.hal.science/hal-01467592v1>

Submitted on 22 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA RESPONSABILITE PERSONNELLE DES MAGISTRATS

Par

Fabien BOTTINI
Doctorant en droit public

Le juge doit « payer » pour « sa faute »¹. Bien que prononcé à l’occasion de l’affaire Crémel², ce mot du ministre de l’intérieur, Nicolas Sarkozy, anticipait largement les appréciations portées sur l’instruction du juge Burgaud dans ce qui allait devenir le scandale d’Outreau³.

Malgré la forte émotion soulevée par ces affaires, ces déclarations suscitaient de vives protestations au sein du monde judiciaire et de la classe politique. Tandis que Guy Canivet, le président de la Cour de cassation, rappelait que les magistrats de son ordre « rend[aient] » la « justice les mains tremblantes »⁴, l’ancien garde des Sceaux, Elisabeth Guigou (PS), criait à la « chasse aux sorcières »⁵, avant que le président Chirac ne réaffirme sa « confiance dans [l’]engagement et [l’]esprit de responsabilité »⁶ des juges de la République.

¹ « Nicolas Sarkozy veut faire “payer” un juge pour “sa faute” », *Le Monde*, 24 juin 2005. Ces propos s’inscrivent dans le cadre d’une vague de contestation contre les magistrats. En 2001, Michel Charasse parlait de « juges fautifs » (« Vives protestations des magistrats après les attaques des Mitterrand », *Le Monde*, 14 janvier 2001) tandis que le président Chirac accusait le juge Halphen de « violer la Constitution » pour l’avoir convoqué comme témoin (« Jacques Chirac accuse le juge Halphen de violer la Constitution », *Le Monde*, 30 mars 2001). Par la suite, en 2006, le ministre de l’intérieur, Nicolas Sarkozy, devait regretter la « démission » des juges des enfants de Bobigny, selon lui responsable de la montée de la délinquance en Seine-Saint-Denis (« Jacques Chirac défend les juges », *Le Monde*, 23 septembre 2006).

² Du nom de cette mère de famille assassinée, le 2 juin 2005, par deux hommes, dont un délinquant multirécidiviste placé en liberté conditionnelle (« Affaire Crémel : “la loi, toute la loi a été respectée”, selon le ministre de la justice », *Le Monde*, 23 juin 2005).

³ Renvoyées devant les assises dans le cadre d’une affaire de pédophilie, plusieurs personnes se trouvaient finalement blanchies, après avoir, pour certaines, passé 3 ans en détention provisoire. Pour un exposé détaillé de cette affaire, v. Rapport de M. Philippe Houillon, fait au nom de la commission d’enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnement de la justice dans l’affaire dite d’Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, t. 1, *Doc. AN*, 2005-2006, n° 3125, 628 p.

⁴ Guy Canivet, « Nous rendons justice les mains tremblantes », *Le Monde*, 7 janvier 2006.

⁵ « Outreau : Mme Guigou “choquée par la chasse à l’homme” contre Burgaud », *AFP*, 12 juin 2006.

⁶ « Jacques Chirac défend les juges », *op. cit.*

Afin d'éviter que la controverse ne déstabilise l'autorité judiciaire, le chef de l'Etat⁷ et les parlementaires⁸ constituaient des groupes de réflexion sur ce sujet. Toutes leurs conclusions n'étaient pas encore connues que le président de la République profitait de la fête nationale pour annoncer une réforme du statut de la magistrature avant la fin de l'année 2006⁹. Etait ainsi relancé le débat récurrent sur la responsabilité des magistrats¹⁰.

Celui-ci n'a pas échappé à la sagacité des Révolutionnaires, puisqu'ils ont placé le contentieux disciplinaire des juges et des parquetiers sous le contrôle du pouvoir exécutif¹¹. Mais cette solution s'expliquait alors par des raisons pratiques, liées au souvenir des abus des Parlements de l'Ancien Régime : c'est parce qu'ils craignaient que les magistrats ne compromettent l'établissement de l'ordre nouveau que les hommes de 1789 ont accentué le contrôle du gouvernement sur leur action.

A partir de l'an VIII, l'affirmation de la logique représentative¹² est cependant venue donner un fondement plus théorique à cette reprise en main de la justice par le pouvoir politique. Les représentants de la nation étant l'incarnation du souverain, il devient important de veiller à ce que les juges assurent le respect de leurs décisions. A cette fin, le législateur organisait l'indépendance quasi-absolue des magistrats à l'égard des justiciables, tout en les dotant d'une indépendance relative à l'égard du pouvoir politique.

La logique représentative débouchait ainsi sur une conception dualiste de la séparation des pouvoirs¹³ qui, même si elle n'était pas par essence incompatible avec la pensée démocratique, favorisait en pratique la dérive oligarchique du régime, en permettant aux représentants et à leurs agents d'échapper à l'emprise de la loi commune. L'impossibilité dans laquelle se trouvaient les citoyens de demander compte de leur judicature aux juges, combinée à la responsabilité de ces derniers devant le gouvernement, laissait en effet libre cours à l'arbitraire des autorités politiques et administratives¹⁴.

⁷ Le chef de l'Etat chargeait le garde des Sceaux de conduire une réflexion sur la responsabilité des magistrats le 19 juillet 2005. V. « Le président de la République charge le ministre de la justice d'une réflexion sur la responsabilité des magistrats », *JCP-G*, 2005, act., p. 1435, n° 439.

⁸ Rapport de M. Philippe Houillon, *op. cit.*

⁹ « Interview télévisée de M. Jacques Chirac, président de la République, à l'occasion de la fête nationale, faite au Palais de l'Élysée, le vendredi 14 juillet 2006 », <http://www.elysee.fr>. Les déclarations présidentielles ont débouché sur l'élaboration d'un avant projet de loi. V. « Les réserves des magistrats et des avocats sur la réforme de la justice », *Le Monde*, 6 septembre 2006.

¹⁰ Pour un historique de la question, v. Kerbaol (Gwenola), *La responsabilité personnelle des magistrats de l'ordre judiciaire*, Thèse, Montpellier I, 2003, 2 t., 669 p., t. 1, pp. 6-9, n° 6 s.

¹¹ Décret des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, in Carette (Antoine-Auguste) (dir.), *Lois annotées*, t. 1, 1789 à 1830, Paris, Adm. du Rec. gén. des lois et arrêts, 1854, 1256 p., 53, Titre VIII, art. 6.

¹² Pour une présentation de cette logique et de certaines de ses implications, v. Bottini (Fabien), *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, Thèse, Le Havre, 2006, pp. 19-22.

¹³ Cette variante de la séparation des pouvoirs réduit à deux le nombre des pouvoirs dans l'Etat, en considérant la fonction judiciaire comme une composante du pouvoir exécutif. En ce sens, v. Troper (Michel), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, 251 p., pp. 45-46 ; Hamon (Francis) et Troper (Michel), *op. cit.*, p. 92.

¹⁴ C'était d'autant plus vrai qu'un certain nombre de mécanismes - tels que la garantie des fonctionnaires, le conflit d'attribution, les immunités parlementaires ou encore le privilège de juridiction des membres de l'exécutif - empêchaient les citoyens de demander compte de leur administration ou de leur mandat aux représentants ou à leurs agents devant les juridictions, notamment pénales. Sur cette question, v. Bottini (Fabien), *op. cit.*

Il faudra attendre les années 1870 pour que l'affirmation de la logique démocratique¹⁵ conduise à renforcer l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'égard des représentants¹⁶. A cette date, les citoyens entreprenaient en effet d'instrumentaliser le juge ordinaire afin de faire prévaloir leur volonté souveraine dans des régimes avec représentation¹⁷, favorisant ainsi l'émancipation des magistrats des gouvernants.

Cette évolution connaissait une nouvelle avancée à la fin du XX^e siècle, lorsque les aspirations populaires à plus de justice incitaient les juges à renoncer à leur traditionnelle déférence envers le pouvoir. C'est du moins ce que mettaient en lumière les « affaires » et le scandale du sang contaminé à partir des années 1990 : à l'image de l'opération « *Mani pulite* » menée par les magistrats milanais, le juge judiciaire français entreprenait de sanctionner les « décideurs publics »¹⁸ dont le comportement était répréhensible.

L'affirmation de la logique démocratique transformait ainsi une autorité de droit en un pouvoir de fait. Elle favorisait l'émergence d'une conception trialiste de la séparation des pouvoirs¹⁹, percevant la relation entre les différentes fonctions de l'Etat, non plus comme un antagonisme législatif / exécutif, mais comme une relation à trois, le pouvoir judiciaire, notamment répressif, se démarquant des deux autres afin de contrebalancer leurs excès.

Mais, en même temps qu'elle permettait d'assujettir davantage les décideurs publics au respect de la volonté générale, cette « promotion du juge »²⁰ posait la question de sa responsabilité : les magistrats doivent-ils personnellement répondre des fautes qu'ils peuvent commettre en rendant la justice ?

Le contexte particulier dans lequel la question s'est trouvée posée montre qu'elle n'est pas exempte « d'arrière-pensée »²¹ politique.

De façon immédiate, elle constitue le moyen pour certains décideurs publics de prendre leur revanche sur ces juges qui, depuis les années 1990, n'hésitent plus à engager leur responsabilité, notamment pénale. Car enfin pourquoi les autorités politiques et administratives devraient-elles être les seules à répondre de leurs

¹⁵ Pour une présentation de cette logique et de certaines de ses implications, v. Bottini (Fabien), *op. cit.*, p. 22-24.

¹⁶ Cette évolution se trouvait impulsée au lendemain de la défaite de Napoléon III à Sedan. V. Décret du 19 septembre 1870, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, *Bull. des lois de la Rép. fr.*, XIIe série, 1870, 2e sem., n° 10, p. 63, n° 79 : « le gouvernement de la défense nationale décrète : - Art. 1er. L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. - Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre ».

¹⁷ C'est ainsi que la pression populaire conduisait l'assemblée élue pour succéder au gouvernement provisoire du Général Trochu à entériner l'abrogation de la garantie des fonctionnaires. C'est en effet parce que le décret qui la prononçait avait été « l'un des mieux accueillis » par « l'opinion publique » que les parlementaires le ratifiaient (Rapport de M. Taillefert, fait au nom de la Commission chargée de rechercher, parmi les décrets législatifs du gouvernement de la défense nationale, ceux qu'il serait urgent de modifier, *JORF*, 18 avril 1872, annexe n° 928, p. 2614).

¹⁸ Selon l'ancien garde des Sceaux, Elisabeth Guigou, « ceux qu'on appelle les décideurs publics » sont « non seulement les élus, mais aussi les fonctionnaires de l'Etat et les agents des collectivités territoriales » (*JO Déb.*, CR S., séance du 28 avril 1999, p. 2506). Pour une proposition de définition de la notion, v. Bottini (Fabien), *op. cit.*, pp. 3-8, sp. p. 7.

¹⁹ V. Troper (Michel), *La séparation des pouvoirs...*, *op. cit.*, pp. 45-46 ; Hamon (Francis) et Troper (Michel), *op. cit.*, p. 92.

²⁰ Garapon (Antoine), « Réforme de notre justice, rénovation de notre démocratie », *Le Monde*, 27 février 1998.

²¹ Magendie (Jean-Claude), « La responsabilité des magistrats », *D.*, 2003, n° 18, doct., p. 1177.

actes ? Si elles le doivent, le principe d'égalité exige que les magistrats soient également tenus de le faire. « L'hostilité des » députés « à l'égard des juges »²² explique ainsi qu'une commission d'enquête parlementaire se soit emparée du scandale d'Outreau, chose « impensable dans n'importe quel autre pays d'Europe »²³.

De façon plus profonde, la question reflète l'attachement de certains de nos dirigeants à la logique représentative. Car, finalement, ce que les partisans de la responsabilité des magistrats leur reprochent, ce n'est pas tant de ne pas appliquer la loi que de l'appliquer sans tenir compte des nouvelles orientations politiques des « élus » de la nation. Lorsque le ministre de l'intérieur dit qu'un juge doit « payer » pour sa décision, il le dit parce que celle-ci, bien que conforme à l'état du droit, va à l'encontre du combat qu'il mène contre les récidivistes. Le projet de loi avorté sur la réforme de la justice²⁴ ne disait pas autre chose lorsqu'il prévoyait que le non-respect par les magistrats du parquet des directives générales de politique judiciaire constituerait une faute disciplinaire²⁵.

Ainsi, leur idée n'est pas tant de sanctionner les juges pour une prétendue faute qu'ils auraient commise que de les obliger à rendre leurs verdicts à l'aune de la nouvelle politique gouvernementale. C'est parce que les représentants de la nation incarnent le souverain que les magistrats doivent se plier à leur volonté. Et c'est pour cette même raison que leur responsabilité personnelle doit être recherchée pour faute lorsqu'ils s'abstiennent de le faire. Il s'agit pour la classe politique de faire prévaloir sa volonté en compensant l'émancipation des magistrats grâce à un moyen de pression d'un nouveau type, conformément à la logique représentative²⁶.

Au contraire, la logique démocratique suppose de relativiser la responsabilité personnelle des magistrats afin de garantir l'efficacité de la justice. Ces derniers étant chargés de veiller au respect de la volonté générale, il convient d'assurer leur indépendance à l'égard des instances politiques sans conduire au gouvernement des juges. La conception démocratique d'un intérêt général volontariste²⁷ suppose ainsi de concilier deux considérations antagonistes.

D'un côté, la nécessité de permettre à l'autorité judiciaire de jouer son rôle de contre pouvoir commande de garantir son indépendance²⁸ en assurant l'irresponsabilité fonctionnelle de ses membres. Au-delà de son rôle de gardien de la liberté individuelle, le juge doit faire prévaloir la volonté générale, telle qu'elle est exprimée au travers de la loi commune. C'est pourquoi ses décisions ne doivent pas

²² De Geouffre de la Pradelle (Géraud), Leclerc (Henri), Soulez-Larivière (Daniel) et Troper (Michel), « Justice : pour éviter l'impasse », *Le Monde*, 3 juillet 2001.

²³ « Guy Canivet : "Il est urgent de restaurer la crédibilité de la justice" », *Les Echos*, 26 juin 2006.

²⁴ Projet de loi constitutionnelle, relatif au Conseil supérieur de la magistrature, *Doc. AN*, 1998-1999, n° 835, p. 5. Bien qu'adopté en des termes identiques par les deux assemblées, conformément à l'article 89 de la Constitution de 1958, ce projet de loi n'aboutissait pas en raison de la décision du chef de l'Etat d'ajourner *sine die* la convocation du Congrès qui devait définitivement l'entériner (v. Décret du 19 janvier 2000, abrogeant le décret du 3 novembre 1999 tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au parlement réuni en Congrès, *JORF*, 20 janvier 2000, n° 16, p. 975).

²⁵ « Réactions mitigées au projet de réforme de la justice », *Le Monde*, 12 mars 1998.

²⁶ La compatibilité de l'obligation ainsi faite aux juges de tenir compte des nouvelles orientations politiques des gouvernants avec le principe de non rétroactivité de certaines lois est en outre incertaine.

²⁷ Cette conception considère l'intérêt général, non comme « la somme arithmétique des intérêts particuliers », mais comme leur « dépassement » (CE, *Rapport public 1999 sur la jurisprudence de 1998 et sur l'intérêt général*, Paris, La Documentation française, coll. « EDCE », n° 50, 1999, 449 p., p. 245).

²⁸ Laquelle a valeur constitutionnelle (CC, Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, *JORF*, 24 juillet 1980, p. 1868).

pouvoir engager sa responsabilité. Comme pour s'acquitter de sa mission l'intéressé doit être totalement indépendant des instances politiques (ou des parties), il convient en outre d'éviter qu'elles puissent faire pression sur ses décisions en le menaçant de poursuites à raison de ses fautes de service²⁹.

D'un autre côté, le souci de prévenir l'avènement d'un « gouvernement des juges », de substituer l'absolutisme judiciaire à celui des représentants, suppose d'engager la responsabilité personnelle des magistrats chaque fois qu'ils méconnaissent la volonté générale. Dans toute véritable démocratie, les autorités tiennent leur pouvoir du peuple souverain. Les juges n'échappent pas à la règle puisqu'ils rendent leurs décisions « au nom du peuple français ». Mais, dès lors que tel est le cas, ils lui doivent des comptes. Aussi doivent-ils répondre de ceux de leurs actes qui, sous prétexte de l'appliquer, contreviennent à la volonté générale et s'analysent comme des fautes personnelles.

L'affirmation de la logique démocratique renverse ainsi les solutions traditionnelles. Elle entraîne le renforcement de l'irresponsabilité fonctionnelle des magistrats vis-à-vis des autorités politiques (I) et le développement de leur responsabilité personnelle vis-à-vis des citoyens (II).

I - LE RENFORCEMENT DE L'IRRESPONSABILITE FONCTIONNELLE DES MAGISTRATS VIS-A-VIS DU POUVOIR POLITIQUE

Quel que soit le qualificatif dont on les affuble, les magistrats sont des agents publics³⁰. Des agents publics d'une nature particulière certes. Mais des agents publics tout de même. Pour cette raison, le principe d'égalité interdit de les soumettre à un régime de responsabilité plus contraignant que celui auquel sont soumises les autorités administratives.

Car ce principe « implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables »³¹. S'il n'en « résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes »³², rien ne justifie d'assurer une protection moindre aux magistrats.

Depuis 1789 en effet, les immunités sont valables dès lors qu'elles respectent trois conditions ; qu'elles 1°) prennent en compte la spécificité de situation de leurs destinataires ; 2°) sont justifiées par des considérations d'intérêt général ; et 3°) sont proportionnées à l'objectif poursuivi. Elles ne sont en d'autres termes valides que si elles compensent le risque procédural particulier qui pèse sur les dépositaires du

²⁹ La règle explique tout à la fois qu'un principe général du droit interdit de poursuivre les intéressés à raison des propos qu'ils tiennent à l'audience (Sauvel (Jean), « Les immunités judiciaires », *RSC*, 1950, n° 4, p. 558) et que leurs responsabilités tant civile (CA, Bordeaux, 9 mars 1967, Issartier, *D.*, 1968, jur., p. 365), disciplinaire (CSM, 8 février 1981, Bidalou, *GP*, 1981, 1er sem., p. 115) que pénale (Cass., crim., 19 novembre 1981, Proc. de la Rép. du TGI de Paris c/ divers magistrats de l'ordre judiciaire, *GP*, 1982, 1er sem., p. 245) ne puissent en principe être recherchées à raison du sens de leurs décisions.

³⁰ La notion d'« agent public » renvoie en effet aux « personnels de l'administration (...) soumis à un régime de droit public » (Guettier (Christophe), *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Focus droit », 2e éd., 2000, 255 p., p. 33). Elle désigne en d'autres termes le « collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif » (Guinchard (Serge) et Montagnier (Gabriel) (dir.), *Termes juridiques*, Paris, Dalloz, coll. « Lexique », 2001, 13e éd., p. 28).

³¹ CC, Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales (Ponts à péage), *Rec. CC*, p. 32, cons. n° 4.

³² *Idem.*

pouvoir afin d'assurer l'indépendance, la continuité et la dignité de leurs fonctions, sans conduire à leur impunité³³.

Or, quoiqu'en pensent les autorités politiques et administratives, l'irresponsabilité fonctionnelle des magistrats est conforme à ces critères. Tout d'abord, le juge est exposé à un risque procédural plus important qu'elles, ne serait-ce que parce que ses décisions ne peuvent être contestées devant aucune autre autorité : alors qu'un administré mécontent peut toujours saisir le juge, le justiciable insatisfait, lui, ne peut se tourner vers personne d'autre. Aussi peut-il être tentant pour lui de vouloir engager la responsabilité des magistrats qui ont tranché en sa défaveur. Dès lors qu'elle permet d'éviter que tel soit le cas, leur irresponsabilité favorise la continuité de leur fonction. Elle préserve en même temps leur dignité en soustrayant leurs dépositaires aux pressions du pouvoir politique et des parties. Une telle irresponsabilité ne saurait enfin être synonyme d'impunité. D'une part, parce qu'on ne peut reprocher aux juges de mettre en œuvre la loi lorsqu'ils se contentent de l'appliquer. D'autre part, parce que les fautes les moins graves qu'ils sont susceptibles de commettre dans l'accomplissement de leur mission ne font pas partie de celles dont la volonté générale demande la sanction.

Toutes ces considérations justifient donc de faire bénéficier les magistrats de la distinction faute personnelle/ faute de service³⁴.

A l'image de Laferrière, on peut dire que la faute de service « révèle un (...) mandataire de l'Etat, plus ou moins sujet à erreur »³⁵. Elle caractérise l'attitude des juges ou des parquetiers qui, en raison de leur surcharge de travail, égarent un dossier, laissent prescrire l'action publique ou rendent un délibéré tardivement, etc.

Dès lors que de telles fautes ne traduisent aucune malveillance, la nécessité d'assurer l'autonomie des magistrats conduit l'état du droit à les en rendre en principe irresponsables sur le plan civil et pénal. Il n'y a guère que leur responsabilité disciplinaire qui puisse éventuellement être engagée de ces chefs. Mais certains garde-fous empêchent les représentants d'asseoir leur domination sur les juges par ce biais.

L'indépendance de la justice explique ainsi que le pouvoir politique ne puisse normalement pas engager la responsabilité personnelle des magistrats à raison des actes qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions, tant d'un point de vue indemnitaire (A) que répressif (B).

³³ Pour une analyse détaillée de ces critères, v. Bottini (Fabien), *op. cit.*, pp. 24-32.

³⁴ Elles ont d'ailleurs conduit le législateur à la leur transposer par une loi de 1972 (L. n° 72-626 du 5 juillet 1972, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, *JORF*, 9 juillet 1972, p. 7182, art. 11). Le rapporteur du texte à l'assemblée nationale avait à cette occasion rappelé que le « système élaboré en matière de responsabilité de la puissance publique » par le juge administratif « distingue (...) selon que le fait dommageable revêt le caractère d'une faute de service (...) ou d'une faute personnelle (...) » avant d'expliquer : « ce sont ces dispositions que nous vous proposons de transposer en matière judiciaire, en établissant (...) la distinction entre la faute de service pour laquelle le magistrat n'aura pas à être mis en cause et la faute personnelle détachable de la fonction qui, seule, engagera sa responsabilité » (intervention de M. Jean Foyer, lors de la discussion du projet de loi portant réforme de la procédure civile, *JO Déb.*, CR AN, séance du 23 juin 1972, pp. 2813-2814). Dans le même sens, v. Rapport de MM. Mazeaud et Foyer, fait au nom de la commission des lois, *Doc. AN*, 1971-1972, n° 2447, p. 17.

³⁵ Concl. Laferrière sur TC, 5 mai 1877, Laumonier-Carriol c/ Magne, Mathieu-Bodet et Merlet, *Rec.*, p. 441.

A - L'irresponsabilité de principe des magistrats sur le plan indemnitaire

La nécessité d'assurer l'indépendance des magistrats explique que le pouvoir politique ne puisse engager leur responsabilité civile à raison des actes de leurs fonctions et que ce soit à l'Etat qu'il revienne d'en assumer la charge.

C'est elle qui explique que l'irresponsabilité des magistrats soit en principe absolue (1), même si elle est parfois relative (2).

1- *Le principe de l'irresponsabilité absolue des magistrats à raison de leurs fautes professionnelles*

De 1806 jusqu'en 1972, la logique représentative a permis au pouvoir politique de rechercher la responsabilité civile des magistrats à raison des actes rattachables à l'exercice de leurs fonctions, par le biais de la prise à partie³⁶.

Jusqu'en 1933 il est vrai, seuls les dénis de justice ou les faits de dol, fraude ou concussion étaient susceptibles d'engager leur responsabilité sur ce fondement. Mais rien n'empêchait les gouvernants de retenir une interprétation extensive de ces notions pour faire pression sur les juges.

A cette date, l'affirmation de la logique démocratique conduisait certes le législateur à assouplir les conditions dans lesquelles leur responsabilité pouvait être engagée, afin de favoriser l'indemnisation des victimes. Mais la logique représentative poussait les instances politiques à profiter du vote de la loi du 7 février 1933 pour renforcer leur emprise sur l'autorité judiciaire.

Ce texte était incontestablement favorable aux parties lésées puisqu'il transférait sur l'Etat la responsabilité des « fautes lourdes professionnelles » imputables aux magistrats³⁷. La procédure à suivre restait celle de la prise à partie, les plaignants devant toujours assigner le juge fautif devant la juridiction civile. Mais l'Etat devenait « civilement responsable » de ses magistrats, de sorte que les victimes de leurs agissements étaient assurées d'être indemnisées par un débiteur solvable.

Malgré ce progrès, la réforme contrevenait néanmoins à l'intérêt des citoyens. Car la logique représentative incitait le pouvoir politique à profiter de l'occasion pour renforcer son emprise sur les juges fautifs, en se reconnaissant le droit d'intenter une action récursoire à leur encontre. Le nouvel article 505 du code de procédure civile prenait en effet soin de préciser que l'Etat était « civilement responsable » des « fautes lourdes professionnelles » des magistrats « , sauf son

³⁶ *Anc. C. pr. civ.*, art. 505 s. Cette procédure était un héritage de l'ancien droit puisqu'elle était déjà consacrée par l'ordonnance de Blois de 1498. En ce sens, v. Albert (Nathalie), « De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats » in Deguergue (Maryse) (dir.), *Justice et responsabilité de l'Etat*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 2003, 308 p., p. 212. Sur la prise à partie, v. également : Ardant (Philippe), *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, LGDJ, coll. « Droit public », 1956, 291 p., p. 108 s. ; Kerbaol (Gwenola), *op. cit.*, t. 1, pp. 128-142, n° 191 s.

³⁷ L. du 7 février 1933, sur les garanties de la liberté individuelle, *GP*, 1933, 1er sem., p. 1078 : « l'Etat est civilement responsable des dommages-intérêts (...) prononcés contre les magistrats » à raison de faits de leurs fonctions ».

recours contre ces derniers »³⁸. Or, cette faculté donnait aux gouvernants le moyen d'influer sur les décisions des intéressés³⁹.

Les juridictions tentaient d'en atténuer la portée en considérant que seuls les actes judiciaires qui revêtaient un caractère « préparatoire » étaient susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat, à l'exclusion des actes juridictionnels, qui pouvaient toujours être contestés par le biais de l'appel ou du pourvoi en cassation⁴⁰.

Mais les aspirations populaires à plus de justice supposaient d'étendre cette solution à toutes les décisions prises par les magistrats, afin de renforcer leur indépendance.

Aussi, à partir de 1972, l'affirmation de la logique démocratique obligeait-elle les gouvernants à renoncer à leur faculté de se retourner contre le magistrat auteur d'une faute de service.

L'article 781-1 du code de l'organisation judiciaire issu de la loi du 5 juillet 1972⁴¹ permet toujours aux particuliers d'engager la responsabilité de la puissance publique à raison des fautes lourdes ou des dénis de justice que les juges ou les membres du parquet peuvent commettre⁴². Mais le recours de l'Etat contre les intéressés est désormais limité à celles de leurs fautes qui s'analysent comme des fautes personnelles.

³⁸ *C. pr. civ.*, art. 505 (dans sa rédaction issue de la L. du 7 février 1933).

³⁹ De ce que l'Etat n'a jamais exercé d'action récursoire depuis 1958, on ne peut en effet conclure que le pouvoir politique ne s'est jamais servi de cette faculté pour faire pression sur des juges, dès lors que la menace d'une telle action a pu suffire à obtenir la complaisance de certains d'eux.

⁴⁰ A partir du moment où cette possibilité était offerte à toutes les parties, il convenait en effet d'éviter que les gouvernants n'instrumentalisent le mécanisme de l'action récursoire pour influencer sur le sens d'une décision de justice. En ce sens, v. CA, Bordeaux, 9 mars 1967, *op. cit.*, p. 365.

Lors du vote de la loi du 5 juillet 1972, certains parlementaires avaient d'ailleurs relevé qu'« en raison de l'extrême difficulté que présente l'exercice de la fonction juridictionnelle et des risques d'erreur qui lui sont inhérents », il « conv[enait] d'éviter que la responsabilité de la puissance publique ne devienne un moyen de remettre en question la chose définitivement jugée » (v. Rapport de MM. Mazeaud et Foyer, *op. cit.*, p. 18). Le Conseil d'Etat en a fait de même puisqu'il estime « que si, en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité, l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité, dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive » (CE, Ass., 29 décembre 1978, Darmon, *D.*, 1979, p. 278).

⁴¹ L. n° 72-626 du 5 juillet 1972, *op. cit.*, p. 7182, art. 11.

⁴² Il revient désormais aux justiciables mécontents d'assigner l'Etat pris en la personne de l'agent judiciaire du Trésor (L. n° 55-366 du 3 avril 1955, relative au développement des crédits affectés aux dépenses du ministère des finances et des affaires économiques pour 1955, *JORF*, 6 avril 1955, p. 3420) d'une action en responsabilité. Mais, s'agissant d'un fonctionnement défectueux du service public de la justice, la jurisprudence du Tribunal des conflits les oblige à agir, non devant le juge administratif, mais devant le juge judiciaire lui-même (TC, 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, *GAJA*, n° 50). Le législateur a implicitement validé cette solution puisqu'il a refusé de la renverser lors du vote de la loi précitée du 5 juillet 1972 : à cette occasion, « la commission » des lois de l'assemblée nationale estimait qu'il n'était pas « utile de préciser qu'elle n'entendait opérer aucune modification à la répartition des compétences entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire » dans la mesure où « le contentieux de la responsabilité de l'Etat pour dommages causés par le fonctionnement des services judiciaires » devait « continu[er] d'être jugé par les tribunaux de l'ordre judiciaire » (Rapport de MM. Mazeaud et Foyer, *op. cit.*, p. 18). Dans le silence des textes, c'est le TGI, juridiction civile de droit commun, qui est compétent en première instance pour connaître des actions dirigées contre l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice, et la cour d'appel en appel. En pratique, les actions sont formées devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel de Paris, en raison de la domiciliation de l'agent judiciaire du trésor dans la capitale. Pour un exposé des inconvénients de la jurisprudence Préfet de Guyane, v. Sabourault (Didier), « La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité », in Deguerge (Maryse), *op. cit.*, pp. 175-176.

Dans la mesure où les gouvernants ne peuvent plus menacer les magistrats d'engager leur responsabilité pour faire pression sur le sens de leurs décisions, les juridictions semblent décidées à admettre plus largement la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice. Outre qu'elles retiennent une interprétation plus large des notions de « faute lourde »⁴³ ou de « déni de justice »⁴⁴, elles semblent désormais accepter qu'une demande en indemnisation puisse être formée contre le sens d'une décision juridictionnelle proprement dite⁴⁵, à condition que les voies de recours de droit interne aient préalablement été épuisées⁴⁶.

⁴³ Jusque dans les années 2000, celui-ci se montrait réticent à reconnaître la faute lourde de l'Etat. Retenant une interprétation « subjective » (Renard-Payen (Olivier) et Robineau (Yves), « La responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative », in Cass., Rapport 2002, Paris, La Documentation française, 2003, p. 68) de la notion, les tribunaux restreignaient les hypothèses dans lesquelles elle pouvait être retenue : une telle faute se déduisait alors de l'importance de l'écart entre le comportement que le juge aurait dû avoir et celui qui avait été le sien. C'était « celle qui a[vait] été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat, normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné » (Cass., civ., 1ère, 13 octobre 1953, Perroy, *Bull. civ.*, 1953, I, n° 272, p. 224) ou celle qui impliquait « des méconnaissances graves et inexcusables des devoirs essentiels du juge dans l'exercice de ses fonctions » (Cass., civ., 1ère, 10 mai 1995, X..., *Bull. civ.*, 1995, I, n° 202, p. 144).

Depuis les années 2000 toutefois, l'affirmation de la logique démocratique conduit les juridictions judiciaires à ouvrir plus largement la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux de la justice. Les aspirations populaires à plus de justice ont en effet incité les tribunaux à donner toute sa portée à la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice. Ce revirement a en outre permis de rendre l'article 781-1 compatible avec l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la CEDH estimant l'interprétation antérieure de l'article 781 contraire à l'exigence d'accessibilité et d'effectivité des voies de recours (CEDH, 20 février 1991, Vernillo c./ France, *D.*, 1992, somm., p. 333, obs. Jean-François Renucci). L'augmentation du nombre des recours traduisant les nouvelles attentes des citoyens, les juges du fond entreprenaient de retenir plus facilement la responsabilité de l'Etat (Coste (Christian), « Plaintes des justiciables et fautes disciplinaires des magistrats, *BICC*, 15 juillet 2000, n° 518, p. 8) avant que la Cour de cassation n'entérine cette évolution. Ce revirement de jurisprudence est visible à deux points de vue. En premier lieu, les juridictions retiennent désormais une conception « objective » de la faute lourde, celle-ci s'appréciant dorénavant « indépendamment de toute appréciation psychologique du comportement du ou des agents concernés » (Renard-Payen (Olivier) et Robineau (Yves), *op. cit.*, pp. 68-69). En second lieu, elles considèrent qu'une faute lourde peut être constituée d'une succession de négligences (CA, Paris, 25 octobre 2000, affaire dite « de la petite Maëlla », *RTD Civ.*, 2001, p. 125, obs. Jean Hauser ; *D.*, 2001, jur., p. 580, obs. Claude Lienhard). Si bien que, depuis 2000, la faute lourde renvoie à « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi » (Cass., Ass. plén., 23 février 2001, Consorts Bolle-Laroche (affaire dite du « petit Grégory »), *Bull. civ.*, 2001, n° 5, AP, p. 10). La nouvelle procédure a été jugée conforme au droit européen par la CEDH (CEDH, 7 novembre 2000, Van der Kar et Lissaur van West c/ France, requêtes n° 44952/98 et 44953/98).

A la suite de ces revirements, le Conseil d'Etat a abandonné l'exigence d'une faute lourde lorsqu'un jugement intervient dans un délai déraisonnable (CE, Ass., 28 juin 2002, garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Magiera, *AJDA*, 2002, p. 596, chr. Donnat et Casas).

⁴⁴ L'expression – que les juridictions ont toujours comprise en la matière dans un sens différent de celui de l'article 4 du Code civil – ne renvoie en effet plus seulement au « cas où le juge refuse de répondre aux requêtes ou ne procède à aucune diligence pour instruire ou faire juger les affaires en temps utile » (CA, Paris, 6 septembre 1994, cité par CSM, Rapport d'activité 1999, *op. cit.*, p. 114) ; elle renvoie désormais également « plus largement » à « tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu », lequel « comprend le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable » (TGI, Paris, 6 juillet 1994, C. et A. de Jaeger c/ Agent judiciaire du Trésor public, *GP*, 1994, 2e sem., p. 589).

⁴⁵ Semblant ainsi abandonner l'adage *Res judicata facit jus*, d'après lequel l'Etat ne saurait être responsable des dommages nés des décisions de justice erronées.

⁴⁶ Les juridictions judiciaires semblent en effet désormais décidées à admettre que le sens d'une décision juridictionnelle puisse engager la responsabilité de l'Etat. V. CA, Paris, 21 juin 1989, Epoux Saint-Aubin,

Le progrès qui en résulte est indéniable. Mais le souci d'assurer une meilleure indemnisation des victimes conduit certains responsables politiques à proposer de nouvelles réformes de fond. Ils préconisent notamment d'officialiser la reconnaissance du droit des justiciables d'engager la responsabilité de l'Etat à raison des actes proprement juridictionnels⁴⁷ et d'assouplir les conditions d'engagement de sa responsabilité en substituant une faute simple à la faute lourde actuellement exigée⁴⁸.

Tant qu'elles ne s'accompagnent pas d'une réintroduction de l'action récursoire de l'Etat, de telles réformes sont compatibles avec la logique démocratique : puisqu'elles ne risquent pas de compromettre l'indépendance de la justice.

Mais dans la mesure où elles reviennent à allourdir davantage le budget de la justice, on peut se demander si elles ne sont pas prématurées. Car le régime de la faute lourde est destiné à assurer la continuité de l'Etat, en empêchant que des recours en indemnité n'entraînent sans cesse son action, dans les domaines où l'activité de la puissance publique est particulièrement difficile. Une telle faute est d'ailleurs traditionnellement exigée en cas de dysfonctionnement du service public de la justice « à raison des difficultés exceptionnelles que présente l'exercice de la fonction juridictionnelle »⁴⁹. Or, s'il ne fait aucun doute que le progrès technique permet d'abandonner l'exigence de la faute lourde dans certains domaines, le caractère sinistré de l'activité juridictionnelle empêche de dire qu'elle est aujourd'hui plus facile à mettre en œuvre. Prétendre le contraire reviendrait à ignorer le manque de moyen des cours et tribunaux sur le plan tant financier, matériel que humain. Il ne faut en effet pas oublier que la France compte seulement 10 juges professionnels pour 100.000 habitants contre 25 en Allemagne⁵⁰. Soutenir que l'augmentation de son budget relativise la crise de la justice reviendrait à oublier que cette évolution profite essentiellement au financement de l'aide juridictionnelle,

GP, 1989, 2e sem., p. 948 : la cour admet le principe d'un engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de l'activité juridictionnelle, même si elle n'en fait pas application en l'espèce. Solution approuvée par : Cass., civ., 1ère, 20 mars 1989, Epoux Saint-Aubin, *Bull. civ.*, I, n° 131, p. 86. Comp. avec Cass., civ., 1ère, 6 mai 2003, société Basco Landaise de change, *Bull. civ.*, 2003, I, n° 105, p. 82 : si cet arrêt déboute une partie se disant victime d'une décision juridictionnelle, il le fait après avoir constaté qu'elle ne l'avait pas contesté par le biais des voies de recours.

⁴⁷ Commaret (Dominique) (dir.), *La responsabilité du juge*, Bordeaux, ENM, 1999, 24-130 p., p. 14.

⁴⁸ Un avant-projet de loi en ce sens était communiqué en 1999 au CSM (v. Rapport d'activité 1999, *op. cit.*, p. 117). L'idée de cette réforme a par la suite été reprise par le ministre de l'intérieur, Nicolas Sarkozy (v. « A propos de la responsabilité des magistrats ! Interview de Nicolas Sarkozy », *D.*, 2005, interview, p. 1956). La responsabilité pour faute simple de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice a été consacrée par certains Etats étrangers, notamment par la Belgique et le Luxembourg. Depuis une loi du 1er septembre 1988, ce dernier estime qu'une simple erreur d'appréciation - une « faute quelconque » dit la loi - peut engager la responsabilité de l'Etat, du fait du fonctionnement défectueux des services judiciaires. Cette législation ne s'applique toutefois pas aux décisions revêtues de l'autorité de la chose jugées. Quant au droit belge, il ne permet pas l'action récursoire de l'Etat contre le magistrat. V. Commaret (Dominique), *op. cit.*, p. 36 s. ; Sabourault (Didier), « La responsabilité du service public de la justice en Belgique », in Deguegue (Maryse), *op. cit.*, pp. 53-65. Il est à noter que certains auteurs en doctrine pensent que « se profile (...) un système de responsabilité sans faute du fait des défaillances du service public de la justice » (Sabourault (Didier), « La fonction juridictionnelle... », *op. cit.*, pp. 203-205). V., également, en faveur d'un tel système : Lombard (M.), « La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972, *RDP*, 1975, p. 585.

⁴⁹ Intervention précitée de M. Jean Foyer, *JO Déb.*, CR AN, séance du 23 juin 1972, p. 2814.

⁵⁰ « Europe de la justice. Les faiblesses françaises », *Le Monde*, 6 octobre 2006.

non à la dotation de fonctionnement des juridictions⁵¹. Aussi la substitution de la faute simple à la faute lourde suppose-t-elle préalablement de moderniser les cours et tribunaux, notamment en multipliant les postes et les programmes informatiques permettant d'accélérer le traitement des dossiers, et d'augmenter leur personnel de façon à leur permettre de faire face à l'afflux des contentieux. Plutôt que de grever davantage le budget de la justice en multipliant les condamnations en responsabilité, l'intérêt général commande donc de renforcer ses moyens d'action, afin d'éviter que l'activité juridictionnelle n'ait à donner lieu à indemnisation⁵². Il semblerait ainsi plus opportun de substituer une logique *a priori* fondée sur la prévention des dommages à une démarche *a posteriori* basée sur une indemnisation systématique des préjudices.

Au-delà on peut se demander si ces propositions ne passent pas à côté de l'essentiel. Car ce qui choque le plus l'homme de la rue, c'est qu'il revienne à la juridiction judiciaire de réparer les dommages qu'elle cause ; c'est qu'elle soit à la fois juge et partie sur ces questions⁵³.

Aussi serait-il opportun de confier le contentieux de la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement defectueux de la justice au juge administratif⁵⁴. Une telle alternative est sans doute contraire à la conception traditionnelle de la dualité de juridictions qui implique que le juge administratif ne puisse s'immiscer dans le fonctionnement de la juridiction judiciaire autant qu'elle interdit à cette dernière d'intervenir dans le contentieux administratif⁵⁵. Mais les raisons historiques qui ont commandé cette solution ne la justifient plus aujourd'hui⁵⁶. Plutôt que de continuer de voir le juge administratif comme un administrateur, le temps semble venu de le prendre pour ce qu'il est : un véritable juge ; une composante de notre pouvoir judiciaire *lato sensu*, c'est-à-dire juridictionnel. Dans une telle perspective, rien de choquant à ce que l'intéressé puisse statuer sur les fautes de service des magistrats judiciaires. Au contraire même, tant la « conception française de la séparation des pouvoirs »⁵⁷ semble commander de les lui soumettre.

Celle-ci se caractérise par le dédoublement de chacune des autorités de l'Etat : un parlement bicaméral ; un pouvoir exécutif bicéphale ; et une dualité de juridictions. Or, ce dédoublement n'a d'autre finalité que de prévenir en interne les excès des différentes fonctions. Dès lors que chaque chambre a pour raison d'être de limiter les excès de l'autre ; que le chef de l'Etat peut limiter ceux des ministres et inversement ; que le juge judiciaire peut sanctionner les fautes personnelles des magistrats administratifs ; dans de telles circonstances, l'incompétence du juge administratif pour engager la responsabilité du service public de la justice judiciaire

⁵¹ « Guy Canivet : "Il est urgent de restaurer la crédibilité de la justice" », *op. cit.*

⁵² *Contra* : CSM, *Rapport d'activité 1999*, Paris, éd. des journaux officiels, 2000, 188 p., p. 116.

⁵³ En application de la jurisprudence précitée du Tribunal des conflits (TC, 27 novembre 1952).

⁵⁴ Solution déjà proposée par : Capitant (René), note sous CE, 23 juin 1928, Davin, *S.*, 1929, 3e partie, p. 24. V., aussi, Drago (Rolland), note sous CE, Sect., 11 mai 1951, Baud, *S.*, 1952, 3e partie, p. 13.

⁵⁵ Note X... sous TC, 27 novembre 1952, *op. cit.*, p. 453, n° 1.

⁵⁶ D'autant que l'interpénétration des contentieux judiciaire et administratif est aujourd'hui de plus en plus forte, par exemple en droit pénal : tandis qu'il revient au juge administratif de sanctionner les contraventions de grande voirie (qui sont des infractions pénales), le juge répressif a le pouvoir de contrôler les actes administratifs dont dépend l'issue du procès pénal (v. *C. pén.*, art. 111-5).

⁵⁷ CC, Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *JORF*, 25 janvier 1987, n° 21, p. 925, cons. n° 15.

constitue une anomalie⁵⁸. Comme le transfert de ce contentieux au juge administratif permettrait de donner un plus grand crédit aux décisions rendues⁵⁹ sans compromettre l'indépendance des magistrats judiciaires, il semblerait plus opportun de l'opérer.

D'autres réformes paraissent toutefois nécessaires pour assurer pleinement l'impartialité du procès. Car les régimes dérogatoires qui règlent la responsabilité des magistrats à raison de leurs fautes de service permettent encore parfois l'action récursoire de l'Etat à leur encontre.

2 - L'irresponsabilité relative des magistrats en matière de tutelle ou de poursuites infondées

La nécessité d'assurer l'indépendance de la justice suppose de mettre un terme à l'ambivalence des régimes dérogatoires qui, sous couvert de faciliter l'indemnisation des victimes, permettent encore au pouvoir politique d'engager la responsabilité personnelle des magistrats judiciaires en matière de tutelle (a) ou de poursuites infondées (b).

a- L'ambivalence de la responsabilité écran de l'Etat en matière de tutelle

De 1806 jusqu'en 1964, la logique représentative a conduit le pouvoir politique à soumettre les juges des tutelles au droit commun de la responsabilité civile des magistrats⁶⁰.

A partir de cette date, l'affirmation de la logique démocratique a de nouveau conduit le législateur à assouplir les conditions d'engagement de leur responsabilité de façon à permettre une meilleure indemnisation des victimes. Mais la logique représentative l'a, là encore, poussé à profiter de l'occasion pour renforcer l'emprise des instances politiques sur ces juges.

Le nouvel article 473 du Code civil issu de la loi du 14 décembre 1964 favorise l'indemnisation des victimes en rendant « l'Etat (...) seul responsable (...) du dommage résultant d'une faute quelconque (...) commise dans le fonctionnement de la tutelle »⁶¹.

Mais il contrevient à l'intérêt des citoyens puisqu'il donne au pouvoir politique le moyen de faire pression sur les juges des tutelles en exerçant une action récursoire à leur encontre.

Afin de répondre aux attentes populaires, certains proposent de substituer un régime de responsabilité sans faute au régime de responsabilité pour faute actuelle⁶², à l'image du droit luxembourgeois qui a adopté cette solution par une loi du 1^{er}

⁵⁸ Cette solution est pourtant consacrée par un arrêt du Tribunal des conflits. V. TC, 27 novembre 1952, *op. cit.*

⁵⁹ Outre qu'il permettrait de simplifier l'état du droit tout en donnant une plus grande cohérence à la séparation des pouvoirs et au contentieux de la responsabilité pour faute de service de l'Etat.

⁶⁰ V. *supra*, I.A.1.

⁶¹ L. n° 64-1230 du 14 décembre 1964, portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *JORF*, 15 décembre 1964, p. 11144. Pour une application de ce texte, v. CA, Paris, 21 janvier 1994, M. J. et a. c/D. G. et a., *GP*, 1994, 1^{er} sem., pp. 170-172.

⁶² « Un service public de la justice responsable. Intervention du SM à la table ronde de la commission parlementaire sur l'affaire d'Outreau », <http://www.syndicat-magistrature.org/rubrique/29.htm>, p. 4.

septembre 1988⁶³. Mais, outre que l'intérêt immédiat d'une telle réforme semble incertain, force est de reconnaître qu'elle ne priverait pas automatiquement le pouvoir politique du moyen de pression dont il dispose sur les juges des tutelles.

D'un côté en effet, ce que demandent les citoyens, ce n'est pas tant d'indemniser les victimes d'un mal-jugé que de prévenir les erreurs ultérieures en donnant aux tribunaux les moyens de fonctionner efficacement. Aussi, au lieu d'alourdir davantage le budget de la justice, conviendrait-il une nouvelle fois de renforcer préalablement les moyens d'action du juge des tutelles, afin d'éviter la multiplication des erreurs.

De l'autre, la nécessité de veiller à l'impartialité de la justice semble plutôt commander de transférer au juge administratif le contentieux de la responsabilité pour faute simple de l'Etat en matière de tutelle. Il conviendrait donc ici aussi de revenir sur la jurisprudence actuelle du tribunal des conflits qui conduit les juridictions administratives à s'estimer incompétentes au profit du juge judiciaire pour indemniser les dysfonctionnements des services de tutelle⁶⁴.

Faute d'un tel changement, la responsabilité écran de l'Etat en la matière continuera d'être ambivalente, en satisfaisant les intérêts particuliers des victimes au lieu de l'intérêt général des citoyens.

Pour la même raison, il conviendrait de réformer les régimes dérogatoires qui règlent la responsabilité des magistrats en cas de poursuites pénales infondées.

b- L'ambivalence de la responsabilité écran de l'Etat en cas de poursuites pénales infondées

De 1806 jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la logique représentative a permis au pouvoir politique de prendre à partie les magistrats répressifs à raison des poursuites infondées qu'ils avaient pu exercer⁶⁵.

A partir de la fin du XIX^e siècle, l'affirmation de la logique démocratique a amené le législateur à ouvrir les possibilités d'action des victimes. Mais la logique représentative l'a une nouvelle fois empêché de tirer toutes les conséquences de cette évolution quant à l'indépendance des magistrats.

A compter de cette date, la législation rend plus aisé le dédommagement des parties lésées en substituant la responsabilité sans faute de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats dans deux hypothèses⁶⁶.

D'abord consacrée au bénéfice des victimes d'une erreur judiciaire par une loi du 8 février 1895, reprise aux articles 624 et suivants du Code de procédure pénale, cette solution était étendue aux personnes innocentées après avoir fait de la détention provisoire⁶⁷.

⁶³ Commaret (Dominique), *op. cit.*, Annexe V, notamment p. 42.

⁶⁴ TC, 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, *op. cit.*

⁶⁵ V. *supra* I.A.1.

⁶⁶ L'état du droit est en cela conforme à ce qui se fait dans certains pays étrangers, au Luxembourg notamment où la loi précitée du 1er septembre 1988 a introduit une responsabilité sans faute de l'Etat en matière de détention provisoire et d'erreur judiciaire constatée lors d'un procès en révision (v. Commaret (Dominique), *op. cit.*, p. 36 s).

⁶⁷ *C. pr. pén.*, art. 149 (introduit par la L. n° 70-643 du 17 juillet 1970, tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens). Jusqu'à la fin des années 1990, la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat sur ce fondement était soumise à la condition que la détention ait causé « un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité » au requérant. Mais cette solution revenait à faire

En ces matières, les victimes n'ont donc plus qu'à prouver l'existence d'un lien de causalité entre un dysfonctionnement judiciaire et leur préjudice pour obtenir réparation, les textes les dispensant d'apporter la preuve d'une faute du service public de la justice⁶⁸.

Bien qu'indéniable, ce progrès n'est toutefois pas toujours conforme à l'intérêt des citoyens. Car si elle empêche le pouvoir politique de rechercher la responsabilité personnelle des magistrats en cas d'erreur judiciaire, la nouvelle législation lui permet de le faire en cas de détention provisoire injustifiée.

Face à une erreur judiciaire, l'article 626 du Code de procédure pénale ne permet l'action récursoire de l'Etat qu'à l'encontre de « la partie civile », du « dénonciateur » ou du « faux témoin par la faute desquels la condamnation a été prononcée ». La loi pénale étant d'interprétation stricte, cette disposition semble interdire à l'Etat de se retourner contre le ou les auteurs de la décision litigieuse.

Mais en cas de détention provisoire injustifiée, l'article 149 permet à l'Etat d'intenter une telle action. Cet article rend en effet possible l'indemnisation de plein droit des anciens détenus « sans préjudice de l'application (...) des articles 505 et suivants du code de procédure civile » relative à la prise à partie. Comme celle-ci rend l'Etat responsable des « fautes lourdes professionnelles » des magistrats, « sauf son recours contre ces derniers », cette disposition revient à donner au pouvoir politique le moyen de peser sur les décisions des juges chargés de la mise en détention.

Même s'il est difficile de dire si les gouvernants ont ou non fait usage de cette prérogative, l'affirmation de la logique démocratique suppose de réformer ces dispositions. Elle commande de transférer le contentieux de ces fautes de service au juge administratif, afin de mettre un terme à cette nouvelle ambivalence de la responsabilité écran de l'Etat et de renforcer l'indépendance des magistrats à l'égard du pouvoir politique.

C'est encore cette considération qui explique l'irresponsabilité de principe dont ils jouissent sur le plan répressif.

peser une présomption de culpabilité sur le plaignant. Car lorsque son innocence n'était pas manifeste, les juges étaient réticents à prononcer la condamnation de l'Etat. Même si elle était parfois justifiée, leur ligne de conduite était particulièrement sévère à l'égard des véritables innocents. Elle encourageait en outre les anciens détenus à chercher une plus grande responsabilité personnelle des magistrats, au risque d'hypothéquer l'indépendance que requièrent leurs fonctions. Aussi, à partir des années 1990, le renforcement de la présomption d'innocence a-t-il conduit le législateur à supprimer cette exigence afin d'ouvrir plus largement le droit à indemnisation des personnes ayant fait l'objet d'une détention provisoire injustifiée. Dans la lignée de la loi du 30 décembre 1996 qui a supprimé la condition d'anormalité et de particulière gravité du préjudice subi (L. n° 96-1235 du 30 décembre 1996, relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, *JORF*, 1er janvier 1997, n° 1, p. 10, art. 9), la loi du 15 juin 2000 a ainsi consacré un droit à réparation intégrale de l'ancien détenu (L. n° 2000-516 du 15 juin 2000, relative à la présomption d'innocence et aux droits des victimes, *JORF*, 16 juin 2000, n° 138, p. 9048, art. 70). Sauf circonstances particulières énoncées par la loi, toute personne injustement placée en détention provisoire a donc désormais le droit d'être indemnisée du préjudice matériel et moral que lui a causé son incarcération. Sur ces questions, v. Canivet (Guy), « La question de la responsabilité du juge en France », <http://www.courdecassation.fr>; Giudicelli-Delage (Geneviève), « La responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale », *Justices*, 1997, n° 5, p. 34.

⁶⁸ Ce régime de responsabilité leur est d'autant plus favorable que l'administration ne peut plus s'exonérer de sa responsabilité en prouvant son absence de faute. Son bénéfice peut toutefois être refusé dans certains cas, notamment si le plaignant s'est librement et volontairement accusé ou laissé accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits à la poursuite (*C. pr. pén.*, art. 149 et 626).

B - L'irresponsabilité de principe des magistrats sur le plan répressif

La nécessité d'assurer l'indépendance des magistrats a conduit la logique démocratique à limiter les hypothèses dans lesquelles leur responsabilité peut être engagée par le pouvoir politique sur le plan répressif *lato sensu*.

C'est ainsi que l'état du droit tend à déléguer à une instance indépendante le soin d'engager leur responsabilité disciplinaire (1) et qu'ils ne peuvent en principe être sanctionnés à raison de leurs fautes de service au pénal (2).

1- La délégation du contentieux disciplinaire des magistrats

De 1802 jusque dans les années 1990, la logique représentative a conduit le pouvoir politique à garder la mainmise sur le contentieux disciplinaire des magistrats⁶⁹.

Si, jusqu'en 1946, cet état de fait se déduisait du caractère légal des règles applicables⁷⁰, la constitutionnalisation de la matière à cette date⁷¹ n'a pas fondamentalement changé la donne⁷².

⁶⁹ C'était d'autant plus vrai que les immunités judiciaires ne faisaient pas systématiquement obstacle à l'engagement des poursuites. En ce sens, v. Sauvel (Jean), *op. cit.*, p. 582.

⁷⁰ La législation soumettait les juges et les membres du ministère public à un régime disciplinaire différent. Les règles applicables aux juges faisaient preuve d'une certaine constance de 1802 jusqu'en 1946. En l'an X, un sénatus-consulte reconnaissait au « grand juge ministre de la justice » le soin d'engager la responsabilité disciplinaire des juges devant un tribunal de cassation présidé par lui et composé de membres « nommés par le Sénat, sur la présentation du Premier consul » (Sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802), in Carette (Antoine-Auguste), *op. cit.*, p. 610, art. 78 s.). En 1810, la loi reconnaissait aux cours d'appel le droit de sanctionner les juges qui « compromett[ai]ent la dignité de [leur] caractère ». Mais les sanctions les plus graves n'avaient qu'un caractère provisoire, leur mise à exécution étant subordonnées à l'accord préalable du « grand-juge ministre de la justice », « sans préjudice du droit que l'article 82 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X » lui « donn[ait] (...) de déférer le juge inculpé à la Cour de cassation, si la gravité des faits l'exige[ait] » (L. du 20 avril 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire et d'administration de la justice, in Carette (Antoine-Auguste) (dir.), *op. cit.*, pp. 318-319, art. 48 s., notamment art. 56). En 1883, le législateur érigeait les « chambres réunies » de la Cour de cassation en « conseil supérieur de la magistrature », tout en maintenant le monopole du ministre de la justice pour déclencher les poursuites (L. du 30 août 1883, sur la réforme de l'organisation judiciaire, *Bull. des lois de la Rép. fr.*, XIIe série, 1883, 2e sem., n° 788, p. 217 s., notamment art. 13 et 16). Les règles applicables aux membres du ministère public faisaient preuve de la même constance de 1802 jusqu'en 1946 puisqu'elles revenaient à laisser au ministre de la justice le soin de les sanctionner. V. Sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802), *op. cit.*, p. 610, art. 81 ; L. du 20 avril 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire et d'administration de la justice, *op. cit.*, p. 319, art. 60 s.

⁷¹ *Const. du 27 octobre 1946*, art. 84 : le « Conseil supérieur de la magistrature » « assure, conformément à la loi, la discipline de ces magistrats » ; *Const. du 4 octobre 1958*, art. 65 (dans sa rédaction issue de la loi référendaire du 28 septembre 1958) : « Le Conseil Supérieur de la Magistrature statue comme conseil de discipline des magistrats du siège ».

Le statut de la magistrature de 1958 prévoit que « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire » (Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF*, 23 décembre 1958, p. 11553, art. 43) susceptible de donner lieu à 7 sortes de sanctions différentes selon sa gravité (*Idem*, art. 45 : Réprimande avec inscription au dossier, déplacement d'office, retrait de certaines fonctions, abaissement de l'échelon, rétrogradation, mise à la retraite d'office, révocation).

Afin de prévenir un afflux de ce contentieux, le constituant a renforcé la responsabilité hiérarchique des magistrats, la procédure dite de « l'avertissement » (*Idem*, art. 44) donnant aux chefs de juridiction le moyen de rappeler leurs subordonnés aux devoirs de leur charge (Coste (Christian), « Plaintes des justiciables et fautes disciplinaires des magistrats », *op. cit.*, pp. 9-11).

Au contraire même, puisqu'elle a sacralisé la maîtrise des instances politiques sur ce contentieux *via* le garde des Sceaux⁷³ : non seulement, l'après 1958 reconnaissait à ce dernier le pouvoir d'apprécier librement quels étaient les faits passibles de sanctions disciplinaires⁷⁴ ; non seulement il lui réservait le soin de saisir l'instance disciplinaire de ces chefs⁷⁵ ; mais il lui reconnaissait également la faculté de suspendre les magistrats dans l'attente de la décision du conseil de discipline⁷⁶.

A partir de 1883 il est vrai, les possibilités d'action de la classe politique semblent plus marquées à l'égard des magistrats du parquet que de ceux du siège. Car ces derniers ne peuvent être jugés que par un organe autonome, le Conseil supérieur de la magistrature⁷⁷, lequel est présidé par le premier président de la Cour de cassation à compter de 1958⁷⁸.

Mais, jusque dans les années 1990, l'emprise du pouvoir politique sur les juges reste très forte : outre que le monopole du garde des Sceaux pour déclencher les poursuites lui permettait de fermer les yeux sur l'attitude d'un magistrat complaisant, la composition du conseil le plaçait sous la dépendance du pouvoir exécutif⁷⁹. Or, celui-ci pouvait d'autant plus facilement peser sur ses décisions qu'il les rendait à huis clos⁸⁰.

⁷² Sous la IV^e République, la logique démocratique incitait certes le constituant à élargir la saisine de l'instance de discipline « aux chefs de cour ou aux particuliers ayant déposé une plainte entre les mains du secrétaire général du Conseil » (Ricard (Thierry), *Le Conseil supérieur de la magistrature*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1990, 127 p., p. 76). Mais le CSM restait fortement politisé, du fait du mode de nomination de ses membres (*Idem*, pp. 30-36 ; Gicquel (Jean), « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », in *Mél. Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, XVII-507 p., pp. 293-294).

⁷³ La législation soumettait les juges et les membres du ministère public à un régime disciplinaire différent.

Les règles applicables aux juges faisaient preuve d'une certaine constance de 1802 jusqu'en 1946. En l'an X, un sénatus-consulte reconnaissait au « grand juge ministre de la justice » le soin d'engager la responsabilité disciplinaire des juges devant un tribunal de cassation présidé par lui et composé de membres « nommés par le Sénat, sur la présentation du Premier consul » (Sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802), in Carette (Antoine-Auguste) (dir.), *op. cit.*, p. 610, art. 78 s.). En 1810, la loi reconnaissait aux cours d'appel le droit de sanctionner les juges qui « compromett[ai]ent la dignité de [leur] caractère ». Mais les sanctions les plus graves n'avaient qu'un caractère provisoire, leur mise à exécution étant subordonnées à l'accord préalable du « grand-juge ministre de la justice », « sans préjudice du droit que l'article 82 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X » lui « donn[ait] (...) de déférer le juge inculqué à la Cour de cassation, si la gravité des faits l'exige[ait] » (L. du 20 avril 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire et d'administration de la justice, in Carette (Antoine-Auguste) (dir.), *op. cit.*, pp. 318-319, art. 48 s., notamment art. 56). En 1883, le législateur érigeait les « chambres réunies » de la Cour de cassation en « conseil supérieur de la magistrature », tout en maintenant le monopole du ministre de la justice pour déclencher les poursuites (L. du 30 août 1883, sur la réforme de l'organisation judiciaire, *Bull. des lois de la Rép. fr.*, XII^e série, 1883, 2^e sem., n° 788, p. 217 s., notamment art. 13 et 16).

Les règles applicables aux membres du ministère public faisaient preuve de la même constance de 1802 jusqu'en 1946, puisqu'elles revenaient à laisser au ministre de la justice le soin de les sanctionner. V. Sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802), *op. cit.*, p. 610, art. 81 ; L. du 20 avril 1810, *op. cit.*, p. 319, art. 60 s.

⁷⁴ Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958, *op. cit.*, p. 11554, art. 48 et 50.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Idem*, art. 47.

⁷⁷ *Const. du 27 octobre 1946*, art. 84 ; Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958, *op. cit.*, p. 11554, art. 48.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 11554, art. 51.

⁷⁹ *Const. du 4 octobre 1958*, art. 65 (dans sa rédaction issue de la loi référendaire du 28 septembre 1958) : « le Conseil supérieur comprend (...) neuf membres désignés par le président de la République ». Une loi organique obligeait certes le chef de l'Etat à nommer 7 magistrats au Conseil supérieur de la magistrature (Ord. n° 58-1271, portant loi organique sur le CSM, *JORF*, 23 décembre 1958, p. 11556, art. 1^{er}). Mais

L'influence des instances politiques était encore plus marquée à l'égard des magistrats du parquet puisqu'il revenait au ministre de la justice de les sanctionner⁸¹. A partir de 1958, il ne pouvait sans doute pas le faire sans avoir préalablement demandé son avis à une « commission de discipline »⁸². Mais, outre qu'elle aussi statuait à huis clos, son avis ne le liait en rien, de sorte qu'il pouvait ne pas en tenir compte⁸³.

L'éclatement des scandales politico-financiers ayant mis en lumière toute la dangerosité de la mainmise des gouvernants sur les magistrats, les aspirations populaires à plus de justice supposaient de réformer le régime de leur responsabilité disciplinaire⁸⁴.

Rien d'étonnant donc à ce que l'affirmation de la logique démocratique ait conduit le législateur à renforcer l'indépendance des membres de l'autorité judiciaire en la matière à partir des années 1990. Même si la résistance de la logique représentative l'a jusqu'à présent empêché d'étendre cette évolution aux membres du parquet, ce renforcement de l'autonomie des magistrats est visible à deux égards.

Il s'est tout d'abord traduit par une réforme de la composition du CSM. Tandis qu'auparavant la majorité de ses membres était désignée par les gouvernants⁸⁵, la plupart d'entre eux est désormais élue par le corps judiciaire⁸⁶.

Cette évolution s'est ensuite concrétisée sur le plan procédural, par une série de dispositions allant de la reconnaissance du droit des chefs de cour d'actionner eux-mêmes les poursuites disciplinaires contre un magistrat trop complaisant à l'égard du pouvoir politique⁸⁷ jusqu'à la consécration de la publicité des audiences du conseil⁸⁸, en passant par l'abrogation des dispositions permettant au garde des Sceaux de suspendre les magistrats du siège dans l'attente de sa décision⁸⁹.

leur mandat étant renouvelable une fois, il pouvait indirectement peser sur leurs décisions (*Idem*, art. 2). D'autant que les indemnités allouées aux membres du CSM n'étaient pas négligeables. Sur ce point, v. Décret n° 59-457 du 26 mars 1959, relatif aux indemnités allouées aux membres du CSM, *JORF*, 27 mars 1959, p. 3663.

⁸⁰ Ord. n° 58-1270, *op. cit.*, p. 11554, art. 57.

⁸¹ *Idem*, art. 48.

⁸² *Ibid.*, art. 59.

⁸³ *Ibid.*, art. 66. La seule obligation qui pesait sur lui était de saisir à nouveau l'instance de discipline, mais là encore l'avis de cette dernière n'était qu'obligatoire, en ce sens que, s'il était obligé de le solliciter, il n'était pas obligé de le suivre.

⁸⁴ Le refus du président Chirac de déférer à la convocation du juge Halphen en qualité de témoin, dans le cadre de l'affaire des HLM de Paris, montre à quel point le retrait de l'exécutif de la formation disciplinaire constitue une garantie de l'indépendance des magistrats. La présidente du Syndicat de la magistrature, Evelyne Sire-Marin, avait d'ailleurs demandé au chef de l'Etat de démissionner des autres formations du CSM en estimant « difficile » qu'il « continue d'exercer ses fonctions » à la tête du Conseil tout en critiquant les magistrats (« Le Syndicat de la magistrature demande à M. Chirac de démissionner du Conseil supérieur de la magistrature », *Le Monde*, 28 mars 2001).

⁸⁵ *Const. du 27 octobre 1946*, art. 83 ; *Const. du 4 octobre 1958*, art. 65 (dans sa rédaction issue de la loi référendaire du 28 septembre 1958).

⁸⁶ Sur les 11 membres que comptent les formations disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature, 6 magistrats de l'ordre judiciaires sont en effet élus par leurs pairs. V. L. org. n° 94-100 du 5 février 1994, sur le Conseil supérieur de la magistrature, *JORF*, 8 février 1994, n° 32, p. 2146, art. 1 et 2.

⁸⁷ L. org. n° 2001-539 du 25 juin 2001, relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, *JORF*, 26 juin 2001, n° 146, p. 10121, art. 17 et 20.

⁸⁸ *Idem*, art. 19 et 21.

⁸⁹ L. org. n° 92-189 du 25 février 1992, modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF*, 29 février 1992, n° 51, p. 3094, art. 54. Désormais, le garde des Sceaux peut simplement demander au CSM de suspendre le magistrat jusqu'à sa décision.

Le progrès qui en résulte est manifeste. Il a permis de rappeler les magistrats aux obligations de leurs charges⁹⁰. Mais le Conseil supérieur de la magistrature n'est pas encore la « clé de voûte de l'indépendance de l'autorité judiciaire »⁹¹ qu'il devrait être. Car la résistance de la logique représentative a empêché le pouvoir politique de lui déléguer le contentieux disciplinaire des magistrats du parquet⁹². Si l'effet désastreux produit par l'affaire Schuler-Maréchal⁹³ sur l'opinion publique avait conduit le président Chirac à proposer une révision constitutionnelle en ce sens⁹⁴, il a ajourné le Congrès du parlement qui devait définitivement l'entériner, quelques jours seulement avant sa réunion⁹⁵. Or, il est probable que la crainte de voir l'autorité judiciaire échapper totalement au contrôle du pouvoir politique a influencé sa décision.

C'est encore cette considération qui semble devoir expliquer les orientations du garde des Sceaux UMP Pascal Clément et de la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau.

Les intéressés ont en effet proposé de permettre aux justiciables mécontents de rechercher la responsabilité des magistrats à raison du contenu de leurs décisions juridictionnelles⁹⁶, grâce à deux nouvelles réformes. L'une vise à les rendre responsables au plan disciplinaire de leurs erreurs « grossières et manifestes d'appréciation »⁹⁷ ou de leur « méconnaissance manifeste (...) des principes

⁹⁰ Pour une présentation de certaines d'entre elles, v. Albert (Nathalie), *op. cit.*, pp. 230-231.

⁹¹ Selon l'expression du sénateur Haenel. Cité par Gicquel (Jean), *op. cit.*, p. 289.

⁹² Ainsi, le garde des Sceaux a toujours la possibilité d'ordonner la suspension du membre du parquet mis en cause dans l'attente de son passage en conseil de discipline, même s'il ne peut plus l'exercer que sur proposition « des chefs hiérarchiques, après avis de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente » (L. org. n° 94-100, *op. cit.*, p. 2150, art. 19).

⁹³ Le 15 décembre 1994, le conseiller général RPR des Hauts-de-Seine, Didier Schuller, déposait plainte contre Jean-Pierre Maréchal, le beau-père du juge chargé du dossier des marchés de l'office HLM de la ville de Paris, Eric Halphen. Le plaignant accusant Jean-Pierre Maréchal de vouloir lui extorquer de l'argent, sa plainte donnait lieu à une « souricière » à l'aéroport de Roissy. L'opération conduisait à l'arrestation de M. Maréchal en flagrant délit, alors qu'il venait de se faire remettre un million de francs en espèce (150.000 euros) des mains de Didier Schuller. En conséquence de son arrestation, le juge Halphen se trouvait dessaisi de l'instruction de l'affaire des HLM. Mais, il apparaissait rapidement que la manœuvre n'avait d'autre finalité que d'atteindre ce résultat ; qu'elle dissimulait un complot politique destiné à déstabiliser le juge, avec l'aval de l'entourage du ministre de l'intérieur de l'époque, Charles Pasqua. Pour un compte rendu détaillé et une analyse de cette affaire, v. Beaud (Olivier), « Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés », in Beaud (Olivier) et Blanquer (Jean-Michel), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes et Cie, 1999, 324 p., pp. 228-232.

⁹⁴ Projet de loi constitutionnelle, relatif au Conseil supérieur de la magistrature, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁵ Décret du 19 janvier 2000, abrogeant le décret du 3 novembre 1999 tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au parlement réuni en Congrès, *JORF*, n° 16, 20 janvier 2000, p. 975.

⁹⁶ L'existence des voies de recours conduit en effet le CSM à s'interdire « de porter une appréciation quelconque sur les actes juridictionnels des juges » (CSM, 8 février 1981, *op. cit.*, p. 115). Le CSM s'interdit également « d'apprécier la démarche intellectuelle du juge [d'instruction] dans le traitement des procédures qui lui ont été confiées » (CSM, 27 juin 1991, inédit).

Lorsque l'acte litigieux ne revêt pas de caractère juridictionnel mais constitue l'acte préparatoire d'une telle décision, la responsabilité du magistrat peut être engagée pour insuffisance professionnelle. En pratique, elle l'est lorsque que les jugements ne sont pas motivés ; lorsque le magistrat ne se présente pas à l'audience ou lorsque ses décisions ne sont pas rendues dans un délai raisonnable (CSM, *Rapport d'activité 2005*, <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>). Dans près de 70% des cas, c'est ce type de faute qui justifie les sanctions (CSM, *Rapport d'activité 2000*, Paris, éd. des Journaux officiels, 188 p., p. 100 ; « La magistrature se défend de laxisme à l'encontre des juges défaillants », *Le Figaro*, 6 mai 2006).

⁹⁷ « L'USM dénonce la réforme de Clément », *Le Nouvel Observateur*, 27 juin 2006.

directeurs de la procédure civile et pénale »⁹⁸ ; l'autre à reconnaître aux plaignants le droit de mettre eux-mêmes en œuvre les poursuites disciplinaires à leur rencontre. Or, toutes deux ont en commun de potentiellement renforcer l'emprise du pouvoir politique sur les magistrats. La première parce qu'elle revient à permettre à l'instance de discipline d'apprécier la légalité d'une décision de justice en lieu et place des instances juridictionnelles, de sorte qu'il suffirait au pouvoir politique de composer l'organe disciplinaire d'hommes essentiellement issus de ses rangs pour substituer son appréciation à celle des juges. La seconde parce qu'elle multiplierait les possibilités de la classe politique de faire pression sur l'action de la justice, dès lors que le garde des Sceaux serait le seul à même d'apprécier la suite à donner aux plaintes des justiciables⁹⁹.

Il ne faut cependant pas écarter ces propositions d'un revers de la main. Car elles n'apparaissent pas illégitimes dans leur essence. D'une part en effet, le caractère juridictionnel d'une décision ne saurait constituer un obstacle à la sanction des manquements graves que son auteur commet aux garanties essentielles accordées aux parties, sauf à entacher la dignité de la fonction de magistrat et à la décrédibiliser. D'autre part, le fait que le droit commun de la fonction publique ne permette pas aux administrés de déclencher la procédure disciplinaire contre les fautes de service des agents administratifs n'interdit pas de reconnaître aux justiciables le droit de le faire. Car, outre qu'elle est préconisée pour l'ensemble des agents publics¹⁰⁰, cette ouverture apparaît souhaitable à l'égard des magistrats judiciaires, dès lors qu'elle semble de nature à renforcer le contrôle démocratique des citoyens sur leur action¹⁰¹.

Les réformes envisagées doivent néanmoins être précisées si on veut qu'elles soient conformes aux aspirations populaires.

Il conviendrait ainsi d'inscrire dans la loi la jurisprudence qui veut que la sanction d'une éventuelle violation de la procédure n'est possible que si elle a préalablement été « souverainement constatée[] par » une « décision[] de justice devenue[] définitive[] »¹⁰².

De même, il serait judicieux de retirer son pouvoir d'initiative au garde des Sceaux pour le transférer aux citoyens. Ces derniers pourraient ainsi se voir reconnaître le droit de saisir les chefs de cour de leurs plaintes, quitte à déferer le cas échéant leur refus à un CSM élargi¹⁰³, ledit conseil pouvant toujours se saisir

⁹⁸ Rapport de M. Philippe Houillon, fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnement de la justice dans l'affaire dite d'Outreau, *op. cit.*, p. 494. Cette proposition a été reprise dans l'avant projet de loi précité qui prévoit, outre une mesure de suspension pour les cas pathologiques, de sanctionner « la violation délibérée des principes directeurs de la procédure civile ou pénale ». V. « Les réserves des magistrats et des avocats sur la réforme de la justice », *op. cit.*

⁹⁹ Ce risque apparaît d'autant plus réel que le pouvoir politique n'hésite pas à marchander le classement des poursuites pour obtenir la mutation de certains magistrats. Pratique dénoncée in CSM, Rapport d'activité 2000, *op. cit.*, pp. 107-108. Le conseil la qualifie de « sanction déguisée ».

¹⁰⁰ Auby (Jean-Marie) et al., *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2005, 5e éd., XV-758 p., pp. 387-688, n° 699. V., également, Bottini (Fabien), « La juridictionnalisation du régime disciplinaire des agents publics », *RDP*, 2007 (article à paraître).

¹⁰¹ Pour cette raison, l'ouverture du droit de déclencher les poursuites disciplinaires contre les agents publics aux particuliers nous semble constituer l'avenir du contentieux disciplinaire : dans la mesure où elle s'inscrit dans l'évolution plus globale impulsée par la logique démocratique.

¹⁰² CE, 5 mai 1982, Bidalou, *rec.*, p. 662.

¹⁰³ Cet élargissement semble nécessaire pour permettre au Conseil de faire face à l'afflux du contentieux qu'entraînerait une telle réforme. Certains suggèrent de profiter de l'occasion pour briser le corporatisme

d'office de l'affaire, comme pouvait le faire son homologue de la IV^e République¹⁰⁴.

Des réformes en ce sens permettraient de renforcer la crédibilité de la justice sans compromettre son indépendance. C'est encore la nécessité de la préserver qui explique l'irresponsabilité pénale dont jouissent en principe les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions.

2 - L'irresponsabilité pénale des magistrats agissant *ès qualité*

De 1810 jusque dans les années 1980, la logique représentative a conduit les instances politiques à se reconnaître le droit d'engager la responsabilité pénale des magistrats.

Le crime de « forfaiture » codifié à l'article 127 de l'ancien Code pénal leur permettait de sanctionner ceux qui allaient à l'encontre de leur volonté *via* les parquets¹⁰⁵, au grand dam des citoyens qui se trouvaient privés du secours de l'autorité judiciaire dans leur lutte contre le pouvoir.

Comme l'affirmation de la logique démocratique supposait de renverser ce rapport de force, les autorités se voyaient contraintes d'accroître les garanties d'indépendance offertes aux magistrats, à partir des années 1980.

Cette évolution a d'abord été le fait de la Cour de cassation qui considérait, à compter de 1981, qu'une décision juridictionnelle ne pouvait engager la

de l'institution, les formations disciplinaires actuellement compétentes à l'égard des magistrats du siège et du parquet laissant essentiellement aux intéressés le soin de juger leurs pairs, 8 de leurs 11 membres étant des magistrats (6 magistrats judiciaires et un magistrat administratif auxquels s'ajoutent le président de la Cour de cassation). V. *Const. du 4 octobre 1958*, art. 65 (dans sa rédaction issue de la L. const. n° 93-952 du 27 juillet 1993). Le projet de réforme du CSM présenté en 1998 suggérait ainsi de faire passer à 21 le nombre de ses membres, en faisant siéger à côté de 10 magistrats élus par leurs pairs au sein des magistrats du siège et du parquet, 11 personnalités n'appartenant ni à l'ordre judiciaire ni au parlement. Six d'entre elles devaient être désignées par le président de la République, le président de l'Assemblée Nationale et le président du Sénat, quatre autres par le Vice-président du Conseil d'Etat, le Premier président de la Cour de Cassation et le Premier président de la Cour des comptes, une dernière étant désignée en son sein par le Conseil d'Etat (Projet de loi constitutionnelle, relatif au Conseil supérieur de la magistrature, *op. cit.*, pp. 5-6). L'idée était de faire en sorte que le CSM ne représente plus le seul corps judiciaire, mais « reflète davantage la diversité de la Nation » (Audition de Mme le garde des Sceaux Elisabeth Guigou, citée in Rapport de M. Jacques Floch, sur le projet de loi constitutionnelle relatif au Conseil supérieur de la magistrature, *Doc. AN.*, 1998-1999, n° 930, p. 32). Cette idée continue d'être défendue par certains (V. Commaret (Dominique), *op. cit.*, p. 16 ; « A propos de la responsabilité des magistrats. Interview de Nicolas Sarkozy », *op. cit.*, p. 1957). Elle semble avoir été reprise dans l'avant projet de loi sur la réforme de la justice (« Les réserves des magistrats et des avocats sur la réforme de la justice », *op. cit.*), puisqu'il « veut rendre les magistrats minoritaires au sein du Conseil supérieur de la magistrature » (« Les réserves des magistrats et des avocats sur la réforme de la justice », *op. cit.*). Il convient toutefois d'éviter que le pouvoir politique ne profite de cette occasion pour reprendre en main la justice en s'assurant la maîtrise du contentieux disciplinaire des magistrats.

¹⁰⁴ Ricard (Thierry), *op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁵ *Anc. c. pén.*, art. 127 : « - Seront coupables de forfaiture, et punis de la dégradation civiques : - 1° Les juges, les procureurs généraux ou de la République, ou leurs substituts (...) qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif (...) soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées ; - 2° Les juges, les procureurs généraux ou de la République, ou leurs substituts (...) qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives (...) en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration ».

responsabilité pénale de son auteur¹⁰⁶. De telles décisions pouvant être critiquées par l'exercice des voies de recours, la haute juridiction estimait qu'elles ne pouvaient être constitutives par elles-mêmes d'un crime ou d'un délit. Par analogie, elle considérait que ni les décisions de classement sans suite ni les réquisitions écrites ou orales ne pouvaient exposer les membres du ministère public à des sanctions répressives¹⁰⁷. Comme, dans chacune de ces hypothèses, la responsabilité pénale du magistrat ne pouvait être recherchée, cette jurisprudence restreignait considérablement les cas dans lesquels le pouvoir politique pouvait faire pression sur eux par ce biais.

Cet affaiblissement de l'emprise des gouvernants sur les magistrats était par la suite confirmé par le législateur. A l'approche des élections législatives de 1993, les aspirations populaires à plus de justice le contraignaient en effet à profiter de l'élaboration du nouveau Code pénal pour abroger le crime de forfaiture¹⁰⁸.

Depuis lors, les instances politiques ne peuvent donc plus instrumentaliser la responsabilité pénale des magistrats pour influencer le sens de leurs décisions.

L'indépendance de l'autorité judiciaire étant une garantie du respect de la souveraineté des citoyens, l'irresponsabilité fonctionnelle de ses membres à l'égard des gouvernants apparaît conforme à la conception démocratique d'un intérêt général volontariste. Mais celle-ci exige inversement de développer la responsabilité personnelle des magistrats afin de préserver la légitimité de leur action.

II - LE DEVELOPPEMENT DE LA RESPONSABILITE PERSONNELLE DES MAGISTRATS VIS-A-VIS DES CITOYENS

Dans la mesure où la légitimité de leur action dépend de la dignité de leur fonction, le bien commun commande de sanctionner les magistrats qui outrepassent la volonté générale sous prétexte de l'appliquer. C'est pourquoi ces derniers doivent personnellement répondre des fautes personnelles dont ils peuvent se rendre coupables.

Puisque les intéressés sont des agents publics, l'expression peut s'entendre au sens où l'entendait Laferrière, comme renvoyant aux fautes qui révèlent « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »¹⁰⁹. De sorte que les fautes imputables aux magistrats doivent satisfaire aux deux critères mis en lumière par la doctrine administrativiste pour revêtir un caractère personnel, c'est-à-dire 1°) révéler un comportement manifestement inadmissible 2°) animé par une intention résolument coupable¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cass., crim., 19 novembre 1981, *op. cit.*, p. 245 ; 9 décembre 1981, Epoux P... c/ X... et al., *D.*, 1983, p. 352.

¹⁰⁷ Cass., crim., 9 mars 1983, Proc. de la Rép. près le TGI de Sarreguemines, *D.*, 1983, p. 352.

¹⁰⁸ C'est ce que rappelle la table de correspondance établie par le ministère de la justice entre les articles de l'ancien Code pénal et ceux du nouveau, lorsqu'elle souligne que l'article 127 a été « non repris » (« Circ. de la direction des affaires criminelles et des grâces du 14 mai 1993 (CRIM 93-9 F1), portant commentaire du nouveau C. pén. », in *C. pén.*, Paris, éd. Dalloz, 98e éd., 2001, p. 961).

¹⁰⁹ Concl. précitées sur TC, 5 mai 1877, Laumonier-Carriol c/ Magne, Mathieu-Bodet et Merlet, *Rec.*, p. 441.

¹¹⁰ Sur ce point, v. Maestre (Jean-Claude), *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, Paris, LGDJ, coll. « Droit public », 1962, 354 p., p. 221.

De son propre aveu, le Conseil supérieur de la magistrature s'inspire d'ailleurs de la jurisprudence administrative¹¹¹ pour estimer que la faute d'un magistrat revêt un caractère personnel dans deux hypothèses : lorsqu'elle est commise en dehors de l'exercice de sa fonction d'une part ; lorsqu'elle survient à l'occasion de son exercice mais qu'elle s'en détache d'autre part.

La faute personnelle dépourvue de tout lien avec le service public de la justice est en principe réprimée selon les termes du droit commun. Dès lors qu'en la commettant, les magistrats agissent comme de simples particuliers, il semble en effet normal qu'ils en répondent comme n'importe quel justiciable.

A l'inverse, la faute personnelle commise à l'occasion du service est parfois soumise à un régime spécifique. Ce dernier n'empêche toutefois pas les parties lésées de pouvoir engager la responsabilité personnelle du magistrat, tant sur le plan indemnitaire (A) que répressif (B).

A - La responsabilité de principe des magistrats sur le plan indemnitaire

De 1806 jusqu'en 1933, la logique représentative a justifié de limiter les hypothèses dans lesquelles les particuliers pouvaient prendre à partie les magistrats à raison de faits commis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.

Sur le fond, ils ne pouvaient l'être qu'à propos de celles de leurs fautes personnelles qui constituaient un dol, une fraude, une concussion ou un déni de justice¹¹².

Quant à la procédure à suivre, Léon Duguit n'avait pas manqué de souligner combien elle était « compliquée et périlleuse »¹¹³ pour les simples justiciables. Jusqu'en 1933, elle ne pouvait d'ailleurs être déclenchée qu'avec l'autorisation préalable de la juridiction compétente pour en connaître, de la cour d'appel si le magistrat était juge de première instance ou d'appel, de la cour de cassation si une cour d'appel dans son ensemble ou un juge de cassation était en cause¹¹⁴.

A partir de 1933¹¹⁵, l'affirmation de la logique représentative a certes conduit le législateur à faciliter l'indemnisation des victimes. Mais la résistance de la logique représentative l'a de nouveau incité à profiter de cette évolution pour limiter le droit des citoyens de demander compte aux magistrats de leur judicature.

L'état du droit issu de cette réforme est doublement favorable aux parties lésées.

Sur le fond, il leur permet d'être indemnisées par un débiteur solvable en substituant la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle du magistrat. Non plus seulement à l'égard de certaines de leurs fautes personnelles, mais, depuis 1979, à l'égard de toutes celles qu'ils peuvent commettre¹¹⁶.

¹¹¹ « La faute personnelle » doit également s'entendre « selon la jurisprudence dégagée pour les agents publics » (CSM, Rapport d'activité 1999, *op. cit.*, p. 121).

¹¹² L'expression désignant traditionnellement l'attitude du juge qui « refuse de répondre aux requêtes ou néglige de juger les affaires en état ou en tour d'être jugées » (*C. proc. civ.*, art. 505 et 506).

¹¹³ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, éd. de Boccard, 3e éd., 1930, 856 p., p. 297.

¹¹⁴ *Anc. c. proc. civ.*, art. 505 s.

¹¹⁵ L. du 7 février 1933, *op. cit.*

¹¹⁶ L. org. n° 79-43 du 18 janvier 1979, modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF*, 19 janvier 1979, n° 163, p. 162, art. 1.

Sur la forme, le législateur n'a eu de cesse de simplifier la procédure à suivre pour obtenir la réparation de ces fautes. Après avoir substitué l'autorisation préalable du premier président de la cour d'appel à celle de la juridiction en 1933¹¹⁷, il a implicitement abrogé les articles 505 et suivants du code de procédure civile sur la prise à partie en 1979¹¹⁸. Si bien que, désormais, les plaignants peuvent agir directement devant les tribunaux civils. Il leur suffit d'assigner l'Etat pris en la personne de l'agent judiciaire du trésor d'une demande en indemnité pour lancer le processus¹¹⁹. Cette évolution leur profite incontestablement. Mais elle compromet l'intérêt des citoyens.

En principe, ces derniers se sont vus reconnaître le droit de demander compte aux magistrats de leur judicature en engageant leur responsabilité personnelle. Mais, depuis 1933, l'ordonnancement juridique subordonne l'exercice de cette faculté à l'autorisation préalable des gouvernants. Depuis cette date, c'est en effet à l'Etat et, à travers lui, au pouvoir politique qu'il revient de déterminer si l'intérêt général justifie d'engager la responsabilité personnelle des magistrats à raison de celles de leurs fautes personnelles qui sont commises à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Or, sa maîtrise de la procédure¹²⁰, son pouvoir de la déclencher ou de s'abstenir d'y recourir, vide le droit d'action des citoyens de sa substance en même temps qu'elle lui donne un moyen de pression sur les juges ou les membres du parquet¹²¹.

Cette situation n'étant guère compatible avec les aspirations des citoyens à plus de justice, différentes propositions ont été formulées pour répondre à leurs attentes.

Une première série de suggestions tend à permettre aux plaignants d'engager directement leur responsabilité civile à raison des fautes qu'ils commettent à l'occasion de leurs fonctions, soit dans les termes du droit commun, soit par le biais d'une instance de filtrage¹²². La première alternative n'est pas très satisfaisante, dans la mesure où elle risque de « déstabilis[er] (...) l'activité judiciaire »¹²³ en

¹¹⁷ L. du 7 février 1933, *op. cit.* L'autorisation du premier président était remplacée par celle de la chambre civile de la Cour de cassation lorsque était en cause un magistrat de la haute assemblée. En ce sens, v., Albert (Nathalie), *op. cit.*, p. 213.

¹¹⁸ La procédure de la prise à partie a en effet été rendue inapplicable aux magistrats titulaires de l'ordre judiciaire par la loi organique du 18 janvier 1979. En ce sens, v. Cass., civ., 1ère, 1er juillet 1997, Akimoff c/ Veillard, inédit. Il est à noter que, dans le silence de la loi, la procédure subsiste à l'égard des juges non professionnels (juges de commerce, de prud'hommes, juges paritaires des baux ruraux et juges des affaires de sécurité sociale). Pour une application relativement récente de cette procédure, v. Cass., civ., 1ère, 10 mai 1995, *op. cit.*, p. 144.

¹¹⁹ V. *supra*, note 42.

¹²⁰ Celle-ci l'oblige à agir devant une chambre civile de la Cour de cassation (L. org. n° 79-43 du 18 janvier 1979, *op. cit.*, p. 162, art. 1er).

¹²¹ Moyen d'autant plus important que, comme on l'a vu, la responsabilité écran de l'Etat joue depuis 1979 à l'égard de toutes les fautes personnelles dont ils sont susceptibles de se rendre coupables à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. La loi précitée de 1979 insère en effet un article 781-1 au Code de l'organisation judiciaire dont il ressort que « la responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat. Cette action récursoire est exercée devant une chambre civile de la Cour de Cassation ».

¹²² Déclaration de Mme Elisabeth Guigou, garde des Sceaux, ministre de la justice, faite au nom du gouvernement, sur la réforme de la justice, *JO Déb.*, CR AN, séance du 15 janvier 1998, p. 8. Elle proposait de mettre en place auprès des cours d'appel des commissions, composées minoritairement de magistrats judiciaires, qui seraient chargées d'apprécier les suites à donner aux réclamations des citoyens.

¹²³ Commaret (Dominique), *op. cit.*, p. 13.

encourageant les perdants du procès à rechercher la responsabilité des auteurs de leurs décisions¹²⁴. Quant à la seconde, sa légitimité dépend de la composition de l'organe chargé de filtrer les plaintes. Plutôt que de créer une commission *ad hoc* ou de confier la tâche au médiateur de la République¹²⁵, il semblerait toutefois plus sage d'améliorer l'existant.

C'est cette orientation que choisit la seconde série de propositions. Elles tendent à rendre automatique l'action récursoire de la justice en cas de faute lourde des magistrats¹²⁶. Derrière son apparente simplicité, cette solution présente néanmoins l'inconvénient d'obscurcir les règles applicables en la matière. Car, en l'état actuel des choses, une faute lourde n'est pas une faute personnelle : malgré sa gravité, elle continue de s'analyser comme une faute de service¹²⁷. Dire que les magistrats devraient être personnellement responsables des fautes lourdes dont ils pourraient se rendre coupables dans l'exercice de leurs fonctions reviendrait donc à les rendre civilement responsables de leurs fautes de service. Le principe d'égalité imposant de traiter de façons identiques des personnes se trouvant dans une situation identique, la constitutionnalité d'une telle solution paraît improbable, sauf à l'appliquer à l'ensemble des agents de l'administration. Or, il est douteux que les décideurs publics et leurs subordonnés soient prêts à l'accepter. Les fautes lourdes des magistrats étant souvent dues à la faiblesse des moyens dont ils disposent pour s'acquitter de leur mission, il serait en outre injuste de mettre à leur charge leur indemnisation¹²⁸. Il ne faut ainsi pas confondre les fautes lourdes qu'ils peuvent commettre dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle et les fautes inexcusables qui s'en détachent¹²⁹.

L'alternative pourrait plus simplement consister à rendre automatique l'action récursoire contre les magistrats reconnus coupables d'une faute personnelle¹³⁰. Le plaignant devrait toujours agir contre l'Etat devant le TGI. Mais, l'agent judiciaire du trésor serait tenu de se retourner contre l'agent fautif, chaque fois que sa faute serait trop grave pour s'analyser comme une faute de service.

Une telle réforme offrirait l'avantage de renforcer la légitimité de la justice en permettant aux citoyens de sanctionner les juges défaillants, sans compromettre leur indépendance.

¹²⁴ « Responsabilité et discipline des magistrats. Interview de Claude Contamine », *D.*, 2001, n° 35, p. 2838.

¹²⁵ Comme le préconise la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau. V. Rapport de M. Philippe Houillon, fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnement de la justice dans l'affaire dite d'Outreau, *op. cit.*, p. 477.

¹²⁶ « A propos de la responsabilité des magistrats. Interview de Nicolas Sarkozy », *op. cit.*, p. 1956.

¹²⁷ Cette conséquence résulte de l'article 781-1 du COJ qui évoque la faute lourde dans son 1er alinéa consacré au régime de la faute de service, et pas dans son 2nd alinéa consacré à la faute personnelle. En ce sens, v. Kerbaol (Gwenola), *op. cit.*, pp. 207-208, n° 335. *Contra* : CSM, rapport d'activité 1999, *op. cit.*, p. 121 : pour le conseil, la faute personnelle s'entend de « la faute intentionnelle (...) ou de la faute lourde, d'une gravité extrême, même commise dans l'exercice des fonctions ».

¹²⁸ Pour ces raisons, il ne nous semble pas souhaitable d'inviter les magistrats à souscrire une assurance pour se couvrir des mauvaises décisions dont ils peuvent se rendre coupables. Dès lors en effet qu'une telle erreur continue de s'analyser comme une faute de service, le principe d'égalité impose que l'Etat prenne en charge l'indemnisation du dommage qu'elle cause, sauf à substituer à sa responsabilité écran un système assurantiel à l'égard de tous les agents publics, judiciaires comme administratifs.

¹²⁹ Cette distinction semble préférable à la distinction « faute lourde à raison de ses caractères » et « faute lourde à raison de ses conséquences », dans la mesure où cette dernière tend à faire croire qu'une faute lourde peut être une faute personnelle. Sur cette distinction, v. Albert (Nathalie), *op. cit.*, pp. 222-223.

¹³⁰ *Contra* : *Idem*, p. 226.

La recherche de cet équilibre a d'ailleurs conduit l'état du droit à reconnaître aux citoyens le droit de mettre en œuvre la responsabilité répressive des magistrats, *lato sensu*.

B - La responsabilité de principe des magistrats sur le plan répressif

La nécessité de préserver la légitimité de l'autorité judiciaire impose de réprimer les fautes les plus graves dont les magistrats peuvent se rendre coupables à titre personnel. C'est pourquoi les particuliers doivent pouvoir engager la responsabilité disciplinaire (1) ou pénale (2) des intéressés lorsqu'ils commettent une faute personnelle.

1 - Le filtrage des poursuites sur le plan disciplinaire

La légitimité de l'autorité judiciaire passe par l'éthique de ses membres. Plus que tous autres agents publics, ceux-ci doivent faire preuve d'un comportement exemplaire. Car la crédibilité de leurs attributions suppose qu'on ne puisse pas leur reprocher d'imposer aux autres des obligations qu'ils ne respectent pas eux-mêmes, sur le mode du « faites ce que je dis, pas ce que je fais ».

Cette considération a conduit le Conseil supérieur de la magistrature à retenir une conception extensive de la responsabilité disciplinaire des magistrats. Il ne se contente en effet pas de réprimer les fautes commises à l'occasion du service et qui s'en détachent par leur gravité¹³¹. Il sanctionne également celles qui sont commises en dehors du service lorsqu'elles l'entachent en raison de leur gravité¹³². Mais faut-il aller plus loin en reconnaissant aux parties lésées le droit de déclencher les poursuites disciplinaires contre les magistrats ?

Exception faite de la IV^e République¹³³, la logique représentative a conduit à refuser aux particuliers le droit de le faire de 1802 jusque dans les années 1990. L'autorité judiciaire étant chargée de veiller au respect de la volonté des représentants de la nation, il convenait d'éviter que les citoyens puissent empêcher ses membres de remplir leur office en les menaçant de poursuites.

Conformément à cette idée, le constituant de 1958 laissait au garde des Sceaux l'initiative de la procédure disciplinaire en toutes circonstances. Une telle situation étant contraire au droit des citoyens de demander compte aux agents publics de leur administration, la logique démocratique supposait de l'infirmier.

¹³¹ Ce premier type de faute sanctionne les manquements aux devoirs de leur charge commis par les magistrats. Le CSM considère en effet qu'« un juge » qui « de façon grossière et systématique, outrepass[e] sa compétence ou méconn[âit] le cadre de sa saisine » « accompli[t] (...) un acte étranger » à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Constituent par exemple de tels manquements le fait de se faire communiquer ès qualité des renseignements « à des fins personnelles » (CDP, 5 mars 1991) ; de rendre visite à un détenu à titre privé, en excipant de sa qualité de magistrat (CDP, 5 mars 1991 ; CSM-parquet, 30 mars 1996) ; de diriger une enquête à laquelle on est « personnellement intéressé » (CDP, 22 novembre 1991) ; d'abuser de sa qualité pour obtenir le bulletin n° 1 du casier judiciaire d'un tiers (CSM-parquet, 30 mai 1996) ou encore le refus d'un magistrat instructeur de transmettre une procédure dont il était régulièrement dessaisi (CSM-siège, 14 décembre 1994). V. Commaret (Dominique), *op. cit.*, p. 26.

¹³² Ce second type de faute sanctionne les comportements de la vie privée des magistrats qui ternissent l'image du service public de la justice. Le CSM considère que « même s'ils concernent par certains aspects la vie privée du magistrat » les faits qui « ont (...) un retentissement extérieur (...) portent atteinte à l'image de celui qui est appelé à juger autrui et, par voie de conséquence, à l'institution elle-même » dès lors qu'ils empêchent « leur auteur [d'] apparaître, dans son métier de juge et d'arbitre, avec le crédit et la confiance qui doivent lui être accordés ». C'est ainsi que le vice-président du tribunal de Nîmes, Hugues Vérita, impliqué dans deux affaires financières, a été révoqué, le 13 mai 2003, par le CSM (« CSM : le vice-président du tribunal de Nîmes révoqué », *Le Monde*, 15 mai 2003). V. également Commaret (Dominique), *op. cit.*, p. 32.

¹³³ V. *supra*, note 72.

Aussi, à partir des années 1990, a-t-elle conduit les autorités à prendre davantage en compte les griefs formulés par les parties lésées à l'encontre des magistrats fautifs.

Théoriquement il est vrai, la procédure continue de ne pouvoir être mise en oeuvre qu'à l'initiative du ministre de la justice ou, depuis 2001, des chefs de juridiction¹³⁴.

Mais, en pratique, on constate que les particuliers peuvent indirectement l'actionner en saisissant ces autorités de leurs plaintes. Car lorsque celles-ci paraissent manifestement fondées, les chefs de cours ont le devoir de les instruire, sauf à engager leur propre responsabilité disciplinaire¹³⁵. Or, cette même considération explique que les instances hiérarchiques n'hésitent pas à saisir le conseil de l'ordre lorsque les investigations concluent à la réalité des faits¹³⁶.

Le recueil des décisions que le Conseil supérieur de la magistrature a rendues depuis 1958¹³⁷ atteste d'ailleurs d'une évolution des mentalités depuis les années 1990. Jusqu'à cette date, le CSM paraît relativement peu sollicité. Mais, à cette date, l'émancipation des juges du pouvoir politique le conduit à jouer un rôle plus actif¹³⁸. Près d'un tiers des sanctions qu'il a prononcées depuis cinquante ans ont ainsi été infligées en une seule décennie ; quarante-sept de ces procédures ayant abouti au prononcé de sanctions disciplinaires entre 1990 et 2000, dont onze révocations ou mises à la retraite d'office¹³⁹.

Tout l'enjeu du débat consiste désormais à savoir si le statu quo est satisfaisant. Tel ne semble pas être le cas à en croire certains responsables politiques¹⁴⁰.

Dans la lignée du garde des Sceaux socialiste Elisabeth Guigou qui avait suggéré d'instituer une instance de filtrage afin de permettre aux particuliers d'engager leur responsabilité civile¹⁴¹, la commission d'enquête parlementaire sur

¹³⁴ L. org. n° 2001-539 du 25 juin 2001, relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, *JORF*, 26 juin 2001, p. 10121, art. 17 et 20. Cette solution avait été antérieurement défendue. V. Truche (Pierre) (dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapport publics », 1997, 500 p., p. 50. V. aussi Commaret (Dominique), *op. cit.*, p. 16.

¹³⁵ En principe, le garde des Sceaux les leur retransmet d'ailleurs à cette fin lorsqu'il en a connaissance le premier. En ce sens, v. Lamanda (Vincent), « Le rôle du Premier président de cour d'appel en matière disciplinaire », *BICC*, 2000, n° 518, p. 2.

¹³⁶ *Idem.* V. aussi Coste (Christian), « Plaintes des justiciables et fautes disciplinaires des magistrats », *op. cit.*, p. 12.

¹³⁷ Sur les 201 décisions recensées, le nombre effectif de décisions véritablement disciplinaires s'élève à 92 pour les magistrats du siège et 50 avis pour les magistrats du parquet. Pour une analyse critique de ces données statistiques, v. Rapport de M. Philippe Houillon, fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnement de la justice dans l'affaire dite d'Outreau, *op. cit.*, pp. 490-491.

¹³⁸ En ce sens, v. Dominique Rousseau, cité in « La magistrature se défend de laxisme à l'encontre des juges défaillants », *op. cit.*

¹³⁹ Rép. min. à la question écrite n° 23207, *op. cit.*, p. 1514. Ces condamnations sont d'autant plus importantes qu'elles tracent en filigrane les contours du code de déontologie des magistrats. Pour une synthèse des règles auxquels ils sont assujettis, v. Canivet (Guy) et Betoulle (Jérôme), « Magistrat », in *Rép. D. pr. civ.*, 2005, n° 620 s.

¹⁴⁰ L'une consiste à renforcer les pouvoirs du CSM en lui rattachant un corps d'inspection spécifique, identique à celui de l'inspection générale des services judiciaires (« Observations de l'USM sur l'indépendance du ministère public. Lettre du 8 mars 1997 », inédit).

¹⁴¹ Déclaration précitée de Mme Elisabeth Guigou, *JO Déb.*, CR AN, séance du 15 janvier 1998, p. 8. Par la suite, le projet de réforme de la justice présenté par le ministère de la justice suggérait de créer « une

l'affaire d'Outreau recommande ainsi de permettre aux justiciables mécontents de saisir le Conseil *via* le médiateur de la République¹⁴².

De telles propositions apparaissent néanmoins inutiles dès lors que la responsabilité des chefs de cour en la matière les conduit à examiner avec soin les plaintes qui leurs sont adressées.

Tout au plus pourrait-il être opportun d'uniformiser les conditions de traitement de ces plaintes et de permettre au CSM de s'en saisir d'office¹⁴³. De la sorte, les citoyens insatisfaits de la décision des chefs de juridiction pourraient toujours en informer un Conseil à la composition élargie, qui pourrait décider d'instruire le dossier s'il estimait leurs doléances fondées. Une telle réforme, qui soumettrait à un traitement identique les plaintes visant les magistrats à raison des faits rattachables ou détachables de l'exercice de leurs fonctions, offrirait en outre l'avantage d'éviter l'impunité des comportements déviants, chaque fois qu'aucune victime ne prendrait l'initiative des poursuites.

Même si elle suppose de modifier la composition de l'institution, une solution fondée sur ces principes apparaîtrait plus conforme aux aspirations populaires, dès lors qu'elle permettrait de sanctionner les fautes personnelles des magistrats, sans compromettre leur indépendance. C'est encore ce même équilibre que tente de réaliser la responsabilité pénale des magistrats à raison de leurs fautes personnelles.

2 - La liberté des poursuites sur le plan répressif

De 1808 jusqu'en 1993, la logique représentative a conduit les gouvernants à dénier aux citoyens la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité pénale des magistrats.

Au fond, rien n'interdisait de les poursuivre à raison de faits détachables de l'exercice de leurs fonctions. Au contraire même, puisqu'ils étaient tenus de répondre d'infractions spécifiques. Notamment codifiées aux articles 121, 122, 127 de l'ancien Code pénal, ces dispositions, reprises par les articles 432-4, 433-18 et 434-7 du nouveau, réprimaient les abus d'autorité, les usages irréguliers de qualité ou les dénis de justice dont les intéressés pouvaient se rendre coupables à l'occasion de l'exécution de leur mission.

Mais, sur le plan procédural, les magistrats bénéficiaient d'un privilège de juridiction qui entravait l'exercice des poursuites à leur encontre¹⁴⁴. Outre qu'il privait parfois les particuliers de la possibilité de mettre en mouvement l'action

Commission nationale d'examen des plaintes des justiciables » « dans le cas d'un comportement disciplinaire fautif d'un juge ou d'un dysfonctionnement de la justice ».

¹⁴² Rapport de M. Philippe Houillon, fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnement de la justice dans l'affaire dite d'Outreau, *op. cit.*, p. 475.

L'idée d'une instance de filtrage est partagée par Nicolas Sarkozy (« A propos de la responsabilité des magistrats. Interview de Nicolas Sarkozy », *op. cit.*, p. 1957) et Guy Canivet, le premier président de la Cour de cassation (« Guy Canivet : "Il est urgent de restaurer la crédibilité de la justice" », *op. cit.*).

¹⁴³ Solution proposée par l'USM. V. « Observations de l'USM sur l'indépendance du ministère public. Lettre du 8 mars 1997 », *op. cit.*

¹⁴⁴ V. C. *instr. crim.*, art. 479 s. ; C. *pr. pén.*, art. 679 s. Pour une présentation détaillée de ces dispositions, v. Kerbaol (Gwenola), *op. cit.*, t. 1, pp. 234-247, n° 392 s.

publique contre le magistrat fautif¹⁴⁵, l'action de la justice se trouvait souvent compromise en pratique par la complexité des règles applicables¹⁴⁶.

La reconnaissance du droit des citoyens de demander compte aux magistrats de leur judicature supposait de mettre un terme à ces abus. Aussi l'affirmation de la logique démocratique a-t-elle conduit le législateur à supprimer ces règles dérogatoires, de façon à rendre plus effective la responsabilité pénale des magistrats à raison de leurs fautes personnelles¹⁴⁷.

Les intéressés étant soumis à la procédure pénale commune, ils peuvent désormais être poursuivis et condamnés selon les termes du droit commun, comme n'importe quel justiciable. Entre 1990 et 2000, vingt-six magistrats au total ont ainsi fait l'objet de poursuites pénales, vingt-et-un d'entre eux ayant effectivement été condamnés¹⁴⁸. Récemment encore, tel membre du parquet général de Versailles était condamné à huit mois de prison avec sursis et 1.000 euros d'amende pour recels de photos à caractère pédophile¹⁴⁹ tandis que tel autre, premier substitut de Bobigny, était renvoyé en correctionnelle dans le cadre d'une affaire de blanchiment¹⁵⁰.

Afin d'assurer l'impartialité des débats, le Code de procédure pénale permet simplement aux autorités compétentes de « dépayser » l'affaire, en la faisant juger par un tribunal autre que celui dans lequel le magistrat mis en cause exerçait ses fonctions¹⁵¹.

La règle ne souffre aucune exception lorsque les faits reprochés au magistrat se détachent de ses attributions.

Il n'en va autrement qu'à l'égard des juges répressifs et des membres du parquet. L'article 6-1 du Code de procédure pénale précise en effet que les plaintes les visant à raison de faits commis à l'occasion d'une poursuite pénale ne peuvent déclencher l'action publique à leur encontre que si l'illégalité de leur acte a d'abord été constatée par la juridiction répressive saisie de l'affaire dans le cadre de laquelle ils ont agi.

Loin de compromettre la légitimité de leur action, cette règle, qui a été ajoutée à l'expérience, semble, dans son principe, de nature à la renforcer, dès lors qu'elle vise, non à assurer l'impunité des magistrats fautifs, mais à assurer l'efficacité de la justice, en empêchant que le pouvoir politique ou les parties au procès n'instrumentalisent la voie pénale pour ralentir le traitement de certaines affaires. Sans elle en effet, les délinquants auraient beau jeu d'accuser le magistrat en charge de leur dossier pour obtenir son dessaisissement et ainsi allonger le délai de la procédure¹⁵².

¹⁴⁵ Jusqu'en 1958, les parties lésées ne pouvaient par exemple pas prendre l'initiative des poursuites à l'égard des délits commis par les magistrats à titre privé (*C. instr. crim.*, art. 479).

¹⁴⁶ Sur les difficultés d'application des privilèges de juridiction institués aux articles 479 s. du *C. instr. crim.* et 679 s. du *C. pr. pén.*, v. Bottini (Fabien), *op. cit.*, p. 144 s.

¹⁴⁷ L. n° 93-2 du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale, *JORF*, 5 Janvier 1993, n° 3, p. 224, art. 102 : « les articles 679 à 688 du *C. pr. pén.* (...) sont abrogés ».

¹⁴⁸ Rép. min. à la question écrite n° 23207, *op. cit.*, p. 1514.

¹⁴⁹ « Procès d'un réseau d'images pédophiles : des peines de huit mois avec sursis à 16 mois fermes », *AP*, 20 juin 2006.

¹⁵⁰ « Affaire du "Sentier II" : 138 personnes et 4 banques renvoyées en correctionnelle », *Le Monde*, 21 juillet 2006. V. aussi « Un magistrat mis en examen après le démantèlement d'un réseau d'internautes amateurs d'images pédophiles », *Le Monde*, 17 mai 2003.

¹⁵¹ *C. pr. pén.*, art. 665.

¹⁵² Pour une critique et une proposition de réforme de cet article, v. Kerbaol (Guenola), *op. cit.*, t. 1, pp. 58-291, n°434 s.

Alors, les magistrats doivent-ils répondre personnellement des fautes qu'ils peuvent commettre en rendant la justice ?

Sur le plan théorique, la question renvoie aux mutations profondes qui affectent notre droit public du fait de la démocratisation de notre régime.

Tandis que la logique représentative commande de les rendre essentiellement responsables devant le pouvoir politique, la logique démocratique suppose de les rendre essentiellement responsables devant le peuple. Les citoyens étant le véritable souverain, il convient de leur permettre de demander compte à l'autorité judiciaire de sa judicature. Mais comme la loi exprime la volonté générale, il semble normal de limiter leur possibilité d'action aux cas où les juges ou les parquets la méconnaissent.

La logique démocratique commande ainsi de renforcer l'irresponsabilité fonctionnelle des dépositaires de l'autorité judiciaire chaque fois qu'ils se conforment à la loi et d'accroître leur responsabilité personnelle chaque fois qu'ils y contreviennent¹⁵³.

L'étude de la pratique montre néanmoins que beaucoup reste à faire. Car si la justice est plus indépendante du pouvoir politique qu'elle ne l'a été, elle l'est encore moins qu'elle le devrait.

Se pose en outre un problème de frontière : comment distinguer ce qui relève de la faute personnelle de ce qui relève de la faute de service ?

Une chose est sûre : il ne faut pas rendre les magistrats personnellement responsables de toutes les défaillances du service public judiciaire. Car de même que le risque zéro n'existe pas en matière administrative, il n'existe pas lors du procès. La justice - il importe de ne pas le perdre de vue - reste une « oeuvre humaine, sujette à l'erreur de fait ou de droit »¹⁵⁴.

Mais, de même que les magistrats ont été réticents à l'accepter à l'égard des autorités politiques ou administratives, ces dernières semblent décidées à ne pas l'admettre à l'égard des juges. Vouloir les rendre personnellement responsables de toutes leurs « mauvaises » décisions n'a pourtant pas plus de sens que de chercher à imputer la réalisation de tous les accidents ou de toutes les catastrophes possibles et imaginables aux décideurs publics ou à leurs agents.

Il peut donc sembler pour le moins paradoxal que ceux qui revendiquent une plus grande responsabilité personnelle des magistrats à raison des faits de leurs fonctions soient ceux-là même qui plaident en faveur d'un renforcement de l'irresponsabilité fonctionnelle des autorités politiques et administratives. D'autant qu'un développement de la responsabilité des magistrats appellerait automatiquement celui de la responsabilité des autres autorités de l'Etat : principe d'égalité oblige. Or, il est douteux que ce soit véritablement là l'objectif des promoteurs de la réforme.

Une telle évolution serait en outre injuste dès lors que les défaillances relevées à son appui incombent largement à l'Etat et, à travers lui, aux politiques qui n'ont pas su ou voulu anticiper l'engorgement de la justice en donnant aux magistrats les moyens matériels et humains de s'acquitter efficacement de leur

¹⁵³ En réponse à la question : « le juge indépendant peut-il être irresponsable ? » (Bredin (Jean-Denis), « Qu'est ce que l'indépendance du juge », *Justices*, 1996, n° 3, p. 165), on peut donc dire qu'il doit l'être chaque fois qu'il se contente d'appliquer la loi ; et qu'il doit être sanctionné chaque fois qu'il s'en écarte.

¹⁵⁴ Intervention de M. Pierre Truche, cité in Commaret (Dominique), *op. cit.*, p. 4.

mission : il ne faut pas oublier que l'explosion du contentieux les conduit à examiner de plus en plus d'affaires tandis que l'affirmation du droit à un procès équitable les oblige à le faire de plus en plus vite, et que l'instabilité croissante du droit les amène à le faire dans des conditions de plus en plus difficiles. La question n'est donc pas tant de savoir « qui jugera les juges ? », en écho à la célèbre interrogation latine (« *Qui custodiet custodes ?* ») souvent reprise dans le débat ; mais de savoir quand ils recevront les moyens d'exercer sereinement leurs fonctions. Car la réponse à cette dernière relativiserait de beaucoup l'intérêt de la première¹⁵⁵. Ainsi, il convient de ne pas mettre la charrue avant les bœufs ; de durcir la responsabilité personnelle des magistrats avant d'améliorer leurs conditions de travail.

Certains hommes politiques semblent l'avoir compris, puisqu'ils se disent conscients du fait qu'il n'y aurait pas « tant de voix à s'élever pour demander la sanction du juge qui s'est trompé si l'institution s'emparait de chaque erreur judiciaire pour la comprendre, l'analyser, la disséquer »¹⁵⁶. Il revient à leurs pairs de prendre l'exacte mesure de ce constat.

Au Havre, le 6 octobre 2006.

¹⁵⁵ D'autant que, comme le relève un auteur, « la question de savoir qui jugera les juges » soulève « celle de savoir qui jugera les juges des juges » (Sabourault (Didier), « La fonction juridictionnelle... », *op. cit.*, p. 205).

¹⁵⁶ « Discours de M. Pascal Clément, garde des Sceaux, Ministre de la Justice, prononcé à l'Ecole Nationale de la Magistrature, à Bordeaux, le 2 février 2006 », <http://www.justice.gouv.fr/discours/d020206.htm>.