



HAL
open science

La responsabilité juridictionnelle

Jane-Laure Bonnemaïson

► **To cite this version:**

Jane-Laure Bonnemaïson. La responsabilité juridictionnelle. Droit. Université Paul Verlaine - Metz, 2011. Français. NNT : 2011METZ005D . tel-01749170

HAL Id: tel-01749170

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01749170v1>

Submitted on 29 Mar 2018

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.



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

UNIVERSITE PAUL VERLAINE – METZ
Ecole doctorale Sciences Juridiques, Politiques, Economiques et de Gestion
U.F.R. Droit Economie Administration

**THESE POUR L’OBTENTION DU DOCTORAT
DROIT PRIVE**

présentée et soutenue publiquement par
Jane-Laure Bonnemaïson
le 5 novembre 2011

**LA RESPONSABILITE
JURIDICTIONNELLE**

Membres du jury :

Isabelle Corpart

Maître de conférences de droit privé à l'Université de Haute-Alsace

Rapporteur

Stéphanie Grayot-Dirx

Professeur de droit privé, Agrégée des Facultés de droit, à l'Université de Bourgogne

Rapporteur

Sophie Hocquet-Berg

Professeur de droit privé à l'Université Paul Verlaine – Metz

Directrice des recherches

Claudie Weisse-Marchal

Maître de conférences de droit public à l'Université Paul Verlaine – Metz

Et en présence de :

Christophe Soulard

Magistrat, Premier vice-président du Tribunal de grande instance de Metz

Professeur associé à l'Université Paul Verlaine – Metz

UNIVERSITE PAUL VERLAINE – METZ
Ecole doctorale Sciences Juridiques, Politiques, Economiques et de Gestion
U.F.R. Droit Economie Administration

**THESE POUR L’OBTENTION DU DOCTORAT
DROIT PRIVE**

présentée et soutenue publiquement par
Jane-Laure Bonnemaïson
le 5 novembre 2011

**LA RESPONSABILITE
JURIDICTIONNELLE**

Membres du jury :

Isabelle Corpart

Maître de conférences de droit privé à l'Université de Haute-Alsace

Rapporteur

Stéphanie Grayot-Dirx

Professeur de droit privé, Agrégée des Facultés de droit, à l'Université de Bourgogne

Rapporteur

Sophie Hocquet-Berg

Professeur de droit privé à l'Université Paul Verlaine – Metz

Directrice des recherches

Claudie Weisse-Marchal

Maître de conférences de droit public à l'Université Paul Verlaine – Metz

Et en présence de :

Christophe Soulard

Magistrat, Premier vice-président du Tribunal de grande instance de Metz

Professeur associé à l'Université Paul Verlaine – Metz

L'Université Paul Verlaine – Metz n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

Je tiens à présenter mes plus sincères remerciements à ma directrice de thèse, Madame le Professeur Sophie Hocquet-Berg, pour son indéfectible soutien, sa grande disponibilité et ses précieux conseils.

J'adresse ma profonde reconnaissance aux membres du jury qui me font l'honneur de leur présence.

Enfin, je remercie les miens pour m'avoir accompagnée et soutenue durant ces années de recherches, et plus particulièrement mes parents et mon frère.
Merci également à Patrick.

Une pensée particulière à S.

A mes parents, Elise et Marc

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJFP	Actualité juridique du droit de la fonction publique
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^{ème}	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^{ème}	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	<i>Confer</i> , comparez
Ch. correct.	Chambre correctionnelle
Chron.	Chronique
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Concl.	Conclusions
Cons.	Considérant
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CRD pén.	Commission de réexamen des décisions pénales
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
D.	Recueil Dalloz
Droits	Droits, Revue française de théorie juridique
Ed.	Edition
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
ENM	Ecole nationale de la magistrature
Fasc.	Fascicule
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit

<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
Jcl	Jurisqueur périodique
JCP	Semaine juridique
JO	Journal officiel
Justices	Revue Justices
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'œuvre citée
P.	Page
Pouvoirs	Revue Pouvoirs
Procédures	Revue Procédures
PUAM	Presses universitaires d'Aix-en-Provence / Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RA	Revue administrative
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rép. pr. civ.	Répertoire Dalloz de procédure civile
Rép. pén.	Répertoire Dalloz pénal
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFSP	Revue française de science politique
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RSC	Revue de science criminelle et de droit comparé
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
S.	Recueil Sirey
<i>Supra</i>	Ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance

SOMMAIRE

Première partie : Les obstacles classiques à la reconnaissance d'une responsabilité juridictionnelle

Titre 1^{er} : Les obstacles allégués tenant aux spécificités de la fonction juridictionnelle

Chapitre 1^{er} : L'autorité de l'acte juridictionnel

Chapitre 2nd : L'établissement des voies de recours

Titre 2nd : Les obstacles allégués tenant aux garanties de la fonction juridictionnelle

Chapitre 1^{er} : L'indépendance de la justice

Chapitre 2nd : L'autorité de la justice

Seconde partie : Vers l'affirmation d'une responsabilité juridictionnelle

Titre 1^{er} : La consécration d'une responsabilité juridictionnelle fondée sur une atteinte à la légalité

Chapitre 1^{er} : Les traditionnelles responsabilités liées à la fonction juridictionnelle

Chapitre 2nd : L'admission d'un nouveau régime de responsabilité

Titre 2nd : La consolidation d'une responsabilité juridictionnelle fondée sur les devoirs du juge

Chapitre 1^{er} : Une responsabilisation inhérente à la fonction juridictionnelle

Chapitre 2nd : Une responsabilisation imposée par la carrière

INTRODUCTION GENERALE

1. « Juger les autres a pour contrepartie d'être jugé par eux »¹.

Bien qu'énoncée il y a quelques années par Monsieur Guy Canivet - alors qu'il était Premier président de la Cour de cassation -, cette affirmation demeure d'actualité. Depuis plusieurs années, la figure du juge, sa déontologie, sa responsabilité suscitent un véritable débat. Si la sphère juridique est concernée - en témoignent les nombreux rapports, études, articles publiés sur ce sujet depuis quelques années² - cette question dépasse celle-ci pour interpeller tous les acteurs sociétaux (citoyens, politiques ou journalistes).

2. Outre l'émoi qu'elles ont provoqué au sein de l'opinion publique, de récentes « affaires » ont révélé le rôle indéniablement fondamental exercé par le juge au sein du processus judiciaire. Au-delà, elles ont initié une profonde réflexion le concernant. Plus que l'institution elle-même, les regards, interrogations, critiques et questionnements se sont focalisés sur l'homme considéré inmanquablement par tous comme *responsable* : le juge. Une erreur judiciaire³ ou la remise en liberté conditionnelle d'un individu, par suite, soupçonné de récidive⁴ puis condamné, pose dorénavant la question de la responsabilité du juge plus que celle de l'Etat.

3. Cette problématique s'est révélée avec force lors de l'affaire dite « d'Outreau ». A la suite de ce « fiasco judiciaire », une commission d'enquête parlementaire fut créée afin de rechercher « les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire susvisée et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement ». Or, son président, le député André Vallini, avait, à cette occasion, confié que les auditions effectuées par la commission avaient permis « d'avancer sur les trois grandes pistes de réforme à explorer : en amont, la formation des magistrats ; en aval, leur responsabilité ; et entre les deux, la

¹ G. Canivet, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 6 janvier 2006, *L'innovation technologique Rapport d'activités 2005*, p. 34, http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_cassation-rapport_2005-3.pdf

² G. Kerbaol, *La responsabilité des magistrats*, PUF, 2006 ; Association française pour l'histoire de la justice, *Juger les juges du Moyen-Age au Conseil Supérieur de la Magistrature*, La documentation française, 2000 ; G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La discipline des juges*, Litec, 2007 ; G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, Dalloz, 2003 ; A. Garapon (dir.), *Les juges : un pouvoir irresponsable ?*, Ed. Nicolas Philippe, 2003 ; M. Deguegue (dir.), *Justice et responsabilité de l'Etat*, PUF 2003 ; Ecole nationale de la Magistrature, *La responsabilité du juge*, Actes Colloque Bordeaux 25 et 26 mars 1999 ; *Le régime disciplinaire des magistrats du Siècle*, Documents de travail du Sénat, 2004, n° 131 ; M.-A. Frison-Roche, « *La responsabilité des magistrats, l'évolution d'une idée* », *JCP* 1999.I.174.

³ L'« affaire d'Outreau » demeure perçue par l'opinion publique comme une terrible erreur judiciaire pour laquelle la personnalité et le comportement du juge Burgaud auraient joué un rôle fondamental.

⁴ On pense plus particulièrement à l'affaire « Nelly Cremel », à l'occasion de laquelle le ministre de l'Intérieur de l'époque avait déclaré aux médias le 22 juin 2005 que le juge qui avait « osé remettre un monstre pareil en liberté conditionnelle » devait « payer pour sa faute ».

procédure pénale »⁵. On le voit, sur trois points de réflexion énoncés par le président de la commission d'enquête parlementaire, deux concernent directement le magistrat, et une s'intéresse plus précisément à sa responsabilité.

Toutefois, si le lien entre l'erreur judiciaire – au sens large du terme – et la responsabilité du juge est désormais formellement posé, cette problématique demeure délicate et mérite d'être réfléchi dans le respect des principes constitutionnels fondamentaux visant la justice et les juges.

4. Si les trois puissances visées par Montesquieu sont l'exécutif, le législatif et le judiciaire, seules les deux premières sont traditionnellement reconnues comme de véritables pouvoirs. En effet, « si des juges furent jamais indépendants d'un souverain dont ils exerçaient cependant et par délégation sa justice, et s'ils exercèrent, s'ils constituèrent jamais un pouvoir en France, ce fut... sous l'Ancien régime »⁶. De prime abord, on pourrait s'étonner de cette affirmation alors même que la justice apparaissait, jadis, comme de droit divin et uniquement dévolue au monarque. Manifestation par excellence du pouvoir du roi, celui-ci pouvait soit l'exercer directement en son conseil⁷, soit la déléguer aux parlements⁸. Ainsi entendue la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire, en marge de la personne du roi, était-elle compromise.

Pour autant, en se référant aux attributions exercées par les officiers de judicature, par les parlements, et notamment celui de Paris, la justice d'Ancien régime reflétait cette « autorité » capable de s'opposer à la volonté royale. Car, si les « parlements ne remettaient pas en cause le principe selon lequel le roi était « source de toute justice » »⁹, ils se considéraient néanmoins comme son conseil et, à ce titre, entendaient participer à l'exercice de ses prérogatives¹⁰. C'est bien au regard de leur indépendance – acquise par le biais de la vénalité

⁵ Entretien accordé au journal *Le Monde*, paru le 22 février 2006, p. 13.

⁶ J.-L. Halperin, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le pouvoir en France », *Justices* 1996, p. 18.

⁷ Le Conseil du roi était constitué de quatre formations : le Conseil d'en haut, lequel était chargé des affaires les plus importantes ; le Conseil des Dépêches, formation élargie du précédent, il avait vocation à instruire les questions relatives à l'administration du royaume ; le Conseil des Finances, qui, comme son nom l'indique, avait en charge les affaires financières du royaume et avait également vocation à connaître du contentieux fiscal ; le Conseil des parties, qui exerçait la fonction juridictionnelle, et connaissait notamment des recours en cassation des jugements rendus par les parlements.

⁸ Vers le milieu du XIII^e siècle fut créée le parlement de Paris, lequel était issu de l'ancienne *Curia Regis*. Compétent pour régler les litiges de nature privée, il ne fut plus en mesure de traiter l'ensemble des affaires qui lui étaient soumises et treize nouveaux parlements furent créés en France : Aix, Besançon, Bordeaux, Dijon, Douai, Grenoble, Metz, Nancy, Pau, Rennes, Rouen, Toulouse et Trévoux.

⁹ J.-L. Halperin, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le pouvoir en France », *op. cit.* note n° 6, p. 15.

¹⁰ *Ibid.*

des offices – que les juges d’Ancien régime s’estimaient légitimes à exercer un certain pouvoir. Car, outre le rôle judiciaire des parlements, ceux-ci avaient également vocation à participer à l’exercice du pouvoir législatif du roi.

Rendant des arrêts de règlement – c’est-à-dire des actes juridictionnels posant une véritable règle à portée générale et impersonnelle (à l’instar d’une loi) – et investis de la mission d’enregistrer les lois qui devaient s’appliquer sur le royaume, les parlements tiraient de cette prérogative leur capacité à s’opposer à la volonté royale. En effet, le texte visé par le roi et auquel étaient apposés les Sceaux était envoyé à l’enregistrement, dont la finalité était, certes, de lui attribuer une publicité qu’il permettait de réaliser, mais également d’opérer un contrôle relativement à son contenu. En pratique, le texte était examiné, puis transcrit par le greffier ; la cour, par l’intermédiaire du procureur général, en faisait exécuter des copies conformes à destination des juridictions du royaume. Mais si les juges estimaient que le texte n’était pas conforme, ils pouvaient formuler des observations consistant en des remontrances. L’intérêt politique que revêtait cette procédure était certain. Les juges disposaient d’un moyen de pression à l’encontre du souverain¹¹. Cette prérogative pouvait néanmoins être passée outre par le roi qui disposait de la possibilité d’envoyer une lettre de jussion, par laquelle il renvoyait le texte et *in fine* mandatait son procureur général de le faire valider. La bataille

¹¹ Jadis, les relations entre le souverain et les parlements étaient déjà tumultueuses. On note les premières mesures de restriction du pouvoir royal à l’encontre des parlements dès 1563 et 1566 avec respectivement les ordonnances de Roussillon et de Moulins, confirmées par l’ordonnance de Blois de 1579, à l’occasion desquelles Michel de l’Hospital dénia aux magistrats le droit de modifier, restreindre ou changer les édits royaux, lesquels conservaient et bénéficiaient de leur juridicité, même sans publicité. Les parlements, peu disposés à appliquer ces textes, perdurèrent dans leur fronde et Louis XIII rendit une nouvelle ordonnance en 1641, laquelle énonçait l’obligation d’enregistrer les textes concernant l’administration de l’Etat sans discussion préalable, mais qui disparût en échange de la cassation du testament de Louis XII en 1643. Le 13 mai 1648 fut rendu l’arrêt d’Union prônant « les principes de la fédération des cours souveraines pour défendre les intérêts de l’Etat » (P. Sueur, *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle*, Tome 2, *Affirmation et crise de l’Etat sous l’Ancien régime*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, p. 90). Se fondant sur ce principe, les parlements se revendiquèrent comme les classes d’un unique parlement ; ce que le souverain condamna lors de la séance de la flagellation du 3 mai 1766. La procédure d’enregistrement fut ensuite réformée par l’ordonnance de 1667 sur la procédure civile selon laquelle : « l’enregistrement devait se faire sans atermoiement, sauf possibilité de présenter au roi de courtes remontrances sur des articles précis du texte qu’il convenait d’interpréter ou de modifier » (P. Sueur, *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle*, Tome 2, *Affirmation et crise de l’Etat sous l’Ancien régime*, *Ibid.*, p. 91) Louis XIV s’appliqua à domestiquer les parlements, en consacrant en 1673 l’enregistrement automatique avec néanmoins la possibilité de présenter des remontrances mais uniquement *a posteriori*, procédure prenant fin en 1715 en échange de la cassation du testament de Louis XIV. En 1770, le chancelier Maupéou mit au point une réforme qui aurait pu définitivement mettre fin aux traditionnels affrontements entre le pouvoir royal et les parlements. En effet, après avoir accepté la démission de tous les magistrats du parlement de Paris, Maupéou institua en six conseils en remplacement, lesquels étaient privés du droit d’enregistrement. C’est ainsi que la fronde aurait pu être définitivement brisée, mais Louis XVI abrogea la réforme et rappela le parlement de Paris. « L’ordonnance de Fontainebleau de novembre 1774 prévoyait toutefois qu’après avoir examiné les remontrances, le roi pouvait maintenir son texte et le faire exécuter tout en acceptant de recevoir de nouvelles représentations » (P. Sueur, *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle*, *Ibid.*, p. 93) mais c’était sans compter l’esprit belliqueux des parlements, lesquels reprirent la lutte. La dernière réforme fût prescrite par l’Edit du 8 mai 1788, qui énonçait l’obligation pour la Cour plénière de procéder à tous les enregistrements.

pouvait néanmoins perdurer ; les parlementaires pouvaient, en effet, persister dans leur refus, et si après un nouvel envoi de lettre de jussion, le texte n'était toujours pas enregistré, le roi avait la capacité de, lui-même, rendre l'arrêt d'enregistrement à l'occasion d'un lit de justice. Donc, si, *in fine*, la souveraineté législative du roi n'était pas réellement compromise, les juges de l'Ancien régime incarnaient un contre-pouvoir « au nom d'une compétence polyvalente naturellement portée à se développer »¹².

D'un moyen de vérification et de diffusion de la loi, l'enregistrement était devenu une véritable « faculté d'empêcher » à la disposition des parlements. Mais la chute de l'Ancien régime devait également entraîner la leur. Le rôle significatif de ces derniers a inspiré une crainte perpétuelle au Constituant, lequel a, depuis lors, immanquablement cherché à brider la justice.

5. Un pouvoir judiciaire « refusé »¹³. Craignant la puissance de ceux qui avaient bravé l'autorité royale et poussé à la convocation des Etats généraux - ainsi qu'en témoigne l'arrêt du Parlement de Rennes du 1^{er} mars 1788 : « l'absence des Etats généraux, la Nation ne peut faire entendre sa voix, a droit d'attendre du Parlement qui est l'intermédiaire entre les souverains et le peuple, les réclamations qu'exigent les atteintes portées à ses lois »¹⁴ - les révolutionnaires décidèrent de dissoudre les parlements. Mais si la dénomination de pouvoir judiciaire a été choisie au sein de la Constitution de 1791, y voir une véritable reconnaissance politique serait une méprise. Un pouvoir, certes proclamé, mais un pouvoir retenu, ainsi qu'en témoigne notamment la loi des 16 et 24 août 1790. En réalité, il s'agit d'un pouvoir judiciaire inexistant. Les juges sont élus¹⁵ mais le Tribunal de cassation est rattaché au corps législatif. Le fait qu'il ne dispose d'aucun pouvoir à l'encontre du législatif et de l'exécutif s'oppose à son épanouissement en troisième pouvoir.

Les juges « de la Nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »¹⁶, acception depuis lors perpétuée. « La leçon de Montesquieu a été relativement bien retenue »¹⁷ et l'ombre de cette dernière conjuguée aux attitudes frondeuses des juges d'Ancien régime n'a cessé de planer sur la justice. En effet, bien qu'il y ait « dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs : la puissance

¹² P. Sueur, *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle*, op. cit. note n° 11, p. 87.

¹³ J. Foyer, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs* 1981, p. 17.

¹⁴ J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, 1995, p. 170.

¹⁵ Le système de la patrimonialité des offices a disparu avec l'Ancien régime.

¹⁶ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, chap. VI « De la Constitution d'Angleterre ».

¹⁷ J.-L. Halperin, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le pouvoir en France », op. cit. note n° 6, p. 116.

législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil »¹⁸, cette dernière - « si terrible parmi les hommes »¹⁹ - « est en quelque façon nulle »²⁰ en ce que les jugements ne sont « jamais qu'un texte précis de la loi »²¹. Ainsi semble désormais justifiée et consacrée la domination des deux autres pouvoirs sur le judiciaire.

Confronté à la doctrine légicentriste, le jugement n'est plus que l'acte d'application de la loi ; et, l'instance chargée de la rendre n'est « qu'une enveloppe vide, une structure sans contenu : élus, indépendants organiquement des autorités exécutive et législative, les juges n'ont aucune autonomie d'action : dépourvus du droit d'interpréter ou de compléter les imperfections de l'édifice législatif, ils ne disposent d'aucun pouvoir initial »²².

En ce sens, l'attitude frondeuse des parlements sous l'Ancien régime²³ a directement influencé la perception et l'organisation de la justice en France.

6. Le dualisme juridictionnel. Par la loi des 16 et 24 août 1790, les révolutionnaires entendirent exclure les juridictions judiciaires des fonctions exécutive et législative : « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux des administrateurs, pour raisons de leurs fonctions ». Ces principes furent réitérés par le décret du 16 fructidor an III, selon lequel : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient ». Ainsi le dualisme juridictionnel français était-il né.

D'une part, la juridiction judiciaire a été créée par la loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 sous la forme du Tribunal de cassation, successeur de l'ancien Conseil des parties. Ses fonctions consistaient à examiner les recours en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort, à statuer à propos des questions de conflits de juridiction ainsi qu'à juger les demandes de renvoi devant un autre tribunal que celui initialement saisi pour cause de suspicion légitime. La particularité du Tribunal de cassation résidait en son rattachement au

¹⁸ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, chap. VI « De la Constitution d'Angleterre ».

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² T.S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica / PUAM, 1984, p. 19.

²³ Du fait de leurs prérogatives, les parlements n'hésitaient pas à participer à l'exercice du pouvoir, ce qui incita le roi à prendre l'Edit de Saint Germain de 1641, lequel avait vocation à leur interdire de connaître des affaires concernant l'administration du royaume. L'application de ce texte donna lieu à des conflits incessants entre le roi et les parlements.

pouvoir législatif. L'éclatante manifestation de cette subordination consistait en l'institution du référé législatif. En effet, lorsque le Tribunal de cassation cassait à deux reprises une décision de justice et que la dernière juridiction de renvoi se prononçait dans le même sens que les deux premières, il appartenait au Corps législatif de trancher et de donner l'interprétation de la loi à laquelle devaient se conformer les juridictions. En 1804, le Tribunal de cassation devint la Cour de cassation, laquelle acquit sa véritable indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif en 1837 grâce à la loi du 1^{er} avril 1837²⁴ qui supprima définitivement la procédure du référé législatif.

D'autre part, l'institution de la juridiction administrative constitue l'une des conséquences de la loi des 16 et 14 août 1790. Le seul recours dont disposaient alors les justiciables à l'encontre de l'administration consistait à s'adresser directement à elle. Ce n'est qu'avec la Constitution du 22 frimaire an VIII que le Conseil d'Etat fut créé : « Sous la direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »²⁵. Et le règlement du 5 nivôse an VIII de préciser que le Conseil d'Etat serait compétent à connaître « des conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux et sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres ». Bien qu'une séparation fonctionnelle entre les attributions administratives et juridictionnelles ait été entérinée par l'institution de la commission du contentieux *via* le décret du 11 juin 1806, ce n'est qu'avec la création des conseils de préfecture par la loi du 28 pluviôse an VIII et le passage d'une justice retenue à une justice déléguée consacrée par la loi du 24 mai 1872 que la juridiction administrative fut réellement instituée. La théorie du ministre-juge devait être définitivement abandonnée par le juge administratif à travers son célèbre arrêt *Cadot* du 13 décembre 1899²⁶.

7. Nonobstant le dualisme juridictionnel, la justice apparaît comme une seule entité, dotée, en outre, de la qualité de service public. Assurément, la justice est une prérogative régaliennne, prise en charge par l'Etat et, poursuivant un objectif d'intérêt général. Les magistrats appartiennent à un corps de l'Etat, ils sont nommés par le pouvoir et leur carrière intègre la logique bureaucratique. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel lui a attribué cette qualité en énonçant que le Conseil supérieur de la magistrature était une « institution

²⁴ Loi n° 1837-04-01 du 1 avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois.

²⁵ Article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

²⁶ CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, p. 1148, concl. Jagerschmidt.

nécessaire au fonctionnement du service public de la justice »²⁷. Toutefois, le juge bénéficie de certains privilèges : inamovible et indépendant, il ne saurait - directement - dépendre du pouvoir. Par ailleurs, les prérogatives attachées à la *jurisdictio* vont au-delà des attributs traditionnellement accordés aux services publics. Donc si cette « qualification « administrativiste » de service public ne trahit pas la justice, elle n'en donne cependant pas une image totalement fidèle. [...] La justice est et a une autorité dont l'étiquette « service public » ne rend pas compte : elle ne la contredit pas, mais elle l'ignore »²⁸.

8. L'autorité judiciaire. L'un des objectifs du Constituant de 1958 était de restaurer la puissance de l'Etat par le biais de la rationalisation du parlementarisme et de la consécration d'un exécutif fort. Dans ce sens, renforcer le pouvoir étatique nécessitait une réformation de la justice. Perçue comme un appendice du pouvoir exécutif, celle-ci devait être dotée de prérogatives importantes tout en restant maintenue sous le joug exécutif. Car malgré les dénominations terminologiques parfois trompeuses, la justice n'a jamais été reconnue comme un troisième pouvoir. En ce sens, la dénomination « d'autorité » choisie par le Constituant de 1958 était censée marquer une certaine sujétion de celle-ci par rapport aux pouvoirs constitués.

Pourtant, « une autorité, c'est d'abord quelqu'un (ou une institution) qui est respectée en raison de ses qualités propres, de ses mérites reconnus par tous, qui tire sa légitimité de sa force intérieure, du respect qu'il inspire naturellement parce qu'on a confiance en lui »²⁹. A cet égard, l'autorité semble plus « prestigieuse »³⁰ que la notion de pouvoir.

La méprise terminologique a été induite par la première constitution française. Alors qu'il était inconcevable de restaurer la puissance des parlements d'Ancien régime, la dénomination choisie par le Constituant de 1791 fut celle de pouvoir. « En connaisseurs de l'Antiquité³¹ et en élèves de bons pères d'une Eglise qui avait jadis opposé à des fins politiques l'*auctoritas* du pape à la *potestas* des rois pour mieux les soumettre, les constituants, tout à leur désir d'abaisser le judiciaire ont naturellement préféré le terme de pouvoir à celui d'autorité, mais ils ont entraîné à leur suite et chez leurs successeurs, en même temps que se perdait l'histoire,

²⁷ CC, décision n° 94-337 DC du 27 janvier 1994, *Loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature*.

²⁸ D. Truchet, « *La justice comme service public* », in *Le service public de la justice*, O. Jacob, 1998, p. 35-36.

²⁹ J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *Institutions judiciaires*, Dalloz, 2003, 7^e éd., p. 158.

³⁰ A. Garapon, *Le gardien des promesses*, O. Jacob, 1996, p. 179.

³¹ « *Potestas in populo, auctoritas in senatu* ».

un affaiblissement et une confusion des valeurs et des sens »³². Ainsi, la justice judiciaire n'apparaît-elle pas comme un pouvoir – à l'instar des pouvoirs exécutif et législatif – mais bien comme une autorité dotée du pouvoir juridictionnel.

9. À l'occasion de la décision du 22 juillet 1980³³, le Conseil constitutionnel a légitimé l'indépendance des juridictions en fondant celle-ci sur le principe de la séparation des pouvoirs. Alors que la loi soumise à son contrôle touchait au principe d'indépendance de la juridiction administrative, les Sages ont également visé l'ordre judiciaire en énonçant les principes garantissant non seulement l'indépendance de la juridiction administrative que celle de l'autorité judiciaire³⁴.

Le Conseil constitutionnel confirma cette jurisprudence en déclinant le principe de séparation des pouvoirs selon une « conception française », laquelle est énoncée par la loi des 16 et 24 août 1790 et par le décret du 16 fructidor an III. En effet, lors de sa décision du 23 janvier 1987³⁵, il refusa de reconnaître la valeur constitutionnelle de ces derniers textes, mais les rattacha à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance des juridictions : « Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »³⁶. L'enjeu était d'asseoir la dualité juridictionnelle sans pour autant la constitutionnaliser. De la même manière que l'ordre judiciaire compte des juridictions civiles, pénales ou encore commerciales, la justice – déclinée en deux ordres – demeure unitaire. Celle-ci ne forme qu'une entité, en ce que la

³² J.-P. Royer, *Histoire de la Justice en France*, PUF, 2001, 3^{ème} éd., p. 258.

³³ CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*.

³⁴ *Ibid.* cons. n° 6.

³⁵ 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*.

³⁶ *Ibid.*, cons. n° 15.

fonction juridictionnelle certes spécialisée selon les contentieux judiciaire ou administratif, demeure « une » à l'image de « deux branches du « chêne » de la justice française »³⁷.

Exerçant des « fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale [...] les juridictions, tant judiciaires qu'administratives, statuent « au nom du peuple français » »³⁸.

10. Le juge. Ce dernier se définit selon deux acceptions : il peut s'agir de la juridiction dans son ensemble ou du magistrat pris individuellement. Ainsi « le juge est une personne désignée comme tel pour exercer soit seul, soit en collège la fonction de juger »³⁹. Au risque de se livrer à une lapalissade, le juge est celui qui juge. Cette affirmation mérite néanmoins deux précisions : pour être reconnu, le juge doit être légitime à exercer cette fonction, c'est-à-dire qu'il doit en être investi et exercer cette prérogative dans le respect du droit. Plus spécifiquement – et à l'exclusion des juges administratifs et professionnels – le juge est un magistrat du siège, appartenant au corps de la magistrature, lequel est réglementé par l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Celle-ci dispose en son article 1^{er} que « le corps judiciaire comprend : 1° Les magistrats du siège et du parquet de la Cour de cassation, des cours d'appel et des tribunaux de première instance ainsi que les magistrats du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice ; 2° Les magistrats du siège et du parquet placés respectivement auprès du premier président et du procureur général d'une cour d'appel et ayant qualité pour exercer les fonctions du grade auquel ils appartiennent à la cour d'appel à laquelle ils sont rattachés et dans l'ensemble des tribunaux de première instance du ressort de ladite cour ; 3° Les auditeurs de justice »⁴⁰. Seul est donc concerné le corps judiciaire⁴¹, lequel compte en son sein les magistrats du siège et les magistrats du parquet.

³⁷ M. Long, « L'état actuel de la dualité de juridictions », *RFDA* 1990, p. 691.

³⁸ CC, décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*.

³⁹ G. Wiederkehr, « *Qu'est-ce qu'un juge ?* », in *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1995, p. 575.

⁴⁰ Article 1 de l'Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁴¹ Cette notion de « corps » fait paradoxalement référence à une spécificité de la fonction publique alors même que les magistrats ne relèvent pas de la fonction publique. Toutefois « le rattachement à un corps fait entrer les magistrats judiciaires dans une catégorie juridique d'agents de l'Etat à laquelle peuvent malgré tout s'appliquer certaines règles de la fonction publique » (G. Drago, « *Le corps judiciaire. Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », in *Mélanges Decoq*, Litec, 2004, p. 187). Précisons, à cet égard, que bien que les auditeurs de justice appartiennent au corps judiciaire (article 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature) et se voient appliquer certaines dispositions statutaires (article 52 du décret n° 72-355 du 04 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature), ils ne sauraient être assimilés à des magistrats. Voir notamment : CC décision n° 70-40 DC du 09 juillet 1970 *Loi relative au statut des magistrats*, cons. 4.

11. Le ministère public. A la différence du siège, le ministère public apparaît comme véritablement lié au pouvoir exécutif, en ce qu'il le représente non seulement au sein de la juridiction à laquelle il est attaché, mais également en ce qu'il a vocation à veiller au respect de la loi dans le ressort de son tribunal. Au regard de ses attributions judiciaires, le ministère public intervient dans le procès civil, soit en tant que partie principale (on dit qu'il intervient par voie d'action), soit en tant que partie jointe (on dit alors qu'il intervient par voie de réquisition). Alors que dans le premier cas, il jouera le rôle d'une véritable partie au litige – demandeur ou défendeur selon les cas – dans le second il a uniquement vocation à délivrer son point de vue à la juridiction. S'agissant de son rôle au sein du procès pénal, celui-ci apparaît fondamental en ce qu'il exerce et représente l'action publique⁴², et a vocation à tenir – selon les espèces – le rôle d'accusateur public. En ce sens, « il est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données dans les conditions prévues aux articles 36⁴³, 37⁴⁴ et 44⁴⁵. Il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice ».

Par ailleurs, le ministère public apparaît comme lié au pouvoir exécutif au regard également de ses fonctions extra-judiciaires : « Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République »⁴⁶. Plus spécifiquement, « le procureur général veille à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la cour d'appel et au bon fonctionnement des parquets de son ressort. A cette fin, il anime et coordonne l'action des procureurs de République, en ce qui concerne tant la prévention que la répression des infractions à la loi pénale, ainsi que la conduite de la politique d'action publique par les parquets de son ressort »⁴⁷. A cet égard, il lui appartient notamment d'assurer un rôle de direction de la police judiciaire⁴⁸. Ayant vocation à accomplir un rôle de surveillance et de contrôle quant à l'application de la loi au sein de la juridiction à laquelle il appartient, le ministère public veille à la régularité des registres d'état civil, par exemple, ou surveille les

⁴² Article 31 CPP : « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi ».

⁴³ « Le procureur général peut enjoindre aux procureurs de la République, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes ».

⁴⁴ « Le procureur général a autorité sur tous les officiers du ministère public du ressort de la cour d'appel ».

⁴⁵ « Le procureur de la République a autorité sur les officiers du ministère public près les tribunaux de police et les juridictions de proximité de son ressort. Il peut leur dénoncer les contraventions dont il est informé et leur enjoindre d'exercer des poursuites. Il peut aussi, le cas échéant, requérir l'ouverture d'une information ».

⁴⁶ Article 30 CPP.

⁴⁷ Article 35 CPP.

⁴⁸ Article 12 CPP : « La police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre ».

établissements pénitentiaires⁴⁹. Il intervient également en matière de protection des personnes⁵⁰. Ainsi, le ministère public apparaît-il comme l'incarnation du pouvoir exécutif dans le ressort de la juridiction à laquelle il appartient.

12. Trois éléments caractérisent le ministère public : la hiérarchie, l'indivisibilité et l'indépendance. D'une part, d'après l'article 5 de l'ordonnance statutaire⁵¹ conjuguée à l'article 30 du code de procédure pénale, lesquels constituent l'application concrète de l'article 20 de la Constitution de 1958⁵², le ministère public est indéniablement une institution politisée⁵³. Toutefois, un principe fondamental demeure à l'encontre de celui-ci, lequel nuance sensiblement son devoir d'obéissance hiérarchique : « la plume est servie mais la parole est libre ». Car si le ministère public « est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données »⁵⁴ selon certaines conditions, il « développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice »⁵⁵. Bien que « les magistrats du parquet [soient] placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la justice »⁵⁶, « à l'audience, leur parole est libre »⁵⁷.

D'autre part, le ministère public est considéré comme indivisible ; c'est-à-dire que chaque magistrat appartenant au parquet représente ce dernier dans son ensemble⁵⁸.

Enfin, le ministère public est indépendant, indépendance qu'il convient de relativiser. Si celle-ci s'exerce au sein de la juridiction à laquelle il est attaché⁵⁹ et, également, à l'égard des

⁴⁹ Article D-178 CPP : « Lors des visites qu'il effectue dans chaque établissement pénitentiaire, le procureur de la République entend les personnes détenues qui auraient des réclamations à présenter. Il rend compte de ses observations éventuelles au procureur général ».

⁵⁰ Article 434 C. civ. : « La sauvegarde de justice peut également résulter d'une déclaration faite au procureur de la République dans les conditions prévues par l'article L. 3211-6 du code de la santé publique » ; article 455 C. civ. : « En l'absence de subrogé curateur ou de subrogé tuteur, le curateur ou le tuteur dont les intérêts sont, à l'occasion d'un acte ou d'une série d'actes, en opposition avec ceux de la personne protégée ou qui ne peut lui apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission fait nommer par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué un curateur ou un tuteur *ad hoc*. Cette nomination peut également être faite à la demande du procureur de la République, de tout intéressé ou d'office ».

⁵¹ Article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la justice ».

⁵² « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration et de la force armée ».

⁵³ Voir notamment les articles 35 et 36 CPP.

⁵⁴ Article 33 CPP.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Article L. 122-4 COJ.

⁵⁹ Principe de séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement.

justiciables⁶⁰, l'on ne saurait considérer qu'il le serait vis-à-vis du pouvoir exécutif. En témoignent les dispositions relatives aux instructions que le ministère public reçoit de sa hiérarchie, ou le fait que le pouvoir disciplinaire exercé sur les magistrats du parquet demeure la prérogative du garde des Sceaux, ministre de la justice⁶¹ après avis du Conseil supérieur de la magistrature⁶².

13. Magistrats du parquet et magistrats du siège, bien qu'appartenant tous deux au corps de la magistrature et relevant du même statut, ont des caractéristiques distinctes. Car à la différence des premiers, les seconds sont indépendants du pouvoir exécutif et inamovibles. Ces derniers doivent bénéficier d'un régime particulier du fait même de leur fonction juridictionnelle. Ils doivent être protégés contre toutes pressions et influences extérieures, que celles-ci soient exercées par le pouvoir exécutif ou par les justiciables. C'est ainsi que leur discipline ne saurait relever du garde des Sceaux, mais d'une institution devant elle-même bénéficier d'une indépendance certaine : le Conseil supérieur de la magistrature. Le magistrat du siège est donc, certes, un magistrat professionnel relevant de l'ordre judiciaire et lié, à certains égards, au pouvoir exécutif, mais il doit bénéficier de garanties d'indépendance. Du fait même de cette originalité elle-même fondée sur la fonction qu'il est appelé à exercer, le juge judiciaire sera uniquement concerné par nos développements. Dans un souci de clarté et de cohérence, seul ce dernier, en tant que magistrat du siège sera visé au sein de notre analyse. Car, bien que « tout magistrat [ait] vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet »⁶³, celles-ci sont bien distinctes au regard du rôle et de la condition de celui qui les exerce.

14. La fonction juridictionnelle. Le juge sera au cœur de notre analyse puisqu'il s'agit de réfléchir à la mise en œuvre d'une responsabilité juridictionnelle, c'est-à-dire de rechercher selon quelles modalités la fonction juridictionnelle peut être source de responsabilité. A cet égard, une précision fondamentale mérite d'être énoncée quant au sujet de la présente étude. En effet, seule la responsabilité juridictionnelle pouvant naître à

⁶⁰ Par exemple, le déclenchement de l'action publique par le justiciable ou son désistement n'a pas d'incidence sur l'action même du Ministère public. Ou encore, les magistrats du Parquet ne peuvent être récusés (article 669 CPP).

⁶¹ Article 48 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁶² Article 59 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁶³ Article 1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

l'occasion de l'activité de la justice judiciaire sera ici analysée. Certes, la fonction juridictionnelle demeure commune aux ordres administratif et judiciaire. Mais les différences les caractérisant – lesquelles concernent notamment leurs règles statutaires, de fonctionnement ou encore les mécanismes de responsabilité pouvant actuellement les viser – nous incitent, dans un souci de clarté et d'efficacité, à n'envisager qu'un seul des deux ordres. Les principes gouvernant ces derniers diffèrent, c'est pourquoi, la responsabilité juridictionnelle pouvant les concerner commande, à notre sens, *de facto* deux analyses distinctes. La présente thèse ne visera donc que l'ordre judiciaire. Il ne s'agit pas, ici, d'insinuer que celui-ci mérite davantage, de voir engagé à son encontre le régime de responsabilité juridictionnelle, mais de proposer la mise en œuvre de celui-ci dans un cadre strictement circonscrit. Bien qu'une réflexion similaire fondée sur les spécificités de la justice administrative puisse être menée, l'auteur de ces lignes l'a néanmoins exclue de la présente recherche afin de ne pas corrompre le fil conducteur de cette recherche par deux sujets distincts. Et bien que certains parallèles puissent ponctuellement être établis, seule la responsabilité juridictionnelle pouvant naître au sein de à l'institution judiciaire sera visée par cette étude.

Le terme « juridictionnel » vient du latin, *jurisdictio* qui signifie « dire le droit ». Ainsi la fonction juridictionnelle se définit-elle traditionnellement comme l'action de dire le droit et de trancher les litiges⁶⁴. Certes, des mécanismes dits « modes alternatifs de règlement des conflits » permettent également de résoudre un litige sans pour autant s'en remettre à la justice étatique. Si ces moyens existent et peuvent être intégrés au système juridictionnel français, ils relèvent néanmoins d'une justice conventionnelle⁶⁵ ; à ce titre, ces derniers ne seront pas examinés au sein de nos développements.

En effet, la fonction juridictionnelle ne peut s'envisager en-dehors de la sphère étatique. Les décisions rendues le sont au nom du peuple français. Elle s'entend ainsi comme le pouvoir dont le juge est investi de mettre un terme à un litige par l'application des règles de droit. C'est d'ailleurs en se référant à son rôle juridictionnel qu'une institution peut être qualifiée de tribunal selon la Cour européenne des droits de l'homme : pour cette dernière, il s'agit de

⁶⁴ D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, thèse Strasbourg, LGDJ, 1994.

⁶⁵ Les modes de règlement alternatifs des conflits peuvent se développer au sein ou en-dehors de la sphère judiciaire. Il s'agit de la conciliation, de la médiation, de la transaction ou encore de l'arbitrage.

« trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »⁶⁶.

La fonction juridictionnelle s'incarne ainsi à travers l'acte juridictionnel : « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »⁶⁷.

15. L'acte juridictionnel. L'aboutissement de la *jurisdictio* réside donc en l'énoncé d'une décision définitive et parée de certaines vertus tendant au rétablissement de la paix sociale. Celles-ci consistent en l'autorité et la force de chose jugée, dont l'action conjointe ne permet plus de remettre en cause ce qui a été jugé.

L'acte juridictionnel peut être défini comme le résultat de l'exercice de la fonction juridictionnelle ; il s'agit de la réponse apportée par le juge dans la résolution d'un litige qui lui aura été soumis. Deux critères sont ainsi énoncés quant à la qualification juridictionnelle d'un acte. L'un est organique, et consiste à qualifier de juridictionnel l'acte émanant d'un organe investi de la fonction de juger. Le second est matériel et tend à qualifier ainsi l'acte qui tranche une contestation par application du droit. En effet, l'objet même de la fonction juridictionnelle est de trancher une contestation entre deux parties, lesquelles s'en remettent au juge afin d'y mettre un terme par application du droit. En ce sens, l'acte juridictionnel émane « d'organismes investis de la fonction juridictionnelle »⁶⁸. Est ainsi qualifié l'acte rendu par les juridictions, et selon la qualité de son auteur, il pourra s'agir d'un jugement (si elle est rendue par un tribunal), d'un arrêt (si elle émane d'une cour d'appel ou de la Cour de cassation) ou encore d'une ordonnance (si elle est rendue par un juge unique).

Donc l'acte juridictionnel se définit comme celui qui, pris par un juge⁶⁹, lequel est investi du pouvoir de juger, vise à mettre un terme à une contestation par application du droit et à la suite de la mise en œuvre d'une procédure particulière tournée vers les garanties d'impartialité et de procès équitable. Or, en cas de non-respect de ces impératifs, quelle responsabilité

⁶⁶ CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, série A n° 132 ; CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, série A n° 210.

⁶⁷ Article 12 CPC.

⁶⁸ Cass. civ. 2^{ème} 7 octobre 1987, Bull. n° 980.

⁶⁹ Tous les actes accomplis par le juge ne sauraient pour autant être qualifiés de juridictionnel. Ainsi les actes dits d'administration judiciaire sont dénués de tout caractère juridictionnel. Il peut s'agir de mesures relatives au fonctionnement de la juridiction (articles 817 et suivants CPC), ou encore la décision de radiation de rôle (article 383 CPC). S'agissant des décisions gracieuses, la question mérite d'être débattue. Car si l'article 25 du code de procédure civile précise que le juge statue en matière gracieuse en l'absence de litige, cela signifie qu'il ne saurait y avoir contestation. Donc, l'on pourrait en déduire que la décision gracieuse est dépourvue de caractère juridictionnel. Toutefois, l'article 610 du code de procédure civile prévoit que de telles décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation, celle-ci devrait donc être qualifiée de juridictionnelle.

pourrait-elle être mise en œuvre afin de réparer le préjudice subi ? Et selon quelles modalités ?

16. La responsabilité. « Responsabilité » trouve son origine étymologique dans le terme latin *respondere* qui signifie promettre. Défini comme le fait de « se porter garant », de « répondre de », ce concept se distingue assurément de celui de culpabilité pour se rapprocher de celui d'imputabilité. A cet égard, la responsabilité peut se définir comme « la conscience aiguë que celui qui prend une décision, qui exerce une activité ou qui détient un pouvoir doit en assumer les conséquences lorsque celles-ci sont dommageables pour autrui »⁷⁰. Exprimant l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par son fait ou celui d'autrui, mais ayant également vocation à infliger une sanction pour le désordre causé, la responsabilité poursuit une double finalité : réparation et répression. Pourrait également s'ajouter la prévention, laquelle réside en la crainte de voir un régime de responsabilité actionné à son encontre.

La responsabilité a une véritable utilité sociale. L'enjeu qui lui est attaché réside dans le rétablissement de l'équilibre, précisément rompu par le fait dommageable. Le responsable sera celui à qui ce fait dommageable sera imputé. Sont ainsi considérés comme responsables « tous ceux qui peuvent être convoqués devant quelque tribunal, parce que pèse sur eux une certaine obligation, que leur dette procède ou non de leur volonté libre »⁷¹. Il s'agit, par conséquent, du parachèvement de la liberté dont dispose l'individu. Le responsable sera celui à l'origine de la volonté duquel le fait dommageable a pu naître. C'est parce que celui-ci est imputable à l'exercice de sa volonté qu'il sera considéré comme le responsable. L'acte ou l'action est imputable à un individu parce qu'il est né de sa volonté libre et éclairée. Le pré-supposé à toute forme de responsabilité réside donc en la liberté. Ainsi Sartre définissait-il la responsabilité comme « la conscience [d'] être l'auteur incontestable d'un évènement ou d'un objet »⁷².

Méritent, néanmoins, à cet égard d'être distinguées responsabilité morale et responsabilité juridique. Car si la première renvoie à la conscience de l'individu, la seconde n'a de sens qu'au sein de la cité. L'une est tournée vers le for intérieur, alors que l'autre se développe sous le prisme des rapports sociétaux. Poser la question de la responsabilité consiste alors à se demander qui doit répondre du dommage causé. C'est ici que le lien avec le concept

⁷⁰ Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 5

⁷¹ M. Villey, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *Archives de philosophie du Droit, La responsabilité*, t. 22, Sirey, 1977, p. 51.

⁷² J.-P. Sartre, *L'être et le néant*, Gallimard, 1976, p. 612.

d'imputabilité apparaît. Le responsable ne sera pas *ispo facto* l'auteur de l'acte ou de l'action dommageable, mais bien celui à qui revient la responsabilité morale et juridique de celui-ci, soit parce qu'il en est l'auteur, soit parce la loi le désigne comme tel. L'auteur est, certes, celui par la main duquel le dommage a été causé, mais sera responsable celui à qui ce même dommage sera juridiquement et/ou moralement imputable.

17. Différents types de responsabilité ont ainsi été dégagés et organisés suivant la finalité poursuivie. Traditionnellement, la responsabilité civile s'entend comme l'obligation de réparer le dommage causé à autrui ; la réparation pouvant se matérialiser par équivalent ou par le versement d'une indemnité. La responsabilité pénale correspond à l'obligation de répondre d'infractions commises, laquelle se matérialise par le prononcé d'une sanction pénale. A cet égard, elle tend à se rapprocher de la responsabilité disciplinaire, qui a vocation à être mise en œuvre afin de sanctionner toute violation d'une norme professionnelle devant être respectée par les membres d'une même profession. S'agissant plus précisément de la responsabilité à engager alors que le dommage résulte d'un dysfonctionnement du service public de la justice, par principe, c'est la responsabilité civile de l'Etat qui devra être actionnée.

18. La responsabilité de l'Etat engagée à l'occasion du service public de la justice. D'une part, et selon que le dommage résulte de l'organisation ou du fonctionnement du service public de la justice, la responsabilité de l'Etat sera examinée soit par le juge administratif – dans le premier cas de figure – soit par le juge judiciaire ou le juge administratif, s'agissant du second. Si le dommage résulte du fonctionnement de la justice judiciaire, la compétence appartiendra au juge judiciaire, alors que si la justice administrative est concernée, la compétence reviendra au juge administratif⁷³. Coexistent donc deux régimes distincts selon qu'est en cause l'ordre judiciaire ou administratif. Or, bien que notre analyse soit circonscrite à l'autorité judiciaire, certains parallèles peuvent être établis entre ces deux régimes, c'est pourquoi, nous nous proposons, succinctement, de présenter ces deux derniers⁷⁴.

⁷³ Cette distinction ressort de la fameuse jurisprudence *Préfet de la Guyane*: TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, p. 642.

⁷⁴ Voir *supra* § n° 14.

19. S'agissant du premier, c'est la loi du 5 juillet 1972 qui inaugura la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement de la justice judiciaire : « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ». Par ailleurs, certains régimes ont spécialement été aménagés dans le cadre de dommages particuliers. Ainsi est-ce le cas de la responsabilité sans faute de l'Etat pour le préjudice d'avoir subi une détention provisoire non suivie d'une condamnation⁷⁵.

Si les dispositions du code de l'organisation judiciaire n'établissent aucune distinction quant à la nature des actes pouvant faire l'objet d'une action en responsabilité pour dysfonctionnement du service public de la justice judiciaire, la Cour de cassation retient néanmoins « qu'en vertu du principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées, tant dans les motifs que dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi »⁷⁶. Une décision rendue par une juridiction de l'ordre judiciaire ne saurait ainsi faire l'objet d'une action en responsabilité de l'Etat ; l'acte juridictionnel ne pouvant s'entendre comme « fautif ».

20. La loi de 1972 n'ayant pas vocation à s'appliquer à l'encontre de celle-ci, le juge administratif s'est fondé sur les « principes généraux du droit régissant la responsabilité de la puissance publique »⁷⁷. Dans ce cadre, le justiciable doit apporter la preuve d'un préjudice né de la faute lourde imputable au fonctionnement d'une juridiction administrative, à l'exclusion du préjudice pouvant résulter du contenu même d'une décision définitive. La responsabilité de l'Etat pourra également être engagée en raison de la durée excessive d'une procédure juridictionnelle, celle-ci s'apparentant à un déni de justice⁷⁸. En ce cas, la responsabilité de l'Etat sera engagée pour faute simple, alors que la responsabilité plus générale pour dysfonctionnement de la justice administrative sera actionnée pour faute lourde⁷⁹. Le Conseil d'Etat exclut de la responsabilité de l'Etat les actes juridictionnels rendus

⁷⁵ Article 149 CPP.

⁷⁶ Cass. crim. 9 décembre 1981 et 9 mars 1983, D. 1983, p. 352, note W. Jeandier.

⁷⁷ CE 29 décembre 1978, *Darmont*, p. 542, RDP 1979, p. 1742, note J.-M. Auby ; AJDA 1979-11, p. 45, note M. Lombard ; D. 1979, p. 279, note M. Vasseur. Cet arrêt est revenu sur une ancienne jurisprudence, qui refusait toute mise en cause de la responsabilité de l'Etat au regard de la justice administrative : CE 4 janvier 1952, *Pourcelet*, D. 1952, p. 304, concl. P. Delvolvé ; CE 12 juillet 1969, *l'Etang*, p. 386.

⁷⁸ CE 28 juin 2002, *Garde des Sceaux Ministre de la Justice c/ Magiera*, p. 248, concl. F. Lamy ; AJDA 2001, p. 596, chron. D. Donnat et D. Casas ; AJDA 2003, p. 84, note J. Andriantsimbazovina ; D. 2003, p. 23, note V. Holderbach-Martin ; RFDA 2002, p. 756, concl. F. Lamy.

⁷⁹ CE 18 juin 2008, *Gestas*, req. n° 295831, AJDA 2008, p. 1237, note M.-C. de Montecler.

par des juridictions administratives. Il considère, en effet, 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 »⁸⁰.

Donc si la Cour de cassation se fonde sur l'indépendance du juge pour exclure l'acte juridictionnel du régime de responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice, le Conseil d'Etat prône l'autorité de la chose jugée attachée à tout acte juridictionnel définitif aux fins de rejeter la responsabilité de l'Etat s'agissant de l'activité juridictionnelle des juridictions administratives. Un mal jugé ne saurait donc fonder la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat qu'il s'agisse de l'ordre administratif ou judiciaire.

21. La responsabilité du juge. Parallèlement à la responsabilité de l'Etat lorsqu'est en cause une « faute de service », des régimes de responsabilité personnelle des magistrats ont été énoncés lorsque le dommage résulte de la faute personnelle de ces derniers. A cet égard, les régimes sont à distinguer selon la qualité du professionnel en cause. S'agissant des juges administratifs, ceux-ci sont considérés comme des agents de l'Etat et relèvent, à ce titre, du statut général de la fonction publique. Il leur appartient de réparer les préjudices causés par leurs fautes personnelles. S'agissant des juges non professionnels, c'est-à-dire qui ne sont pas visés par le statut de la magistrature, l'article L. 141-2 du code de l'organisation judiciaire prévoit leur soumission au régime dit de la prise à partie. En effet, ces derniers peuvent être pris à partie par les justiciables en cas de dol, fraude, concussion, faute lourde ou déni de justice⁸¹. Toutefois, l'Etat demeure « civilement responsable des condamnations en dommages et intérêts qui sont prononcées à raison de ces faits contre les juges, sauf son recours contre ces derniers »⁸².

S'agissant des magistrats professionnels appartenant à l'ordre judiciaire, ces derniers demeurent – en principe – civilement, pénalement et disciplinairement responsables. En effet, selon l'article L.141-2 du code de l'organisation judiciaire, « la responsabilité des juges, à raison de leur faute personnelle, est régie s'agissant des magistrats du corps judiciaire, par le statut de la magistrature ». Dans ce sens, « les magistrats du corps judiciaire ne sont

⁸⁰ CE 29 décembre 1978, *Darmont*, *op. cit.* note n° 77.

⁸¹ Article L. 141-3 COJ.

⁸² *Ibid.*

responsables que de leurs fautes personnelles. 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 »⁸³. La responsabilité civile des magistrats apparaît ainsi comme une responsabilité indirecte, les justiciables devant engager la responsabilité de l'Etat, lequel, seul, pourra en cas de condamnation se retourner contre l'agent fautif.

Les magistrats judiciaires peuvent, par ailleurs, être personnellement inquiétés par la mise en œuvre de leurs responsabilités pénale et disciplinaire. Concernant la première, celle-ci a longtemps fait l'objet d'une procédure dérogatoire en ce que jusqu'à la loi du 4 janvier 1993⁸⁴, les magistrats bénéficiaient d'un privilège de juridiction. Toutefois, l'indépendance dont doivent bénéficier les magistrats du siège semble s'opposer à la recherche de leur responsabilité pénale lorsqu'est en cause leur activité juridictionnelle⁸⁵. Cette même exception se retrouve à l'occasion de leur responsabilité disciplinaire. En effet, si la discipline des magistrats a subi une véritable évolution laquelle s'inscrit dans une quête d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif⁸⁶ et de transparence vis-à-vis des justiciables⁸⁷, le Conseil supérieur de la magistrature entend ne porter « aucune appréciation sur les actes juridictionnels des juges, lesquels relèvent de leur conscience et du seul pouvoir de ceux-ci de juger, sous réserve de l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige »⁸⁸. Aussi et bien que ces régimes semblent permettre la mise en cause personnelle – directe ou indirecte – des juges, ceux-ci demeurent perçus comme « un pouvoir irresponsable »⁸⁹.

⁸³ Article 11-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁸⁴ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁸⁵ Cass. crim. 9 décembre 1981 et 9 mars 1983, *op. cit.* note n° 76.

⁸⁶ Notamment, la réforme du 25 juin 2001 a étendu la saisine du Conseil supérieur de la magistrature aux chefs de juridiction, alors que celle-ci était jusqu'à son entrée en vigueur réservée au garde des Sceaux.

⁸⁷ En effet, l'activité disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature a longtemps été « confidentielle ». L'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoyait qu'il était « interdit [...] de publier aucune information relative aux travaux et délibérations du Conseil supérieur de la magistrature. Pourront toutefois être publiées les informations communiquées par le président ou le vice-président dudit conseil ». Conscient néanmoins du soupçon qui peut naître du secret et des lacunes d'un tel système d'un point de vue pédagogique à l'adresse des magistrats et informatif à l'intention des justiciables, le législateur organique prévint la publication d'un rapport annuel d'activités du Conseil supérieur de la magistrature. Le Conseil supérieur de la magistrature développa sa quête de transparence et annonça au sein de son rapport d'activités pour l'année 1999 qu'il « publiera désormais régulièrement les décisions qu'il rend et, avec l'accord du Garde des Sceaux, les avis qu'il émet en matière disciplinaire ». Ce choix fut définitivement entériné par le législateur à travers la loi du 25 juin 2001 et démocratisée par la mise en ligne sur son site de ce qui relève de son activité disciplinaire. La publicité de celle-ci est désormais acquise.

⁸⁸ CSM Siège 20 juillet 1994.

⁸⁹ A. Garapon (dir.), *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?*, Ed. Nicolas Philippe, 2003.

22. Fonction juridictionnelle et responsabilité. Si des régimes de responsabilité – civile, pénale et disciplinaire – peuvent, selon certaines modalités, être mis en œuvre, le non-respect par le juge d’une règle de droit ne saurait fonder une action en responsabilité. Quand bien même le mal jugé serait caractérisé⁹⁰, celui-ci échappe à la mise en jeu d’une quelconque responsabilité. S’agissant, notamment, de la responsabilité disciplinaire du juge, le Premier président de la Cour de cassation, n’a-t-il pas considéré comme « impérieux de rappeler que l’acte juridictionnel, qui ne peut être contesté que par l’exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige, n’entre pas dans le champ disciplinaire. [Que] s’il en était autrement, le risque serait grand que soit offerte aux plaideurs de mauvaise foi la faculté de retarder l’issue du procès, de déstabiliser le juge et de porter atteinte aux principes de l’autorité de la chose jugée et du secret des délibérations en cas de collégialité »⁹¹.

Ainsi les traditionnels principes gouvernant l’activité juridictionnelle semblent-ils, *a priori*, contrarier l’émergence d’une responsabilité juridictionnelle, alors même que celle-ci se pose avec une particulière acuité depuis plusieurs années.

23. S’il convient de distinguer la responsabilité du magistrat de celle de l’Etat, les deux se mêlent indéniablement lorsqu’est en cause l’activité juridictionnelle elle-même. En ce sens, la question du lien réel, et pourtant jusque très récemment tabou entre la responsabilité de l’Etat et la responsabilité du juge, a fait l’objet de l’attention du législateur. Depuis la réforme du 5 mars 2007, « toute décision définitive d’une juridiction nationale ou internationale condamnant l’Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice est communiquée aux chefs de cour d’appel intéressés par le garde des Sceaux, ministre de la justice »⁹², lesquels peuvent, s’ils l’estiment justifier, saisir le Conseil supérieur de la magistrature. Ce lien entre l’activité juridictionnelle et la responsabilité du juge a été réaffirmé par la réforme constitutionnelle du 22 juillet 2010⁹³, puisque, désormais, « constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat

⁹⁰ Voir notamment : Cass. com. 18 janvier 2011, n° 09-17350 : « la violation des article L. 661-6 C. com., 31 et 546 CPC, fût-elle établie, ne constitue pas un excès de pouvoir mais un mal jugé par erreur de droit ».

⁹¹ V. Lamanda, *Discours prononcé le 7 janvier 2011 lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation*, in Cour de cassation, *Rapport d’activités 2010*, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/deuxieme_partie_di_sours_3870/audience_solennelle_3871/lamanda_premier_19396.html

⁹² Article 48-1 de l’ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁹³ Loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l’application de l’article 65 de la Constitution.

d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive »⁹⁴.

24. Toutefois, si le préjudice procède de la décision juridictionnelle elle-même – et hormis le cas spécifique de la révision d'une décision pénale devenue définitive – aucune action en responsabilité ne saurait être engagée. En vertu du principe constitutionnel de l'indépendance de l'autorité judiciaire⁹⁵, les actes juridictionnels ne sauraient être mis en cause autrement que par l'exercice des voies de recours. Ainsi la décision juridictionnelle échappe-t-elle à la mise en œuvre d'une quelconque responsabilité⁹⁶. Bien que l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire ne l'exclut pas, le principe selon lequel les décisions juridictionnelles ne sauraient s'entendre comme fautives semble entériné. La *jurisdictio* elle-même, c'est-à-dire l'action de dire le droit et de trancher les litiges qu'incarne la décision juridictionnelle, demeure exempte de toute forme de responsabilité. Pourtant, « est-il encore normal de considérer que le juge soit intouchable dans son activité juridictionnelle ? »⁹⁷. Car l'activité juridictionnelle apparaît comme une prérogative régaliennne, à l'égard de laquelle, toute question liée à une éventuelle mise en cause demeure sensible. Toutefois, l'excuse d'irresponsabilité tirée de la nature souveraine de l'activité concernée ne se pose plus avec autant de force. Au contraire, sous le prisme d'une quête de transparence, parfois poussée à l'extrême, toute activité souveraine fait désormais l'objet d'une attention particulière. La fonction juridictionnelle n'échappe pas à cette nouvelle dynamique.

25. « De tout temps la justice a été brocardée. Et aujourd'hui, à un magistrat qui ne supporterait pas la critique, je serais plutôt tenté de conseiller de changer de métier. Et s'il fallait encore se convaincre que le fait n'est pas nouveau, il conviendrait de se reporter au

⁹⁴ Article 43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁹⁵ Article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁹⁶ Cass. crim. 9 décembre 1981, *op. cit.* note n° 89 : « En vertu du principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées tant dans les motifs que dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi » ; CSM Siège 20 juillet 1994 : le Conseil supérieur de la magistrature ne saurait « porter aucune appréciation sur les actes juridictionnels des juges, lesquels relèvent de leur conscience et du seul pouvoir de ceux-ci de juger, sous réserve de l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige ». Le Premier président de la Cour de cassation a récemment rappelé lors de la rentrée solennelle de la Haute juridiction que l'acte juridictionnel « ne peut être contesté que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige », mais ne saurait entrer « dans le champ disciplinaire », *op. cit.* note n° 91.

⁹⁷ B. Dejemeppe, « La responsabilité civile des juges, entre passé et avenir », in Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Bruylant, 2007, p. 33.

discours prononcé ici même en janvier 1979 par le regretté Premier président Pierre Bellet qui s'exprimait en des termes encore aujourd'hui d'une cruelle actualité : « La justice est de plus en plus contestée, alors qu'on lui demande de plus en plus. Elle est discutée sur tous les points. Les récriminations portent essentiellement sur le coût de la justice et sa lenteur mais aussi sur sa raideur, son inefficacité, son manque de clarté, que sais-je encore ? Elle serait trop sévère et trop laxiste à la fois ». Mais s'il n'est pas récent, le phénomène ne laisse pas d'inquiéter quand, à cette institution fondamentale de la République et de la démocratie, les coups sont portés par ceux qui sont précisément en charge de le faire respecter. A cela, je dis qu'il faut très sérieusement prendre garde. Afficher pour la justice une forme de mépris, inspirer à l'opinion des sentiments bas en instillant, de manière en réalité extravagante, la confusion entre la responsabilité du criminel et celle du juge dont on dénigre la décision, inscrire au débit des cours et tribunaux l'altération du lien social compromis pour une multitude de raisons qui leur sont étrangères, tout cela avilit l'institution et, en définitive, blesse la République »⁹⁸. Or, cette étude ambitionne précisément de combattre ces menaces qui pèsent actuellement sur le juge et la justice. A cet égard, l'objet de celle-ci, loin de constituer un haro sur l'institution judiciaire, ambitionne de participer au rayonnement de celle-ci en posant, certes avec prudence et mesure, la question de la responsabilité juridictionnelle. Celle-ci permettrait une prise en compte globale du préjudice né de l'atteinte au droit au respect à la légalité. Il s'agit, par conséquent, de réfléchir à un nouveau régime de responsabilité tendant à réparer et sanctionner un « mal jugé » et aux conditions suivant lesquelles il pourrait être mis en œuvre ; celui-ci s'entendant comme la décision ayant fait l'objet d'une réformation ou d'une annulation à la suite de l'exercice des voies de recours. Cette définition se veut ici volontairement très générale, car la présente analyse vise précisément à rechercher si et selon quelles modalités, un mal jugé – et quel mal jugé ? – peut être source de responsabilité.

26. Aussi, et bien que les traditionnels principes gouvernant l'activité juridictionnelle semblent, *a priori*, contrarier l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle (***Première partie***), les récentes évolutions – notamment législatives – tendent à une remise en cause de ces objections pour admettre qu'un mal jugé puisse être source de

⁹⁸ J.-L. Nadal, *Discours prononcé le 7 janvier 2011 lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation, in Cour de cassation, Rapport d'activités 2010*, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/deuxieme_partie_di_scoeurs_3870/audience_solennelle_3871/louis_nadal_19397.html

responsabilité. Bien que la fonction juridictionnelle comporte en elle-même un « facteur risque » - l'aléa judiciaire – l'éventualité que celle-ci puisse s'exercer, parfois, en méconnaissance du droit objectif existe. Or, en reconnaissant que « dire le droit et trancher les litiges » puisse s'effectuer – marginalement mais assurément – en méconnaissance d'un droit au respect de la légalité, la question de la consécration d'une responsabilité du fait de la *jurisdictio*, parallèlement aux régimes actuellement en vigueur, se pose (*Seconde partie*).

PREMIERE PARTIE :

LES OBSTACLES CLASSIQUES A LA RECONNAISSANCE D'UNE RESPONSABILITE JURIDICTIONNELLE

27. Acteur du service public de la justice, le juge ne répond pas directement de son activité devant les justiciables ; c'est l'Etat, dans une logique de « maître d'œuvre », qui se porte garant des dommages causés à l'occasion du service public de la justice en cas de faute lourde ou déni de justice.

Système de responsabilité-écran consacré par l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire⁹⁹, la responsabilité civile de l'Etat joue également en cas de faute personnelle des magistrats conformément aux articles L. 141-2 du même code¹⁰⁰ et 11-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature¹⁰¹. Alors même que dans les deux cas de figure, c'est l'Etat qui réparera le préjudice subi, ces dispositions distinguent la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice de celle pour faute personnelle d'un magistrat – pour laquelle il se porte garant - se rattachant au service public de la justice.

28. Les impératifs liés à la *jurisdictio* semblent justifier ce qui correspond – dans son sens étymologique – à un privilège. Pour autant, cette complaisance, conjuguée à une certaine opacité du système, favorise un sentiment d'immunité des juges, lesquels semblent bénéficier d'une réelle impunité. Ces considérations sont préoccupantes en ce qu'elles dévalorisent l'institution judiciaire et suscitent suspicion et défiance.

A ce titre, envisager la responsabilité juridictionnelle doit prendre acte de la spécificité de la justice et du statut des juges. Car, si « notre société a confié aux juges le plus puissant des pouvoirs régaliens », « il est normal que l'Etat en rende compte aux citoyens et offre aux victimes réparation du préjudice qu'elles peuvent avoir subi »¹⁰². Mais, dans le même sens, « être responsable, ce n'est pas seulement réparer le dommage que l'on a causé par sa faute ; pour le juge, c'est encore accepter de rendre des comptes en contrepartie des pouvoirs que la loi lui reconnaît pour remplir sa mission »¹⁰³. Aussi et en admettant que soit préservée l'action du juge de toute pression qui nuirait assurément à l'œuvre de justice, on devrait admettre que

⁹⁹ « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice ».

¹⁰⁰ « La responsabilité des juges, à raison de leur faute personnelle, est régie :-s'agissant des magistrats du corps judiciaire, par le statut de la magistrature ».

¹⁰¹ « Les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles. 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 ».

¹⁰² J.-C. Magendie, « *La responsabilité des magistrats* », D. 2003, p. 1179.

¹⁰³ J. Joly-Hurard, « *La responsabilité civile des magistrats professionnels de l'ordre judiciaire* », in Ecole nationale de la magistrature, *Etre magistrat dans la cité, entre attentes légitimes et tentations démagogiques*, Les cahiers de la justice, 2007, n° 2, Dalloz, p. 144.

« comme toute activité humaine, la justice peut prendre des chemins de traverse et qu'il est normal alors que sa responsabilité soit engagée »¹⁰⁴.

29. La nature de celle-ci – prérogative régaliennne – explique que la question de sa responsabilité et de celle du juge ait de tout temps été abordée avec réticence et appréhension. D'une part, les reconnaître équivaldrait à admettre la faillibilité de l'autorité judiciaire, laquelle perdrait alors en fiabilité et crédibilité. D'autre part, l'argument tiré de l'indépendance de la justice et du juge justifierait que l'on ne puisse rechercher une quelconque responsabilité juridictionnelle, alors même que, désormais, c'est elle qui semble la permettre.

Cette appréhension de l'indépendance, en tant que facteur de responsabilité, conjuguée aux revendications des citoyens – lesquels sont passés « d'usagers passifs et soumis » à « des consommateurs [...] qui attendent que le service fourni soit à la hauteur des espérances que la collectivité a investies en lui »¹⁰⁵ – renouvelle la question de la responsabilité juridictionnelle. Et si sont traditionnellement invoqués certains obstacles à sa reconnaissance, ces derniers – qu'il s'agisse de ceux tenant aux spécificités de la fonction juridictionnelle (*Titre 1^{er}*) qu'aux garanties devant bénéficier à son exercice (*Titre 2nd*) – tendent au contraire à justifier l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle.

¹⁰⁴ J. Joly-Hurard, « *La responsabilité civile des magistrats professionnels de l'ordre judiciaire* », *op. cit.* note n° 103.

¹⁰⁵ *Ibid.*

Titre 1^{er} : Les obstacles allégués tenant aux spécificités de la fonction juridictionnelle

30. La fonction juridictionnelle s'entend indéniablement comme « une fonction d'autorité : le pouvoir de « dire le droit » (*jurisdictio*) s'accompagne nécessairement d'un pouvoir de commandement (*imperium*) »¹⁰⁶. Investir le juge du pouvoir de trancher les litiges, sans l'assurance et la garantie que sa décision sera exécutée paraîtrait, sans conteste, peu pertinent. Ainsi « ce qui a été jugé est[-il] constitutif de la vérité judiciaire, la loi commandant de le tenir pour vrai »¹⁰⁷. Chaque décision juridictionnelle définitive, alors même qu'elles seraient erronées¹⁰⁸ ou viciées¹⁰⁹, est revêtue de l'autorité de la chose jugée¹¹⁰. Toutefois, si cette notion tend à assurer une certaine immutabilité à l'acte juridictionnel, celui-ci ne sera réellement effectif qu'une fois passé en force de chose jugée¹¹¹. Ainsi, et bien que concourant chacune, avec leurs spécificités¹¹², à garantir une bonne et sereine administration de la justice, autorité et force de chose jugée ne sauraient être confondues¹¹³.

31. Alors que la première s'attache à tout jugement définitif dès son prononcé, la seconde ne bénéficie qu'à l'acte insusceptible de faire l'objet de recours suspensifs ; soit que ces derniers aient été exercés, soit que leurs délais aient été dépassés. La force jugée se rattache donc plutôt à l'*imperium*, alors que l'autorité de la chose jugée vise davantage la *jurisdictio*. Imposant respectivement une certaine considération à l'acte juridictionnel, ces deux notions lui permettent de déployer tous les effets que le législateur a entendus lui conférer.

¹⁰⁶ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2006, p. 494.

¹⁰⁷ Article 1350 C. civ.

¹⁰⁸ Cass. soc. 19 mars 1998, Bull n° 158.

¹⁰⁹ Cass. civ. 3^{ème} 4 mars 1998, n° 96-11399.

¹¹⁰ Nous noterons que cette notion est particulièrement ancienne, puisqu'elle était déjà énoncée par le droit romain. Voir en ce sens : H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, p. 790.

¹¹¹ Article 500 CPC : « A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution. Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai ».

¹¹² Voir à propos de la distinction entre autorité et force de chose jugée : Cass. civ. 1^{ère} 11 juin 1991, Bull. n° 189, *RTD civ.* 1992, p. 187, obs. R. Perrot ; Cass. civ. 2^{ème} 10 mars 2005, Bull. n° 60.

¹¹³ Pourtant, l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « les Hautes parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties », disposition de laquelle se déduit le principe que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sont tout à la fois revêtue de l'autorité et de la force de la chose jugée. En l'espèce, les deux notions se confondent, alors même qu'elles doivent, par principe, se distinguer au regard de leurs tenants et aboutissants.

Jouant de concert, mais non pas de façon simultanée, autorité et force de chose jugée incarnent la spécificité de la fonction juridictionnelle. A travers ces deux éléments, c'est bien la « valeur »¹¹⁴ de celle-ci qui est révélée et consacrée.

32. Ainsi le jugement définitif est-il, dès son prononcé, paré de l'autorité de la chose jugée. Cependant, il ne tirera sa véritable force qu'une fois les voies de recours ordinaires exercées, ou leurs délais, dépassés. En revanche, l'acte juridictionnel ne sera réputé irrévocable qu'à partir du moment où il ne pourra plus faire l'objet de voies de recours extraordinaires. Celui-ci sera véritablement intangible dès lors qu'il ne bénéficiera plus d'une présomption de vérité légale, mais bien de l'irrévocabilité de la chose jugée. Tant qu'il restera susceptible d'être critiqué, c'est-à-dire de faire l'objet d'une voie de recours - suspensive ou non d'exécution - l'acte juridictionnel sera, certes, doté de l'autorité de la chose jugée, mais sa remise en cause restera réalisable. *A contrario*, un jugement définitif, mais non encore passé en force de chose jugée, ne saurait être réellement immuable. A cet égard, il importe de clairement appréhender le caractère définitif attaché à une décision de justice. En droit, un acte définitif n'est ni forcément exécutoire, ni parfaitement immuable.

Certes, dans le langage commun, définitif signifie être fixé de manière irrévocable. Mais, le sens que lui confère le droit diffère indéniablement. En effet, attribuer ce caractère à un acte signifie qu'*a contrario*, il ne serait pas provisoire¹¹⁵. A travers cette notion, on cherche à distinguer les décisions qui seraient jugées au fond et celles qui ne le seraient pas¹¹⁶. Définitif est donc à distinguer d'insusceptible de recours. Un jugement définitif sera bien paré de l'autorité de la chose jugée, mais sans être tout à fait irrévocable. Cependant, le seul moyen de le critiquer consistera en l'exercice des voies de recours. En ce sens, « l'on parle de simple autorité lorsque le jugement est rendu ; de force de chose jugée, lorsque les délais des voies de recours suspensives d'exécution sont expirées ou que celles-ci ont été employées ; d'irrévocabilité, enfin, lorsque les voies de recours extraordinaires ont été utilisées ou ne peuvent plus l'être »¹¹⁷. L'acte bénéficiant d'une véritable intangibilité sera donc celui qui ne pourra plus faire l'objet d'aucune voie de recours. Ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il bénéficiera de la force de vérité légale, ou de la « force irrévocable de chose jugée »¹¹⁸.

¹¹⁴ P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, LGDJ, 1956, p. 222.

¹¹⁵ Voir en ce sens : G. Cornu (dir.), « Définitif », in *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 277.

¹¹⁶ En ce sens « un jugement au fond est définitif et a l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche », G. Cornu (dir.), « Définitif », *ibid.*

¹¹⁷ S. Guinchard et G. Montagnier (dir.), « Chose jugée », in *Termes juridiques. Lexique*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2010, p. 127-128.

¹¹⁸ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6^{ème} éd., 2009, p. 510.

Certes, la décision définitive du juge doit être reçue pour vraie. *Res judicata pro veritate habetur*. Mais la vérité de la chose jugée attachée au jugement définitif mais non encore exécutoire ou irrévocable n'est que présumée¹¹⁹, celle-ci pouvant être remise en question par l'exercice des voies de recours. Le juge peut se tromper. C'est pourquoi, le législateur a spécifiquement prévu des voies de droit dont l'objet consiste à pouvoir remédier à une éventuelle erreur judiciaire, au sens large du terme.

33. À cet égard, la fonction juridictionnelle se caractérise par un certain paradoxe. D'une part, le législateur cherche à garantir l'immutabilité de la vérification juridictionnelle opérée par le juge, mais, d'autre part, il en tempère l'efficacité par l'institution de voies de recours, dont l'objet réside, précisément, en la remise en cause d'une décision de justice. En revenant sur « la chose jugée »¹²⁰, celles-ci portent indéniablement atteinte à son autorité. C'est pourquoi, le législateur enferme dans un cadre strict la possibilité de revenir sur ce qui a déjà été tranché. Seules les voies de recours permettent de critiquer et de réexaminer une décision de justice.

Ainsi l'irresponsabilité de l'Etat est-elle traditionnellement énoncée pour ce qui ressort de l'activité juridictionnelle - proprement dite - de la justice. Conformément aux jurisprudences *Darmont*¹²¹ et *Issartier*¹²² une décision de justice ayant force de chose jugée ne pourrait engager la responsabilité de l'Etat, dès lors que le préjudice allégué y trouverait sa source. En cela, la spécificité de l'acte juridictionnel empêcherait d'envisager à son égard une telle action. Au surplus, admettre celle-ci à l'encontre d'un acte auquel on souhaite, par ailleurs, conférer force de vérité légale, corromprait assurément le système mis en place, et perturberait, *a fortiori*, l'apaisement juridique à laquelle il tend. L'acte juridictionnel est ainsi traditionnellement exclu du champ de la responsabilité, celui-ci ne pouvant être critiqué que par le biais des voies de recours prévues à cet effet¹²³.

En ce sens, le « butoir »¹²⁴ de l'autorité de la chose jugée s'opposerait à l'admission d'une responsabilité juridictionnelle (**Chapitre 1^{er}**) ; les voies de recours s'entendant comme l'unique et exclusif moyen de revenir sur la chose définitivement jugée (**Chapitre 2nd**).

¹¹⁹ A cet égard, il est très révélateur que le législateur ait rangé les dispositions relatives à l'autorité de la chose jugée au sein de la section III intitulé « Des présomptions ».

¹²⁰ La « chose jugée » s'entend traditionnellement comme « ce qui a été tranché par le juge pour mettre fin à une contestation », G. Cornu (dir.), « Chose jugée », in *Vocabulaire juridique*, op. cit. note n° 115, p. 154.

¹²¹ CE 29 décembre 1978, *Darmont*, op. cit. note n° 77.

¹²² CA Bordeaux, *Issartier*, 9 mars 1967, D. 1968, p. 365, note Demichel.

¹²³ Cass. crim. 9 décembre 1981, op. cit. note n° 76.

¹²⁴ D. Sabourault, « La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité », in M. Deguergue (dir.), *Justice et responsabilité de l'Etat*, PUF, 2003, p. 193.

Pourtant, l'analyse que nous proposons de livrer tend à remettre en question ces deux hypothèses.

Chapitre 1^{er} : L'autorité de l'acte juridictionnel

34. Par définition, « l'acte juridictionnel, c'est un acte qui émane d'un organe judiciaire, qui est rendu selon les formes d'une procédure, et qui tranche une prétention concernant une situation juridique par application d'une règle de droit »¹²⁵. Deux critères semblent dès lors devoir s'appliquer dans le cadre de sa détermination.

En premier lieu, on retient à son encontre un critère formel. De ce point de vue, on s'attache à la qualité de l'organe¹²⁶ - c'est-à-dire de celui, qui, investi du pouvoir de juger¹²⁷, dit le droit¹²⁸ - dont émane l'acte, à sa forme et à la procédure selon lesquelles il a été pris. En ce sens, serait juridictionnel l'acte émanant d'une juridiction, statuant suivant les règles d'équité et d'impartialité.

En second lieu, et selon un point de vue matériel, l'on « peut définir l'acte juridictionnel [...] comme une démarche intellectuelle consistant à s'interroger sur la violation alléguée d'une règle juridique en confrontant ce qui est effectivement et ce qui, d'après le droit existant, devrait être, ceci pour tirer de cette constatation des conséquences très diverses selon les hypothèses : condamnation à une peine, allocation de dommages et intérêts, annulation d'un texte administratif »¹²⁹. Ici, on s'intéresse au fait que l'acte juridictionnel tend à départager une contestation. *A contrario* ne seront pas qualifiées de la sorte les décisions par lesquelles le juge se contente de veiller à une bonne administration de la justice¹³⁰ ou celles au moyen desquelles il intervient alors qu'aucune contestation n'est en réalité soulevée¹³¹.

¹²⁵ H. Motulsky, cité par S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chanais, *Procédure civile*, Dalloz, 2009, p. 102.

¹²⁶ « Un *criterium* formel est celui qui sert à déterminer la nature d'un acte d'après le caractère de l'organe ou de l'agent qui le fait », L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., II, p. 445, cité par R. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse, Bordeaux, 1931, p. 221.

¹²⁷ « Il n'y a d'acte juridictionnel que lorsque l'agent intervient pour résoudre une question de droit. Afin de savoir si l'acte considéré est ou non un acte juridictionnel, il faut rechercher si l'agent public est intervenu ou non pour résoudre une question de droit », (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., II, p. 424, cité par R. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, *ibid.*, p. 26).

¹²⁸ En ce sens, l'on notera avec M. Guillien « que l'acte juridictionnel est composé de trois parties, que l'on peut, en bloc, qualifier ainsi : le fait, la loi, la conclusion sur la violation de la loi. Cette constitution tripartite, aperçue depuis fort longtemps, a fait dire de l'acte juridictionnel qu'il se réduisait à un syllogisme : la majeure serait la règle de droit, la mineure, la constatation de l'espèce concrète, la conclusion, la réponse donnée par le juge » (R. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, *ibid.*, p. 145).

¹²⁹ J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *Institutions judiciaires*, *op. cit.* note n° 29.

¹³⁰ On nomme cette catégorie, les actes d'administration judiciaire. D'une part, il s'agit de ceux visant au correct fonctionnement de la juridiction (désignation des magistrats appelés à siéger, règlement, rôle et police des audiences). D'autre part, l'on retient également ceux ayant vocation à permettre un correct déroulement de l'instance (par exemple : article 368 CPC : « Les décisions de jonction ou disjonction d'instances sont des mesures d'administration judiciaire »). *A contrario*, l'acte susceptible d'affecter les droits et obligations d'une

35. L'acte juridictionnel est donc celui par lequel le juge dit le droit et tranche les litiges¹³². Toutefois, si le principe de l'autorité de la chose jugée semble, de prime abord, le doter d'une véritable immunité, elle reste à relativiser d'un point de vue tant théorique (*Section 1*), que pratique (*Section 2*).

Section 1 : Appréciation critique de l'objection tirée de l'autorité de la chose jugée

36. Doté de l'autorité de la chose jugée (*Paragraphe 1*), l'acte juridictionnel bénéficie d'une présomption de vérité légale, et ne saurait être critiqué en dehors de l'exercice des voies de recours prévues à cet effet. En cela, envisager une responsabilité juridictionnelle serait défendue. Pourtant, si cette qualité conduit à doter l'acte juridictionnel d'une certaine portée, son principe ne contrarierait aucunement l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle en ce qu'en réalité, ni son objet, ni ses conditions ne tendent à la remettre en cause (*Paragraphe 2*).

§ 1 : Du bénéfice de l'autorité de la chose jugée pour la fonction juridictionnelle

37. L'autorité de la chose jugée tend à garantir une certaine stabilité juridique. Il s'agit, par son biais, d'éviter que les litiges ne se renouvellent indéfiniment¹³³. « Nul besoin n'est d'aller en rechercher ailleurs la justification et le fondement »¹³⁴. En considérant que ce qui a été jugé devient intangible, l'autorité de la chose jugée permet d'accorder – sous certaines conditions (A) – le bénéfice d'une vérité présumée à l'acte juridictionnel (B).

partie ne peut être considérée comme une mesure d'administration judiciaire (Cass. soc. 24 mai 1995, Bull. n° 168 ; *RTD civ.* 1995, p. 958, obs. R. Perrot).

¹³¹ Il s'agit de la catégorie dite des décisions gracieuses. Or bien que le bénéfice de l'autorité de la chose jugée semble devoir échapper à cette dernière catégorie d'actes - à l'occasion desquels, le juge ne semble exercer « aucun contrôle de légalité » (S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chanais, *Procédure civile, op. cit.* note n° 125) - certains auteurs estiment que même si le juge n'est effectivement pas appelé à trancher un litige, il se livre à un contrôle néanmoins certain, lequel le conduit *in fine* à juger le cas soumis à ses lumières (Voir en ce sens : P. Hébraud, *RTD civ.* 1957, p. 559). Toutefois, l'on admettra que « l'unité théorique de l'acte juridictionnel repose sur la cohérence de la fonction juridictionnelle, et se prolonge en une certaine diversité pratique, entre actes gracieux et actes contentieux » (S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chanais, *Procédure civile, ibid.*, p. 101).

¹³² Voir notamment : D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994.

¹³³ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2003, p. 561.

¹³⁴ J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse Paris, 1954, p. 325, cité par : C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, PUAM, 2008, p. 21.

A. Les conditions tenant à l'application de l'autorité de la chose jugée

38. « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité »¹³⁵. Aussi celle-ci ne pourra-t-elle s'appliquer qu'au regard de la triple condition de l'identité des parties¹³⁶, de l'objet¹³⁷ et de la cause. *A contrario*, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne pourra être utilement invoquée. C'est en cela que le bénéfice de l'autorité de la chose jugée oblige le juge à se livrer à une délicate comparaison (1), laquelle semble – au demeurant – remise en question par la nouvelle acception accordée à la notion de cause (2).

1) La comparaison induite par le principe de l'autorité de la chose jugée

39. La question de la triple identité imposée par les dispositions de l'article 1351 du code civil induit un rapport comparatif.

De prime abord, on serait enclin à l'envisager comme la mise en perspective des deux demandes litigieuses. En réalité, il s'agit de la confrontation entre le résultat d'une première action, la décision alors rendue, à une nouvelle demande. Cette approche est celle défendue par Motulsky, selon lequel : « une décision litigieuse ne saurait être à nouveau élevée devant un juge si celle-ci, après avoir été contradictoirement débattue, a été véritablement tranchée dans une précédente décision »¹³⁸. En ce sens, l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a été spécialement contesté et effectivement tranché par le juge¹³⁹. La vérification consiste à s'assurer que la nouvelle action ne puisse aboutir à une remise en cause de la réponse apportée en première instance, celle-ci étant reçue comme « vraie ». La

¹³⁵ Article 1351 C. civ..

¹³⁶ Voir notamment : Ass. plén. 10 avril 2009, Bull. n° 4 : « En l'absence d'identité de parties, l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde ouverte à l'encontre du même débiteur ».

¹³⁷ L'objet du jugement consiste en la chose demandée. Aussi, l'objet de la demande doit être matériellement identique (Cass. civ. 1^{ère} 6 mai 1964, Bull. n° 235). Il est, par ailleurs, nécessaire pour que l'exception de chose jugée soit accueillie que le demandeur invoque le même droit sur la même chose (Cass. civ. 1^{ère} 27 décembre 1963, Bull. n° 570).

¹³⁸ En ce sens, voir : Cass. civ. 1^{ère} 2 juillet 1958, Bull. n° 352.

¹³⁹ Cass. com. 24 janvier 1966, Bull n° 46.

comparaison consiste donc à confronter la chose déjà jugée - laquelle « ne porte que sur ce qui a été précédemment débattu et jugé »¹⁴⁰ - à la chose nouvellement demandée.

40. C'est selon ce schéma que devra être examinée, par le juge, la triple identité imposée par l'article 1351 du code civil. Aux termes de celui-ci, les parties au litige ne doivent pas être identiques et la chose demandée ne doit pas poursuivre – selon Motulsky – le même résultat économique ou social que lors de la première affaire. Quant à la cause, celle-ci, a récemment fait l'objet d'une nouvelle acception par l'Assemblée plénière¹⁴¹. Si jadis, en tant que fondement de la demande, elle mélangeait – en son sein – éléments de fait¹⁴² et de droit¹⁴³, la Haute juridiction estime dorénavant que l'autorité de la chose jugée s'applique également lorsque la même demande est présentée devant le juge avec identité de parties mais non de fondement juridique. La formule selon laquelle « tout ce qui a été contesté sans avoir été résolu et tout ce qui a été résolu sans avoir été contesté n'a pas autorité de chose jugée »¹⁴⁴, serait, d'après cette nouvelle jurisprudence, abandonnée.

2) La remise en cause de la comparaison induite par le principe de l'autorité de la chose

41. Cette nouvelle acception résulte d'un récent revirement de jurisprudence. Les faits étaient les suivants : deux frères s'opposaient à propos de la succession de leur père. L'un d'eux, ayant travaillé sans rémunération pour celui-ci, prétendait au bénéfice d'une créance de salaire différé, et assignait son frère à son paiement. Il fut débouté au motif qu'il n'avait pas exercé son activité au sein d'une exploitation agricole. Mais, alors que la décision était passée en force de chose jugée, il exerça une nouvelle action, toujours contre son frère, et, toujours aux fins d'obtenir le paiement de la créance invoquée. Toutefois, il se prévalait, à cette occasion, de l'enrichissement sans cause. La question était donc de savoir si un même demandeur pouvait invoquer à l'appui de la même demande contre le même défendeur un autre fondement juridique que celui allégué lors de la première action en justice¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Cass. civ. 2^{ème} 10 juillet 2003, Bull. n° 237.

¹⁴¹ Ass. plén. 7 juillet 2006, RTD civ. 2006 p. 825, obs. R. Perrot ; JCP 2007.II.10070, note G. Wiederkehr ; Cass. civ. 2^{ème} 25 octobre 2007, RTD civ. 2008, p. 159, obs. R. Perrot.

¹⁴² X. Lagarde, note sous Ass. plén. 3 juin 1994, JCP 1994.II.22309.

¹⁴³ P. Eismein, note sous Cass. civ. 1^{ère} 10 octobre 1960, JCP 1961.II.11980.

¹⁴⁴ V. Delaporte, « *L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande* », Rapport aux deuxièmes rencontres de procédure civile, Université/Cour de cassation, BICC 2005, hors série, n° 3, p. 23.

¹⁴⁵ R. Perrot, note sous Ass. plén. 7 juillet 2006, RTD civ. 2006, p. 825.

Les termes de l'article 1351 du code civil, conjugué à la jurisprudence rendue en la matière¹⁴⁶ semblaient consacrer la recevabilité de l'action. Toutefois, la Haute juridiction retint que le demandeur « ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant quant au fondement juridique [l'enrichissement sans cause] qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation »¹⁴⁷. En ce sens, « incombe [dorénavant] au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci »¹⁴⁸. La Cour de cassation livre désormais une nouvelle lecture de l'article 1351 du code civil, laquelle tend à modifier la traditionnelle acception de la notion de cause.

42. Motulsky avait attiré l'attention « sur l'importance pratique en procédure civile, d'un maniement correct de la notion de « cause » et, [...] sur le risque de confusion qui découle d'un emploi non différencié de cette notion »¹⁴⁹. Si la cause de l'instance tend à circonscrire l'office du juge, la seconde vise à fixer les limites de l'effectivité de l'autorité de la chose jugée. Alors que la première se caractérise par la règle de droit invoquée¹⁵⁰, en tant que « fondement juridique de la prétention »¹⁵¹ constituée par « une série de faits » non encore juridiquement qualifiés¹⁵², la seconde apparaît comme ce qui a effectivement été tranché par le juge. En ce sens, seule celle-ci doit, en principe, bénéficier de l'autorité de la chose jugée. Il s'agit, par conséquent, de deux notions aux tenants et aboutissants respectifs distincts. Les confondre nous semble regrettable, en ce que cette nouvelle jurisprudence ne participe aucunement à la clarification des concepts. Au demeurant, ce n'est plus tant l'autorité de la chose jugée qui est consacrée, mais l'autorité de la chose demandée par le justiciable au juge. Car, en l'espèce, il y a bien identité d'objet, mais non de cause, telle que celle-ci s'entendait traditionnellement. A cet égard, on regrette que le juge ne reconnaisse pas le bénéfice de

¹⁴⁶ Cass. civ. 2^{ème} 3 juin 2004, Bull. n° 264, JCP 2004.IV.2533 ; Cass. soc. 24 mai 2006, Bull. n° 185, JCP 2006.IV.2330 : « En déclarant irrecevable la demande de dommages-intérêts présentée par la salariée pour défaut d'exécution, par l'employeur, de ses obligations résultant d'un accord social au motif qu'une demande identique a été précédemment rejetée par un tribunal de grande instance, alors qu'il ressortait de ses constatations que la demande de la salariée rejetée par la décision précédente imputait à la banque employeur un manquement à ses obligations professionnelles lors de l'octroi [...] d'un prêt pour le financement de son projet de création d'entreprise, ce dont résultait une différence de fondement avec l'action engagée devant elle, la cour d'appel a violé l'article 1351 du code civil ».

¹⁴⁷ Ass. plén. 7 juillet 2006, *op. cit.* note n° 141.

¹⁴⁸ Cass. civ. 2^{ème} 18 octobre 2007, n° 06-13.068, RTD civ. 2008, p. 147, note P. Théry.

¹⁴⁹ H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D. 1968, p. 1.

¹⁵⁰ P. Malaurie note sous Cass. civ. 18 mars 1955, D. 1956, p. 517.

¹⁵¹ P. Eismein, note sous Cass. civ. 1^{ère} 10 octobre 1960, JCP 1961.II.11980.

¹⁵² H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 236.

l'autorité de la chose jugée à l'encontre uniquement de « la matière [précisément] litigieuse »¹⁵³. Certes, cette dernière acception ne sanctionnerait pas les éventuelles négligences ou mauvaises fois des parties¹⁵⁴, mais elle aurait le mérite de la cohérence, tout en restant fidèle aux dispositions légales : « Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche »¹⁵⁵.

43. À l'occasion de l'arrêt de 2006¹⁵⁶, la Cour de cassation a indéniablement penché en faveur d'une conception plus large de la notion d'autorité de chose jugée. En considérant comme tranchée, une question qui n'a été ni soulevée, ni débattue mais qui intéresse les mêmes parties et tend au même résultat, la Haute juridiction a accentué la vertu « sanction » de ce principe, entendu comme un « moyen de contrôle et de sanction de la diligence des parties »¹⁵⁷. Pourra, désormais, bénéficier de l'autorité de la chose jugée une chose pourtant indéniablement non jugée. Cette nouvelle jurisprudence prive les prescriptions de l'article 1351 du code civil d'une partie de leur fondement ; et, au-delà, porte atteinte au principe même de la contradiction¹⁵⁸. L'énonciation selon laquelle « l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'aux décisions judiciaires rendues en matière contentieuse sur les contestations débattues entre les parties ou sur lesquelles elles ont été appelées à débattre »¹⁵⁹ s'avère obsolète. Aussi l'accent est-il davantage mis sur l'effet régulateur, certes indéniablement attaché à l'autorité de la chose jugée, mais qui, poussé à son paroxysme, semble méconnaître le sens premier de ce principe.

¹⁵³ J. Héron (par T. Le Bars), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2006, p. 267. A cet égard, l'autorité de la chose jugée s'attacherait « aux faits retenus par le juge et à la correspondance de ces faits avec les éléments du présupposé de la règle de droit, telle que la retient le juge » (J. Héron (par T. Le Bars), *Droit judiciaire privé*, *ibid.*, p. 267). En l'espèce seraient donc visés – à travers la notion de l'autorité de la chose jugée – d'une part, la matérialité du fait retenu, d'autre part, la qualification juridique opérée par le juge, et, enfin, l'interprétation de la règle telle qu'énoncée par le juge.

¹⁵⁴ Concernant ce point, devraient alors jouer les dispositions prévues aux articles 1382 C. civ. ou 700 CPC.

¹⁵⁵ Article 480 CPC.

¹⁵⁶ Ass. plén., 7 juillet 2006, *op. cit.* note n° 141.

¹⁵⁷ J. Normand, note sous Ass. plén. 3 juin 1994, *RTD civ.* 1995, p. 177. Voir en ce sens : Cass. civ. 1^{ère} 20 juillet 1965, Bull. n° 399 : l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce qu'une partie tente de demander une nouvelle fois l'annulation d'un contrat en se fondant sur un autre vice du consentement que celui « choisi » lors de la première procédure.

¹⁵⁸ Voir en ce sens : G. Wiederkehr, note sous Ass. plén., 7 juillet 2006, *JCP 2007.II.10070*, p. 36.

¹⁵⁹ Cass. Civ. 1^{ère} 17 octobre 1995, *RTD civ.* 1996, p. 710, obs. J. Normand.

B. La portée de l'autorité de la chose jugée

44. On distingue traditionnellement deux types d'effets à l'égard du bénéfice de l'autorité de la chose jugée. Si l'effet négatif tend à permettre une « régulation des flux judiciaires »¹⁶⁰ - et apparaît comme celui traditionnellement envisagé à son encontre -, l'effet positif consiste en la possibilité pour un justiciable de se prévaloir, à l'appui d'une action judiciaire, d'un élément tranché lors d'une précédente décision. En ce sens, la vérification juridictionnelle précédemment opérée s'imposera au second juge, lequel devra considérer comme définitivement acquis le contenu de la première décision¹⁶¹.

45. A la différence de l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée, l'effet positif est invoqué, non pas par le défendeur à l'action¹⁶² – afin de contrer celle-ci – mais par le demandeur, lequel cherche à obtenir le bénéfice d'une décision de justice ne le concernant pas directement. Ayant pour conséquence d'empêcher toute contrariété dans l'activité juridictionnelle, l'effet positif – à l'instar de son pendant négatif – permet également d'éviter le renouvellement sans fin d'un litige déjà tranché par le juge. Quel que soit le cas de figure, un même litige ne saurait être rejugé. En cela, ces deux effets se rejoignent : il s'agit d'éviter que deux juridictions ne rendent deux décisions opposées relativement à la même affaire¹⁶³. Et, alors que le premier cas vise tous les éléments tenant à la triple identité imposée par le législateur, le second ne s'intéresse qu'à la règle de droit qui aura été préalablement tranchée. Seule une différence de degré, et non de nature¹⁶⁴ distingue – en définitive – les effets positif et négatif attachés à l'autorité de la chose jugée¹⁶⁵.

46. Ces derniers participent très clairement à l'assurance d'une certaine sécurité juridique. « La fonction juridictionnelle manquerait à sa mission essentielle qui est précisément d'apurer les rapports juridiques litigieux »¹⁶⁶ si les procès pouvaient indéfiniment perdurer. En ce sens, l'immutabilité de la chose jugée constitue le parachèvement de la fonction juridictionnelle, celle-ci devant être tenue pour vraie. *Res judicata pro veritate*

¹⁶⁰ C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, op. cit. note n° 134, p. 24.

¹⁶¹ R. Perrot et N. Fricéro, « *Autorité de la chose jugée* », Jcl Procédures, fasc. 554, p. 4.

¹⁶² A noter toutefois que depuis le 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur du décret du 20 août 2004 modifiant l'article 125 du code de procédure civile, le juge peut soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée.

¹⁶³ Voir notamment : Cass. civ. 1^{ère} 17 février 2010, *Responsabilité civile et assurances*, 2010-5, p. 24.

¹⁶⁴ R. Perrot et N. Fricéro, « *Autorité de la chose jugée* », op. cit. note n° 161, p. 4.

¹⁶⁵ C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, op. cit. note n° 134, p. 19-26.

¹⁶⁶ R. Perrot et N. Fricéro, « *Autorité de la chose jugée* », op. cit. note n° 161, p. 4.

accipitur. Car, bien que « le jugement met[te] un terme au dialogue qui a caractérisé le débat par une parole d'autorité qui confère légitimité à une vérité conventionnelle »¹⁶⁷, celle-ci ne reste que judiciaire, et traduit indéniablement « l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité ; elle est reçue (*accipitur*) par le bon peuple pour tenir lieu de vérité (*pro veritate*) »¹⁶⁸. Au-delà, elle témoigne indéniablement de la faillibilité de la justice ; « si la chose jugée était toujours vraie, il n'y aurait [effectivement] pas besoin de la tenir pour vraie »¹⁶⁹. Cette vérité n'est pas une vérité sacrée, et la Cour de cassation d'admettre que l'autorité de la chose jugée « s'attache même aux décisions erronées »¹⁷⁰ ; « aux jugements qui n'ont fait l'objet d'aucun recours quels que soient les vices dont ils sont affectés »¹⁷¹.

En ce sens, force est de constater une certaine faille dans le concept même du principe de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, cette fiction juridique n'en demeure pas moins essentielle aux fins d'assurer une sécurité et une stabilité juridiques ; le droit a besoin de ces fictions dans une perspective de pacification des rapports. Dans le cas contraire, le désordre et l'anarchie risqueraient de régner. Cette présomption de vérité légale, malgré ses imperfections, mérite d'être préservée ; envisager un système qui lui porterait atteinte n'est certainement pas à prescrire. Toutefois, il s'agit de savoir si, en tant que telle, l'autorité de la chose jugée condamnerait *ipso facto* l'énoncé d'une responsabilité juridictionnelle ; ou si, au contraire, et au regard de ses conditions d'application, elle y consentirait, voir y inciterait.

47. Le sujet fait débat au sein de la doctrine. Certains estiment que fonder une action en responsabilité du fait d'un mal jugé serait inenvisageable au regard même de l'autorité devant bénéficier aux actes juridictionnels. M. Auby écrivait ainsi que « l'autorité de la chose jugée, envisagée dans un de ses attributs qui est la force de vérité légale, serait contredite par un jugement accordant une indemnité dans des conditions de nature à faire apparaître l'existence d'un « mal jugé » »¹⁷². Il est certain qu'une telle possibilité remettrait en cause la force de vérité légale attachée à l'acte juridictionnel définitif, exécutoire et irrévocable. Mais, *quid* de l'acte juridictionnel, certes définitif, mais encore susceptible de faire l'objet d'une voie de recours ? La finalité de celle-ci et celui d'une action en responsabilité diffèrent. L'examen des tenants et aboutissants respectifs des principes en jeu

¹⁶⁷ A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, O. Jacob, 1997, p. 148.

¹⁶⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, 2004, p. 371.

¹⁶⁹ C. Atias, « *L'erreur grossière du juge* », *D.* 1998, p. 280.

¹⁷⁰ Cass. civ. 3^{ème} 4 mars 1998, n° 96 -11.399 et Cass. soc. 19 mars 1998, Bull. n° 158.

¹⁷¹ Cass. com. 14 novembre 1989, Bull. n° 289 ; Cass. civ. 2^{ème} 18 décembre 2003, Bull. n° 406.

¹⁷² J.-M. Auby, « *La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire* », *AJDA* 1973, p. 9.

tendrait ainsi à rejeter l'éventualité d'une contrariété de principe née de l'autorité attachée aux décisions de justice.

§ 2 : De la non-contrariété de principe tirée de l'autorité de la chose jugée

48. Alors que l'autorité de la chose jugée vise à empêcher qu'une même affaire soit indéfiniment rejugée, l'objet d'une action en responsabilité juridictionnelle est de réparer le préjudice constitué par un mal jugé. En ce sens, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne jouerait aucunement (**A**). Au contraire, ce serait au regard même de ce principe que la responsabilité juridictionnelle se justifierait (**B**).

A. L'inefficacité de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée à l'occasion de la responsabilité juridictionnelle

49. L'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que soit remis en question ce qui a été précédemment tranché. Ce principe revêt un intérêt procédural certain. En effet, il s'entend comme le mécanisme interdisant aux parties de tenter de faire rejuger, pour un résultat différent, une question déjà tranchée. En ce sens, l'autorité de chose jugée permet d'invoquer une fin de non-recevoir au bénéfice du défendeur à l'action.

50. Par principe, la présomption de vérité légale ne s'applique qu'au regard de la triple identité imposée par le législateur. Mais au cas où une partie souhaiterait obtenir réparation du préjudice constitué par un mal jugé, cette condition n'a plus vocation à s'appliquer. En effet, l'objet, les parties et la cause du litige diffèrent indéniablement. Le nouveau litige opposera certes l'une des parties présentes lors de la première action, mais non plus contre son adversaire initial, mais contre l'Etat. L'objet et la cause différeront, puisque c'est la réparation d'un mal jugé – précédemment entériné par une décision de justice – qui sera demandé lors de la nouvelle action. De ce point de vue, l'autorité de la chose jugée ne saurait s'opposer à l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle.

51. Ce principe fondamental n'a vocation à s'appliquer que tant que l'acte restera « en vigueur ». *A contrario*, si l'acte est annulé, c'est celui qui aura vocation à le remplacer qui en sera – à l'avenir – pourvu. Partant, l'admission d'une action en responsabilité

juridictionnelle constitue le parachèvement de la décision rendue à l'issue de l'exercice de la voie de recours. A l'inverse d'une prétendue entrave, il s'agirait – au contraire – d'une des conséquences attachées à l'autorité de la chose précédemment jugée.

B. La responsabilité juridictionnelle, conséquence de l'autorité de la chose précédemment jugée

52. Afin de pouvoir honorer la fonction de pacification des rapports sociaux, auquel tend l'office du juge¹⁷³, l'acte juridictionnel est doté, dès son prononcé, de l'autorité de la chose jugée. « Une des présomptions les plus indispensables à la vie sociale d'un peuple, c'est que les décisions du pouvoir judiciaire, quand elles n'ont point été attaquées dans les délais légaux, ou quand les juridictions supérieures ont rejeté les recours dont elles ont été l'objet, sont définitives et absolument irrévocables. [...] ce principe qui se retrouve à la base de toutes les législations a pour conséquence nécessaire que les citoyens qui se prétendent lésés par l'œuvre de justice sont sans droit à demander réparation »¹⁷⁴. Or si cette analyse s'avère tout à fait pertinente, et ne mérite – en ce sens – aucune contestation, elle perd cette qualité lorsque l'acte n'est pas encore tout à fait intouchable, c'est-à-dire lorsqu'il reste susceptible de faire l'objet de voies de recours.

En ce sens, l'objet de celles-ci et celui d'une action en responsabilité diffèrent. Si la première entend mettre fin à un mal jugé, la seconde vise à réparer un préjudice. Aussi, et dans le cas où le caractère erroné d'un acte juridictionnel aurait été reconnu par le biais d'une des voies de droit prévues par le législateur, *quid* de la réparation du préjudice causé par ce mal jugé ?

Au demeurant, l'octroi de dommages et intérêts ne serait pas forcément un désaveu de l'œuvre de justice. Au contraire, il pourrait s'agir de sa « conséquence normale »¹⁷⁵.

A cet égard, Ardant prend l'exemple d'un individu acquitté, lequel demanderait réparation du préjudice causé par la décision initiale de condamnation. En ce cas, la demande serait précisément fondée sur l'arrêt d'acquiescement. En l'espèce, le requérant ne chercherait pas à faire rejurer la même affaire, mais bien à obtenir réparation du dommage subi¹⁷⁶.

¹⁷³ « C'est par cette autorité, cette force de vérité légale qui s'attache à la constatation du juge, que la fonction juridictionnelle remplit son but social », H. Vizios, *Notions fondamentales de la procédure*, p. 32, cité par : P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, op. cit. note n° 114, p. 184.

¹⁷⁴ G. Teissier, « Responsabilité », in *Répertoire du droit administratif Béquet*, t. 23, n° 29, p. 112, cité par : P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, op. cit. note n° 114, p. 182-183.

¹⁷⁵ P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, *ibid.*, p. 185.

¹⁷⁶ *Ibid.*

En cela, reconnaître le préjudice causé par une décision préalablement censurée en constitue le parachèvement. Si un jugement confirme une défaillance dans l'application du droit, l'exercice d'une action en responsabilité conclurait la procédure précédemment initiée par l'exercice des voies de recours. Actionner le mécanisme de la responsabilité juridictionnelle s'entend, ainsi, comme la consécration de la décision entérinant le mal jugé. Partant, l'exercice d'une telle action s'inscrit dans le respect dû à l'autorité de la chose jugée, et, plus précisément, à l'autorité de la décision censurant le mal jugé. C'est, au demeurant, au regard de cette analyse que la Cour de justice des communautés européennes a reconnu la mise en œuvre de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire¹⁷⁷ pour laquelle « l'obligation de réparer se déduit de l'autorité même des arrêts en manquement »¹⁷⁸. En ce sens, « il faut que le juge communautaire ait préalablement constaté l'infraction de l'Etat pour que la personne lésée puisse agir contre lui »¹⁷⁹. L'action en responsabilité ne peut donc s'ouvrir que si – au préalable – l'atteinte été constatée. C'est donc au regard de la chose précédemment jugée que l'action en responsabilité pourra être actionnée.

53. Par ailleurs, le caractère contingent de la vérité attachée à l'acte juridictionnel sert également notre analyse. Ne bénéficie de l'autorité de la chose jugée que ce qui a été précisément jugé, par égard à la condition de la triple identité imposée par l'article 1351 du code civil. Donc, la fin de non-recevoir traditionnellement tirée de celle-ci ne saurait être utilement invoquée à l'encontre d'une action en responsabilité juridictionnelle.

Si la présomption de vérité légale attachée à l'acte juridictionnel semble, de prime abord, constituer « un obstacle procédural à la responsabilité de l'Etat »¹⁸⁰, celui-ci ne saurait subsister en cas d'annulation de la décision litigieuse. En ce sens, la réfutation d'une responsabilité juridictionnelle tirée de l'autorité de la chose jugée mérite d'être rejetée.

Au demeurant, on s'étonne de la persistance de ce prétendu obstacle : cette conception de l'autorité de la chose jugée ayant été, en pratique, sensiblement corrigée, voire démentie.

¹⁷⁷ C. Weisse-Marchal, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, thèse Metz, 1996, p. 17.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, *op. cit.* note n° 114, p. 184-186.

Section 2 : Illustration pratique de la conciliation invoquée

54. Au motif que les actes juridictionnels sont parés de l'autorité de la chose jugée, il serait inenvisageable d'admettre une action en responsabilité pour mal jugé. Toutefois, la réalité nous incite à critiquer cet état de faits, puisqu'une telle éventualité existe d'ores et déjà. Enfermée dans un cadre, certes, restrictif, la responsabilité de l'Etat demeure admise au regard du contenu d'une décision juridictionnelle (*Paragraphe 1*). Par ailleurs - et alors que la justice et les juges font l'objet de critiques récurrentes et apparaissent comme une cible privilégiée de la vindicte populaire, politique et médiatique - de récentes évolutions législatives et jurisprudentielles cherchent à davantage responsabiliser les magistrats. Or, ces dernières tendent précisément à esquisser les prémices d'une responsabilité juridictionnelle (*Paragraphe 2*).

§ 1 : De la stricte admission de la responsabilité étatique en matière juridictionnelle

55. En principe, tous les actes juridictionnels sont soumis à l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire. Cependant, la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée en raison du contenu des décisions de justice. Pourtant, celle-ci est exceptionnellement admise en cas d'erreur judiciaire (**A**), et, également reconnue pour violation du droit européen (**B**). Aussi, l'objection tirée de l'autorité de la chose jugée souffre-t-elle d'un manque réel de pertinence.

A. La reconnaissance de la responsabilité étatique en cas d'erreur judiciaire

56. La responsabilité de l'Etat à l'égard du contenu de la décision d'un juge est spécialement reconnue à l'occasion de deux cas de figure : en cas de condamnation à tort d'une part, et, en cas de détention provisoire non suivie de condamnation, d'autre part. La réalité procédurale – la révision d'une décision de condamnation pour le premier cas (**1**), ou une détention suivie d'une relaxe concernant le second (**2**) – ouvre la possibilité – pour la victime de cette défaillance – d'obtenir réparation du préjudice subi. « Ce qui fait le cœur même de la fonction judiciaire n'exclut [donc] pas la réparation d'un dommage »¹⁸¹.

¹⁸¹ G. Guidicelli-Delage, « La responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale », *Justices* 1997, n° 5, p. 32.

1) La condamnation injustement prononcée, motif de la responsabilité de l'Etat

57. Instauré par la loi du 8 juin 1895, ce cas vise la possibilité pour la victime d'une erreur judiciaire – au sens pénal du terme – de mettre en cause la responsabilité de l'Etat sur ce fondement, et d'obtenir réparation du préjudice subi. L'article 626 du code de procédure pénale précise que, sans méconnaître les « dispositions de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, un condamné reconnu innocent [...], a droit à réparation intégrale du préjudice matériel et moral que lui a causé la condamnation »¹⁸². Le législateur exclut, par conséquent, toute contrariété dans la possibilité d'obtenir réparation pour un mal jugé, alors même qu'il prévoit que la responsabilité de l'Etat « ne peut être engagée que pour faute lourde ou déni de justice ». Aussi, et « sans préjudice » de ces dernières dispositions, un mal jugé peut fonder une action en responsabilité de l'Etat. Toutefois, si celle-ci est effectivement admise, par delà ce qui semblait – de prime abord – y contrevenir, le régime répond à des conditions assurément restrictives quant à la possibilité de faire réviser une décision de justice.

58. Aux termes de l'article 622 alinéa 1 du code de procédure pénale¹⁸³, la révision doit concerner une décision pénale, c'est-à-dire émaner d'une juridiction répressive, déclarative de culpabilité¹⁸⁴ et définitive¹⁸⁵. A cet égard, il convient de préciser que cette dernière expression s'avère malheureuse. En effet, la révision ne peut concerner qu'une décision de condamnation, certes définitive, mais à entendre dans son sens commun, c'est-à-dire qui n'est plus susceptible de faire l'objet de voies de recours¹⁸⁶, ni d'aucun autre moyen de nature à annuler l'erreur¹⁸⁷. La décision litigieuse doit donc bénéficier de la force irrévocable de chose jugée.

59. Concernant l'admission de la demande de révision, l'article 622 du code de procédure pénale énonce strictement quatre cas d'ouverture, au regard desquels la requête

¹⁸² Article 626 CPP.

¹⁸³ « La révision d'une décision définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit ».

¹⁸⁴ Cass. crim. 27 juillet 1917, Bull. n° 716 : les décisions de condamnations civiles prononcées par une juridiction répressive ne peuvent pas faire l'objet d'un pourvoi en révision.

¹⁸⁵ Cass. crim. 6 décembre 1949, Bull. n° 87.

¹⁸⁶ Voir notamment : Cass. crim. 8 avril 1967, Gaz. Pal. 1967, p. 40 : « la révision ne peut être demandée que contre une décision irrévocable, non susceptible d'opposition ».

¹⁸⁷ Cass. crim. 21 juillet 1996, Bull. n° 209.

pourra être adressée à une commission de révision¹⁸⁸, qui, si elle estime la demande¹⁸⁹ recevable, procèdera à l’instruction de l’affaire. Ces derniers sont les suivants : si de nouveaux éléments tendent à faire naître de suffisants indices sur l’existence de la prétendue victime, ou bien sur la culpabilité même du condamné ; si un témoin dont la déclaration a pesé dans la condamnation, est, par la suite, condamné pour faux témoignage, ou encore si intervient une décision de condamnation pour les mêmes faits mais à l’encontre d’un autre individu.

Une fois saisi - au regard de l’un de ces cas de figure - et « après avoir procédé, directement ou par commission rogatoire, à toutes recherches, auditions, confrontations et vérifications utiles et recueilli les observations écrites et orales du requérant ou de son avocat et celles du ministère public, cette commission »¹⁹⁰ aura vocation à rendre une décision motivée insusceptible de recours¹⁹¹ de rejet ou de saisine de la Cour de révision¹⁹². Celle-ci pourra également ordonner un supplément d’enquête si elle l’estime nécessaire¹⁹³. Au contraire, si elle considère que l’affaire est en état, alors elle pourra juger au fond et rendre une décision motivée insusceptible de recours¹⁹⁴ de rejet de la demande ou d’annulation de la décision de condamnation. Or, dans le cas où il lui apparaîtrait possible de reprendre le procès¹⁹⁵, elle saisira une juridiction de même degré et de même ordre que celle dont émane la décision annulée aux fins de procéder à de nouveaux débats contradictoires¹⁹⁶.

En cas d’annulation d’une décision de condamnation, la fiche du casier judiciaire sera supprimée¹⁹⁷, et le condamné reconnu innocent pourra obtenir réparation du préjudice subi¹⁹⁸. Enfin, la juridiction pourra ordonner la publication de la décision de révision « dans la ville où a été prononcée la condamnation, dans la commune du lieu du crime ou le délit a été commis,

¹⁸⁸ La demande de révision doit être adressée à une commission de révision qui est composée de cinq magistrats près la Cour de cassation.

¹⁸⁹ Aux termes de l’article 623 CPP, la révision peut être demandée par le condamné, ou son représentant légal en cas d’incapacité, ou son conjoint, ses parents, ses légataires universels ou à titre universel ou par ceux qui ont reçu de lui la mission expresse en cas de mort ou de déclaration d’absence, ou, enfin, par le ministre de la justice, garde des Sceaux.

¹⁹⁰ Article 623 alinéa 3 CPP.

¹⁹¹ Article 623 alinéa 3 CPP.

¹⁹² Selon l’article 623 alinéa 3 du code de procédure pénale, la « commission saisit la chambre criminelle, qui statue comme cour de révision, des demandes qui lui paraissent pouvoir être admises ». On retient que la procédure devant la Cour de révision comporte deux phases, à savoir le « rescindant », et le « rescisoire ». La Cour examine la portée des éléments de fait dont elle dispose et rend alors un arrêt de rejet ou d’annulation de la condamnation contestée. Dans ce dernier cas, la Cour de révision doit renvoyer l’affaire devant une juridiction de fond comparable à celle ayant rendu la décision de condamnation annulée.

¹⁹³ Article 625 alinéa 1 CPP.

¹⁹⁴ Article 625 alinéa 2 CPP.

¹⁹⁵ Dans le cas contraire, elle se contentera de procéder à l’annulation.

¹⁹⁶ Article 625 aliéna 2 CPP.

¹⁹⁷ Article 625 alinéa 6 CPP.

¹⁹⁸ Article 626 CPP.

dans celle du domicile des demandeurs en révision, dans celles du lieu de naissance et du dernier domicile de la victime de l'erreur judiciaire »¹⁹⁹ ; dans le Journal officiel et « publié par extraits dans cinq journaux au choix de la juridiction qui a prononcé la décision »²⁰⁰.

60. Le système ainsi organisé ne vise pas uniquement l'annulation d'un mal jugé, il entend également – dans la mesure du possible – à permettre qu'une affaire déjà jugée soit de nouveau portée à la connaissance du juge. L'autorité de la chose jugée attachée à la décision annulée ne saurait donc faire obstacle à une telle possibilité. Préalablement à toute reprise judiciaire de cette même affaire, la décision première et litigieuse aura été annulée. Par conséquent, l'autorité qui lui était attachée disparaîtra avec elle. C'est pourquoi, en pratique, l'argument tiré de l'autorité de la chose jugée – aux fins de contrer l'éventualité d'une responsabilité juridictionnelle – apparaît inopérant.

La procédure visée par les articles 622 à 626 du code de procédure pénale constitue ainsi un démenti certain aux arguments critiquant la possibilité de rechercher une réparation fondée sur un mal jugé. A certains égards, l'indemnisation pour détention provisoire injustement subie, qui fut consacrée par la loi du 17 juillet 1970²⁰¹, s'inscrit dans la même logique.

2) La détention provisoire injustement subie, motif de la responsabilité de l'Etat

61. Aux termes des articles 149²⁰² et 150²⁰³ du code de procédure pénale, la victime d'une détention provisoire suivie d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement peut saisir une commission d'indemnisation afin d'obtenir la réparation du préjudice subi.

Il s'agit, en l'espèce, d'un régime de responsabilité sans faute qui, dans un premier temps, fut relativement restrictif. En effet, la loi conditionnait celle-ci à l'existence avérée d'un préjudice particulièrement grave et anormal. Or une telle exigence aboutissait, *in fine*, à une

¹⁹⁹ Article 626 alinéa 6 CPP.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

²⁰² « Sans préjudice de l'application des dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son, égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention ».

²⁰³ « La réparation [...] est à la charge de l'Etat [...] ».

« dénaturation du mécanisme même de responsabilité sans faute dans la mesure où elle poussait la commission d'indemnisation à rechercher la faute de service »²⁰⁴.

C'est notamment pour remédier à cette que les lois des 30 décembre 1996²⁰⁵ et 15 juin 2000²⁰⁶ entendirent organiser un véritable mécanisme de responsabilité sans faute, lequel exige uniquement que le demandeur ait fait l'objet d'une détention provisoire, non suivie de condamnation. Ici, encore, le législateur ne semble pas s'embarrasser des dispositions de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire. En effet, celui-ci se contente d'énoncer que la personne ayant fait « l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention »²⁰⁷.

62. La décision erronée d'un juge peut justifier réparation du préjudice qu'elle aurait causé. Loin de constituer un désaveu, une telle alternative s'accorde avec les exigences liées à une bonne administration de la justice. Au surplus, elle ne fait que s'adapter à la faillibilité qui caractérise toute activité humaine. La décision du juge peut donc faire l'objet d'une action en responsabilité.

63. Au-delà de ces dispositions, la violation d'une disposition relevant du droit européen – au sens large – peut également actionner la responsabilité de l'Etat. Partant, le mal jugé en tant que fondement d'une action en responsabilité ne serait pas cette contrevérité que l'on veut bien nous dépeindre. Celle-ci apparaît manifestement incontestable.

B. La reconnaissance de la responsabilité étatique pour violation du droit européen

64. La responsabilité étatique en cas de violation du droit européen a été reconnue selon deux cas de figure. D'une part, la responsabilité de l'Etat pour méconnaissance du droit communautaire a fait l'objet d'une récente jurisprudence (**1**), alors que, d'autre part, la responsabilité étatique est également reconnue pour violation du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme et/ou de ses protocoles additionnels (**2**).

²⁰⁴ J. Morau et P. Combeau, « *Responsabilité du fait des services judiciaires et pénitentiaires* » Jcl. Adm. 2004, fasc. 900, p. 12.

²⁰⁵ Loi n° 96-235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions.

²⁰⁶ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence.

²⁰⁷ Article 149 CPP.

1) La reconnaissance de la responsabilité étatique pour violation du droit communautaire

65. Si le principe de l'irresponsabilité de l'Etat dominait en matière juridictionnelle²⁰⁸ - « les décisions prises dans l'exercice de la fonction juridictionnelle ne sont pas de nature à donner ouverture à une action en responsabilité contre l'Etat »²⁰⁹ - sauf cas où la faute alléguée se détachait en réalité de ladite fonction²¹⁰, la responsabilité de l'Etat est désormais reconnue du fait du contenu d'une décision de justice²¹¹. Se conformant aux exigences communautaires, l'arrêt *Gestas*²¹² admet - pour la première fois - la responsabilité de l'Etat du fait d'une décision juridictionnelle définitive, mais uniquement en ce que celle-ci aurait opéré violation manifeste du droit communautaire. Bien que le juge administratif ait traditionnellement retenu que le principe de l'autorité de la chose jugée s'opposait à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat, « dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même d'une décision juridictionnelle et où cette décision serait définitive »²¹³, il se plie, désormais, à la jurisprudence communautaire.

66. En effet, c'est à l'occasion de l'arrêt *Köbler*²¹⁴, que la Cour de justice des communautés européennes - tirant toutes les conséquences des jurisprudences *Humblet*²¹⁵ et *Francovich*²¹⁶ - a énoncé que le « principe de la responsabilité de l'Etat inhérent à l'ordre juridique communautaire exige[ait] [...] une réparation » lorsqu'une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort aurait manifestement méconnu une disposition de droit communautaire. Est ainsi consacré « le principe d'une responsabilité européenne des Etats membres en raison du contenu des décisions juridictionnelles rendues par leurs juridictions

²⁰⁸ CE 27 avril 1917, *Hoffmann*, p. 334 ; CE 4 janvier 1952, *Pourcelet*, p. 4.

²⁰⁹ CE 12 juillet 1969, *L'Etang*, RDP 1970, p. 387, note M. Waline.

²¹⁰ CE 28 novembre 1958, *Blondet*, p. 600, RDP 1959, p. 982, note M. Waline.

²¹¹ CE 18 juin 2008, *M. Gestas*, req. n° 295831, RFDA 2008, p. 1178, note D. Pouyaud.

²¹² *Ibid.*

²¹³ CE 29 décembre 1978, *Darmont*, *op. cit.* note n° 77.

²¹⁴ CJCE 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Republik Osterreich*, aff. C-244/01, AJDA 2003, p. 2146, note J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert.

²¹⁵ CJCE 16 décembre 1960, *Humblet c/ Etat belge*, aff. 6/60 : « si un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un Etat membre est contraire au droit communautaire, cet Etat est obligé [...] aussi bien de rapporter l'acte ont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire ». Voir également : CJCE 22 janvier 1976, *Carmine Antonio Russo c/ AIMA*, aff. 60/75.

²¹⁶ CJCE *Francovich et Bonifaci c/ Italie*, 19 novembre 1991, aff. C-6/90 : « le droit communautaire impose le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables ».

nationales »²¹⁷. En ce sens, la question de la responsabilité juridictionnelle posée au niveau communautaire a vocation à s'appliquer à toute décision rendue par une juridiction nationale. Sous réserve du respect de certaines conditions, tout manquement au droit communautaire constitue ainsi un préjudice, pour lequel le justiciable peut réclamer réparation à l'Etat auquel le dommage est imputable²¹⁸. Toutefois, la violation, suffisamment caractérisée, doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers. De plus, un lien de causalité entre cette violation et le préjudice subi doit être reconnu.

A ce sujet, les gouvernements allemand et néerlandais ont notamment objecté que « la responsabilité de l'Etat membre devait rester limitée aux décisions juridictionnelles non susceptibles de recours notamment parce que l'article 234 CE n'imposerait une obligation de renvoi préjudiciel qu'aux juridictions appelées à rendre de telles décisions »²¹⁹. En guise de réponse, la Cour a énoncé, « qu'une juridiction statuant en dernier ressort constitue par définition la dernière instance devant laquelle les particuliers peuvent faire valoir les droits que le droit communautaire leur reconnaît. Une violation de ces droits par une décision d'une telle juridiction qui est devenue définitive ne pouvant normalement plus faire l'objet d'un redressement, les particuliers ne sauraient être privés de la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat afin d'obtenir par ce biais une protection juridique de leurs droits [point 34]. C'est d'ailleurs, notamment, afin d'éviter que des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire soient méconnus qu'en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE, une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue de saisir la Cour »²²⁰. En ce sens, le recours devant le juge communautaire apparaît comme un moyen procédural de défense des droits des justiciables existant hors de la sphère interne. Le juge communautaire se prévaut d'un rôle d'ultime défenseur des droits des justiciables, lesquels auraient été bafoués par les juridictions nationales. Se posant ainsi avec force comme juridiction supranationale, c'est aussi une quête de légitimité auprès des citoyens européens que la Cour de Luxembourg semble poursuivre.

67. Par ailleurs, en réponse au grief français de l'atteinte portée au principe de l'autorité de la chose jugée, la Cour de Luxembourg a estimé qu'« une procédure visant à

²¹⁷ CJCE 30 septembre 2003, *Köbler c/ Autriche*, *op. cit.* note n° 214.

²¹⁸ On parle dans ce cadre de conception de l'Etat unitaire, selon laquelle pour engager la responsabilité de l'Etat, la violation à l'origine du préjudice doit être imputable au pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire (CJCE 5 mars 1996 *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, affaires jointes, C-46/93 et C-48/93). Voir : C. Weisse-Marchal, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, *op. cit.* note n° 177.

²¹⁹ CJCE 30 septembre 2003, *Köbler c/ Autriche*, *op. cit.* note n° 214, point 18.

²²⁰ *Ibid.*, point 35.

engager la responsabilité de l'État n'a pas le même objet et n'implique pas nécessairement les mêmes parties que la procédure ayant donné lieu à la décision ayant acquis l'autorité de la chose définitivement jugée. En effet, le requérant dans une action en responsabilité contre l'État obtient, en cas de succès, la condamnation de celui-ci à réparer le dommage subi, mais pas nécessairement la remise en cause de l'autorité de la chose définitivement jugée de la décision juridictionnelle ayant causé le dommage. En tout état de cause, le principe de la responsabilité de l'État inhérent à l'ordre juridique communautaire exige une telle réparation, mais non la révision de la décision juridictionnelle ayant causé le dommage »²²¹. A ce sujet, la Cour de justice des communautés européennes²²² retient comme critères d'appréciation « le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère inexcusable de l'erreur de droit ».

A cet égard, l'argumentation, très pertinente, retenue par le juge communautaire appuie indéniablement notre raisonnement. Ainsi que le concède la Cour, reconnaître une responsabilité juridictionnelle n'a pas pour objet l'annulation ou la réformation d'une décision de justice – pour lesquelles sont instituées les voies de recours – mais la reconnaissance d'un préjudice constitué par un mal jugé. Force est néanmoins de préciser que la Cour n'estime pas que l'autorité de la chose jugée soit atteinte, puisque la décision litigieuse subsiste. En ce sens, le juge communautaire s'attache à préciser qu'« en tout état de cause, le principe de la responsabilité de l'Etat inhérent à l'ordre juridique communautaire exige une telle réparation, mais non la révision de la décision juridictionnelle »²²³. A cet égard, nous ne saurions nous ranger à l'avis de la Cour, en ce qu'il serait plus que délicat, voire paradoxal, d'admettre que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée en raison d'un mal jugé sans pour autant mettre fin à celui-ci. Une telle acception nous semble dangereuse pour l'autorité même de l'activité juridictionnelle en ce qu'elle corromprait assurément l'estime et la confiance que les justiciables doivent placer en cette dernière.

68. La reconnaissance de la responsabilité de l'Etat en cas de violation par les juridictions internes du droit communautaire, participe indéniablement au bien fondé de notre analyse. De la même manière, la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité étatique pour

²²¹ CJCE 30 septembre 2003, *Köbler c/ Autriche*, *op. cit.* note n° 214, point 39.

²²² En effet, à l'occasion de l'arrêt *Köbler* du 30 septembre 2003 (*Ibid.*), la Cour de justice des communautés européennes a reconnu une telle responsabilité « lorsque la violation en cause découle d'une décision statuant en dernier ressort, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées » (§ 55).

²²³ CJCE 30 septembre 2003, *Köbler c/ Autriche*, *ibid.*, point 53.

méconnaissance du droit issu de la Convention européenne des droits de l'Homme et/ou de ses protocoles justifie notre propos.

2) L'éventualité d'une responsabilité étatique fondée sur la violation du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme et/ou de ses protocoles additionnels

69. À l'instar du juge communautaire, la Cour de Strasbourg reconnaît la responsabilité de l'Etat lorsqu'est violée ou méconnue une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme. Notamment, la Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, condamné la France pour défaut de motivation²²⁴. Elle a, en effet, estimé que constitue une violation de l'article 6 § 1^{er} de la Convention, le fait que la Cour de cassation ait refusé d'examiner – au motif qu'il était nouveau – l'unique moyen de cassation présenté par le requérant. En ce sens, il apparaît que le recours devant le juge européen équivaut à un véritable contrôle des décisions de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français.

70. Par ailleurs, la loi du 15 juin 2000²²⁵ a instauré une procédure de « réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme »²²⁶. A cet égard, et selon les dispositions de l'article 626-1 du code de procédure pénale, une décision pénale de condamnation, et de surcroît, définitive peut être réexaminée²²⁷ au bénéfice de la personne qu'elle reconnaît coupable « lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation des dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles « la satisfaction équitable » allouée sur le fondement de l'article 41 de la convention ne pourrait mettre un terme ».

²²⁴ CEDH 19 février 1998, *Higgins c/ France*, JCP1999.I.105, obs. F. Sudre ; CEDH 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*, D. 2000, p. 883, note T. Clay.

²²⁵ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

²²⁶ Article 89-1 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 ayant emporté la rédaction d'un nouveau titre troisième « réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme » au sein du livre troisième du code de procédure pénale intitulé « Des voies de recours extraordinaires ».

²²⁷ Aux termes de l'article 626-2 du code de procédure pénale, le réexamen de l'affaire « peut être demandé par : - le ministre de la justice ; - le procureur général près la Cour de cassation ; - le condamné ou, en cas d'incapacité, son représentant légal ; - les ayants droit du condamné, en cas de décès de ce dernier ».

N'est pas ici recherchée la révision de la décision de condamnation, mais bien le réexamen d'un acte juridictionnel. Ce n'est donc pas la commission d'une erreur judiciaire qui est reprochée au juge français mais la méconnaissance des dispositions de la Convention et de ses protocoles additionnels. Toutefois, au cas où ce réexamen aboutirait à la reconnaissance de l'innocence de la personne condamnée²²⁸, celle-ci pourra obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice que la décision de condamnation lui aura causé. Donc, la procédure ainsi instituée²²⁹ pourra permettre de revenir sur une décision irrévocable pour violation d'une disposition issue de la Convention européenne des droits de l'homme²³⁰.

En l'espèce, l'irrévocabilité de la chose jugée ne semble pas constituer un obstacle à ce que la responsabilité de l'Etat en raison du contenu des décisions juridictionnelles soit mise en jeu.

71. Au regard des cas de figure ci-dessus analysés, envisager une responsabilité juridictionnelle ne constitue pas l'hérésie que l'on veut bien nous présenter. Par ailleurs, les récentes évolutions législatives et jurisprudentielles confortent l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle, et nous invitent – en ce sens – à relativiser la portée de l'autorité de la chose jugée en tant qu'entrave à l'énoncé d'une responsabilité juridictionnelle.

§ 2 : A l'esquisse d'une responsabilité juridictionnelle

72. Corrélativement aux sollicitations croissantes et nouvelles dont fait l'objet la justice, les juges représentent une cible privilégiée des vindictes populaire, politique et médiatique. Les récentes et dramatiques affaires judiciaires acculent le juge à une vigilance de tous les instants. Or, parallèlement à une nouvelle rigueur que celui-ci s'impose dans l'office (A), le législateur réfléchit à la mise en jeu d'une véritable responsabilité du magistrat à

²²⁸ Il est constant que la commission de réexamen des décisions pénales ne peut en aucune manière annuler une décision de condamnation. Voir en ce sens : CRD pén. 5 février 2004, Bull. n° 1.

²²⁹ La demande doit être opérée dans l'année suivant la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Si l'on se réfère aux dispositions du code de procédure pénale, l'on observe que cette procédure est très proche de celle du pourvoi en révision. En effet, la demande doit être adressée à une commission de réexamen des décisions pénales composée de sept magistrats de la Cour de cassation (article 626-3 du code de procédure pénale). Celle-ci rend une décision insusceptible de recours, par laquelle elle peut soit rejeter la demande, soit l'accueillir favorablement. A cet égard, la commission renvoie l'affaire à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'il apparaît que celle-ci peut remédier à la violation constatée. « Dans tous les autres cas, la commission renvoie l'affaire devant une juridiction de même ordre et de même degré que celle qui a rendu la décision litigieuse » (article 626-4 CPP).

²³⁰ Voir par exemple : CRD pén. 15 février 2001, JCP 2001.II.10642, note J. Lefebvre. En l'espèce, la commission de réexamen des décisions pénales a estimé que la violation constatée à l'article 6 § 1 de la Convention pour « défaut d'établissement de l'impartialité de la juridiction » ayant condamné l'intéressé ouvrait droit la procédure de l'article 626-1 CPP.

l'occasion même de sa fonction juridictionnelle (**B**). Cette double évolution jetterait ainsi les bases d'un nouveau système, lequel autoriserait et inspirerait l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle.

A. Vers une appréciation plus stricte de l'objection tirée de l'autorité de la chose jugée

73. Si l'autorité de la chose jugée s'entend comme l'application d'une présomption de vérité légale à l'égard de tout acte juridictionnel, il convient de s'interroger « sur le point de savoir où [celle-ci] réside »²³¹. L'on comprendra aisément l'intérêt de cette question au regard de la portée d'une éventuelle responsabilité pour mal jugé. Celle-ci concernerait-elle uniquement la réponse effectivement apportée par le juge au litige²³², ou viserait-elle plus largement son raisonnement, ses motifs ? La doctrine et la jurisprudence se sont interrogées à ce sujet. En effet, serait-ce illégitime, voire déraisonnable de conférer l'autorité de la chose jugée à l'analyse servant de base au jugement ?²³³

74. À cette question, la jurisprudence a, dans un premier temps, livré une réponse négative. Ainsi a-t-elle ouvert le bénéfice de l'autorité de la chose jugée à des éléments n'appartenant pas au dispositif. En la conférant aux motifs décisifs²³⁴, d'une part, et aux motifs décisives²³⁵, d'autre part, elle entendait étendre l'autorité de la chose jugée à des éléments, qui certes, n'étaient pas concrètement présents au sein du dispositif, mais qui l'avaient indéniablement motivé. Toutefois, si la deuxième chambre civile, la chambre sociale et la chambre commerciale considéraient que les motifs décisives ne pouvaient pas bénéficier

²³¹ J.-P. Dintilhac, « *La vérité de la chose jugée* », in Cour de cassation, *La vérité, Rapport d'activités 2004*, La documentation française, p. 50.

²³² A noter que le juge admit même lors d'anciennes jurisprudences que ce qui avait été « virtuellement jugé », ou encore que ce qui était implicitement inclus dans le dispositif, « à savoir les questions incidentes à celles qui y sont expressément tranchées, celles que le juge n'a pas abordées directement et expressément, mais qu'il a nécessairement dû résoudre pour aboutir à sa décision formelle, en amont de celle-ci » (S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chanais, *Procédure civile, op. cit.* note n° 125, p. 107) pouvait être doté de l'autorité de la chose jugée.

²³³ J.-P. Dintilhac, « *La vérité de la chose jugée* », *op. cit.* note n° 231, p. 50.

²³⁴ A entendre comme le soutien nécessaire du dispositif. Considérés comme faisant corps avec la sentence (*animus et quasi nervus sententia*), ils bénéficièrent de l'autorité de la chose jugée. Revirement : Cass. civ. 1^{ère} 11 juin 1991, Bull. n° 199 ; 8 juillet 1994, Bull. n° 240 ; 7 octobre 1998, Bull. n° 284 ; Cass. civ. 2^{ème} 5 avril 1991, Bull. n° 109, *Gaz. Pal.* 1992, Somm. 273, obs. F. Ferrand et T. Moussa.

²³⁵ Les motifs décisives apparaissent tout à la fois comme motifs et décisions. Entendus comme une « partie égarée du dispositif » (S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chanais, *Procédure civile, op. cit.* note n° 125, p. 107).

de l'autorité de la chose jugée - et ce alors même qu'ils tranchaient une partie du principal²³⁶ - la première chambre civile optait pour la position inverse²³⁷.

Le débat est néanmoins clos : « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif »²³⁸. Désormais, seul le dispositif jouit de l'autorité de la chose jugée, à l'exclusion – par conséquent – des motifs quels qu'ils soient. Si l'on est donc autorisé à se fier aux motifs d'une décision juridictionnelle aux fins d'éclairer le sens et la portée du dispositif²³⁹, il reste pourtant constant que ceux-ci « n'ont pas l'autorité de la chose jugée »²⁴⁰, conformément aux dispositions des articles 480²⁴¹ et 482²⁴² du code de procédure civile.

Or, au-delà de la rigueur et de la clarté implacables dont elle fait preuve, cette jurisprudence présente l'intérêt de restreindre la portée de l'objection tirée de l'autorité de la chose jugée. C'est ainsi l'office même du juge qui s'en trouve responsabilisé. Si les motifs n'en sont pas revêtus, alors qu'ils seraient décisifs et/ou décisives, l'on ne voit pas en vertu de quel rempart réputé fondamental la responsabilité juridictionnelle ne pourrait s'appliquer à l'encontre du contenu d'une décision de justice, tel que le raisonnement du juge, ou son interprétation du droit.

75. L'objection tirée du bénéfice de l'autorité de la chose jugée ne pourrait, par conséquent, valablement affecter l'énoncé d'une responsabilité pour mal jugé au cas où serait en cause l'analyse du juge. Aussi cette jurisprudence de principe participe-t-elle à l'émergence d'un système novateur, lequel est – au demeurant – encouragé par l'admission potentiellement en devenir d'une faute juridictionnelle.

²³⁶ Cass. civ. 2^{ème} 22 janvier 2004, D. 2004, p. 1204, obs. P. Julien ; Cass. soc. 11 juin 1987, D. 1987, 358, obs. P. Julien ; Cass. com. 8 octobre 1985, Gaz. Pal. 1986, p. 177, obs. H. Croze et C. Morel.

²³⁷ Cass. civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1983, RTD civ. 1983, p. 779, obs. J. Normand.

²³⁸ Cass. civ. 2^{ème} 10 juillet 2003, Bull., n°237, p. 197 ; Cass. civ. 2^{ème} 22 janvier 2004, Bull. n° 14 ; Cass. civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, BICC n° 358 du 1er mars 2006 ; 17 janvier 2006. BICC n°638 du 15 avril 2006, Ass. plén. 13 mars 2009, JCP 2009. II. 10077, note Y-M. Serinet.

²³⁹ Cass. civ. 2^{ème} 19 novembre 1997, Bull. n° 279.

²⁴⁰ Cass. civ. 2^{ème} 12 février 2004, Bull. n° 5.

²⁴¹ « Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tut autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche ».

²⁴² « Le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de chose jugée ».

B. L'admission d'une faute juridictionnelle

76. Initialement prévue par l'article 14 de la loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, l'article 43 de l'ordonnance statutaire devait énoncer que « constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision de justice devenue définitive ». Cependant cette proposition ne fut pas retenue. Le Conseil constitutionnel opposa sa censure²⁴³ en considérant que les dispositions constitutionnelles - notamment l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen - faisaient « obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive »²⁴⁴. Il énonça, toutefois, que ces principes n'interdisaient pas « au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité »²⁴⁵.

77. Bien que les Sages aient rejeté la formulation telle qu'elle avait été en l'espèce retenue, ils admirent le principe d'une extension du champ disciplinaire de la responsabilité des juges vers la sphère juridictionnelle. Malgré la censure, l'admission d'une telle proposition ne fut pas – en soi – rejetée. A cet égard, le Conseil constitutionnel livra en quelque sorte « une feuille de route »²⁴⁶ à l'adresse du législateur, au cas où celui-ci désirerait s'emparer de nouveau de cette question. En l'espèce, il énonça, qu'en l'état des dispositions de l'article 14, la définition retenue de la faute disciplinaire s'opposait aux articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁴⁷ et 64 de la Constitution²⁴⁸. Il retint à l'appui de sa censure, qu'un manquement commis par un juge à l'occasion de son activité juridictionnelle ne saurait engager une procédure disciplinaire sans ce que ce manquement ait

²⁴³ CC, décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*.

²⁴⁴ *Ibid.*, cons. n° 7.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ D. Ludet et A. Martinel, « *Les demi-vérités du Conseil constitutionnel* », *D.* 2007, p. 1404.

²⁴⁷ « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

²⁴⁸ « Le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles ».

« été préalablement constaté par une décision de justice devenue définitive »²⁴⁹. Emprunte d'un didactisme certain, la décision du juge constitutionnel participe indéniablement à la reconnaissance en devenir d'une responsabilité fondée sur une faute juridictionnelle. Loin de se contenter d'apposer sa censure, il profite de l'occasion qui lui est donnée pour exhorter le législateur au respect de certaines conditions au cas où une telle entreprise devait se renouveler.

78. Si le bloc de constitutionalité ne s'oppose pas à l'émergence d'une faute juridictionnelle, il importe néanmoins - dans un souci de conformité constitutionnelle - que celle-ci soit entérinée par une décision de justice préalablement à toute procédure disciplinaire. L'enjeu est, pour le Conseil constitutionnel, que « l'appréciation des agissements professionnels du magistrat » soit « dissociée de l'examen du bien-fondé des recours formés contre une décision rendue par ce même magistrat »²⁵⁰. On ne peut que se féliciter de l'élan ainsi insufflé. Envisager la possibilité pour un juge d'être disciplinairement inquiété pour une faute commise dans l'exercice de son office participe très clairement à l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle. Il s'agit, en effet, de l'un de ses attributs. En ce sens, celle-ci a auguré d'un changement significatif dans la perception du juge responsable.

79. Prenant acte des conciliations à dorénavant opérer entre pouvoir et responsabilité dans l'exercice de la *jurisdictio*, le Conseil constitutionnel rejoint – à certains égards – la démarche adoptée par le Conseil supérieur de la magistrature. Dans le même temps où celui-ci estime ne pouvoir « porter une quelconque appréciation sur les actes juridictionnels des juges, lesquels relèvent du seul pouvoir de ceux-ci et ne sauraient être critiqués que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige »²⁵¹, il concède la possibilité pour un juge de faire l'objet d'une procédure disciplinaire lorsqu'il résulte « de l'autorité même de la chose définitivement jugée » que celui-ci « a, de façon grossière et systématique, outrepassé sa compétence ou méconnu le cadre de sa saisine,

²⁴⁹ CC, décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, *op. cit.* note n° 243.

²⁵⁰ O. Dord, « Une responsabilité disciplinaire accrue des magistrats implique le respect de la Constitution », *AJDA*, 2007, p. 2273.

²⁵¹ CSM Sièges 27 juin 1991 ; CSM Sièges 20 juillet 1994 ; CSM Sièges, 14 décembre 1994 ; CSM Sièges 6 novembre 1996.

de sorte qu'il n'a accompli, malgré les apparences, qu'un acte étranger à toute activité juridictionnelle »²⁵².

80. Cherchant à établir un compromis entre les garanties devant bénéficier au juge et le devoir pour tout agent public de rendre compte de son activité²⁵³, le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil constitutionnel permettent ainsi de relativiser « le butoir de l'autorité de chose jugée »²⁵⁴. Ces différentes évolutions autoriseraient – de ce point de vue – l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle, laquelle tend à se concrétiser par le renouveau de la notion de faute disciplinaire entériné par la réforme du 22 juillet 2010²⁵⁵, qui modifia l'article 43 de l'ordonnance statutaire. Désormais : « Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire. Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive ». A cet égard, le Conseil constitutionnel ne formula aucune remarque lors de son contrôle²⁵⁶, mais retint que cette disposition était « conforme aux exigences constitutionnelles rappelées au considérant 7 de la décision du Conseil constitutionnel du 1^{er} mars 2007 »²⁵⁷.

81. « Des organes sont choisis et désignés pour trancher les conflits que la vie de société provoque. Si nous admettons [...] que ces organes soient investis de la fonction juridictionnelle, nous pourrions dire que l'acte juridictionnel est celui qui tranche un conflit, conflit auquel se doit de mettre fin une organisation étatique bien comprise. Un tel acte juridictionnel n'aura de valeur que s'il est respecté. Mais imposer l'obéissance aux injonctions qu'il contient ou entraîne ne suffit pas. Il faut en faire, en soi, un monument durable. Aussi, chacun de reconnaître que, le conflit une fois tranché, l'acte juridictionnel une fois rendu, il ne doit plus être possible de revenir devant la justice pour tâcher d'en obtenir un second acte juridictionnel s'appliquant au même conflit. On exprime la nécessité de tenir pour acquis l'acte juridictionnel en disant qu'il a autorité de la chose jugée »²⁵⁸. Pourtant, l'objection tirée

²⁵² CSM Siège 8 février 1981 ; CE 5 mai 1982, *Bidalou*, D. 1984, p. 103, note F. Hamon.

²⁵³ Article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

²⁵⁴ D. Sabourault, « *La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité* », *op. cit.* note n° 124, p. 197.

²⁵⁵ Loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

²⁵⁶ CC décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, *loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*.

²⁵⁷ *Ibid.*, cons. n° 24.

²⁵⁸ R. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, *op. cit.* note n° 126, p. 6.

de l'autorité de la chose jugée est surmontable. En réalité, c'est uniquement la force de vérité légale, d'irrévocabilité de la chose jugée, qui pourrait s'opposer à l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle. Concernant l'autorité de la chose jugée, celle-ci ne s'y oppose nullement en ce qu'elle s'acquiert dès le prononcé de la décision, et alors même que celle-ci peut encore faire l'objet d'une voie de recours. Un jugement définitif n'est pas irrévocable²⁵⁹. Si les justiciables souhaitent critiquer une décision de justice, ils n'y sont autorisés que dans le cadre de l'exercice des voies de recours prévues à cet effet. *A contrario*, une décision de justice ne saurait être autrement réexaminée par le juge. Au risque de mépriser l'institution des voies de recours, l'énoncé d'une responsabilité juridictionnelle ne pourrait donc être envisagé. Pourtant, les voies de recours ne sauraient constituer le substitut traditionnellement allégué à un régime de responsabilité juridictionnelle.

²⁵⁹ Cass. civ. 2^{ème} 8 juillet 2004, Bull. n° 352, *RTD civ.* 2004, p. 775, obs. R. Perrot : « Ce n'est que lorsque les voies de recours ont été épuisées ou qu'en raison de l'expiration des délais, elles ne peuvent plus être exercées que le jugement devient irrévocable ».

Chapitre 2nd : L'établissement des voies de recours

82. Par définition, l'Homme est faillible. Le juge ne saurait faire exception, et ses actes – à l'instar de toute activité humaine – peuvent potentiellement, voire naturellement s'avérer erronés²⁶⁰. « L'interprétation des lois est [...] une des œuvres les plus difficiles de l'intelligence, œuvre complexe qui doit appeler à son aide la science et l'expérience, le raisonnement et l'analogie, l'examen attentif et réfléchi des textes, la tradition historique, l'étude approfondie de la doctrine et de la jurisprudence. Vue sous cet angle, cette mission comporte un double travail : connaître les faits, connaître les lois. C'est dire qu'elle recèle à l'évidence et *ab initio* un double péril : erreur de fait, erreur de droit »²⁶¹. S'entendant comme une méprise de l'esprit humain, l'erreur constitue un péril pour le juge²⁶². *Errare humanum est*.

83. C'est précisément aux fins de pallier le risque d'erreur judiciaire²⁶³ qu'ont été instituées les voies de recours. Et, s'il s'avère que celles-ci sont par elles-mêmes et en elles-mêmes un moyen de critiquer et, le cas échéant, de mettre fin au caractère erroné d'un acte juridictionnel, poser en plus une responsabilité juridictionnelle apparaîtrait redondant. Le caractère défectueux de la décision ayant disparu par le biais des voies de recours, le mal jugé – désormais anéanti – ne mériterait plus aucune considération judiciaire. Toutefois, on verra que si les voies de recours, garanties de bonne justice, sont assurément un moyen de rectifier l'erreur du juge, et plus particulièrement d'appréhender sans détour le mal jugé (*Section 1*), celui-ci ne saurait, pour autant, être sanctionné par ce biais (*Section 2*).

²⁶⁰ Selon M. Callens (« *Maîtrise de l'erreur* », in D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, PUF, 1999), l'erreur en tant que synonyme de liberté, serait indubitablement liée à la condition humaine, car c'est bien elle qui « ouvre des plages de l'autonomie. [...] » (M. Foucault, *Dits et écrits*, vol. 4, p. 774, cité par S. Callens, *ibid.*).

²⁶¹ E. de Valicourt, *L'erreur judiciaire*, L'Harmattan, 2005, p. 30.

²⁶² J. Foyer, « *Avant-propos* », in Académie des sciences morales et politiques, Centre de recherches en théorie générale du droit et Association française de philosophie du droit, *L'erreur*, Colloque, Paris, Institut de France, 25 et 26 octobre 2006, PUF, 2007, p. 2.

²⁶³ A entendre au sens général du terme.

Section 1 : Le mal jugé appréhendé par les voies de recours

84. De façon traditionnelle, on définit²⁶⁴ les voies de recours comme des moyens procéduraux mis à la disposition de justiciables ayant un intérêt à agir (parties ou tiers) aux fins d'obtenir le réexamen d'une décision de justice. Ainsi celle-ci peut-elle être critiquée et contestée au regard d'une *error in procedendo* ou d'une *error in iudicando*. Au-delà des erreurs de forme²⁶⁵, qu'ont vocation à corriger les recours en rectification d'erreur ou d'omission matérielle²⁶⁶, les erreurs de fond peuvent être « gommées » par le biais des voies de recours. Voué à permettre la critique d'une décision de justice, et éventuellement son anéantissement – total ou partiel –, ce concept remet indéniablement en cause l'autorité de la chose jugée. D'où l'impérieuse nécessité pour le législateur d'en réglementer strictement l'exercice.

85. Légalement, les voies de recours se distinguent selon leur nature ordinaire ou extraordinaire.

Le premier cas vise celles dont l'ouverture est largement admise. Elles se caractérisent par l'effet suspensif d'exécution de la décision attaquée ; hors le cas où une exécution provisoire aurait été, ordonnée soit par le juge, soit de droit. Quant aux voies de recours extraordinaires, elles sont censées être d'usage plus exceptionnel. Tel est effectivement le cas de la tierce opposition. En revanche, l'utilisation fréquente voire chronique du pourvoi en cassation en fait, en pratique, un recours courant. Quoi qu'il en soit, la distinction entre voies de recours ordinaires et voies de recours extraordinaires repose classiquement dans le fait, qu'à la différence des premières, les secondes ne sont admises que dans les cas prévus par la loi. Au

²⁶⁴ La notion de voie de recours n'est pas définie par le législateur, lequel se contente d'y consacrer le titre XVI du code de procédure civile, tout en énumérant ses différentes déclinaisons - selon leur nature ordinaire ou extraordinaire - au sein de l'article 527 : « Les voies ordinaires de recours sont l'appel et l'opposition, les voies extraordinaires la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation ».

²⁶⁵ En ce sens, constitue une erreur ou une omission matérielle, la mention d'une condamnation d'une partie aux dépens dans le dispositif de la décision, alors que les motifs avaient au préalable énoncé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les dépens (Cass. civ. 2^{ème} 6 mai 2004, Bull. n° 213). A l'inverse, ne saurait être entendue comme une erreur matérielle, l'interprétation erronée d'un document (Cass. civ. 2^{ème} 9 juin 2005, JCP 2005.IV.2684). Par ailleurs, si de tels défauts dans la décision peuvent être matériellement rectifiés, il ne saurait s'agir d'admettre par ce recours une quelconque modification des termes de la décision en cause (Cass. civ. 2^{ème} 6 octobre 1976 Bull. n° 268), des droits et obligations reconnus par elle (Ass. plén. 1^{er} avril 1994, JCP 1994.II.22256).

²⁶⁶ Article 462 CPC : « Les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déféré, selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande. Le juge est saisi par simple requête de l'une des parties, ou par requête commune ; il peut aussi se saisir d'office. Le juge statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées. La décision rectificative est mentionnée sur la minute et sur les expéditions du jugement. Elle est notifiée comme le jugement. Si la décision rectifiée est passée en force de chose jugée, la décision rectificative ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation ».

surplus, les voies de recours extraordinaires ne procurent pas d'effet suspensif à l'exécution de la décision attaquée, sauf cas exceptionnels, qui concernent notamment l'état des personnes. Or, et au-delà de cette classique distinction, il s'agit invariablement de rectifier une erreur. Toutefois, la sentence n'aura pas la même résonance selon que celle-ci sera le fait du même juge – auquel cas, il sera question de rétractation²⁶⁷ (*Paragraphe 2*) – ou d'une juridiction réputée hiérarchiquement supérieure – où, en l'espèce, il ne serait pas uniquement question de réformation, mais davantage d'une véritable censure hiérarchique (*Paragraphe 1*).

§1 : L'organisation de voies de recours et la censure hiérarchique du mal jugé

86. L'ordre judiciaire est, notamment, construit sur la distinction entre juge du fond et juge du droit. D'une part, le principe du double degré de juridiction autorise la partie n'ayant pas obtenu satisfaction en première instance à saisir un nouveau juge – réputé hiérarchiquement supérieur – aux fins de procéder, par la voie de l'appel, à un nouvel examen – en fait et en droit – de son litige. D'autre part, la Cour de cassation, juridiction suprême et unique de l'ordre judiciaire - juge du droit - se voit confier la mission de vérifier la correcte application du droit par les juges du fond. Ne constituant en aucune manière un troisième degré de juridiction, la Cour de cassation se contente de juger les jugements rendus par les juridictions inférieures. En ce sens, les voies de recours que constituent l'appel (**A**) et le pourvoi en cassation (**B**) s'entendent comme des moyens procéduraux permettant – selon différentes modalités – de censurer l'erreur de juges de degré hiérarchique inférieur.

²⁶⁷ Bien que la distinction entre les voies de rétractation et celles de réformation existe, celle-ci n'est pas parfaite, en ce que certaines voies de recours appartiennent, en réalité, aux deux catégories, telles que la tierce-opposition, alors que d'autres semblent difficilement pouvoir pleinement intégrer l'une d'elles. Ainsi le recours en cassation ne permet qu'un examen en droit de la décision attaquée, et la Cour se contentant de renvoyer l'affaire devant une juridiction de même degré que celle ayant rendu la décision en cause, ou de rejeter les pourvoi. Mais rarement, la Cour remplacera elle-même la décision attaquée, car, aux termes de l'article 604 du code de procédure civile, « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Hors le cas où la Haute juridiction casse la décision sans opérer renvoi, le pourvoi en cassation semble donc difficilement s'entendre comme une voie de réformation. Il permet la réformation d'une décision de justice, mais n'y procède pas par lui-même.

A. L'institution de l'appel, confession de la vulnérabilité juridictionnelle

87. Ouvert dans tous les cas où la loi ne l'exclut pas expressément²⁶⁸, « l'appel tend à faire réformer ou annuler par la Cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré »²⁶⁹. Par son biais, le plaideur « malheureux » pourra bénéficier d'un nouvel examen – en droit et en fait – de son affaire par une juridiction hiérarchiquement supérieure à celle ayant rendu la décision litigieuse. Permettant de corriger « les erreurs intellectuelles des premiers juges »²⁷⁰, l'exercice de cette voie de droit peut conduire, le cas échéant, à annuler et remplacer la décision attaquée.

88. D'un point de vue théorique, il est intéressant de relever qu'au regard de l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme²⁷¹, le droit d'interjeter appel ne s'entendrait pas comme un droit fondamental. De la même manière, le Conseil constitutionnel ne le considère pas comme un principe général du droit²⁷² ; contrairement au Conseil d'Etat, qui range parmi cette catégorie la règle du double degré de juridiction. La Cour de cassation estime, quant à elle, qu'il s'agit d'un principe d'ordre public, réputé s'appliquer dès lors qu'il n'est pas expressément écarté²⁷³.

89. D'un point de vue pratique, l'appel se caractérise par l'effet suspensif de l'exécution de la décision attaquée, d'une part, et par son effet dévolutif, d'autre part. En ce sens, « l'appel remet la chose jugée devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit »²⁷⁴ : *tantum devolutum, quantum judicatum*. Toutefois, « l'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique

²⁶⁸ Toutefois, il est intéressant de noter que pour pallier au rejet prévu par la loi d'exercer ce recours dans certains cas de figure, la jurisprudence a retenu la possibilité d'exercer un appel-nullité « autonome et restauré » (S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chanais, *Procédure civile, op. cit.* note n° 125, p. 528) au cas où le premier juge aurait commis un excès de pouvoir du premier juge. « Créé *contra legem*, [celui-ci] compense les inconvénients de l'interdiction de toute voie de recours (ou de tout recours immédiat) contre une décision pourtant entachée d'un vice grave » (*ibid.*).

²⁶⁹ Article 542 CPC.

²⁷⁰ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chanais, *Procédure civile, op. cit.* note n° 125, p. 528.

²⁷¹ CEDH 8 janvier 1993, *SA FL et MT c/ France*, *AJDA* 1995, p. 138, obs. J.-F. Flauss.

²⁷² CC décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Loi Sécurité et Liberté*.

²⁷³ Selon l'article 542 du code de procédure civile, « la voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé ». On estime notamment que le jugement de première instance concernant des litiges d'une valeur inférieure à 4000 euros, sont rendus en premier et dernier ressort, et ne seront donc susceptibles que d'un pourvoi en cassation. Traditionnellement l'appel est ouvert aux personnes qui ont été parties en première instance, toutefois, et aux termes de l'article 554 du code de procédure civile, des tiers peuvent également y figurer si ils ont un intérêt à agir.

²⁷⁴ Article 561 CPC.

expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent »²⁷⁵ : *Tantum devolutum quantum appellatum*. La dévolution pourra, cependant, être totale lorsque l'appel tendra « à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible »²⁷⁶. En certains cas²⁷⁷, la juridiction d'appel disposera du droit d'évocation²⁷⁸, qui lui permettra de s'emparer de l'affaire dans son intégralité sans se limiter aux points critiqués par les parties.

Ne supposant pas le consentement des parties²⁷⁹, cette procédure s'inscrit dans une logique de bonne administration de la justice.

Par ailleurs, et si elles ne sont pas - en principe - autorisées à présenter au juge d'appel de nouvelles prétentions, sauf au cas où elles seraient en lien direct avec l'affaire en cause²⁸⁰, les parties peuvent néanmoins invoquer de nouveaux moyens aux fins de davantage justifier leurs prétentions²⁸¹. A cet égard, et dès lors qu'elles ne tendent pas aux mêmes fins, ces demandes ne sauraient être considérées comme nouvelles. Enfin, et conformément au principe de l'interdiction de l'*ultra petita*, la cour d'appel ne peut aggraver la condamnation de l'appelant, ni réformer le jugement rendu au profit de l'intimé, sauf cas d'appel incident.

90. Parallèlement à l'effet dévolutif, et, contrairement aux voies de recours extraordinaires, l'appel permet de suspendre l'exécution de la décision attaquée²⁸². Celui-ci ne pourra donc faire l'objet d'une exécution forcée tant qu'il ne sera pas passé en force de chose jugée. Cependant, certaines décisions bénéficient d'une exécution de droit, soit que celle-ci ait été ordonnée par le premier président de la cour d'appel statuant en référé, soit qu'elle ait émané du conseiller de la mise en état chargé de l'affaire²⁸³.

²⁷⁵ Article 562 alinéa 2 CPC.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ Par exemple, article 568 CPC : « Saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou d'un jugement qui statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle [la cour d'appel] peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction ».

²⁷⁸ Cass. civ. 2^{ème} 28 avril 1980, Bull. n° 87. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du juge : Cass. civ. 1^{ère} 2 mai 1989, Bull. n° 174.

²⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère} 2 décembre 1975, JCP 1976.II.18390, note Y. Chartier.

²⁸⁰ Article 564 CPC : « Les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».

²⁸¹ Article 563 CPC : « Pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves ».

²⁸² Article 539 CPC : « Le délai de recours par une voie ordinaire suspend l'exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif ».

²⁸³ Articles 524 à 526 CPC.

91. Expression « royale »²⁸⁴ de la règle du double degré de juridiction, l'appel permet de critiquer une décision de justice rendue en première instance. Une juridiction réputée hiérarchiquement supérieure a vocation à contrôler l'office du juge précédemment saisi. En ce sens, force est de reconnaître la prise en compte par le législateur du risque d'erreur judiciaire. En revenant sur la chose jugée, l'appel constitue un moyen procédural visant spécifiquement à permettre le réexamen d'un litige déjà tranché. C'est pourquoi, envisager une responsabilité juridictionnelle corrompait « l'exclusivité » dont bénéficie chacune des voies de recours selon leurs spécificités respectives. Pourtant, et ainsi que nous le développerons, les enjeux diffèrent indéniablement.

92. Le pourvoi en cassation permet également de critiquer une décision rendue par une juridiction inférieure. Mais, à la différence de l'appel, ce réexamen porte uniquement sur des éléments de droit. En aucune manière, la Cour de cassation ne doit s'entendre comme un troisième degré de juridiction. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une voie de réformation, le pourvoi devant la Haute juridiction visera à censurer tout mal jugé ; en cela il incarne une garantie de bonne justice.

B. Le pourvoi en cassation, garantie procédurale de bonne justice

93. La Cour de cassation est la juridiction suprême de l'ordre judiciaire²⁸⁵. Bénéficiant d'une origine lointaine²⁸⁶, elle a pour mission essentielle de veiller au respect de la règle de droit par les juridictions de l'ordre judiciaire, et d'en unifier l'interprétation²⁸⁷ (*I*). En effet, statuant « sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire »²⁸⁸, la Cour « ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire »²⁸⁹. En ce sens, et contrairement à une

²⁸⁴ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.* note n° 118, p. 550.

²⁸⁵ Article 411-1 COJ : « Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation ».

²⁸⁶ Anciennement Conseil des parties sous l'Ancien régime chargé d'examiner les recours formés contre les décisions des parlements, Tribunal de cassation institué par la loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, la Cour de cassation est officiellement née sous cette dénomination par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII.

²⁸⁷ Il est ainsi intéressant de noter qu'au cas où « une affaire pose[rait] une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres » ou « si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes » (Article L.431-5 COJ), « le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné » (*Ibid.*).

²⁸⁸ Article L. 411-2 alinéa 1 COJ.

²⁸⁹ Article L. 411-2 alinéa 2 COJ.

méprise couramment observée, elle ne saurait constituer un troisième degré de juridiction, ainsi que le révèlent les différentes modalités de son contrôle (2).

1) L'enjeu du contrôle de la Cour de cassation

94. Suivant la logique du syllogisme juridique, la Cour de cassation vérifie si les juges du fond a correctement appliqué la règle de droit - c'est-à-dire la majeure - aux faits de l'espèce - la mineure. A cet égard, le principe demeure celui de l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond. Les faits, lesquels sont traditionnellement « tenus pour constants » ne sont pas examinés par la Cour de cassation, celle-ci s'appliquant uniquement à contrôler qu'aucune violation de la loi²⁹⁰ n'a été perpétrée.

95. Ne rejugant pas l'affaire une troisième fois, seules deux alternatives s'offrent à la Haute juridiction : soit, elle rejette le pourvoi, soit elle casse la décision attaquée et peut renvoyer l'affaire devant une juridiction inférieure de même degré que celle auteure de la décision litigieuse²⁹¹ « La Cour de cassation « juge les jugements et non pas les affaires » »²⁹². Ainsi son rôle se limite-il à la correcte application de la loi par les juridictions inférieures. En cas de cassation, c'est à la juridiction de renvoi qu'il appartiendra de rejurer l'affaire en fait et en droit. Celle-ci pourra, à cette fin, se fonder sur des éléments de fait que la juridiction dont la décision a été cassée n'avait pas retenus. Au demeurant, la juridiction de renvoi ne sera pas liée par la décision de la Cour de cassation, et pourra même persister dans la voie qui aura été censurée par la Haute juridiction. Toutefois, si un second pourvoi est, par la suite, formé, l'affaire sera portée devant l'Assemblée plénière. A cette occasion, celle-ci pourra soit se ranger à l'interprétation du juge du fond, soit s'obstiner. En ce dernier cas, elle cassera une nouvelle fois et renverra l'affaire devant une autre juridiction de degré équivalent. Or, si celle-ci demeure toujours libre quant à l'appréciation des faits, elle devra néanmoins « se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci »²⁹³. Il faut, en effet, décider, à un moment donné, d'arrêter définitivement la querelle judiciaire aux fins de donner

²⁹⁰ A entendre au sens large, comme toute règle de droit s'appliquant en droit interne.

²⁹¹ Article L. 431-4 COJ : « En cas de cassation, l'affaire est renvoyée, sous réserve des dispositions de l'article L. 411-3, devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats ».

²⁹² R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit. note n° 106, p. 180.

²⁹³ Article L. 431-4 alinéa 2 COJ.

satisfaction aux plaideurs par le prononcé d'une ultime décision ; le dernier mot appartenant, *in fine*, à l'Assemblée plénière.

Enfin, conformément à l'article L. 131-5 du code de l'organisation judiciaire, repris par l'article 627 du code de procédure civile, « la Cour de cassation peut casser sans renvoi », soit que la cassation « n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond », soit que « les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée ». Sans porter atteinte à son rôle de juge du droit, cette possibilité offre à la Haute juridiction l'opportunité de rendre une « solution définitive dès lors que celle-ci apparaît juridiquement inéluctable »²⁹⁴.

96. Le contrôle opéré par la Cour consistera donc en un contrôle de la légalité de la décision attaquée et de la motivation de celle-ci. Celle-ci « veille à l'unité d'application et d'interprétation des normes juridiques sur le territoire national »²⁹⁵ selon différentes modalités. Le recours en cassation constitue la réponse procédurale au péril qui menace toute juridiction : le mal jugé. C'est en cela que la Haute juridiction veillera à ce que les décisions rendues par les juges du fond satisfont à la légalité. Au-delà, c'est par ce biais que la Cour initiera et s'assurera d'une application uniforme du droit par les juridictions de l'ordre judiciaire sur le territoire national.

2) Les modalités d'exercice du contrôle de la Cour de cassation

97. Différentes voies permettent à la Cour de cassation d'avoir à connaître d'un litige.

98. En premier lieu, et bien qu'il ne saurait s'agir d'une voie de recours, il est intéressant de noter que la Haute juridiction peut être saisie pour avis. A l'instar de la procédure instituée pour le Conseil d'Etat par la loi du 31 décembre 1987²⁹⁶, a été prévue par la loi du 15 mai 1991²⁹⁷ en matière civile et par la loi du 25 juin 2001²⁹⁸ en matière pénale,

²⁹⁴ A. Perdriau, « *Le pragmatisme de la Cour de cassation* », *JCP* 2001.I.364, p. 2142.

²⁹⁵ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chanais, *Procédure civile*, *op. cit.* note n° 125, p.563.

²⁹⁶ Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.

²⁹⁷ Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation.

²⁹⁸ Loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.

une saisine de la Cour de cassation pour avis²⁹⁹. En effet, « avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation »³⁰⁰. De portée pratique et symbolique certaine, cette saisine témoigne avec éclat de la mission dévolue à la Haute juridiction. Bien que la juridiction se ne trouverait pas liée par l'avis ainsi rendu³⁰¹, « cette innovation a [...] introduit un ferment de hiérarchisation dans la mesure où la Cour de cassation, au lieu de dire le droit à l'occasion d'une affaire déterminée, intervient comme une autorité suprême pour dire aux juges du fond comment il serait bon d'interpréter la loi »³⁰². Certes, l'avis est adressé à la juridiction l'ayant sollicité, mais il est également transmis au ministère public près celle-ci, aux premier président et procureur de la cour d'appel, et peut faire l'objet d'une publication au Journal officiel³⁰³. Or, en bénéficiant d'une telle diffusion, il pourrait sembler délicat pour les juridictions d'échapper à la recommandation de la Cour de cassation.

99. En second lieu, la Haute juridiction peut être saisie par la voie du pourvoi. Différents types de pourvois existent.

Le pourvoi dans l'intérêt de la loi - exercé sur initiative du procureur général de la Cour de cassation, lequel ne peut toutefois intervenir qu'à l'issue de l'expiration du délai de recours offert aux parties - permet à la Cour de censurer symboliquement une décision de justice, rendue en premier ou dernier ressort, laquelle aurait certes méconnu la loi, mais que les parties elles-mêmes n'auraient pas cherché à critiquer. Or, bien que la censure soit indéniablement symbolique³⁰⁴, cette procédure est révélatrice du rôle dévolu à la Cour, celui-ci se situant non pas tant à l'égard de l'intérêt des parties, mais bien dans le respect et la préservation du droit.

Par ailleurs, les cas d'ouverture du pourvoi en cassation, s'ils ne sont pas strictement définis par le législateur, doivent néanmoins être précisément mentionnés au sein de « chaque moyen ou élément de moyen »³⁰⁵. La doctrine et la jurisprudence se sont efforcées de distinguer sept

²⁹⁹ En ce cas, c'est une formation spéciale de la Cour de cassation qui sera sollicitée, laquelle sera « présidée par le premier président ou, en cas d'empêchement, par le président de chambre le plus ancien » (article L. 441-2 COJ), et réunira les plus hauts magistrats de la juridiction relativement au domaine concerné par la demande d'avis.

³⁰⁰ Article L. 441-1COJ.

³⁰¹ Article L. 441-3 COJ.

³⁰² R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit. note n° 106, p. 184.

³⁰³ Article 1031-6 CPC.

³⁰⁴ Ass. plén. 31 mai 1991, D. 1991, p. 417, rap. Y. Chartier et note D. Thouvenin.

³⁰⁵ Article 978 CPC.

cas de figure, qui tous mettent en exergue une violation ou une méconnaissance du droit : il s'agit ainsi de la violation de la loi³⁰⁶, de l'excès de pouvoir³⁰⁷, de l'incompétence³⁰⁸, du vice de motivation³⁰⁹, de l'inobservation des formes³¹⁰, de la contrariété de jugements³¹¹ et de la perte de fondement juridique³¹². Quel que soit le cas d'ouverture allégué, l'enjeu demeure la possibilité de censurer toute mauvaise application du droit opérée par un juge.

Au demeurant, et sauf dispositions contraires³¹³, le pourvoi en cassation n'a pas pour conséquence la suspension de l'exécution de la décision attaquée³¹⁴. Par ailleurs, et conformément au principe même du pourvoi en cassation, toute nouvelle demande ou nouveau moyen³¹⁵ est irrecevable, sauf s'il s'agit de moyens de pur droit ou moyens nés de la décision attaquée³¹⁶. Enfin, et conformément à l'article 625 du code de procédure civile, les parties sont replacées dans l'état où elles se trouvaient avant que la cassation n'intervienne.

³⁰⁶ Est ainsi visée toute règle de droit qui s'impose au juge en droit interne, et que les juges du fond auraient mal appliquée ou interprétée.

³⁰⁷ Celui-ci permet au procureur général près la Cour de cassation, sur ordre du garde des Sceaux, ministre de la justice, de saisir la Haute juridiction au cas où un acte de procédure méconnaîtrait manifestement les principes de séparation des pouvoirs et de séparation des autorités administratives et judiciaires. Il peut également s'agir de l'empiètement par le juge sur le pouvoir de juger d'un autre tribunal, ou de la violation de l'article 12 alinéa 2 du code de procédure civile. Si la décision en cause – rendue en premier ou en dernier ressort – est annulée, elle le sera *erga omnes*.

³⁰⁸ Celle-ci ne peut être invoquée qu'*in limine litis* (article 74 alinéa 1 CPC). Le juge peut également la soulever d'office : « L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas. Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française » (article 92 CPC) ; « En matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale. Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparait pas » (article 93 CPC).

³⁰⁹ Ici est visé l'obligation faite au juge de motiver sa décision conformément aux prescriptions de l'article 455 du code de procédure civile. Plus particulièrement seront sanctionnés : le défaut de motifs, le manque de base légale et le défaut de réponse à conclusions. C'est ainsi que certains auteurs envisagent ce cas d'ouverture comme purement disciplinaire, puisque la Cour ne saurait, par ce biais, se prononcer sur la règle de droit à appliquer mais simplement sur une absence ou insuffisance de motivation de la part du juge du fond.

³¹⁰ Il s'agira en l'espèce de sanctionner toute méconnaissance du formalisme imposé aux jugements et aux actes de procédure.

³¹¹ Deux cas de figure sont visés par la contrariété de jugement. En premier lieu, il s'agit de l'hypothèse où deux décisions contradictoires sont rendues, lesquelles émanent soit de deux juridictions différentes, soit du même tribunal. En ce cas, et conformément aux dispositions de l'article 617 du code de procédure civile, un pourvoi contre la décision la plus récemment rendue est prévu. En second lieu, sera en cause l'inconciliabilité entre deux décisions ne pouvant faire l'objet d'un recours ordinaire, ainsi que le prévoit l'article 618 du code de procédure civile.

³¹² Il s'agira de la disparition du fondement légal d'une décision en raison de l'applicabilité d'une nouvelle loi aux affaires pendantes, ou de l'annulation d'un acte administratif servant de fondement à la décision en cause.

³¹³ Il s'agit notamment du cas des décisions touchant au lien de filiation (article 1150 CPC), ou de celles prononçant un divorce (article 1086 CPC).

³¹⁴ Article 579 CPC: « Le recours par une voie extraordinaire et le délai ouvert pour l'exercer ne sont pas suspensifs d'exécution si la loi n'en dispose autrement ».

³¹⁵ Article 619 CPC.

³¹⁶ *Ibid.*

Dès lors, l'affaire sera renvoyée³¹⁷ devant une juridiction de degré équivalent à celle ayant rendu la décision cassée aux fins d'être rejugée en fait et en droit³¹⁸. Plus précisément, « l'instruction est reprise en l'état de la procédure non atteinte par la cassation »³¹⁹. Si la juridiction de renvoi s'obstine dans la voie choisie par la juridiction dont la décision a été cassée, et qu'un second pourvoi est formé, c'est l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui sera compétente à en connaître³²⁰ et sa décision s'imposera à la nouvelle juridiction de renvoi. Toutefois, la Cour de cassation pourra casser sans renvoi lorsque sa décision n'impliquera pas une nouvelle appréciation des faits par les juges du fond³²¹.

100. On peut donc observer que la voie de recours que constitue le pourvoi en cassation permet de s'assurer de la correcte application du droit par les juges du fond. Pouvant être prononcée dès lors qu'un mal jugé serait retenu par la Cour, la cassation s'entend ainsi comme une véritable sanction juridictionnelle. A cet égard, et malgré leurs modalités respectives d'application, pourvoi et appel ont indéniablement vocation à appréhender « hiérarchiquement » le mal jugé, contrairement aux voies de rétractation, qui, elles, remettent l'affaire déjà tranchée devant le même juge aux fins de corriger lui-même sa décision.

§ 2 : La rétractation du mal jugé par le biais des voies de recours

101. Parallèlement aux voies de recours permettant de censurer hiérarchiquement le mal jugé, le législateur a prévu d'autres moyens procéduraux permettant de mettre en cause la chose jugée. En ce sens, l'absence de représentation à l'instance (**A**), ou l'erreur judiciaire (**B**) pourront être rectifiées par les voies dites de rétractation.

A. Pallier l'absence de représentation à l'instance

102. Voies de recours permettant la rétractation – partielle ou totale – d'une décision de justice, l'opposition (**1**) et la tierce-opposition (**2**) permettent à une personne – tiers ou

³¹⁷ Il appartient aux plaideurs de saisir la juridiction de renvoi dans les quatre mois suivant la notification de l'arrêt de cassation. Toutefois, « l'absence de déclaration dans le délai ou l'irrecevabilité de celle-ci confère force de chose jugée au jugement rendu en premier ressort lorsque la décision cassée avait été rendue sur appel de ce jugement » (article 1034 CPC).

³¹⁸ Article 626 CPC et L. 431-4 COJ.

³¹⁹ Article 631 CPC.

³²⁰ Article L. 431-6 COJ.

³²¹ Articles 627 CPC et L. 411-3 COJ.

partie – de critiquer une décision lui faisant grief du fait de sa propre défaillance ou de son absence de représentation à l’audience.

1) L’opposition

103. « L’opposition tend à faire rétracter un jugement rendu par défaut »³²². Réputée voie de recours ordinaire³²³, elle est ouverte sauf au cas où un texte l’écarterait expressément³²⁴, et vise à saisir le juge d’une affaire qu’il aura déjà eu à connaître, mais qui, rendue par défaut³²⁵, aurait causé un grief à la partie défaillante. Pour former opposition, le demandeur doit donc avoir été partie à l’instance précédente, présenter un intérêt à agir et avoir la capacité d’ester en justice. Au demeurant, il dispose d’un délai d’un mois suivant la notification de la décision rendue³²⁶ pour exercer ce recours. Celui-ci devra, en outre, être motivé³²⁷. Toutefois, et en vertu de l’article 540 du code de procédure civile, la partie défaillante peut bénéficier d’un délai supplémentaire de la part du juge « si le défendeur, sans qu’il y ait eu faute de sa part, n’a pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours, ou s’il s’est trouvé dans l’impossibilité d’agir »³²⁸.

Comme toute voie de recours ordinaire, l’opposition suspend l’exécution de la décision litigieuse³²⁹, et a un effet dévolutif, en ce qu’elle « remet en question, devant le même juge, les points jugés par défaut pour qu’il soit à nouveau statué en fait et en droit »³³⁰. A cet égard, la Cour européenne des droits de l’homme estime que cette procédure constitue une violation de l’article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l’homme, en ce que l’exigence d’impartialité serait violée³³¹, le juge ayant déjà eu à connaître de cette affaire³³².

³²² Article 571 alinéa 1 CPC.

³²³ Il est, à cet égard, à noter que qualifier l’opposition de voie de recours ordinaire est contestable. Une telle voie de droit est, par définition, ouverte dans tous les cas où la loi ne l’écarterait pas expressément. Or, l’opposition n’est ouverte qu’au regard de la réunion de deux conditions : si le jugement n’est pas susceptible d’appel, et si le défendeur n’a pas comparu.

³²⁴ Article 476 CPC.

³²⁵ Un jugement est réputé avoir été rendu par défaut « lorsque le défendeur ne comparaît pas » et si « la décision est en dernier ressort et si la citation n’a pas été délivrée à personne » (article 476 CPC).

³²⁶ Article 538 CPC.

³²⁷ Article 574 CPC.

³²⁸ Article 540 CPC.

³²⁹ A noter toutefois que « le jugement frappé d’opposition n’est anéanti que par le jugement qui le rétracte » (article 572 alinéa 2 CPC).

³³⁰ Article 572 alinéa 1 CPC.

³³¹ CEDH 26 août 1997, *De Haan c/Pays Bas*, AJDA 1997, p. 987, obs. J.-F. Flauss ; JCP 1998.I.107, obs. F. Sudre.

³³² La Cour estime en effet que l’exigence d’impartialité est précisément méconnue « lorsque le tribunal ayant eu à connaître d’une opposition contre une décision est présidé par le même magistrat qui a rendu la

104. Ainsi cette voie de recours permet-elle au même juge de revenir sur une décision qu'il aura préalablement rendue. Opportunité lui est donc donnée de pouvoir corriger un éventuel mal jugé. Véritable exception à la règle du dessaisissement, la tierce opposition, à l'instar de l'opposition, s'inscrit dans la même dynamique.

2) La tierce opposition

105. « Il paraît de prime abord curieux d'ouvrir cette voie de recours extraordinaire aux tiers alors qu'ils se trouvent normalement protégés par le principe de l'autorité relative de la chose jugée. En vertu de ce principe, en effet, le jugement n'a d'effet qu'entre les parties »³³³. Celui-ci peut néanmoins leur faire grief au regard de la force juridique dont chaque acte juridictionnel est paré, car « la force de vérité légale, et la décision consécutive, en tant qu'acte juridique, est opposable à tous »³³⁴. Aussi, la tierce-opposition cherche-t-elle à protéger les personnes qui n'auraient pas été parties au jugement, mais qui seraient, néanmoins, concernées par celui-ci.

Il s'agit, par son biais, de chercher à « faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque ; elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit »³³⁵. En ce sens, seule une personne ayant un intérêt à agir et qui n'a été « ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque »³³⁶ est habilitée à exercer cette voie de recours à l'encontre d'une décision de justice³³⁷. Par conséquent, et au regard de sa spécificité, l'on ne s'étonnera pas de ce que la tierce-opposition soit ouverte pendant trente ans à compter de la date du jugement en cause, sauf disposition expresse contraire³³⁸. Toutefois si la décision a été notifiée au tiers, celui-ci ne dispose plus que d'un délai de deux mois suivant la notification³³⁹. A l'inverse, aucune condition de délai n'est imposée lorsque la tierce-opposition s'exerce « contre un jugement produit au cours d'une autre instance par celui auquel on l'oppose »³⁴⁰.

décision contestée et n'est pas soumis au contrôle d'un organe judiciaire apte à décider lui-même de l'issue du litige » : CEDH 26 août 1997, *De Haan c/Pays Bas*, *op. cit.* note n° 331.

³³³ M. Douchy-Oudot, *Procédure civile*, Gualino éditeur, 3^{ème} éd., 2008, p. 408.

³³⁴ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chanais, *Procédure civile*, *op. cit.* note n° 125, p. 557.

³³⁵ Article 582 CPC.

³³⁶ Article 583 CPC.

³³⁷ Article 585 CPC: « Tout jugement est susceptible de tierce opposition si la loi n'en dispose autrement ».

³³⁸ Article 586 alinéa 1 CPC.

³³⁹ Article 586 alinéa 3 CPC.

³⁴⁰ Article 586 alinéa 2 CPC.

La tierce-opposition tire également sa spécificité du fait qu'elle peut tantôt constituer une voie de rétractation, tantôt une voie de réformation³⁴¹. Mais dans tous les cas de figure, il s'agit bien d'une voie de recours extraordinaire, dépourvue d'effet suspensif de l'exécution de la décision attaquée, sauf le cas où une telle possibilité serait décidée par le juge saisi³⁴².

Au demeurant, celui-ci devra statuer en fait et en droit, mais uniquement sur les points critiqués par le tiers, auteur de la saisine. En cas de rejet, la décision en cause aura vocation à produire tous ses effets. Dans le cas inverse, « la décision qui fait droit à la tierce opposition ne rétracte[ra] ou ne réforme[ra] le jugement attaqué que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant. Le jugement primitif conserve[ra] ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés »³⁴³.

106. On observera, ainsi, que cette voie de droit s'avère marquée d'une certaine ambiguïté relativement à ses effets. Celle-ci a seulement vocation à rendre inopposables, au tiers qui l'exerce, les points sur lesquels il fonde sa demande, et ne saurait, en ce sens, remettre en cause ses effets entre les parties au jugement primitif³⁴⁴, à l'inverse du recours en révision. Toutefois, et quel que soit le cas de figure, il s'agit bien de rectifier une décision de justice en la remettant entre les mains du même juge.

B. Rectifier l'erreur

107. « Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit »³⁴⁵. Il s'agit d'une voie de recours extrêmement délicate, car si son objectif est de corriger l'erreur du juge, elle ne pourra l'atteindre qu'en remettant en cause la chose irrévocablement jugée³⁴⁶. Aussi celle-ci est-elle strictement organisée et encadrée par le législateur.

108. Le recours en révision, qui a remplacé l'ancienne procédure de requête civile, tend à permettre à un juge de revenir sur un jugement passé en force de chose jugée sur

³⁴¹ Articles 586 et 587 CPC.

³⁴² Article 590 CPC.

³⁴³ Article 591 CPC.

³⁴⁴ Voir en ce sens : R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op. cit.* note n° 106, p. 504.

³⁴⁵ Article 593 CPC.

³⁴⁶ Article 500 CPC : « A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution. Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai ».

requête d'une partie ou personne représentée à l'instance ayant donnée lieu au jugement critiqué³⁴⁷. Strictement encadré par l'article 595 du code de procédure civile, le recours en révision ne peut être exercé qu'au regard de quatre cas de figure : en cas de fraude révélée après le jugement au profit de celui au bénéfice duquel il a été rendu ; ou si certaines pièces décisives retenues par l'une des parties ont été retrouvées après le jugement ; ou bien si certaines pièces ont, par suite, été déclarées fausses ; ou, enfin, si des attestations, témoignages ou serments ont, postérieurement au jugement, été reconnus erronés³⁴⁸.

109. L'intérêt du recours en révision³⁴⁹ est de corriger une erreur de fait découverte postérieurement au jugement passé en force de chose jugée – c'est-à-dire non susceptible de recours – , causée par la fraude d'une partie à l'instance et qui a été déterminante pour l'issue du litige. Voie de rétractation et recours extraordinaire, il ouvre la possibilité de faire rejuger en fait et en droit un litige déjà tranché, sans pour autant permettre la suspension de l'exécution de la décision critiquée. En cas de rétractation, le second jugement remplacera le premier, et tous les actes suivant la première décision seront, par voie de conséquence, annulés.

La révision illustre la prise en compte par le législateur du risque que constitue le mal jugé. Ce moyen procédural permet de rectifier une erreur judiciaire, alors même que la chose jugée est, en principe, irrévocable.

110. Par conséquent, et quelle que soit l'originalité de la voie de recours envisagée, son intérêt réside immanquablement dans le nouvel examen – en droit et/ou en fait – d'une décision de justice, qu'elle autorise. Elle permet de procéder à l'anéantissement et au remplacement d'une décision litigieuse. Partant, son objectif réside précisément en l'appréhension de l'erreur du juge. Et, s'il s'agit assurément d'un point de convergence entre les voies de recours et la responsabilité juridictionnelle, ces dernières ne répondent pas aux mêmes enjeux, et ne poursuivent pas les mêmes objectifs. L'intérêt de la responsabilité juridictionnelle réside dans la réparation et la sanction qu'elle ouvrirait à l'encontre d'un mal jugé préalablement entériné ; double résultat que méconnaît l'institution des voies de recours.

³⁴⁷ Article 594 CPC.

³⁴⁸ Article 595 CPC.

³⁴⁹ Conformément à l'article 596 CPC, le délai est de deux mois « à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque ». Question de pur fait mis à la charge du demandeur à l'action, la preuve du moment où il a effectivement eu connaissance de la fraude sera souverainement appréciée par les juges du fond.

Section 2 : Le mal jugé non réparé par les voies de recours

111. Par principe, l'objet des voies des recours, s'il consiste en l'anéantissement et au remplacement d'un mal jugé, ne tend pas à réparer le préjudice constitué par celui-ci. Toutefois, la prise à partie – toujours en vigueur à l'encontre des juges non-professionnels – cherche à établir un lien entre ces deux processus au sein d'une même procédure qu'elle entend incarner. Sous la dénomination de voie de recours extraordinaire, celle-ci constitue – en réalité – un régime de responsabilité indirecte à l'encontre d'un juge. Or, bien qu'elle cherche à réunir en son sein les enjeux respectifs des voies de recours et de la responsabilité du juge (*Paragraphe 1*), ces derniers méritent d'être séparément appréhendés aux fins de ne créer aucune confusion entre leurs deux objectifs distincts (*Paragraphe 2*).

§ 1 : La tentative échouée de la prise à partie

112. Procédure existant sous l'Ancien droit³⁵⁰, la prise à partie fut reprise par le code de procédure civile³⁵¹.

Il s'agissait de permettre, par son biais, que les magistrats, et, désormais uniquement les juges non professionnels, puissent, dans des cas limitativement prévus et selon une procédure assurément contraignante, être directement « pris à partie » par des justiciables mécontents. En réalité, ce système consistait en un régime de responsabilité indirecte : c'est l'Etat, qui, *in*

³⁵⁰ Existait déjà au Moyen Age, elle fut supprimée par Saint Louis, lequel opta pour une indemnisation – par les dépositaires du pouvoir – de dommages causés par leur défaillance ou négligence. A cet égard, c'est le roi qui avait vocation à apprécier le comportement litigieux. Puis, l'ordonnance de 1540, opéra une distinction entre l'action visant le comportement fautif et celle s'intéressant à l'acte lui-même. La responsabilité du juge devient alors extérieure au droit commun et ne pouvait être mise en œuvre uniquement pour dol, fraude, concussion, erreur évidente de fait ou de droit et faute manifeste (celle-ci fut ajoutée par l'ordonnance de Blois de mai 1579). Toutefois, c'est l'ordonnance de 1667 qui accorda à cette procédure le nom de prise à partie, laquelle fut déjà sujette à controverse (Lamoignon s'opposa sans succès à cette procédure). Enfin, un arrêt de règlement du 4 juin 1699 devait prévoir l'obligation d'obtenir une première décision permettant de poursuivre le juge mis en cause.

³⁵¹ Bien que cette procédure fût reprise au sein du code de procédure civile, le décret du 19 septembre 1870 semblait *in fine* s'opposer à toute mise en cause de la responsabilité des magistrats. En effet, celui-ci disposait : « Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics de tout ordre ». Toutefois, « non sans hésitation, et à partir d'une argumentation juridique assez incertaine, la jurisprudence décida que le décret du 19 septembre 1870 ne concernait que les fonctionnaires administratifs, et que les dispositions du code civil, traitant de la prise à partie, étaient toujours en vigueur » (P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, op. cit. note n° 114, p. 109).

fine, devait répondre des dommages et intérêts éventuellement alloués. En effet, si le juge défaillant était, certes, directement visé, la réparation pécuniaire restait à la charge de l'Etat.

113. Au-delà de ce dernier point, son originalité réside dans le fait que cette procédure était définie comme une voie de recours extraordinaire. Ainsi en cas de violation des devoirs professionnels par un magistrat ou une juridiction commise à l'occasion de l'office juridictionnel, les justiciables pouvaient-ils exercer le recours de la prise à partie à leur encontre (**A**). Son objet consistait donc davantage en l'énoncé d'un manquement qu'en l'annulation d'une décision de justice. Bien que prônant la conciliation entre la responsabilité du juge et l'anéantissement d'un mal jugé, la procédure de la prise à partie ne parvint pas à réaliser cet enjeu (**B**).

A. La procédure restrictive de la prise à partie

114. En principe, la prise à partie pouvait jouer à l'égard de tous les juges – pris individuellement ou collectivement – quel que soit le degré ou la nature de la juridiction à laquelle ils appartenaient³⁵². Si le code de procédure civile prévoyait, à son égard, trois cas d'ouverture – fraude, dol³⁵³ et concussion³⁵⁴ – la loi du 7 février 1933 ajouta à cette liste la faute lourde³⁵⁵. Au demeurant, l'article 505 dudit code admettait que le déni de justice puisse donner lieu à l'exercice de cette procédure. Quel que soit le moyen soulevé, il s'agissait de mettre en exergue une irrégularité, « conséquence de sa [celle du juge] faute ou de sa [celle du juge] négligence »³⁵⁶. Mais parce qu'elle posait directement la question de la responsabilité des juges, la prise à partie fut strictement circonscrite, aux fins de précisément « décourager les plaideurs »³⁵⁷.

³⁵² Toutefois, un magistrat ne pouvait être seul pris à partie, lorsqu'il avait collectivement siégé.

³⁵³ Ces deux notions renvoient à l'intention de nuire. Notamment le dol ouvrant la procédure de la prise à partie visait le cas où un juge aurait « mal jugé par faveur, par haine ou par corruption » (P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, *op. cit.* note n° 114, p. 118).

³⁵⁴ Selon l'ancien article 174 du code pénal, la concussion s'entendait comme le fait pour un agent d'ordonner, de percevoir, d'exiger ou de recevoir « ce qu'il sait n'être pas dû, ou excéder ce qui est dû pour droits, taxes, contributions, deniers ou revenus, ou pour salaires ou traitements ».

³⁵⁵ A cet égard, il est très intéressant de noter avec Ardant que « le mal jugé ne constitue une faute lourde que s'il résulte de l'ignorance grossière d'un principe de droit ou d'une négligence inadmissible dans l'étude du dossier. Le fait d'adopter, en justifiant sa position, une solution controversée et habituellement tranchée en sens contraire, ne constitue pas une faute lourde », P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, *op. cit.* note n° 114, p. 119-120.

³⁵⁶ P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, *ibid.*, p. 124.

³⁵⁷ S. Guinchard, « *Les responsabilités encourues pour dysfonctionnement du service public de la justice civile* », *LPA 2007*, n° 139, p. 12.

115. Soumise, sous peine d'irrecevabilité³⁵⁸, à autorisation préalable³⁵⁹, la demande devait individualiser le(s) magistrat(s) dont la décision était en cause. A cet effet, elle pouvait s'accompagner de pièces justificatives. Le premier président devait par suite recueillir l'avis du procureur général³⁶⁰, et rendre soit une ordonnance de renvoi - dont la motivation n'était pas exigée -, soit une ordonnance de refus, qui elle, en revanche, devait en énoncer les motifs³⁶¹. Par suite, et selon les dispositions de l'ancien article 514 du code de procédure civile, le juge pris à partie se voyait signifier l'ordonnance d'autorisation dans les trois jours, et faisait alors parvenir ses moyens de défense dans les huit jours. L'affaire était ensuite portée devant la cour d'appel, mais dont la section compétente devait différer de celle ayant autorisé la procédure³⁶². En cas de rejet, le justiciable « à tort vindicatif »³⁶³ pouvait se voir condamné au versement de dommages et intérêts³⁶⁴, amende qui fut supprimée par la loi du 7 février 1933.

116. A l'origine, la prise à partie visait à mettre en cause un juge défaillant, mais elle fut ensuite détournée en une responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice à l'occasion de l'arrêt *Giry*³⁶⁵ ; jurisprudence qui fut entérinée par la loi de 1972³⁶⁶. Et si, jadis, le magistrat inquieté était personnellement cité à comparaître, le nouveau régime prescrit désormais l'assignation de l'Etat en la personne de l'Agent judiciaire du Trésor. A partir de cette nouvelle législation, la mise en cause directe des magistrats devint défendue. Le justiciable n'est, depuis lors, plus autorisé à critiquer l'activité juridictionnelle d'un juge nommément désigné. S'il souhaite obtenir réparation d'un dysfonctionnement du service public de la justice, c'est uniquement contre l'Etat qu'il lui appartiendra d'agir. Mais – et en tant que compensation – une action récursoire est mise à disposition de celui-ci, pour qu'il puisse, le cas échéant, se retourner contre le juge dont la faute personnelle se serait

³⁵⁸ Cass. com. 30 mai 1951, JCP 1951.IV, p. 114, L. Gruffy et B. Perrin.

³⁵⁹ La demande devait être adressée au premier président de la cour d'appel du ressort de laquelle relevait la juridiction où officiait le juge en cause.

³⁶⁰ Ancien article 510 alinéa 1 CPC.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² Ancien article 515 CPC.

³⁶³ S. Guinchard, « *Les responsabilités encourues pour dysfonctionnement du service public de la justice civile* », *op. cit.* note n° 357.

³⁶⁴ Ancien article 516 CPC.

³⁶⁵ Cass. civ. 2^{ème} 23 novembre 1956 D. 1957, p. 34, ccl. Lemoine, JCP 1956.II.9681, note P. Eismein, RDP 1958, p. 298, note M. Waline ; Cass. civ. 2^{ème} 19 juin 1969, Bull. n° 225.

³⁶⁶ La loi du 5 juillet 1972 a introduit l'article L. 781-1 au sein du code de l'organisation judiciaire portant consécration de la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service public de la justice.

trouvée à l'origine de l'engagement de sa responsabilité. La prise à partie laissa, ainsi, place à un régime de responsabilité indirecte des magistrats.

117. Aussi, et bien que cette procédure – même si elle n'existe plus à l'encontre des juges professionnels³⁶⁷ – tente de directement opérer un lien entre responsabilité du juge et mal jugé, ses propres caractéristiques ne permettent pas de précisément répondre aux enjeux de la question de la responsabilité juridictionnelle. Si, d'une part, ses conditions d'application ont eu pour effet d'assurément restreindre sa réalisation, la confusion qu'elle induit, d'autre part, ne lui permet pas de répondre aux finalités poursuivies.

B. Un risque de confusion entre les systèmes

118. En principe, le requérant devait solliciter la condamnation du magistrat manifestement fautif à l'octroi de dommages et intérêts ; il était toutefois possible – s'agissant d'une voie de recours extraordinaire – de demander la réformation du jugement se trouvant à l'origine de la procédure. Pourtant la décision juridictionnelle [subsistait] et son exécution n'[était] même pas suspendue pendant la durée de l'instance »³⁶⁸. Aussi, seule la condamnation à des dommages et intérêts pouvait effectivement être ordonnée. A cet égard, la loi du 7 février 1933 pallia le risque d'insolvabilité du juge condamné en prévoyant la garantie par l'Etat, à charge pour celui-ci d'exercer une action récursoire contre le magistrat en cause.

Si l'intérêt - ainsi qu'en témoigne la jurisprudence relative à cette question³⁶⁹ - est donc de concilier l'objet d'une voie de recours à l'incrimination directe d'un magistrat, tout en garantissant à celui-ci un régime relativement protecteur, la prise à partie ne peut pas valablement répondre aux enjeux qu'elle poursuit : annulation du mal jugé, sanction et

³⁶⁷ Ainsi que l'énonce l'article L. 141-2 du code de l'organisation judiciaire, cette procédure existe toujours à l'encontre des juges non professionnels. Ces derniers restent soumis aux dispositions des articles 366-1 et suivants du code de procédure civile, lesquels reprennent pour partie les anciennes dispositions des articles 505 et suivants. A cet égard, la procédure doit préalablement être autorisée par « le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle siège le juge intéressé » (article 366 CPC). Celui-ci sera alors saisi d'une demande, qui à peine d'irrecevabilité, devra comporter « l'énoncé des faits reprochés au juge et [être] accompagnée des pièces justificatives » (article 366-2 CPC). Il appartiendra alors au « premier président, après avoir recueilli l'avis du procureur général près la cour d'appel, [de vérifier] que la demande est fondée sur un des cas de prise à partie prévus par la loi » (article 366-3 CPC). Si tel est effectivement le cas, il renverra la procédure devant « deux chambres réunies de la cour » (article 366-4 CPC). A noter, toutefois, que l'avis recueilli auprès du procureur général ne saurait lier le premier président.

³⁶⁸ P. Ardant, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, op.cit. note n° 114, p. 128.

³⁶⁹ Voir notamment : CA Versailles 27 juillet 1989, JCP 1990.II.21450 note P. Estoup ; Cass. civ. 1^{re} 17 juillet 1996, JCP 1996.IV 2171.

réparation du préjudice causé par celui-ci. Certes, elle a le mérite de mettre en exergue le lien pouvant exister entre responsabilité du fait de l'activité juridictionnelle et méconnaissance de ses devoirs par le juge. Néanmoins, en ambitionnant de faire converger les enjeux liés aux voies de recours à ceux de la responsabilité, le risque est d'opérer confusion entre leurs tenants et aboutissants respectifs. Si la prise à partie reste majoritairement présentée comme une voie de recours extraordinaire, elle ne met pas véritablement en cause une décision de justice, et au-delà ne permet pas une mise en jeu effective de la responsabilité du juge.

119. Aussi, et bien que le lien entre responsabilité et mal jugé ait été établi par cette procédure, la prise à partie à l'encontre des juges professionnels échoua, non seulement du fait de ses conditions restrictives d'application, mais plus encore par la confusion des objectifs qu'elle opérait. C'est pourquoi, si la question de la responsabilité pour mal jugé ne peut se poser en-dehors de l'exercice des voies de recours – afin d'entériner celui-ci dans le respect des principes procéduraux –, il s'agira de respecter les spécificités respectives des systèmes en jeu aux fins d'établir un régime de responsabilité permettant une prise en charge globale du préjudice constitué par un mal jugé.

§ 2 : Pour une distinction fondamentale des mécanismes

120. « On ne le dira jamais assez : les choix décisionnels des magistrats relèvent de leur conscience et de la censure éventuelle des juridictions supérieures. Parce qu'un juge peut se tromper, notre droit a institué des voies de recours contre les décisions judiciaires. C'est pourquoi une erreur d'interprétation, une erreur d'appréciation – un « mal jugé » - ne peuvent constituer une faute engageant la responsabilité du juge ou celle de l'Etat »³⁷⁰. On estime que si le justiciable souffre d'un préjudice du fait d'un mal jugé, c'est à lui qu'il appartient de le faire cesser par l'exercice des voies de recours ; et, si la décision en cause a force de vérité légale, le dommage subi devra « être réputé infligé à bon droit et n'être que la conséquence de l'application de la loi »³⁷¹. Pourtant, et bien qu'en admettant que l'exercice d'une voie de recours vise à obtenir l'annulation d'une décision erronée, *quid* de la réparation du préjudice constitué par celle-ci ?

³⁷⁰ J.-C. Magendie, « *La responsabilité des magistrats* », *op. cit.* note n° 102, p. 1177.

³⁷¹ G. Vedel, note sous CA Douai 3 janvier 1962, JCP 1962.II.12560.

121. Les finalités de la voie de recours et de l'action en responsabilité diffèrent. C'est pourquoi admettre une responsabilité générale pour un mal jugé permettrait de distinguer ce qui relève de l'erreur, pour laquelle s'appliquerait l'exercice des voies de recours, et ce qui relève de la faute, laquelle ne pourrait être valablement sanctionnée que par le biais d'une sanction disciplinaire et réparée par l'octroi de dommages et intérêts. S'il apparaît ultime de reconnaître la réalisation potentielle d'une erreur judiciaire par l'institution des voies de recours (**A**), celles-ci restent, toutefois, impuissantes quant à la réparation du préjudice subi et à la sanction de son auteur. D'où la nécessaire distinction à opérer entre l'erreur et la faute dans la commission d'un mal jugé (**B**) aux fins d'y répondre par des mécanismes appropriés.

A. Rectifier le mal jugé, monopole des voies de recours

122. La fonction première et originelle des voies de recours réside en la destruction et au remplacement d'un mal jugé. Ce concept de destruction-remplacement³⁷² sied tout à fait aux voies de droit tendant à la réformation, la rétractation ou l'annulation d'une décision juridictionnelle. Garanties de bonne justice, celles-ci s'exercent au bénéfice d'un plaideur insatisfait, lequel allègue une mauvaise application du droit par le premier juge saisi. Certes, la décision attaquée ne sera pas automatiquement et totalement anéantie ; l'étendue de la destruction de l'acte juridictionnel étant conditionnée par la requête des parties. Toutefois, cette voie de droit aura ouvert la possibilité pour le justiciable de voir son affaire, pourtant déjà tranchée, une nouvelle fois jugée.

123. D'une part, l'anéantissement de la décision litigieuse constituera une probabilité dès lors que celles-ci auront été usitées. « Toute voie de recours est un procès fait au jugement »³⁷³. Tel est en effet le cas de l'appel, du recours en cassation³⁷⁴, de l'appel-nullité, de l'opposition et de la révision. Toutefois concernant la tierce-opposition, celle-ci a également vocation à anéantir la décision ou certains de ses effets ; précision faite que ce résultat ne s'exercera qu'à l'encontre du tiers. Visant à l'obtention d'une déclaration

³⁷² G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996, p. 606 ; J. Héron (par T. Le Bars), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.* note n° 153.

³⁷³ J. Héron, « *Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 369.

³⁷⁴ A l'exception, cependant, du pourvoi exercé dans l'intérêt de la loi, lequel reste purement symbolique.

d'inopposabilité³⁷⁵, cette voie de recours permet que le jugement critiqué n'ait aucun effet sur la situation du plaignant. A son adresse, le jugement est donc anéanti³⁷⁶. « La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit »³⁷⁷.

D'autre part, les voies de recours tendent également au remplacement d'une décision annulée par une nouvelle décision. A cet égard, il s'agit de la suite logique de l'anéantissement de la décision litigieuse. Quel que soit le cas de figure envisagé, la voie de recours remet « la chose jugée en question [...] pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit »³⁷⁸. Ainsi deux processus distincts sont-ils mis en œuvre aux fins de rétablir la vérité judiciaire.

124. En principe, la vérité se définit comme la correspondance à la réalité. En ce sens, elle s'entend comme l'*adaequatio rei et intellectus*. Toutefois, la vérité judiciaire n'est pas une vérité pure, et l'office juridictionnel s'apparente davantage à une quête de véracité, celle-ci étant conditionnée par des éléments sur lesquels le juge n'a – au demeurant – aucune prise. A l'occasion de son office, celui-ci tranche en faveur de ce qui se rapproche le plus de la vérité, telle que celle-ci lui apparaît. Il opte, en ce sens, pour une certaine vraisemblance. Ainsi est-il indéniablement soumis à « l'aléa judiciaire » ; la défaillance dans l'acte de juger n'est pas invraisemblable. C'est pour tenter d'y remédier que les voies de recours ont été instaurées, mais c'est précisément pour réparer le préjudice constitué par un mal jugé qu'un mécanisme de responsabilité juridictionnelle mériterait d'être envisagé.

B. Le mal jugé et l'enjeu de la responsabilité juridictionnelle

125. « Le droit nous enseigne que les erreurs sont multiples, diverses, et de gravités variables : des erreurs indifférentes volontaires, involontaires, graves, énormes, inexcusables,

³⁷⁵ Article 591 CPC: « La décision qui fait droit à la tierce opposition ne rétracte ou ne réforme le jugement attaqué que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant. Le jugement primitif conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés ».

³⁷⁶ H. Roland, *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, 1958, n° 193.

³⁷⁷ Article 582 CPC.

³⁷⁸ Article 561 CPC, dont les termes sont assez proches de l'article 572 concernant l'opposition, de l'article 582 pour la tierce-opposition, 593 en ce qui concerne le recours en révision. Il s'agit, par ailleurs, d'un des effets attachés à l'exercice d'un pourvoi en cassation. Si celui-ci ne consiste pas à rejuger l'affaire en fait et en droit, son but est de « faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit » (article 604 CPC). Or, en cas de cassation, les éléments anéantis par celle-ci devront être remplacés par de nouvelles dispositions, lesquelles seront décidées par la juridiction de renvoi, ou parfois, par la Cour de cassation elle-même.

grossières, techniques, correctibles, ineffaçables, manifestes »³⁷⁹. En ce sens, et pour précisément établir une distinction entre les différentes menaces pesant sur le juge, il importe d'apporter une solution mesurée et appropriée aux différentes problématiques pouvant naître d'un office défaillant. C'est ainsi que l'énoncé d'une responsabilité juridictionnelle pourrait s'entendre comme la réponse au préjudice constitué par un mal jugé.

126. Bien qu'en principe, le Conseil supérieur de la magistrature refuse de retenir une quelconque faute disciplinaire à l'occasion de l'activité juridictionnelle *stricto sensu*, il admet de façon exceptionnelle, qu'une action disciplinaire puisse être exercée si elle concerne « un abus de pouvoir ou fraude à la loi, tels que l'acte accompli devient étranger à toute activité juridictionnelle ou assimilée »³⁸⁰. L'acte visé ayant perdu son caractère juridictionnel, il peut dorénavant motiver une action en responsabilité disciplinaire. La méconnaissance des devoirs liés à la charge de magistrat ayant atteint un tel degré de gravité fait que son auteur est réputé s'être placé « hors de ses pouvoirs »³⁸¹. En ce cas, l'action disciplinaire pour mal jugé s'avère justifiée.

127. « Plus que toute autre, elle [l'erreur du juge] indignes les bonnes âmes et frappe les esprits. Des livres entiers lui ont été consacrés. Elle est impardonnable entre toutes »³⁸². Idéalement réfutée, l'erreur judiciaire (au sens large) ressort d'une certaine probabilité. Définie comme le fait de se tromper, l'erreur « est inhérente à l'exercice de la fonction de juger »³⁸³. Qu'il s'agisse d'une certaine vulnérabilité des hommes chargés de rendre la justice, ou d'un manque d'évidence dans les preuves rapportées, ce risque est réel. Erreur de droit³⁸⁴ ou de fait³⁸⁵, il suffit – à cet égard – que la majeure ou la mineure du syllogisme judiciaire soit erronée pour corrompre le raisonnement du juge.

³⁷⁹ P. Malaurie, « *Rapport de synthèse (droit privé)* », in Académie des sciences morales et politiques, Centre de recherches en théorie générale du droit et Association française de philosophie du droit, *L'erreur*, *op. cit.*, note n° 262, p. 295.

³⁸⁰ CSM Avis, 2 octobre 2003, <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/110>

³⁸¹ M.-A. Frison-Roche, « *L'erreur du juge* », *RTD civ.* 2001, p. 819.

³⁸² J.-F. Burgelin, « *L'erreur judiciaire* », in *Mélanges Buffet*, Petites Affiches, 2001, p. 90.

³⁸³ F. Bussy, « *L'erreur judiciaire* », *D.* 2005, p. 2553.

³⁸⁴ « Erreur sur l'existence, le sens ou la portée d'un droit ou d'une règle de droit [...] qui émanant d'une autorité ou d'un professionnel, peut être cause de recours ou source de responsabilité », G. Cornu (dir.), « *Erreur* », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note n° 115.

³⁸⁵ « Erreur sur l'existence d'un fait ou dans l'appréciation d'une situation qui, dans un jugement ou un acte, constitue un vice, cause de recours ou de responsabilité », G. Cornu (dir.), « *Erreur* », *op. cit.* note n° 384.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

128. Les voies de recours visent précisément à annuler une décision de justice mal, ou non fondée. Aussi leur finalité première n'est-elle pas de réparer, ni même de sanctionner, mais de mettre fin à un mal jugé. Or, en admettant que la décision litigieuse comporte un vice imputable à une méconnaissance ou violation des devoirs professionnels, ne serait-il pas légitime que le juge fautif ait à en répondre ? Si la voie de recours entend rectifier l'erreur, seules les actions en responsabilité – civile, pénale ou disciplinaire – permettraient de réparer et de sanctionner la faute. De la distinction entre l'erreur et la faute se trouvant à l'origine d'un mal jugé dépendra donc la réponse procédurale à y apporter.

129. C'est précisément cette distinction entre les enjeux dont a pris acte la Cour de cassation belge lors de l'arrêt du 19 décembre 1991 *De Keyser et crts c/ Etat belge, ministre de la justice*³⁸⁶, plus connu sous la dénomination *Anca I*. Cette décision qui établit une complémentarité entre l'exercice des voies de recours et la responsabilité dans l'activité juridictionnelle, retient qu'« en l'état actuel de la législation, l'Etat peut, sur la base des articles 1382 et 1383 du code civil, être, en règle, rendu responsable du dommage résultant d'une faute commise par un juge ou un officier du ministère public lorsque ce magistrat a agi dans les limites de ses attributions légales ou lorsque celui-ci doit être considéré comme ayant agi dans ces limites, par tout homme raisonnable et prudent ; toutefois, si cet acte constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la demande tendant à la réparation du dommage ne peut, en règle, être reçue que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie et n'est plus, dès lors, revêtu de l'autorité de la chose jugée; dans ces limites, la responsabilité de l'Etat du chef d'un acte dommageable du pouvoir judiciaire n'est ni contraire à des dispositions constitutionnelles ou légales, ni inconciliable avec les principes de la séparation des pouvoirs et de l'autorité de la chose jugée, ni incompatible avec l'indépendance du pouvoir judiciaire et des magistrats qui le composent, que les dispositions du code judiciaire relatives à la procédure de prise à partie tendent à sauvegarder ».

La Cour de cassation belge a eu le mérite de poser la différence de finalité entre l'action en responsabilité et l'exercice des voies de recours. Ainsi nous est-il apparu nécessaire de

³⁸⁶ http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision?justel=F-19911219-12&idxc_id=136314&lang=fr

distinguer d'une part l'objet de celles-ci, dont la finalité est de mettre un terme à un mal jugé, et, d'autre part, la responsabilité juridictionnelle, qui, elle, aurait vocation à sanctionner la faute du juge se trouvant à l'origine du mal jugé. En ce sens, les voies de recours ne sauraient s'entendre comme un palliatif à la consécration de ce mécanisme novateur, mais davantage comme l'un de ses éléments, en qu'elles tendent indéniablement à mettre en évidence un mal-jugé, et ce quel que soit son origine.

130. L'objet de ces moyens procéduraux reste l'appréhension du mal jugé. Les voies de recours ne tendent aucunement à sanctionner le juge éventuellement fautif ou à obtenir la réparation du préjudice qu'une décision erronée aurait éventuellement causé. Aussi ni le principe de l'autorité de la chose jugée, ni l'existence des voies de recours ne sauraient-ils contredire l'énoncé d'une responsabilité juridictionnelle. Au contraire, ces notions entretiennent entre elles d'étroits rapports. C'est effectivement parce qu'une décision de justice aura été annulée par une nouvelle décision – qui sera revêtue de l'autorité de la chose jugée – qu'une action en responsabilité devrait pouvoir s'ouvrir au bénéfice du justiciable victime. Il s'agit ainsi de reconnaître les convergences existant entre les systèmes, lesquels tendent, *in fine*, à permettre un correct exercice de la justice et à garantir l'Etat de Droit. C'est sous cette dynamique que mérite d'être envisagé et consacré l'énoncé d'une responsabilité juridictionnelle.

Néanmoins, des obstacles tenant aux garanties de la fonction juridictionnelle paraissent encore s'opposer à une telle reconnaissance.

Titre 2nd : Les obstacles allégués tenant aux garanties de la fonction juridictionnelle

131. L'intention du Constituant de 1958 était de restaurer la puissance de l'Etat³⁸⁷. Or, consacrer l'hégémonie du pouvoir exécutif appelait un assujettissement corrélatif des deux autres « puissances » : fin du légicentrisme, assise de la légitimité propre de l'exécutif – entérinée en 1962 avec l'instauration de l'élection présidentielle au suffrage universel direct – ,assurance d'une « armée » judiciaire au service de l'exécutif, la magistrature.

Si l'indépendance de l'autorité judiciaire était, et demeure constitutionnellement acquise, le fait que son garant soit le président de la République indique, sans équivoque, la volonté de soumettre la magistrature au pouvoir exécutif. Les dispositifs encadrant ce corps témoignent de cette volonté d'assujettissement : création du Conseil supérieur de la magistrature ; nomination de ses membres par le chef de l'Etat ; autorités aptes à le saisir. Si l'institution de certains mécanismes semble donc garantir l'indépendance de la justice, celle-ci n'avait pas vocation, à l'origine, à s'exercer à l'encontre de l'exécutif. Au contraire, l'ensemble du système concourait à la consécration d'une certaine allégeance de l'autorité judiciaire au pouvoir exécutif afin d'asseoir l'autorité étatique.

Aussi a-t-il été soutenu qu'admettre une quelconque responsabilité juridictionnelle contrarierait non seulement l'autorité du pouvoir exécutif, mais également le principe même de l'indépendance de la justice. En ce sens, admettre une responsabilité du fait de l'activité juridictionnelle signifierait la possibilité d'exercer une pression à l'encontre du juge ; et alors l'atteinte à l'indépendance serait manifeste.

132. Pourtant, celle-ci, loin d'être absolue, semble au contraire convoquer la responsabilité du juge, au regard précisément de l'exercice du pouvoir juridictionnel qu'elle lui reconnaît. « Etre responsable, [...] c'est [...] assumer le pouvoir qui est le sien jusque dans les échecs et accepter d'en supporter les conséquences »³⁸⁸. Alors le juge indépendant est précisément un juge responsable (*Chapitre 1^{er}*). Or, loin de remettre en cause « l'autorité » ou le prestige de l'autorité judiciaire, la responsabilité juridictionnelle apparaîtrait comme une

³⁸⁷ La question de la restauration de la puissance était, en effet, au cœur des préoccupations gouvernementales telle que l'avait déclamée le Général de Gaulle lors du fameux discours de Bayeux en 1946, et présentée Michel Debré à l'occasion de la présentation du projet de constitution devant le Conseil d'Etat le 27 août 1958.

³⁸⁸ A. Comte-Sponville, *Dictionnaire philosophique*, PUF, 2001.

nécessité démocratique et sociale, contrepartie des prérogatives et de la légitimité du juge
(*Chapitre 2nd*).

Chapitre 1^{er} : L'indépendance du juge

133. « L'indépendance de la justice, c'est-à-dire l'absence de toute soumission des juges dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle à des pouvoirs extérieurs, est une des composantes essentielles de l'Etat de Droit. Sans cette indépendance, aucune communauté de droits n'existe »³⁸⁹. L'indépendance de la justice, appréhendée sous le prisme de la séparation des pouvoirs³⁹⁰, a été consacrée au sein de l'article 64 de la Constitution³⁹¹. La justice, parée de la bienveillance constitutionnelle, ne saurait être perturbée par l'exercice de pressions ou immixtions intempestives. En ce sens, « il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »³⁹².

134. Or, si l'Etat de Droit commande l'organisation d'une justice indépendante, celle-ci méritait l'institution de mécanismes propres à – matériellement – la garantir. En effet, « là où la proclamation puis la mise en œuvre du principe de séparation des pouvoirs³⁹³ suffisent, formellement, à assurer l'indépendance de la justice, saisie collectivement, bien d'autres garanties sont requises pour assurer celle des juges, pris individuellement »³⁹⁴.

³⁸⁹ C. Debbasch, « *L'indépendance de la justice* », in *Mélanges Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 27.

³⁹⁰ Le Conseil constitutionnel a, en effet, reconnu que le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire devait s'entendre en tant que « conception française de la séparation des pouvoirs » (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*, cons. n° 15).

³⁹¹ « Le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. » La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 prescrivit, en effet, le devoir pour l'autorité judiciaire de « demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1746 et par le Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère ».

³⁹² CC, décision n° 80-119 DC du 22 janvier 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. n° 6.

³⁹³ Nonobstant la terminologie prônée par l'actuelle Constitution, la justice est indéniablement convoquée par la théorie de la séparation des pouvoirs, laquelle vise à assurer un équilibre dans l'exercice du pouvoir par une triple déclinaison de celui-ci. En ce sens, la séparation des pouvoirs se matérialise par l'attribution à trois organes distincts de trois fonctions respectives : celle « de faire des lois » (puissance législative), celle « d'exécuter les résolutions publiques » (puissance exécutive) et enfin celle « de juger les crimes ou les différends des particuliers » (puissance juridictionnelle). En ce sens, la justice serait directement visée à travers ce concept.

³⁹⁴ G. Carcassonne, « *Rapport introductif* », in *L'indépendance de la justice*, Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Dakar, 7 et 8 novembre 2007, p. 35-36.

135. Aussi l'indépendance de la justice résonne-t-elle comme l'attribution de privilèges³⁹⁵ aux fins de préserver une certaine intégrité et sérénité à l'occasion de l'office juridictionnel (*Section 1*). Toutefois, l'indépendance, si elle permet au juge d'être – *a priori* – préservé d'une quelconque pression extérieure, se voit – par ce biais – reconnaître une certaine liberté dans son office, en contrepartie de laquelle émergerait l'obligation de rendre des comptes (*Section 2*). L'indépendance de la justice, perçue en d'autres temps comme négatrice d'une responsabilité juridictionnelle, semblerait, au contraire, désormais l'autoriser, si ce n'est l'engager.

Section 1 : L'argument tiré du privilège de l'indépendance

136. L'indépendance, laquelle induit l'absence de soumission à une quelconque force extérieure, vise à garantir l'accès à un juge neutre et objectif. En ce sens, l'indépendance est ce qui fonde la confiance des justiciables en l'œuvre juridictionnelle et leur adhésion à celle-ci. Ces derniers doivent avoir la certitude que la justice s'est réalisée selon « une démarche objective et désintéressée »³⁹⁶.

A cette fin, les juges doivent bénéficier de certaines garanties propres à les préserver de toute immixtion ou pression intempestive du pouvoir exécutif ou des justiciables. En cela, l'indépendance équivaut à l'attribution de règles particulières, bénéficiant, certes, directement au juge mais dont les destinataires sont, en réalité, les justiciables. Or, c'est bien en vertu de ce privilège de l'indépendance que la responsabilité juridictionnelle est traditionnellement réfutée ; celle-ci incarnant une pression que l'indépendance proclamée entend précisément écarter. Aussi tant l'indépendance statut (*Section 1*), que l'indépendance vertu (*Section 2*) ne sembleraient-elles, *a priori*, laisser place à responsabilité.

§ 1 : Le privilège mesuré de l'indépendance statut

137. La préservation de l'indépendance de la justice justifie l'instauration et la mise en œuvre de règles particulières à l'adresse du juge, qui lui garantissent un cadre propice à l'exercice de son office. En ce sens, l'indépendance se matérialise à travers deux principaux éléments, à savoir la reconnaissance de l'inamovibilité pour les magistrats du siège (A), ainsi

³⁹⁵ A entendre au sens étymologique du terme : *privata lex*, loi particulière.

³⁹⁶ D.N. Commaret, « *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat* », D. 1998, p. 262.

que la consécration d'un organe spécifique « pivot de l'indépendance du judiciaire »³⁹⁷, le Conseil supérieur de la magistrature (**B**).

A. La traduction de l'indépendance par l'inamovibilité

138. Déjà sous l'Ancien régime, lequel consacrait le principe de la patrimonialité des offices, l'indépendance des magistrats se recherchait dans l'inamovibilité (**I**). Consacrée par l'article 64 de la Constitution, il s'agit d'un privilège certain dont la portée reste toutefois relative. Garantie ayant vocation à protéger les juges de l'arbitraire du pouvoir quant à leur carrière, celle-ci ne saurait pour autant être déliée de toute pression extérieure (**2**).

1) Une certaine garantie

139. La garantie – ancienne³⁹⁸ – de l'inamovibilité est doublement consacrée, au sein de l'article 64 de la Constitution de 1958 et de l'article 4 de l'ordonnance statutaire³⁹⁹. Toutefois, celle-ci ne bénéficie qu'aux seuls magistrats du siège⁴⁰⁰, lesquels ne peuvent être déplacés sans leur consentement, sauf cas de sanction disciplinaire. Il s'agit ainsi d'un moyen de garantir leur indépendance, non pas en empêchant le pouvoir de mettre fin à leurs fonctions, mais en obligeant celui-ci à la justifier au regard disciplinaire. Cherchant à pallier tout risque d'arbitraire et à contrer toute suspicion quant à l'exercice de la fonction juridictionnelle, l'inamovibilité se veut gage de bonne justice. Bien qu'apparaissant de prime

³⁹⁷ F. Hourquebie, *Sur l'émergence d'un contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, 2004, p. 415.

³⁹⁸ Sous l'Ancien régime – durant lequel était en vigueur le principe de la vénalité des offices – les juges achetaient leur charge au roi, laquelle rejoignait alors le patrimoine du magistrat. Aussi, le monarque ne pouvait pas - *a priori* - intervenir dans la carrière des magistrats du siège, leur indépendance était donc, en principe, acquise. Bien que la patrimonialité des offices de judicature ait disparu durant la période révolutionnaire, leur indépendance vis-à-vis du pouvoir resta préservée par le biais électif, processus par lequel les juges accédaient alors à leurs fonctions. Toutefois, le statut des magistrats, qui évolua et subit les fluctuations de notre histoire, devait être définitivement lié à l'exécutif à compter du XIXème siècle. Nonobstant la reconnaissance de l'inamovibilité des juges, le pouvoir chercha toujours à demeurer actif au sein de la magistrature. Si celle-ci devint bureaucratique sous le règne de Napoléon, elle bénéficia néanmoins de la garantie d'inamovibilité par le biais d'une lettre d'institution à vie, effective à l'issue de cinq années d'exercice, la Restauration préféra ne l'accorder qu'à certains juges, alors que la Monarchie de Juillet et le Second Empire la prônèrent véritablement. Bien que non prévue par les lois constitutionnelles de 1875, l'inamovibilité devait être finalement consacrée par la loi du 30 août 1883. Sous l'effet de la période trouble de la Seconde guerre mondiale, l'inamovibilité fut écartée par les lois du 17 juillet 1940 et du 21 septembre 1942, dont l'abrogation pourtant prescrite par l'ordonnance du 18 avril 1943 ne permit son retour que par l'ordonnance du 13 avril 1945. Aussi, la quatrième République devait consacrer en son article 84 : « Les magistrats du siège sont inamovibles ».

³⁹⁹ « Les magistrats du siège sont inamovibles. En conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ».

⁴⁰⁰ Assurément, il s'agit d'un privilège bénéficiant uniquement aux magistrats du siège.

abord comme un privilège à l'adresse des magistrats du siège, son véritable destinataire demeure le justiciable, lequel doit bénéficier d'une justice vertueuse. En ce sens, l'indépendance se doit d'être garantie au plus haut niveau, c'est-à-dire par des normes à valeur constitutionnelle, grâce auxquelles le Conseil constitutionnel pourra veiller à sa préservation des éventuelles atteintes portées par le législateur⁴⁰¹.

140. Toutefois, inamovibilité ne saurait signifier immobilité. Il importe, en effet, de permettre aux magistrats d'évoluer au sein de différents tribunaux, différentes juridictions au cours de leur carrière. Le législateur organique, conscient des risques inhérents à l'inamovibilité, a entendu en limiter les effets par l'inscription de certaines dispositions statutaires. Notamment, l'article 2 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 interdit au magistrat le bénéfice d'une promotion « au premier grade dans la juridiction où il est affecté depuis plus de cinq années, à l'exception de la Cour de cassation »⁴⁰². Au demeurant, « nul magistrat ne peut être nommé dans un emploi correspondant aux fonctions de président de tribunal de grande instance ou de tribunal de première instance et à celles de procureur de la République dans la juridiction où il est affecté »⁴⁰³. Par ailleurs, « nul ne peut exercer plus de sept années la fonction de président ou de procureur de la République d'un même tribunal de grande instance ou de première instance ou d'un même tribunal supérieur d'appel »⁴⁰⁴, non plus que celle de premier président d'une même cour d'appel⁴⁰⁵. Enfin, « nul ne peut exercer plus de dix années la fonction de juge d'instruction, de juge des affaires familiales, de juge des enfants, de juge de l'application des peines ou de juge chargé du service d'un tribunal d'instance dans un même tribunal de grande instance ou de première instance »⁴⁰⁶.

141. Certains préconisent d'aller au-delà de ces prescriptions et proposent que les magistrats soient nommés « à un poste donné pour un délai déterminé »⁴⁰⁷. Il est certain que

⁴⁰¹ Pour un exemple de la bienveillance constitutionnelle à l'égard de l'inamovibilité des magistrats du siège, voir : CC, décision n° 80-127 DC du 19-20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. n° 40.

⁴⁰² Article 2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, modifié par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ Articles 28-2 et 38-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, créée par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001.

⁴⁰⁵ Article 37 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, modifié par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001.

⁴⁰⁶ Article 28-3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, créée par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001.

⁴⁰⁷ Institut Montaigne, *Pour la Justice*, Septembre 2004, p. 12

http://www.institutmontaigne.org/medias/documents/pour_la_justice_rapport_integral_couv.pdf

réguler la mobilité des magistrats ne peut que participer à la reconnaissance d'une justice impartiale. En effet, dans le même temps où l'inamovibilité permet de garantir l'indépendance des juges, l'immobilité de ceux-ci au sein d'un même environnement pourrait favoriser l'émergence de liens trop étroits avec l'environnement local (politique, médiatique, judiciaire). Par conséquent, si garantir l'inamovibilité reste essentielle, il ne s'agit nullement d'un principe absolu.

2) Une garantie relative

142. Si l'inamovibilité cherche à écarter toute forme de pression du pouvoir exécutif sur le déroulement de la carrière des magistrats, celle-ci ne peut toutefois être totalement préservée de pressions professionnelles.

143. Napoléon a conçu la justice comme « une institution prestigieuse, mais dans le même temps subordonnée au pouvoir politique »⁴⁰⁸. La magistrature est devenue bureaucratique par l'institution du juge-fonctionnaire, agent du service public de la justice. Il est recruté par concours, formé au sein d'une grande école et nommé par le pouvoir exécutif. Sa carrière est hiérarchiquement organisée. La notation qu'il subit permet d'évaluer, certes, ses capacités, mais peut également constituer un enjeu de carrière dépassant, de fait, les motifs de son institution pour ne devenir qu'un moyen de passer à l'échelon supérieur. Le juge peut ainsi subir les pressions de sa hiérarchie au regard d'une politique de résultat ; celle-ci commandant une certaine célérité, qui ne saurait toujours s'accorder avec la sérénité devant bénéficier à la justice. Le juge ambitieux voudra obtenir des résultats, provoquer l'assentiment de ses supérieurs. Ces objectifs ne sont pas – en eux-mêmes – négatifs, mais ils le deviennent s'ils se muent en motivation première.

Notamment, le fait que le chef de juridiction soit prépondérant dans l'affectation du juge, sa notation, ou encore sa discipline peut être sujet à pression pour le juge. En effet, c'est au président de la juridiction qu'il appartient d'affecter le juge au sein de tel ou tel service, par ailleurs, c'est sous son autorité que la distribution des dossiers s'effectue. Certes, il est assisté par une commission composée de magistrats élus mais l'avis qu'elle rend ne lie pas le chef de juridiction. De plus, c'est à celui-ci que revient la charge d'évaluer les magistrats tous les deux ans. Or, ces derniers sont conscients de l'impact de cette appréciation sur leur carrière.

⁴⁰⁸

J. Joly-Hurard et G. Canivet, *La discipline des juges*, Litec, 2007, p. 13.

Enfin, la mise en place d'indicateurs de performance pour l'allocation de crédits peut être source de pression pour le juge qui se verra soumis à une véritable politique de résultats. Le versement d'une prime en fonction de l'activité des magistrats par les chefs de juridiction est ainsi significatif⁴⁰⁹. Le magistrat, désireux de donner satisfaction, pourra préférer la rapidité à la sagesse, la séduction à l'efficacité.

144. La communauté professionnelle à laquelle appartiennent les magistrats peut favoriser l'exercice de pressions à leur encontre, lesquelles pourraient, *in fine*, les détourner des objectifs premiers de leur office. Certes, le corporatisme permet à la justice de s'affirmer en tant qu'autorité unie, unitaire et solidaire. Pour autant, « l'esprit de caste »⁴¹⁰ qui peut alors émerger est susceptible de nuire à la sérénité dont les juges ont besoin à l'occasion de leur mission. Le corps de la magistrature, s'il signifie protection, aide, soutien pour les magistrats, pourrait apparaître comme un système autoritaire à l'occasion duquel l'intérêt du corps et de sa superbe impose une discipline plus qu'une pédagogie, où la crainte de reconnaître son erreur justifie le déni.

145. « Dans ce contexte, l'indépendance des juges, bien que constitutionnellement proclamée et garantie, est [...] nécessairement relative »⁴¹¹. S'il aspire à mener une carrière prestigieuse, le magistrat peut chercher à séduire sa hiérarchie et alors s'égarer dans les jeux de cour. Certes, cette crainte se comprend davantage pour les membres du parquet – dont les liens avec le pouvoir sont clairement affichés⁴¹² – que pour ceux du siège ; mais, lorsque l'on sait que les magistrats peuvent passer de l'un à l'autre sans contrainte, l'on est, par conséquent, légitimement songeur.

Il importe donc de « compléter cette protection statique [l'inamovibilité] par une garantie dynamique »⁴¹³ laquelle serait consacrée à travers une véritable « clef de voûte de l'indépendance de l'autorité judiciaire »⁴¹⁴ incarnée par le Conseil supérieur de la magistrature.

⁴⁰⁹ Décret n° 2003-1284 du 26 décembre 2003 relatif au régime indemnitaire de certains magistrats de l'ordre judiciaire.

⁴¹⁰ D. Soulez-Larivière *in* J.-M. Coulon et D. Soulez-Larivière, *La justice à l'épreuve*, O. Jacob, 2002, p. 442.

⁴¹¹ J. Joly-Hurard et G. Canivet, *La discipline des juges*, *op. cit.* note n° 408, p. 14.

⁴¹² Aux termes de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature les magistrats du parquet sont « placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice ».

⁴¹³ P. Hébraud, « L'autorité judiciaire », *D.* 1959, p. 81.

⁴¹⁴ H. Haenel, « Le Conseil supérieur de la magistrature : clef de voûte de l'indépendance de l'autorité judiciaire », *La vie judiciaire*, 24 mars 1996, p. 2.

B. La consécration de l'indépendance via l'institution du Conseil supérieur de la magistrature

146. « Poutre maîtresse de l'organisation judiciaire »⁴¹⁵, l'indépendance du juge n'a acquis sa véritable expression constitutionnelle qu'à travers l'institution d'un conseil professionnel distinct du pouvoir. Né sous la troisième République⁴¹⁶ et consacré par la Cinquième⁴¹⁷, le Conseil supérieur de la magistrature est chargé d'« assister » le président de la République dans son rôle de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. « Destiné à s'interposer entre le juge et le gouvernement, à jouer le rôle d'intermédiaire chaque fois qu'il s'agit de prendre une décision relative à la nomination, l'avancement et le cas échéant, la discipline du magistrat »⁴¹⁸, le Conseil supérieur de la magistrature permet d'assurer et « d'organiser une mise à distance avec le pouvoir gouvernemental »⁴¹⁹, tout en maintenant certains liens.

147. Initialement envisagé comme subordonné à l'exécutif, le Conseil supérieur de la magistrature dans sa composition de 1958 restait quelque peu en marge des garanties d'indépendance devant bénéficier aux magistrats. Certes, l'institution d'un conseil professionnel distinct de l'exécutif témoignait d'une volonté de séparer la sphère du pouvoir de celle de la magistrature. Néanmoins, l'exécutif disposait toujours d'une certaine emprise sur celle-ci. Le Conseil était présidé par le président de la République, le garde des Sceaux en était le vice-président et les neuf membres y siégeant également en son sein étaient directement nommés par le chef de l'exécutif sur proposition du bureau de la Cour de cassation (six membres), du Conseil d'Etat (un membre), alors que le choix des deux dernières personnalités appelées à y siéger revenait discrétionnairement au chef de l'Etat. « Ce mode de désignation, [...] n'entretenait [donc] aucune illusion sur la nature des rapports entre l'exécutif et la justice »⁴²⁰.

⁴¹⁵ A. Besson, « *Le Conseil supérieur de la magistrature* », D. 1960, p. 1.

⁴¹⁶ Article 13 de la loi du 30 août 1883 sur la Réforme de l'Organisation judiciaire : « La Cour de cassation constitue le Conseil supérieur de la magistrature. Elle ne peut statuer en cette qualité que toutes chambres réunies ».

⁴¹⁷ Article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. »

⁴¹⁸ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La discipline des juges*, *op. cit.* note n° 408, p. 13-14.

⁴¹⁹ J.-F. Kriegk, « *Les Conseils supérieurs de justice, clés de voûte de l'indépendance judiciaire ?* », D. 2004, p. 2166.

⁴²⁰ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La discipline des juges*, *op. cit.* note n° 408, p. 18.

148. Ce n'est que grâce à la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, complétée par les lois organiques du 5 février 1994⁴²¹, que les règles relatives au Conseil supérieur de la magistrature ont été profondément réformées. Celles-ci prescrivent notamment que le chef de l'Etat ne pourra désigner discrétionnairement qu'une seule personnalité, laquelle ne peut appartenir ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire. Les autres membres sont désignés par les présidents des assemblées parlementaires, et élus par les magistrats. Sur les douze membres appelés à siéger, la présidence et la vice-présidence restent respectivement pourvues par le président de la République et le garde des Sceaux, six magistrats sont élus par leurs pairs, un conseiller d'Etat est désigné par sa juridiction, et trois personnalités extérieures sont discrétionnairement choisies par le chef de l'Etat, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. Enfin, le Conseil propose désormais au président de la République, les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, des premiers présidents de cour d'appel et des présidents des tribunaux de grande instance. Les autres magistrats seront nommés sur avis conforme.

Devenant ainsi un véritable « organe de tutelle de la magistrature »⁴²², le Conseil, dans cette version de 1993 apparaît assurément moins dépendant du pouvoir. Si la légitimité du Conseil supérieur de la magistrature devait donc s'acquérir par son émancipation du pouvoir, sa composition elle-même se devait de refléter son indépendance institutionnelle.

149. Afin de contrer toute critique de corporatisme, certains ont pu préconiser que le Conseil supérieur de la magistrature puisse bénéficier d'une réelle représentativité démocratique⁴²³, laquelle s'obtiendrait par la présence de non magistrats en son sein. La commission Truche a ainsi vainement suggéré en 1997 que ceux-ci deviennent majoritaires⁴²⁴. Or, bien que la présence de « personnalités extérieures à la magistrature, réalise une ouverture sur la société civile »⁴²⁵, et, que la mixité puisse s'avérer bénéfique, il semble qu'en tant que conseil professionnel, le Conseil supérieur de la magistrature doive - par principe - comprendre une majorité de magistrats. Le Conseil doit être représentatif de la profession au sein de laquelle il est appelé à intervenir.

⁴²¹ Lois organiques n° 94-100 et n° 94-101 du 5 février 1994 modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature.

⁴²² T.S. Renoux, « *Le président de la République garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* », *Justices* 1996, n° 3, p. 108.

⁴²³ I. Boucobza, « *Conseil supérieur de la magistrature en France et en Italie : les enseignements tirés des débats actuels* », p. 52.

⁴²⁴ *Rapport de la Commission de réflexion sur la Justice*, juillet 1997, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/974072100/0000.pdf>, p. 52.

⁴²⁵ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La discipline des juges*, op. cit. note n° 408, p. 16.

150. Bien qu'il ait admis par le passé « qu'un système de parité soit défini, c'est-à-dire que chacune des deux formations, siège et parquet, dispose de deux personnalités extérieures supplémentaires »⁴²⁶, le Conseil supérieur de la magistrature s'est toujours refusé à admettre une majorité de membres extérieurs. C'est pourquoi, en indiquant que « le reproche de corporatisme était mal fondé »⁴²⁷, il estime « que, sur le modèle des autres pays européens dotés d'un conseil supérieur de la justice, l'accroissement du nombre des non magistrats ne pourraient aller au-delà de la parité »⁴²⁸. Et si la Charte européenne sur le statut des juges prône la mixité, elle n'impose pas la majorité de personnalités extérieures à la magistrature, mais préfère l'égalité numéraire entre magistrats et non magistrats.

Le comité Ballardur proposa néanmoins « d'augmenter le nombre de non magistrats de façon à ce que les magistrats ne soient plus majoritaires mais, désormais, minoritaires au sein du Conseil »⁴²⁹. Cette proposition fut entérinée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008⁴³⁰. Désormais, la formation disciplinaire compétente à l'égard des magistrats du siège, présidée par le Premier président de la Cour de cassation, sera composée de cinq magistrats du siège, d'un magistrat du parquet, d'un conseiller d'Etat, d'un avocat et de « six personnalités qualifiées, qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif »⁴³¹. Dorénavant majoritaires au sein du Conseil, ces personnalités seront désignées par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat, chacun portant nomination de deux membres.

151. L'intérêt que revêt la présence de personnalités extérieures est certain. D'une part, il s'agit d'en finir avec la suspicion de corporatisme. D'autre part, une telle mixité présente des avantages certains : recul d'une certaine emprise du corps lui-même, et représentation de la société française de manière équilibrée⁴³². Pour autant, n'est-ce pas

⁴²⁶ CSM, *Rapport d'activités 2007*, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/all/themes/csm/rapports/RAPPORT_MAGISTRATURE_2007.pdf, p. 68

⁴²⁷ *Ibid.* p. 66.

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ *Rapport de la Commission de réflexion sur la Justice, op. cit.* note n° 424.

⁴³⁰ Article 31 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

⁴³¹ Article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴³² « L'association au sein de l'organe disciplinaire, de personnalités extérieures au monde judiciaire, à des magistrats, est destinée à maintenir un contrôle externe – politique et démocratique – sur la discipline des juges, si ce n'est, plus largement, sur leur carrière. Derrière cela, se manifeste aussi, probablement, la crainte d'une composition trop fortement corporatiste de l'organe disciplinaire, s'il se composait exclusivement de magistrats. Adoptée par la très grande majorité des Conseils d'Europe, la mixité reflète aussi la conviction que la justice

surprenant, voire « humiliant »⁴³³ que des non professionnels puissent connaître et apprécier en nombre majoritaire la discipline des magistrats ? Les membres de la magistrature apparaissent *a priori* les mieux placés pour apprécier le comportement d'un des leurs, et de le caractériser à l'occasion d'une procédure disciplinaire. A notre sens, les efforts devraient se porter vers la transparence et la communication. Si la « mission [du Conseil supérieur de la magistrature] ne doit pas être réservée aux seuls magistrats sous peine de sombrer dans le corporatisme »⁴³⁴, admettre la parité aurait déjà augurer un changement significatif à destination des justiciables et dès lors permis d'asseoir le crédit et l'autorité du Conseil supérieur de la magistrature.

152. Toutefois, bien que les réformes se succèdent afin de tendre vers une indépendance matérielle, on peut s'interroger sur l'indépendance davantage subjective du juge. « Ce juge, indépendant du pouvoir politique, est-il pour autant capable de refuser toutes les soumissions que propose notre société ? Ne risque-t-il pas, gonflé d'indépendance, de se soumettre à ses préjugés, à ses passions, à l'exaltation de son rôle et de son image, à sa carrière, bref à soi ? »⁴³⁵.

§ 2 : Le privilège nuancé de l'indépendance vertu

153. Si les réformes tendent à matériellement garantir une certaine indépendance, la question des influences (A) pouvant peser sur le juge demeure. A cet égard, le devoir d'impartialité s'imposant au juge tend à contrer tout risque de subjectivité dans l'office. En cela, c'est sa responsabilité – fondée sur l'exigence d'impartialité – qui permet de garantir son indépendance (B). Aussi, et loin de constituer un affranchissement de toute forme de responsabilité, la condition et le parachèvement de l'indépendance du juge résident-ils précisément en sa responsabilité.

n'appartient pas aux seuls magistrats et que la composition des Conseils supérieurs de la magistrature doit en témoigner ; la participation de membres extérieurs à la magistrature ne pouvant que contribuer à renforcer l'autorité et le crédit des organes disciplinaires », G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, RIDC 2006, p. 1082.

⁴³³ V. Turcey, « Compte-rendu du Congrès de l'USM », *Gaz. Pal.* 1999, p. 25.

⁴³⁴ M. Boissavy et T. Clay, *Reconstruire la justice*, *O. Jacob*, 2006, p. 178.

⁴³⁵ J.-D. Bredin, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices* 1996, n° 3, p. 164.

A. L'exercice d'influences

154. Etymologiquement, influence vient des mots latins *influere* et de *influentia* qui signifient « action de pénétrer » ; il s'agit ainsi de « l'action qu'exerce une personne ou une chose sur une autre personne ou une autre chose »⁴³⁶. La question qui se pose alors est celle des éventuelles influences s'exerçant sur le juge. En ce sens, il s'agit de savoir si le juge est véritablement indépendant de toute influence, que celle-ci soit d'ordre professionnel (1) ou intime (2).

1) Des influences professionnelles

155. En premier lieu, on pense à l'influence du précédent jurisprudentiel. En principe, le juge bénéficie d'une véritable liberté à l'égard des jurisprudences antérieures. Pour autant, la force du précédent jurisprudentiel existe : les juges se soumettent généralement aux décisions des cours suprêmes dans une logique de rapport hiérarchique. Aussi s'élever contre un précédent risquerait-il d'être sanctionné par ces mêmes cours suprêmes, et ferait figure de désaveu. Au regard d'une certaine obligation morale et hiérarchique, le juge ne saurait donc être tout à fait indépendant à l'occasion de son office.

156. En deuxième lieu, on peut noter certaines influences s'exerçant au sein même de la juridiction appelée à trancher. Sont, en ce sens, visées les conclusions du ministère public, qui « influencent nécessairement le sens du jugement finalement rendu »⁴³⁷ ; n'est-ce d'ailleurs pas leur but ? Ainsi que le remarque Mme Deguerge, les influences ne sont pas forcément négatives ; on n'a pas fondamentalement à s'offusquer de leur existence. Les conclusions et rapports susvisés ont bien pour finalité de présenter le litige à résoudre, et d'éclairer le juge saisi. Cet avis, qui ne lie pas le magistrat du siège, doit en effet permettre à celui-ci de forger son opinion et de l'aider à trancher. Celui-ci influencera le juge et aura un impact certain sur la décision rendue. Il s'agit donc d'une influence professionnelle, certes, avérée mais assurément bénéfique, puisqu'elle permet l'interrogation, le doute, et *in fine* la prise de décision. En fin de compte, le juge bénéficie d'une certaine liberté, mais son

⁴³⁶ M. Deguerge, « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, Colloque, 29 et 30 septembre 2006, Paris, p. 371.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 378.

raisonnement et son choix apparaissent aussi déterminés par les conclusions et rapports qui lui auront été présentés. Ces éléments ont précisément vocation à favoriser l'issue de sa réflexion.

157. Enfin, l'influence de la doctrine peut aussi intervenir dans l'office du juge. Les commentaires, critiques et analyses de jurisprudence, ou plus globalement du droit positif ont aussi pour effet d'alerter l'opinion, le pouvoir et les juges, lesquels ne pourront assurément pas restés insensibles aux travaux menés par les scientifiques. Or, si l'influence de la doctrine semble probable, est-elle réellement néfaste ? Vouée, par principe, à penser le droit, l'enseigner, le faire évoluer, la doctrine contribue à l'inscrire dans le juste. Devons-nous nous émouvoir du fait que les juges puissent être réceptifs aux recherches, observations et critiques d'universitaires ou de professionnels ? Notamment, les voix doctrinales⁴³⁸ s'élevant contre les jurisprudences refusant l'applicabilité de la Convention de New-York relatives aux droits de l'enfant ont peut-être participé aux revirements par suite opérés. En admettant la réalité de cette influence, nous ne pourrions d'ailleurs que nous en féliciter, car, *in fine*, c'est l'Etat de Droit qui s'en trouve renforcé. Les influences professionnelles – lesquelles sont susceptibles d'exister même à l'égard d'un juge réputé indépendant – peuvent contribuer à l'effectivité du droit et des droits, à l'instar de celles relevant d'une certaine subjectivité.

2) Des influences intimes

158. L'indépendance du juge est ce qui lui permet de juger librement, sans pression aucune qui nuirait aux droits des citoyens et au principe d'égalité. Mais être indépendant ne signifie pas perdre tout humanité. Le juge est un homme, avec ses sentiments et ses convictions. Etre indépendant n'implique pas l'évanouissement de toute inclinaison personnelle. Il s'agit davantage d'être « lucide sur ses dépendances »⁴³⁹ et de « faire son choix dans l'immobilité de son cœur et de son esprit »⁴⁴⁰.

Le juge ne se défait pas de sa personnalité lorsqu'il revêt son habit de magistrat. Son éthique lui permet de tendre vers la neutralité exigée par son office, mais il doit être réceptif pour, *in fine*, être conquis par les arguments des parties. L'impartialité du juge lui interdit de porter de « pré-jugements », mais il aura indéniablement un « pré-avis », et inclinera en faveur de l'une

⁴³⁸ M. Rondeau-Rivier, « *La Convention des Nations-Unies devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu* », *D.* 1993, p. 203 ; J. Massip, « *L'application par la Cour de cassation de conventions internationales récentes relatives à l'enfance* », *LPA* 1995, n° 53, p. 41.

⁴³⁹ P. Truche, *Juger, être jugé*, Fayard, 2001, p. 186.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

ou l'autre des parties. Cependant, la conscience de ses dépendances l'empêchera de sombrer dans l'arbitraire, et l'obligera à rendre une décision sage et réfléchie. Les influences issues du débat, « expression de la contradiction »⁴⁴¹ lient le juge à la réalité de l'espèce et, en ce sens, constituent effectivement des attractions.

159. Il est ainsi intéressant de louer le principe de collégialité, qui permet d'éviter la personnalisation et l'individualisation de la fonction juridictionnelle. De la même manière que les débats et la contradiction permettent au tribunal de se laisser convaincre de la solution adéquate au litige, la collégialité permet au tribunal de partager et d'échanger, d'éprouver l'avis de chacun et ainsi de prendre le recul et la réflexion nécessaires à la prise de décision, laquelle ne sera pas le fait d'une inclination personnelle mais bien d'une réflexion juridiquement et collectivement mûrie.

160. Le juge doit ainsi parvenir à trouver la « juste distance »⁴⁴² quant à son implication au sein du litige. Il lui appartient de trouver la bonne mesure de son engagement : ouverture d'esprit, dialogue, humanité ; et, dans le même temps, passivité, neutralité, « aveuglement » de la justice. En ce sens, le juge est détenteur d'un véritable devoir d'impartialité.

B. Le devoir d'impartialité du juge

161. Les dispositions traditionnellement mises en œuvre concernant le grief de partialité sont énoncées par l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme. Celles-ci ont bénéficié d'une véritable dynamique jurisprudentielle de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a, au demeurant, profondément influencé les juridictions françaises. En effet, si l'impartialité est éminemment garantie au niveau supranational⁴⁴³, elle n'apparaît pas directement au sein des textes fondamentaux français visant les magistrats. Mentionnée ni par la Constitution, qui pourtant consacre l'indépendance

⁴⁴¹ M. Lemonde et F. Tulkens, « *L'impartialité du juge : vers des principes directeurs ?* » in D. Salas et H. Epineuse (dir.), *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, Dalloz, 2003, p. 128

⁴⁴² D. N. Commaret, « *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat* », *op. cit.* note n° 306, p. 262.

⁴⁴³ Notamment article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

et l'inamovibilité, ni par l'ordonnance statutaire, ni même évoquée par le serment, l'impartialité reste une exigence suggérée⁴⁴⁴.

162. Selon l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ». Indépendance et impartialité apparaissent ainsi comme deux notions étroitement liées, la seconde s'envisageant comme la condition de « la réalisation de son indépendance »⁴⁴⁵. A l'indépendance répond l'impartialité (**I**), en tant que premier devoir du juge. En ce sens, le lien entre indépendance et responsabilité se révélerait avec force à travers le dénominateur commun de l'impartialité (**2**). Le juge indépendant doit être impartial.

1) L'impartialité du juge, corollaire de l'indépendance de la justice

163. Alors que l'indépendance s'entend comme l'absence de subordination, l'impartialité est présentée comme « l'absence de parti pris »⁴⁴⁶. Or, que serait la reconnaissance de l'une sans garantir l'autre ? En effet, admettre que le statut des juges les place à l'abri de toute pression extérieure n'a de sens qu'au regard de l'objectif d'impartialité, c'est-à-dire rendre des décisions empruntées de neutralité et de désintéret. A l'inverse, l'absence de préjugé ambitionnée par l'exigence d'indépendance ne saurait être suffisamment garantie sans l'existence de moyens propres à s'en assurer, lesquels sont consacrés par les traductions pratiques du devoir d'impartialité.

Il s'agit, à travers celui-ci, de contraindre le juge à « adopter un comportement intègre dans ses fonctions comme dans sa vie privée et, en toutes circonstances, adopter une attitude impartiale et apparaissant comme telle »⁴⁴⁷. Dans ce sens, indépendance et impartialité ne signifient pas que le juge - en se désincarnant - serait dépourvu de toute émotion ou sentiment,

⁴⁴⁴ En ce sens, la législation française se contente d'envisager les moyens de contrer tout risque de partialité par la possibilité de récuser un juge (articles 341 et 355 CPC et articles 662 à 674 CPP), et prévoit par ailleurs des cas d'abstention (articles 339 et 340 CPC) et de suspicion légitime (articles 356 à 363 CPC) ; tout en obligeant le juge à motiver sa décision. Par ailleurs, celui-ci est tenu au devoir de réserve et visé par certaines incompatibilités (articles 8, 9, 9-1, 32 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ; articles 49, 137-1, 253 CPP).

⁴⁴⁵ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'Autorité judiciaire*, op. cit. note n° 22, p. 333.

⁴⁴⁶ G. Cornu (dir.), « Impartialité », in *Vocabulaire juridique*, op. cit. note n° 115, p. 468.

⁴⁴⁷ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, Dalloz, 2003, p. 62-63.

mais plutôt qu'il parviendrait à s'en libérer⁴⁴⁸. Aussi, et alors que l'indépendance tend à consacrer l'indépendance fonctionnelle des juges, l'impartialité traduit-elle davantage un état, un comportement grâce auquel le juge semble effectivement neutre. Au-delà de la garantie d'indépendance par les textes – indépendance statut – l'impartialité correspond davantage à l'indépendance vertu, qualité humaine⁴⁴⁹.

164. A l'occasion de l'arrêt *Piersack contre Belgique*⁴⁵⁰, la Cour européenne a - pour la première fois - énoncé les déclinaisons objective et subjective relatives à l'exigence d'impartialité consacrée par la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁵¹. « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut notamment sous l'angle de l'article 6 § 1^{er} de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »⁴⁵². La première – qui « se présume jusqu'à preuve du contraire »⁴⁵³ – essaie donc « de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion »⁴⁵⁴, alors que la seconde « consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier »⁴⁵⁵. La Cour de préciser qu' « en la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de

⁴⁴⁸ « S'il ne peut juger impartialement, c'est qu'un juge ne parvient pas à se défaire de liens trop serrés qu'il a noués imprudemment en amont de sa décision. Sa position au procès traduit cette mauvaise distance qui porte en elle-même, parfois à son insu, le germe d'une atteinte à son indépendance. Son impartialité en est affaiblie. Son jugement est affecté par des dépendances internes et externes à l'égard desquelles il n'a pas su rester lucide », D. Salas, « *Etre impartial, condition du « bien juger »* », *Les cahiers de la justice*, 2007, n° 2, p. 65.

⁴⁴⁹ Voir notamment : G. Müller, « *Indépendance, culture professionnelle et statut des magistrats en Allemagne et en Europe* », *Les cahiers de la justice*, 2007, n° 2, p. 38-39.

⁴⁵⁰ CEDH 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, série A, n° 53. Voir aussi : CEDH 6 juin 2000, *Morel c/ France*, *JCP 2001.I.291*, obs. F. Sudre.

⁴⁵¹ Article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

⁴⁵² CEDH 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, *op. cit.* note n° 450, § 31.

⁴⁵³ CEDH 23 juin 1981, *Lecompte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A, n° 43 ; CEDH 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, série A, n° 86 ; CEDH, 26 février 1993, *Padaouani c/ Italie*, série A, n° 257-B ; CEDH 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*, *JCP 1997.I.4000*, obs. F. Sudre ; CEDH 6 juin 2000, *Morel c/ France*, *op. cit.* note n° 450.

⁴⁵⁴ CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A, n° 154, § 48.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables »⁴⁵⁶. « L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées »⁴⁵⁷. En ce sens, la Cour recherche s' « il existe certains faits vérifiables de nature à soulever des doutes quant à son impartialité »⁴⁵⁸. Même si les doutes émis par la partie demanderesse peuvent se comprendre⁴⁵⁹, qu'un justiciable puisse « éprouver de l'inquiétude »⁴⁶⁰, que l'impartialité semble « au requérant sujette à caution »⁴⁶¹, le grief doit être légitimement justifié. Aussi, et bien que certaines situations puissent « susciter [...] des doutes sur l'impartialité du juge, [...] ne saurait-on pourtant les considérer comme objectivement justifiés qu'en fonction des circonstances de la cause »⁴⁶². A ce sujet, il n'y pas de règle définitivement arrêtée, « dans tous les cas, la réponse varie suivant les circonstances de l'espèce »⁴⁶³.

Toutefois, la Cour a eu l'occasion de reconnaître que « le simple doute, aussi peu justifié soit-il »⁴⁶⁴ pouvait suffire « à altérer l'impartialité du tribunal en question »⁴⁶⁵. Mais si le sentiment du requérant « entre en ligne de compte, [...] il ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées »⁴⁶⁶. Par conséquent, il appartiendra aux juridictions saisies d'un tel grief « de tenir compte non seulement de la conviction personnelle du juge [...], mais aussi de rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »⁴⁶⁷. En ce sens, la démarche objective vise davantage à garantir l'impartialité subjective, et donc à contrôler ce qui relève essentiellement de la conscience du juge.

165. La Cour de cassation retient que l'exigence d'impartialité énoncée à l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme « doit être appréciée non seulement subjectivement, en ce qu'en son for intérieur, le juge ne dissimule aucune raison de favoriser ou de défavoriser l'une des parties, mais aussi objectivement en ce que, quelle que soit l'impartialité subjective du juge, les apparences ne doivent pas faire craindre de la part des

⁴⁵⁶ CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, *op. cit.* note n° 454.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ CEDH 16 novembre 2000, *Rojas Mojales c/ Italie*, n° 39676/98.

⁴⁵⁹ CEDH 6 mai 2003, *Kleyn et autres c/ Pays-Bas*, JCP 2003.I.160, n°7, chron. F. Sudre.

⁴⁶⁰ CEDH 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, *op. cit.* note n° 453.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² CEDH 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*, *op. cit.* note n° 453.

⁴⁶³ CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, *op. cit.* note n° 454, § 49.

⁴⁶⁴ CEDH 28 octobre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, série A, n° 326, § 45.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ CEDH 23 avril 1996, *Remli c/ France* n° 16839/90 ; voir également CEDH, 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c/ Portugal*, série A n° 286-B.

⁴⁶⁷ CEDH 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*, *op. cit.* note n° 453.

justiciables que le juge ait pu manquer d'impartialité »⁴⁶⁸. En ce sens, l'Assemblée plénière retient, à l'instar de la Cour de Strasbourg, que la seule « circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement »⁴⁶⁹. Toutefois, la présence du conseiller de la mise en état ayant rendu la décision de rejet au sein de la formation de la Cour d'appel à laquelle cette décision a été déférée méconnaît les prescriptions de l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁷⁰. Deux magistrats siégeant au sein de la formation de jugement et ayant déjà eu à connaître de l'affaire ne présentent « pas objectivement l'impartialité nécessaire pour prendre parti [...] qu'il s'ensuit que le droit du prévenu à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial a été violé »⁴⁷¹. Or, bien que la Cour de cassation fasse application de l'article 6 § 1^{er} de la Convention, celles-ci sont à entendre subsidiairement par rapport aux règles de droit interne⁴⁷² afin d'éviter que « le principe général que contient la convention n'en vienne à servir de prétexte à contester une décision de justice pour des motifs peu crédibles »⁴⁷³.

166. Par conséquent, l'impartialité objective permet d'apprécier les garanties d'indépendance dont bénéficient les juges. Grâce aux « considérations de caractère organique »⁴⁷⁴ envisagées par cette déclinaison du devoir d'impartialité, l'on peut objectivement apprécier « l'impartialité structurelle »⁴⁷⁵ de la juridiction saisie. En d'autres termes, le(s) juge(s) saisi(s) bénéficient-ils des moyens propres à garantir leur indépendance ?

167. L'impartialité subjective permet de s'assurer que le comportement du juge, notamment au cours de l'audience, s'inscrit dans l'exigence d'indépendance et de neutralité. Dans ce sens, cette déclinaison de la notion oblige le juge à adopter une attitude respectueuse des prescriptions déontologiques visant à l'exercice d'une justice désintéressée. En cela, le juge doit donner une apparence d'impartialité. *Justice must not only be done, it must also be seen to be done*⁴⁷⁶. Si l'impartialité envisagée sous le prisme de l'apparence permet donc

⁴⁶⁸ Cass. crim. 25 janvier 2001, n° 98-30.404.

⁴⁶⁹ Ass. plén. 6 novembre 1998, Bull. n° 4.

⁴⁷⁰ Cass. civ 2^{ème}, 10 septembre 2009, Bull. n° 209.

⁴⁷¹ Cass. crim. 30 juin 2009, n° 09-80.288.

⁴⁷² Ass. plén. 24 novembre 2000, Bull. n° 10.

⁴⁷³ B. Beignier et C. Bléry, « *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité* », D. 2001, p. 2427.

⁴⁷⁴ CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack*, *op. cit.* note n° 450, § 30.

⁴⁷⁵ CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, série A n° 132, § 63.

⁴⁷⁶ La justice doit non seulement être rendue, mais également être perçue comme telle.

d'appréhender ce qui relève, *a priori*, du for interne, elle pourra précisément provoquer la responsabilité alors dévoilée du juge indépendant.

168. Visée par l'indépendance et l'impartialité, cette « juste distance » s'entend elle-même comme la conséquence du principe d'égalité tel qu'énoncé à l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. » Aussi, indépendance et impartialité s'entendraient comme « facteur d'égalité du citoyen devant la justice »⁴⁷⁷, laquelle implique par conséquent « une distance intérieure, assumée et responsable de la part du magistrat, une distance perceptible et contrôlée, du point de vue de l'utilisateur »⁴⁷⁸.

2) Impartialité et responsabilité du juge indépendant

169. L'exigence d'impartialité constitue un devoir fondamental du magistrat. En ce sens, le Conseil supérieur de la magistrature n'hésite pas à sanctionner ceux ayant fait douter de leur impartialité, et au-delà de la confiance que les justiciables doivent placer en leur justice. Notamment, « il incombe à tout juge d'observer une réserve rigoureuse et d'éviter tout comportement de nature à créer le risque que son impartialité soit mise en doute »⁴⁷⁹. Par exemple, « un magistrat, qui participe au réseau d'influence constitué par un homme d'affaires [...], favorise aux yeux du public une suspicion de compromission dans l'exercice de la justice donnant ainsi de l'institution judiciaire une image dégradée de nature à affaiblir la confiance des justiciables dans l'impartialité qu'ils sont en droit d'exiger de leurs juges »⁴⁸⁰.

En appréciant la manière avec laquelle le juge remplit son office, celui-ci en devient responsable au regard de son devoir d'impartialité. En cela, l'indépendance, loin de fonder une quelconque immunité du juge, induirait sa propre responsabilité.

170. La préservation de l'indépendance de la justice apparaît ainsi comme un élément essentiel de l'Etat de Droit, en ce qu'elle assure la confiance des justiciables en leur juge, et au-delà, leur adhésion au processus juridictionnel. Aussi l'indépendance n'équivaut-elle pas à un moyen de déresponsabiliser le juge dans un souci de protection de celui-ci.

⁴⁷⁷ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'Autorité judiciaire*, op. cit. note n° 22, p. 99.

⁴⁷⁸ D. N. Commaret, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », op. cit. note n° 396, p. 262.

⁴⁷⁹ CSM Siège, 20 juillet 1994.

⁴⁸⁰ CSM Siège, 24 juillet 2000.

Certes, la mise en jeu de sa responsabilité porte en elle-même et par elle-même le risque d'exercer une pression, par conséquent capable de troubler son office ; mais, en tant que telles indépendance et responsabilité ne sont pas antinomiques. La finalité de l'indépendance de la justice et, *a fortiori*, celle du juge réside uniquement en la préservation de l'Etat de Droit et non en l'immunité du juge. L'argument de négation de la responsabilité juridictionnelle tiré de l'indépendance, constitutionnellement garantie, souffre donc d'un manque de pertinence. Au surplus, il semble définitivement compromis au regard des conséquences de l'indépendance affectant l'office juridictionnel lui-même. L'indépendance constitue un moyen pour que le juge puisse librement exercer son office.

Section 2 : L'objection tirée du pouvoir de l'indépendance

171. En réponse aux dérives des parlements d'Ancien régime, le Constituant n'a eu de cesse de cantonner la *jurisdictio* à une démarche mécanique d'application de la loi. Et pourtant l'office de juge semble contrarier cette approche, en ce que la *jurisdictio* elle-même porte indubitablement atteinte au concept du juge, « puissance nulle » qui n'opèrerait que par syllogisme, en déniait toute part créative dans l'interprétation.

172. En effet, « parce qu'il y a une dimension scientifique dans la discipline juridique, l'interprétation est fréquemment un acte de connaissance. Mais parce que cette science reste inexacte, les cas demeurent nombreux dans lesquels cet acte de connaissance est insuffisant, au point que ses lacunes ne peuvent être comblées que par un acte de volonté. Encore faut-il pour le juge, pour respecter sa déontologie, avoir épuisé les ressources de la connaissance, c'est-à-dire l'analyse juridique loyale et rigoureuse, avant de recourir à celles de la volonté, qui n'est ici qu'un pseudonyme de son propre libre arbitre »⁴⁸¹. Dans ce sens, l'indépendance – laquelle induit une liberté dans l'office – autoriserait l'exercice du pouvoir du juge (**Paragraphe 1**). Partant, le juge indépendant se muerait en un acteur privilégié de la production normative (**Paragraphe 2**), au titre de laquelle sa responsabilité se justifierait inéluctablement.

⁴⁸¹ G. Carcassonne, « Rapport introductif », in *L'indépendance de la justice*, op. cit. note n° 394, p. 39-40.

§ 1 : Le pouvoir juridictionnel autorisé par la liberté du juge indépendant

173. Chargé de dire le droit et trancher les litiges, le juge est traditionnellement perçu comme « la bouche de la loi », opérant par pur syllogisme. Au risque de sombrer dans un gouvernement des juges, l'office juridictionnel a de tout temps été entendu comme une œuvre mécanique d'application de la règle refusant ainsi toute faculté de création ou de recréation de la norme, approche au demeurant contestable comme nous allons ci-dessous l'apprécier. D'un juge « ministre du sens »⁴⁸² (A), s'élève un juge, « co-législateur »⁴⁸³ (B), détenteur d'un véritable pouvoir dans la *jurisdictio*, lequel induirait sa responsabilité.

A. D'un juge « ministre du sens »⁴⁸⁴

174. L'indépendance du juge tend à lui offrir le bénéfice d'une liberté dans la *jurisdictio*, laquelle révèle, *de facto*, un véritable pouvoir. En effet, « l'énoncé du jugement, c'est *a priori*, et dans sa conception la plus sommaire, l'exécution singulière par le juge d'une norme générale. On peut y voir, comme c'est le cas habituellement, la preuve de la présence du sujet à l'origine de la loi – le juge ne fait que procéder à l'exécution et à l'application d'une norme à l'origine de laquelle se trouve placé le législateur et lui seul. Ou bien, on peut y découvrir le témoignage du déplacement du sujet de la norme – son auteur, le législateur, à son lecteur, le juge – un juge qui, disposant d'un pouvoir de lecture et d'interprétation de la loi, se voit, de ce fait, conférer un vrai pouvoir normatif »⁴⁸⁵.

175. Si la loi est, par définition, générale, impersonnelle et abstraite, le juge ne peut se limiter à une œuvre mécanique quant à son application. Or, « interpréter, c'est attribuer une signification »⁴⁸⁶. Cependant, et à la différence de l'œuvre doctrinale, l'interprétation du juge produit des effets de droit ; aussi, l'office même du juge témoignerait de l'exercice d'un véritable pouvoir (2) ; cette approche contrariant sensiblement la traditionnelle stigmatisation d'un véritable pouvoir interprétatif (1).

⁴⁸² F. Rigaux, *La loi des juges*, éd. O. Jacob, 1997, p. 233.

⁴⁸³ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, p. 82.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ G. Timsit, *Les figures du jugement*, PUF, 1993, p. 126.

⁴⁸⁶ M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, *op. cit.* note n° 436, p. 28.

1) Un pouvoir interprétatif stigmatisé

176. De tout temps, le pouvoir s'est méfié de la puissance du juge. Contrariant la volonté souveraine durant l'Ancien régime, jouant un rôle déterminant dans la Révolution française, la justice devait être définitivement assujettie au pouvoir aux fins de ne plus contrarier l'hégémonie de celui-ci. C'est donc à un pouvoir stigmatisé par le mythe du gouvernement des juges (*a*) et défendu par la règle de la prohibition des arrêts de règlement (*b*) que correspondrait la fonction juridictionnelle, réfutant ainsi l'attribution d'un quelconque pouvoir au juge.

a) Le mythe du gouvernement des juges

177. Notion d'origine américaine⁴⁸⁷, introduite en France par Edouard Lambert⁴⁸⁸, la théorie du gouvernement des juges « sert à désigner, avec une forte connotation péjorative un pouvoir des juges jugé excessif et anti-démocratique. »⁴⁸⁹ En pratique, elle vise à représenter l'exercice, par les juges, d'un pouvoir politique, lequel se matérialiserait principalement par une création du droit. *Latissimo sensu*, cette théorie vise donc la situation où un juge – judiciaire, constitutionnel, administratif – dépasserait sa sphère de compétence pour envahir celle des autres pouvoirs. L'expression de gouvernement des juges porte ainsi en elle un sens dépréciatif, et joue davantage le rôle d'un « moyen de défense classique du corps politique à l'encontre des audaces judiciaires »⁴⁹⁰. Le gouvernement des juges apparaît donc comme l'épée de Damoclès pesant sur le juge qui voudrait se laisser aller à quelques élans jurisprudentiels par trop hardis.

178. Toutefois, la théorie du gouvernement des juges, en même temps qu'elle stigmatise le pouvoir du juge, l'incarne indéniablement. Son fondement réside en la préservation du principe de séparation des pouvoirs ; donc, cette théorie prend précisément

⁴⁸⁷ Enoncée aux Etats-Unis par le juge Walter Clark en 1914, elle caractérise le comportement de la Cour suprême qui à l'époque du New Deal entendit s'ériger comme arbitre de la politique économique et sociale.

⁴⁸⁸ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Dalloz, 2004.

⁴⁸⁹ M. Troper, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, PUL, 2006, p. 15.

⁴⁹⁰ R. Badinter, « *Le gouvernement des juges vu par les juges* », in S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 289.

acte de la puissance juridictionnelle en tant que pouvoir. L'on ne pourrait – au demeurant – redouter l'abus dans l'exercice d'un pouvoir, si celui-ci n'existait pas. Cependant, il est tout aussi certain que si les juges se muiaient en *lawmakers*, l'équilibre recherché à travers les séparations organique et fonctionnelle des pouvoirs serait rompu. Partant la théorie du gouvernement des juges tend-elle indubitablement à maintenir le juge dans sa tâche. « Autrement dit, la question du « gouvernement des juges » est celle du seuil admissible, c'est-à-dire légitime, du pouvoir créateur »⁴⁹¹ du juge. Si, de manière sibylline, cette théorie porte donc en elle-même la marque de l'existence du pouvoir juridictionnel, elle le contraint en préservant la créativité normative - pouvant s'exprimer à la faveur de l'office juridictionnel - de tout excès.

b) La prohibition des arrêts de règlement⁴⁹²

179. « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises »⁴⁹³. Le juge ne saurait donc énoncer de véritables règles de droit au risque de méconnaître ou violer les dispositions légales. Parallèlement, « le juge qui refusera de juger, sous le prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »⁴⁹⁴. Le juge bénéficie ainsi d'une véritable autorisation de la part du législateur de se livrer à une action normative à l'occasion de la *jurisdictio*. Paradoxe de l'office juridictionnel : en même temps que le législateur admet une codétermination⁴⁹⁵ normative – et, partant, invite le juge à une dynamique créative, novatrice – il lui est défendu d'énoncer d'authentiques principes.

⁴⁹¹ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Cinquième République*, *op. cit.*, note n° 397, p. 331.

⁴⁹² Abrogé par l'article 12 de la loi des 16 et 24 août 1790 - « les Tribunaux ne pourront point faire de règlement toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi soit d'en faire une nouvelle » - l'arrêt de règlement était une pratique avérée des parlements d'Ancien régime ; laquelle ne pouvait assurément plus perdurer au sein d'un régime de séparation des pouvoirs, prônant, par ailleurs, une puissance judiciaire nulle.

⁴⁹³ Article 5 C. civ.

⁴⁹⁴ Article 4 C. civ.

⁴⁹⁵ « Ce pouvoir d'entendre signifie bien que la norme a besoin de l'interprétation dont elle fait l'objet – de la codétermination – pour accéder à la juridicité. La prédétermination de la norme par l'instance qui l'a édictée ne fait de la norme qu'une norme incomplète. La codétermination est, eu même titre que la prédétermination, un mode d'engendrement du droit : engendrement par l'instance de réception, de lecture, de la norme, qui vient s'ajouter à l'engendrement du droit par l'instance d'édition de la norme, seule habituellement considérée », G. Timsit, *Les noms de la loi*, PUF, 1991, p. 110.

180. Par conséquent, le juge doit osciller entre l'énoncé d'une règle suffisamment claire et pertinente pour constituer une jurisprudence⁴⁹⁶ tout en se gardant de légiférer. Toutefois, les cours suprêmes n'hésitent pas à faire preuve d'une certaine *imperatoria brevis* permettant d'apprécier l'émergence et la consécration d'une « législation jurisprudentielle »⁴⁹⁷. En effet, la règle dégagée par le juge ne s'arrête pas systématiquement à une simple application de la loi ; il s'agit aussi d'une relecture, source parfois de recréation en des termes proches de ceux employés par le législateur.

2) Un pouvoir interprétatif avéré

181. Selon une traditionnelle acception⁴⁹⁸, le juge exerce son office par syllogisme. Suivant cette technique, le jugement résulte uniquement du produit de l'application d'un texte à un fait. Pour certains, le juge ne disposerait donc d'aucune marge de liberté ; juger ne convoquerait nullement la volonté de celui-ci, mais résulterait davantage d'un acte de connaissance. Ce à quoi M. Troper répond par une triple critique.

D'une part, ce concept repose sur une opposition lexicale radicale entre « création » et « application ». En effet, le juge ne saurait créer du droit – au risque de s'immiscer au sein de la sphère législative – et dans ce sens ne devrait qu'appliquer la loi. Pour autant, le juge est amené à interpréter la règle afin de l'appliquer. C'est ici que se joue le véritable enjeu de la *jurisdictio* : l'interprétation mêlerait en son sein création et application. Selon M. Troper, « un acte peut être considéré comme ayant la signification objective d'une norme juridique, s'il trouve dans une norme supérieure le fondement de sa validité ou, en d'autres termes, si une norme supérieure lui confère cette signification. Ainsi, un jugement énonce une norme, la sentence. Il crée donc du droit, puisqu'il prescrit un comportement, [...]. Mais, en même

⁴⁹⁶ « Il est rare, hormis quelques considérations rédigées en termes solennels dans des arrêts dits de principe, que la règle de droit créée par le juge soit lisible et explicite. Elle est un message qu'il faut progressivement décoder pour en dégager la signification normative et à situer dans le passé en supputant l'avenir, et dont seuls les initiés perceront l'incommunicabilité », M. Deguegue, « *Jurisprudence* », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 885.

⁴⁹⁷ F. Zenati, *La nature de la Cour de cassation*,

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_informat ion_2003_1615/no_575_1652/

⁴⁹⁸ Le refus d'une quelconque œuvre interprétative de la part du juge trouve son fondement dans la puissance des parlements d'Ancien régime, et la crainte corrélatrice qu'elle a de tout temps inspirée. Les juridictions d'antan n'hésitaient pas, en effet, à contrarier le pouvoir du souverain grâce à leurs prérogatives, et, en ce sens, incarnaient, assurément, une force d'opposition. Les premiers constituants, qui eurent l'occasion d'apprécier la puissance des parlements, entendirent – par conséquent – appliquer *stricto sensu* la théorie de la séparation des pouvoirs et à, ainsi, cantonner les juges à uniquement appliquer la loi, démarche que le syllogisme juridique devait caractériser avec éclat.

temps, il applique une norme et souvent deux : celle qui habilite le tribunal à juger tel ou tel type de procès, celle, de fond, qui lui prescrit de trancher tel ou tel type de litige de telle ou telle manière »⁴⁹⁹. A l'occasion de son office, le juge appliquerait la loi tout en exerçant une certaine part de liberté, elle-même reconnue - voire commandée - par la loi.

D'autre part, le fait d'appliquer un texte de loi à une situation particulière induit la portée normative de l'office du juge. Certes, le texte à appliquer – lequel préexiste au jugement – s'impose au juge, mais c'est dans l'application de sa signification au litige que s'exercera son pouvoir normatif. En effet, « c'est en réalité l'interprète et non le législateur qui énonce la norme, parce que la norme n'est pas autre chose que la signification d'un énoncé qu'il est obligatoire de préciser. Le législateur lui n'a rien fait d'autre qu'adopter un texte, mais la norme que signifie ce texte est énoncée par l'interprète »⁵⁰⁰. Aussi l'on appréciera la distinction à opérer entre le texte, édicté par le législateur, et la norme, produite par le juge.

182. Enfin, sans l'interprétation conférée par le magistrat - « bouche de la loi » - le texte visé demeurerait dans une certaine forme d'abstrait. Interprète privilégié de la loi, le juge ne saurait pour autant exercer un pouvoir absolu. Il n'invente pas les normes, il ne crée pas les textes, mais dégage de leur interprétation une signification propre à répondre au cas d'espèce. Avant l'appréciation du juge, le texte visé reste donc « un ensemble de mots dont la signification n'existe pas indépendamment de la lecture qui en est faite par celui qui l'interprète, ou qui l'applique »⁵⁰¹. Aussi le jugement pourra se décliner selon trois acceptions. Celle-ci peut n'être que la « transcription »⁵⁰² de la norme servant de référence ; le juge se contentant alors d'être fidèle à la volonté de son auteur. Au regard d'une opération de « transdiction », il peut aussi donner un sens au texte, qui tout en s'éloignant de la volonté de l'auteur se réfèrera à « l'esprit » du texte. Au contraire, le juge peut se livrer à une « transgression » à l'occasion de laquelle l'interprétation apparaîtra davantage comme une œuvre personnalisée du juge.

En ce sens, l'opération syllogistique à laquelle se livre le juge, dévoilerait un véritable pouvoir normatif. Donc, si les jugements constituent assurément « l'acte matériel

⁴⁹⁹ M. Troper, « *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?* », *Pouvoirs* 1981, n° 16, p. 8.

⁵⁰⁰ M. Troper, « *La liberté de l'interprète* », *op. cit.* note n° 486, p. 37.

⁵⁰¹ P. Avril, « *Les conventions de la Constitution* », *RFDC*, 1993-14, p. 327.

⁵⁰² G. Timsit, *L'archipel de la norme*, PUF, 1997, p. 33.

d'application de la loi »⁵⁰³, ils naissent aussi d'une véritable interprétation constructive de la part du juge.

A cet égard, l'interprétation pourra être *a pari*, c'est-à-dire que le juge raisonnera par analogie et étendra la règle retenue à une hypothèse similaire ; *a fortiori*, il l'appliquera à un cas où elle aura également vocation à s'appliquer ou encore *a contrario* qui permettra au juge de rechercher la règle à appliquer en interprétant le texte au regard de ce qu'il ne dit pas.

183. Prenons ainsi le cas de la transmission d'un bail au concubin survivant en cas de décès de son titulaire. Avant l'instauration du PACS, la question s'était posée au juge de la possibilité de ce transfert pour un couple homosexuel⁵⁰⁴. La question n'était pas directement envisagée par les textes ; l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989⁵⁰⁵ se contentant de prescrire qu'à la suite du décès d'un locataire, le contrat de location pouvait être transmis à son concubin si cette relation était stable et notoire. En l'espèce, le juge devait donc apprécier et qualifier les faits afin de décider du transfert ou non d'un bail locatif au compagnon homosexuel survivant. Si en première instance, le juge – en prenant par ailleurs acte de l'évolution des mœurs et en s'attachant à ne pas établir de discrimination d'ordre sexuel – reconnut la stabilité et la notoriété de la relation entre ces deux hommes, et appliqua, en ce sens, l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 ; la cour d'appel estima – au contraire – que les dispositions susvisées ne pouvaient être utilement invoquées au cas d'espèce. En se fondant sur les dispositions relatives au mariage, la cour a, en effet, retenu que le concubinage résultait d'une relation ayant l'apparence du mariage, c'est-à-dire d'une relation établie entre un homme et une femme. Or, le cas d'espèce concernait une relation de nature homosexuelle, visant par conséquent deux personnes de même sexe ; c'est-à-dire n'ayant pas l'apparence d'un mariage et ne pouvant donc pas s'apparenter à un concubinage. En conclusion, la cour ne saurait faire application de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 ; raisonnement que la Cour de cassation confirma par un arrêt du 17 décembre 1997, en admettant que le compagnon survivant n'avait aucun droit sur le transfert du bail puisque les dispositions susvisées ne s'appliquaient pas à un couple homosexuel.

Au-delà des réflexions hors propos que cet arrêt pourrait nourrir (différence de traitement entre couple hétérosexuel et couple homosexuel ; discrimination fondée sur le sexe ...),

⁵⁰³ Cazalès cité par M. Troper, « *La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française* », in *Mélanges Velu*, Bruylant, 1992, p. 833.

⁵⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, Bull. n° 225 ; [JCP1998.II.10093](#), note A. Djigo ; [RTD civ.](#) 1998, p. 347, obs. J. Hauser.

⁵⁰⁵ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

l'exemple est frappant à deux égards. D'une part, il témoigne des différents choix qui s'offrent aux juges et montre ainsi que juger mêle connaissance et volonté ; d'autre part, il donne un exemple de l'interprétation à laquelle doit – parfois – se livrer le juge. Celui-ci a, en l'espèce, opéré en deux temps. En premier lieu, et selon un raisonnement *a pari*, le juge a retenu que le concubinage visait la situation d'un couple ayant l'apparence du mariage. Or, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. En second lieu, et selon une appréciation *a contrario*, le mariage ne concerne pas l'union de deux personnes de même sexe. Partant, l'article invoqué ne saurait s'appliquer à un couple homosexuel. L'exemple est révélateur de l'opération d'interprétation à laquelle le juge doit se livrer. Contraint de trancher, il ne peut se réfugier derrière l'imprécision de la loi ou le vide juridique au sein duquel le plonge le litige.

184. Aussi le pouvoir interprétatif du juge se révèle-t-il indéniablement à l'occasion de son office, ce dont prennent au demeurant acte les théories visant précisément à le stigmatiser. Or, tout à la fois « forme intellectuelle de la désobéissance »⁵⁰⁶ grâce à la liberté qu'elle accorde, ou – au contraire – fidèle application du texte⁵⁰⁷, l'interprétation permet au juge de se livrer à un décodage du texte, lequel sera plus ou moins lié à l'intention originelle de l'auteur. En ce sens, le juge serait davantage qu'« un ministre du sens »⁵⁰⁸, il apparaîtrait comme un véritable architecte du droit.

B. A un juge « co-législateur »⁵⁰⁹

185. Si le pouvoir créateur ou créateur du juge apparaît assurément à l'occasion de son office, celui-ci se fonde pourtant irrémédiablement sur la loi. Il en ressort ainsi une complémentarité certaine entre l'office du juge et la fonction du législateur⁵¹⁰ ; complémentarité et non concurrence, c'est-à-dire qui ne saurait placer le juge au cœur du processus législatif. « Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Il est le relais entre la loi et le fait auquel elle doit s'appliquer. Il

⁵⁰⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 26^{ème}, 1999, p. 283.

⁵⁰⁷ P. Malaurie, « *La Cour de cassation* », in *Rapport d'activités de la Cour de cassation 1999*, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/xx_eme_5773.html#footnote

⁵⁰⁸ F. Rigaux, *La loi des juges*, *op. cit.* note n° 482, p. 233.

⁵⁰⁹ M. Troper, « *Une théorie réaliste de l'interprétation* », *op. cit.* note n° 483.

⁵¹⁰ M. Deguergue, « *Mots de justice* », *Droits 2001*, n° 34, p. 99.

est conduit à interpréter les dispositions légales et réglementaires existantes et à combler leurs lacunes. Il acquiert ainsi un pouvoir créateur du droit »⁵¹¹.

186. En premier lieu, « s'il y a lieu à interprétation, c'est d'abord parce qu'il y a une question de signification qui se pose ; sinon, il n'y a rien à interpréter »⁵¹². Par essence, l'interprétation est objectivement liée à un énoncé. Bien que le juge dispose d'une marge de manœuvre plus ou moins importante, son interprétation sera assujettie à un énoncé. L'imperfection, les lacunes, les oublis de l'énoncé sont autant de facteurs déterminants dans l'interprétation du juge, mais aussi autant de justification à son interprétation. *In fine*, c'est l'énoncé lui-même qui justifie l'interprétation du juge. La règle à appliquer apparaît donc comme une contrainte certaine empêchant de retenir l'autonomie du juge interprète. Le passage du texte à la sentence fait par conséquent, du juge un « codéterminateur »⁵¹³.

Si les normes qu'il énonce complètent, suppléent, précisent le texte de base ; il ne saurait franchir une certaine limite, au risque de voir sa jurisprudence par trop novatrice, sanctionnée. A l'inverse, un principe énoncé par le juge peut ensuite être consacré par le législateur. Dès lors, le juge a bien participé à la formation de la norme, ce que le législateur ne fait qu'entériner par la codification. Par exemple, en matière de filiation, le juge judiciaire avait admis dès 1930 à l'occasion de la jurisprudence *Degas*⁵¹⁴, qu'existait une présomption de paternité à l'encontre d'un enfant conçu avant le mariage mais né durant celui-ci. Par la loi du 3 janvier 1972, le législateur n'a fait que codifier cette règle – originellement jurisprudentielle – en énonçant que « l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage est légitime et réputé l'avoir été dès sa conception »⁵¹⁵. Si le juge peut donc influencer le législateur, il peut également directement être à l'origine d'une disposition législative, et en cela participer au processus législatif. Ainsi, l'exemple de la jurisprudence *Desmares*⁵¹⁶ est éloquent. En effet, jusqu'à cette décision, les victimes d'accident de la circulation pouvaient se voir opposer leur propre faute, ce qui aboutissait à un régime d'exonération partielle de responsabilité. Or, en l'espèce, la Cour de cassation énonça que « seul un événement constituant un cas de force majeure exonère le gardien de la chose, instrument du dommage, de la responsabilité par lui encourue par application de l'article 1384, alinéa 1, du code civil ; que, dès lors, le

⁵¹¹ J.-L. Bergel, « « La loi du juge » : dialogue ou duel ? », in *Mélanges Kayser*, PUAM, 1979, p. 21.

⁵¹² E. Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge, op. cit.*, note n° 436, p. 103.

⁵¹³ G. Timsit, *Les figures du jugement, op. cit.* note n° 485, p. 92.

⁵¹⁴ Cass. civ. 8 janv. 1930, *Degas*, S. 1930.I.257, note F. Gény.

⁵¹⁵ Article 1^{er} de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

⁵¹⁶ Cass. civ. 2^{ème} 21 juillet 1982, *Desmares*, Bull. n° 111.

comportement de la victime, s'il n'a pas été pour le gardien imprévisible et irrésistible, ne peut l'en exonérer, même partiellement ». La Cour a rendu un véritable arrêt de principe, lequel a fortement influencé le législateur, ainsi qu'en témoigne la loi du 5 juillet 1985⁵¹⁷ sur les accidents de la circulation.

187. « Co-législateur »⁵¹⁸, le juge a précisément vocation à préserver la règle. Parce qu'il « l'a fait changer : une règle n'est vivante que si elle est en marche, comme toute société et comme tout homme »⁵¹⁹. En l'adaptant aux évolutions sociétales, au contexte juridique, économique, social etc., le juge ne trahit pas la loi mais lui permet de durablement s'épanouir grâce à son concours. L'interprétation certaine à laquelle le juge se livre, lui permet de faire vivre le droit au gré des évolutions sociétales et des besoins des justiciables. Si le législateur demeure le créateur de la loi, le juge en est l'interprète privilégié disposant d'un « pouvoir de rajeunissement »⁵²⁰, lequel lui permet de la faire vivre au gré des évolutions sociétales. « Les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites, les hommes eux ne se reposent jamais...l'office de la loi est de fixer par les grandes vues les maximes générales de droit... c'est au magistrat...pénétré de l'esprit général des lois, à en diriger l'application... Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eut d'avance prévu à tous les cas possibles »⁵²¹.

§ 2 : Le pouvoir juridictionnel caractérisé par la dynamique jurisprudentielle

188. « Derrière la fable des juges simples « bouches de la loi » et « êtres inanimés », très vite ceux-ci se sont arrogés, discrètement mais nécessairement, le pouvoir d'interpréter la loi, non plus perçue comme un « texte sacré » dont il ne faut pas s'écarter, mais comme le résultat de compromis, souvent flous, ambigus et incomplets. Dès lors la loi n'est plus qu'une source de droit, le véritable acte normatif résidant précisément dans

⁵¹⁷ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

⁵¹⁸ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.* note n° 483, p. 82.

⁵¹⁹ P. Malaurie, « La Cour de cassation », in Cour de cassation, *Rapport d'activités 1999*.

⁵²⁰ J.-L. Bergel, « « La loi du juge » : dialogue ou duel ? », *op. cit.* note n° 511, p. 21.

⁵²¹ J. E. M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », p. 6, cité par C. Weisse-Marchal, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, *op. cit.* note n° 178, p. 261.

l'interprétation qu'en donne le juge »⁵²². En effet, la jurisprudence, à la fois « le complément et le rival »⁵²³ de la loi, caractérise le pouvoir re-créateur du juge.

189. « Renversement de tendance dans la manière de juger »⁵²⁴, « fruit d'une réflexion attentive »⁵²⁵ et non d'une « illumination individuelle ou collective traversant un délibéré »⁵²⁶, le revirement de jurisprudence traduit le pouvoir recréateur d'une norme précédemment arrêtée. Toutefois, une telle admission de principe porte en elle le risque d'instabilité et d'insécurité juridiques, puisqu'elle équivaut à reconnaître l'« adaptation de la jurisprudence à l'évolution du droit et des faits »⁵²⁷. C'est pourquoi, les modifications jurisprudentielles sont mûrement réfléchies et préparées, à la lumière du contexte juridique et social. *In fine*, le revirement doit s'imposer de lui-même ; en dépendent son crédit et *a fortiori* l'adhésion qu'il devra provoquer de la part de tous les acteurs sociétaux.

D'une part, le revirement doit mieux répondre à la situation donnée que la précédente solution ; d'autre part, les avantages de la nouvelle solution doivent combler le bouleversement qu'il induit. La décision consacrant le revirement doit, en effet, être en mesure de servir de modèle⁵²⁸. Les cours suprêmes jouent donc à l'occasion de leurs décisions un rôle d'unification, non pas seulement dans la jurisprudence mais plus globalement dans le droit. Ce sont elles qui livrent les interprétations officielles à donner à tel ou tel texte, dans un souci de cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble et au carrefour duquel se trouve le juge. Harmoniser le droit se trouve indubitablement au cœur de la *jurisdictio*.

C'est pourquoi, les cours suprêmes doivent s'assurer de l'efficacité du revirement de jurisprudence. En ce sens, elles devront profiter d'une affaire favorable pour énoncer la nouvelle règle, laquelle aura pu, au demeurant, être déjà pressentie afin de s'assurer de son admission et sa correcte réception par les juridictions inférieures. Par exemple, la question de l'applicabilité de la Convention de New York sur les droits de l'enfant⁵²⁹ est particulièrement révélatrice. Si la Cour de cassation a, dans un premier temps, refusé que les dispositions de la

⁵²² D. Turpin, « Pouvoir ou autorité juridictionnelle », RDP 2002, p. 387.

⁵²³ P. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1964, p. 603.

⁵²⁴ G. Cornu (dir.), « *Jurisprudence* », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit* note n° 115, p. 530.

⁵²⁵ R. Odent, « De la décision *Trompier-Gravier* à la décision *Garysas*, *Réflexions sur une évolution de jurisprudence* », EDCE 1962, p. 43-44.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ G. Darcy, « *Le théoricien et le droit* », in *Mélanges Troper*, Economica, 2006, p. 341-342.

⁵²⁸ Si « elle est inadaptée à ses fins, elle est mal comprise par le justiciable, elle est contestée par les juges, elle est rejetée par la société » (D. Labetoulle, « *L'élaboration du droit : la jurisprudence* », RA 2001, n° spéc., p. 71), la nouvelle solution « disparaîtra non parce qu'elle est mal née, mais parce qu'elle est inadaptée à la vie et à sa fonction » (*ibid.*).

⁵²⁹ *Convention de New York relative aux droits de l'enfant*, ONU, 20 novembre 1989, ratifiée par la France le 7 août 1990, RGDIP 1990, p. 188.

Convention relative aux droits de l'enfant puissent être directement invoquées devant les juridictions françaises - cette convention ne créant d' « obligations qu'à la charge des Etats parties [et] n'étant pas directement applicable en droit interne »⁵³⁰ - elle a néanmoins laissé entendre, dans un second temps, que certaines d'entre elles pourraient être directement applicables⁵³¹ ; pour, enfin, admettre et promouvoir, lors d'un véritable arrêt de principe, l'invocabilité directe de certaines dispositions de la Convention de New York⁵³², lesquelles étaient par ailleurs déjà reprises par le code civil⁵³³. La Cour aurait donc pu se contenter de s'y référer, mais elle a profité de cette opportunité pour afficher sa volonté de, dorénavant, admettre l'applicabilité de certaines dispositions de la Convention⁵³⁴. En ce sens, elle a rejoint la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui, de façon constante, opère une distinction entre les dispositions de *self executing* et celles dépourvues d'effet direct⁵³⁵.

190. Ainsi l'un des enjeux de la jurisprudence consiste-t-il à faire vivre le droit. S'il est certain qu'assurer une stabilité jurisprudentielle doit guider les juridictions, il ne s'agit pas pour autant de figer le droit. La question du revirement fait naître une apparente contradiction avec le double objectif de la jurisprudence : s'inscrire dans la continuité mais s'adapter au contexte, lequel est appelé – par essence – à évoluer.

⁵³⁰ Cass. civ. 1^{ère} 10 mars 1993, Bull. n° 103. Confirmé par Cass. civ. 1^{ère} 2 juin 1993, Bull. n° 195 ; Cass. civ. 1^{ère} 15 juillet 1993, Bull. n° 259 ; Cass. soc. 13 juillet 1994, Bull. n° 236 ; Cass. crim. 18 juin 1997, Bull. n° 244 ; Cass. crim. 14 octobre 1998, n° 97-83877

⁵³¹ Cass. civ. 2^{ème} 7 février 1996, n° 93-12.239 ; Cass. crim. 16 juin 1999, n° 98-84.538 ; Cass. civ. 1^{ère} 18 avril 2000, Bull. n° 112 ; Cass. civ. 2^{ème} 11 janvier 2001, Bull. n° 2 ; Cass. civ. 2^{ème} 4 juillet 2002, n° 00-16.526.

⁵³² Cass. civ. 1^{ère} 18 mai 2005, Bull. n° 212 et n° 211. On notera toutefois que la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait, dès un arrêt du 5 septembre 2001, n° 00-84.429, reconnu l' « effet direct » de l'article 3-1 de la Convention de New York.

⁵³³ Article 12 de la Convention de New York, lequel énonce : « 1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

Article 388-1 C. civ. : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat ».

⁵³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 juillet 2005, Bull. n° 334 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005, Bull. n° 404. ; Cass. civ. 7 avril 2006, Bull. n° 195 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, Bull. n° 103 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 06-12.655 ; Cass. civ. 19 septembre 2007, Bull. n° 286 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 07-14.301 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2009, n° 08-18.126 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2009, Bull. n° 41 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 08-16.861 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-18.334.

⁵³⁵ CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, concl. R. Abraham, RFDA 1998, p. 562. Pour un exemple récent voir : CE, 4 septembre 2009, req. n° 311166.

Or, grâce à la liberté dans l'interprétation, ce n'est pas le texte qui change mais le sens à lui donner, au regard du contexte sociétal. L'évolution des mœurs constitue un des facteurs d'évolution jurisprudentielle par lequel le juge est habilité à différemment interpréter un texte, afin d'édicter une nouvelle norme. Paradoxalement, c'est bien la liberté de l'interprète qui assurera la continuité du droit et la sécurité juridique. A travers le revirement, et alors même qu'il s'agira toujours du même texte, la règle aura vocation à évoluer. L'interprétation que le juge livre n'est donc pas forcément le fruit de l'intention de l'auteur. En réalité, le juge se libère - à travers le revirement - de la volonté originelle de l'auteur du texte pour exprimer celle qui s'impose, pas uniquement du fait de son interprétation, mais aussi au regard des circonstances attachées au litige.

191. « Très vif »⁵³⁶, « éclatant »⁵³⁷ voire « exalté »⁵³⁸ le pouvoir créateur du juge existe indéniablement et s'inscrit naturellement au sein de son office. Mais si sa liberté est avérée, elle ne saurait être absolue, car « le juge doit s'intégrer dans une histoire continue, respecter la cohérence de l'histoire déjà commencée, tout en bénéficiant d'une liberté créatrice qui l'amène à produire une décision lui paraissant présenter l'histoire de la communauté juridique sous son meilleur jour possible »⁵³⁹. C'est également au regard de sa capacité à faire perdurer une norme issue de la jurisprudence que son pouvoir se révèle. La Cour de cassation est ainsi investie d'une mission d'unification du droit et du contrôle de sa correcte application – interprétation – par les juridictions inférieures. Elle s'assure de l'harmonisation et de la continuité de la jurisprudence afin de garantir une certaine sécurité juridique aux justiciables.

192. L'indépendance de la justice s'entend ainsi comme le moyen – pour le juge – d'être suffisamment libre dans son office pour sereinement et objectivement dire le droit et trancher les litiges. Or, « chacun sait que la responsabilité est la contrepartie légitime et désirable de la liberté »⁵⁴⁰. En ce sens, c'est bien l'indépendance de la justice qui fonde la responsabilité juridictionnelle. En effet, l'indépendance-liberté du juge apparaît comme une vertu, « garantie de la réussite de sa mission mais elle lui crée une exigence supplémentaire de

⁵³⁶ CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, concl. R. Abraham, *op. cit.* note n° 535, p. 604.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 605.

⁵³⁹ J. Noble, *La crise du juge*, LGDJ, 1990, p. 153.

⁵⁴⁰ G. Carcassonne, « *Rapport introductif* », in *L'indépendance de la justice*, *op. cit.* note n° 394, p. 40.

responsabilité : il n'y a pas d'indépendance sans limites, il n'y a pas d'autorité sans rendre des comptes »⁵⁴¹.

⁵⁴¹ J.-P. Delevoye, « *Seul le prononcé fait foi* » in ENM, *Etre magistrat dans la cité, entre attentes légitimes et tentations démagogiques*, Les cahiers de la justice, 2007, n° 2, p. 126.

Chapitre 2nd : L'autorité de la justice

193. La justice apparaît comme une prérogative régaliennne. Or, le principe selon lequel le souverain ne saurait mal faire a induit une véritable exclusion de sa responsabilité. Pour Laferrière, « si l'on cherche à se rendre compte des différences que présente la responsabilité de l'Etat selon les diverses fonctions qu'il est appelé à remplir, on voit que sa responsabilité est d'autant plus restreinte que cette fonction est plus élevée. La responsabilité de l'Etat est nulle quand cette fonction confine à la souveraineté »⁵⁴². Aussi, et au risque de contrarier la présomption de légalité attachée à son action, la responsabilité juridictionnelle ne saurait-elle être envisagée.

En considérant la justice comme faillible, c'est l'autorité même du pouvoir qui deviendrait sujette à caution. Reconnaître la responsabilité de la justice, qu'elle puisse « mal faire » aurait été la manifestation de sa vulnérabilité, et au-delà d'une certaine fragilité du pouvoir.

194. Pourtant, il semblerait que la justice tire précisément son autorité non pas de son irresponsabilité mais des prérogatives qui lui sont reconnues (*Section 1*), lesquelles fondent une légitimité facteur d'autorité (*Section 2*).

Section 1 : Une autorité résultant des prérogatives du juge

195. « Il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »⁵⁴³. Chacune des puissances envisagées à l'occasion de la théorie de la séparation des pouvoirs doit se décliner en contre-pouvoir. Ainsi chacun d'entre eux tire-t-il – notamment – son autorité des prérogatives qui lui sont reconnues, lesquelles l'érige sous ses deux déclinaisons de pouvoir et contre-pouvoir. En ce sens, confier à l'autorité judiciaire la protection des droits individuels (*Paragraphe 1*) tout lui accordant un véritable pouvoir de sanction législative (*Paragraphe 2*) confère précisément au juge son autorité.

⁵⁴² J. Laferrière, *Traité de juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, LGDJ 1989, p. 174.

⁵⁴³ Montesquieu, *L'esprit des lois*, livre XI, chap. IV, « Des lois qui forment la liberté politique, dans son rapport avec la constitution ».

§ 1 : Dans la protection des droits individuels

196. Si la démocratie est – pour reprendre Hannah Arendt – « le droit d’avoir des droits », alors la justice participe indéniablement au défi démocratique. Qu’est-ce que l’office juridictionnel si ce n’est la reconnaissance des droits méconnus ou bafoués afin de rétablir une certaine paix sociale ? Nonobstant la spécificité communautaire, la Cour de justice des communautés européennes a ainsi énoncé que « tout juge a [...] pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers »⁵⁴⁴. C’est ainsi que le rôle de gardien des droits individuels (**A**) permet au juge de s’imposer comme *medium* citoyen (**B**), le gratifiant, dès lors, d’une autorité certaine dans la cité.

A. Le juge, gardien des droits fondamentaux

197. L’article 66 de la Constitution consacre l’autorité judiciaire comme gardienne de la liberté individuelle⁵⁴⁵. Si la loi – expression de la volonté générale – peut donc seule restreindre la liberté, le juge est indéniablement perçu comme celui qui en assure le respect et l’effectivité. L’office du juge apparaît tout à la fois double dans ses modalités et unique dans son objectif. D’une part, le juge doit appliquer la loi, alors même que celle-ci aurait vocation à priver l’individu d’une parcelle de sa liberté. Toutefois, il lui incombe, d’autre part, de défendre la liberté individuelle de chacun. Cette dualité des rôles⁵⁴⁶ pousse ainsi le juge à préserver la liberté des uns, en même temps qu’il peut restreindre celle des autres par application de la loi. Si la liberté, droit naturel et imprescriptible de l’homme, ne peut trouver de bornes à sa reconnaissance que dans la loi, c’est bien au juge que reviendra la conciliation des impératifs en jeu.

En précisant que l’article 66 de la Constitution confiait « à l’autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects »⁵⁴⁷, les Sages ont entendu lui accorder une

⁵⁴⁴ CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

⁵⁴⁵ Celle-ci, qui peut s’appréhender comme le « pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (article 4 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen) ou comme le « droit fondamental de faire tout ce que la société n’a pas le droit d’empêcher » (G. Cornu (dir.), « Liberté », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note n° 115, p. 549), place le juge au cœur de la cité en ce que lui seul – d’après le texte constitutionnel – a vocation à en garantir l’exercice.

⁵⁴⁶ Cette dualité des rôles est parfaitement mise en évidence à l’occasion de la décision du Conseil constitutionnel du 26 août 1986 déc. n° 86-211 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d’identité*.

⁵⁴⁷ CC, déc. n° 83-164 DC, du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, cons. n° 28. Attribution que le Conseil constitutionnel n’hésite pas à rappeler au gré de sa jurisprudence : Par exemple, CC, décision n° 93-226 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1994 portant réforme du code de procédure pénale*.

pleine dévolution. L'autorité judiciaire apparaît comme la gardienne privilégiée de la liberté individuelle. Les déclarations de droits qui se sont succédées à la suite de la Seconde guerre mondiale « se sont vues attribuer une valeur juridique en droit positif, car il s'est trouvé des juges pour en vouloir la pleine efficacité et pour en assurer l'intégration directe dans l'ordre juridique obligatoire »⁵⁴⁸. La Convention européenne des droits de l'homme de 1950, la Convention de New York relative aux droits de l'enfant de 1989, ou encore la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont autant de moyens, pour le juge, d'exercer son rôle de garant de la liberté individuelle, par delà la volonté des politiques, et au-delà du cadre étatique. En ce sens, c'est bien au regard de son rôle de gardien des droits que l'autorité du juge dans la cité a été consacrée.

Bien que l'article 66 consacre l'autorité judiciaire comme gardienne de la liberté individuelle, à l'exclusion donc des justices administrative et constitutionnelle, celle-ci ne saurait en détenir l'exclusivité. Il nous semble, en ce sens, intéressant de montrer que le juge – qu'il soit administratif, constitutionnel ou judiciaire – est, par nature, une figure d'autorité dans la cité via son rôle de gardien des droits et libertés fondamentales.

198. Le juge administratif a trouvé dans l'exercice de ses prérogatives un rôle de protecteur des administrés face aux violations et préjudices que l'administration peut commettre à leur encontre. Le recours en excès de pouvoir dit « procès fait à un acte » permet ainsi à un justiciable – ayant un intérêt à agir – de demander l'annulation d'un acte administratif en raison de son illégalité. Or, si le juge retient l'illégalité, l'acte litigieux sera annulé *erga omnes* et réputé n'avoir jamais existé. En ce sens, le recours pour excès de pouvoir constitue un instrument privilégié « mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue »⁵⁴⁹. C'est à l'occasion du fameux arrêt *Dame Lamotte*⁵⁵⁰, que le Conseil d'Etat a audacieusement retenu que le recours pour excès de pouvoir - lequel vise à « assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »⁵⁵¹ - « était ouvert même sans texte contre tout acte administratif »⁵⁵². Or, en neutralisant ostensiblement la

⁵⁴⁸ P. Draï, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 6 janvier 1993*,

http://www.courdecassation.fr/institution_1/occasion_audiences_59/debut_annee_60/discours_prononces_9243.html

⁵⁴⁹ Concl. Pichat sur CE 8 mars 1912, *Lafage*, p. 348.

⁵⁵⁰ CE, 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, p. 110.

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² *Ibid.*

volonté du législateur⁵⁵³, le juge administratif a imposé son autorité aux fins de sauvegarder le « contrôle de la légalité contre la tentation que pourrait avoir le gouvernement de limiter ce contrôle grâce à son pouvoir réglementaire élargi »⁵⁵⁴. Le juge administratif s'est attaché à défendre le principe de légalité mais aussi les droits des administrés, lesquels étaient en l'espèce menacés par les pouvoirs législatif et exécutif. Il s'est reconnu compétent à connaître des recours en légalité formés par les justiciables, et n'a eu alors de cesse d'affermir et de développer son contrôle par l'élargissement de la catégorie d'actes visée⁵⁵⁵.

Au surplus, nous ne pourrions nous intéresser au rôle du juge administratif de défenseur des droits des citoyens face à l'administration sans relater la jurisprudence *Koné*⁵⁵⁶. Il s'agissait, en l'espèce, de la situation d'un ressortissant malien, qui devait être extradé de la France en direction de son pays d'origine pour motifs politiques, ce que prohibait l'article 44 de l'Accord de coopération en matière de justice entre la France et le Mali du 9 mars 1962. Or, le juge administratif s'est mué en gardien des droits fondamentaux en énonçant que les stipulations susvisées devaient « être interprétées conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique »⁵⁵⁷. Cette jurisprudence témoigne du fort pouvoir de création normative lorsque sont particulièrement en cause les droits et libertés fondamentales. Il est, en effet, notable que selon une décision antérieure⁵⁵⁸, les conventions d'extradition devaient primer sur les lois internes. Aussi l'arrêt *Koné* témoigne-t-il du contre-pouvoir juridictionnel. Dans ce sens, le juge administratif s'érige aux côtés du juge judiciaire comme gardien des droits des individus. Ceux-ci ont ainsi vocation à se muer en rempart contre une démarche étatique liberticide, mission à laquelle participe également le juge constitutionnel⁵⁵⁹.

⁵⁵³ L'article 4 alinéa 2 de la loi du 23 mai 1943 énonçait en l'espèce qu'aucun recours, administratif ou judiciaire, n'était possible.

⁵⁵⁴ Note sous CE, 17 février 1950 *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, *op. cit.* note n° 550, in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz.

⁵⁵⁵ Voir notamment : CE 2 novembre 1992, *Kherouaa*, p. 389 ; CE 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, *AJDA* 1995, p. 420 ; CE 10 mars 1995, *M. et Mme Aoukili*, *AJDA* 1995, p. 332, ccl. Y. Aguila ; CE 30 juillet 2003, *Remli*, req. n° 252712.

⁵⁵⁶ CE 3 juillet 1996, *Koné*, p. 255.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ CE 23 octobre 1991, *Urdaïn Cirizar*, p. 347.

⁵⁵⁹ Voir notamment : J. Robert, « La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français : bilan et réformes », *RDP* 1990, p. 1255.

199. Grâce à la « charte jurisprudentielle »⁵⁶⁰ que les Sages se sont évertués à créer⁵⁶¹ depuis 1971, le Conseil constitutionnel s'est hissé en un véritable gardien des droits et libertés fondamentaux. Le contrôle de constitutionnalité, qu'il exerce de façon originelle, conjugué aux réformes de 1974⁵⁶² et de 2008⁵⁶³, lui permettent de vérifier la conformité des lois votées par le Parlement au bloc de constitutionnalité, lequel comporte, outre la Constitution elle-même, le préambule de la Constitution de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement. Aussi le juge constitutionnel n'hésitera-t-il pas à censurer une loi ou l'une de ses dispositions, en cas de méconnaissance ou d'atteinte aux droits garantis par les textes susvisés. Le contentieux constitutionnel consiste donc en la protection des droits contre la loi exercée par le Conseil constitutionnel, lequel est « passé du rôle de chien de garde de l'exécutif à celui d'entrepreneur des libertés ». Cette « seconde naissance »⁵⁶⁴ a emporté deux principales conséquences. En premier lieu, elle hisse le Conseil constitutionnel en gardien des droits et libertés, et, en second lieu, elle fait du contrôle de constitutionnalité une arme au bénéfice des citoyens, phénomène entériné par la réforme du 23 juillet 2008⁵⁶⁵. Celle-ci a introduit le mécanisme dit de la question prioritaire de constitutionnalité que l'on peut définir comme un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, organisée par la loi organique du 10 décembre 2009⁵⁶⁶, cette procédure permet à un justiciable de saisir le Conseil constitutionnel – après un « filtrage »⁵⁶⁷ – afin de contrôler la constitutionnalité d'une loi dont

⁵⁶⁰ Selon l'expression très significative du Professeur Rousseau.

⁵⁶¹ « Cette constitutionnalisation progressive a eu pour conséquence d'opérer une sorte de translation générale des compétences, le législateur officiellement chargé par l'article 34 de définir les garanties fondamentales des libertés publiques, n'ayant plus en fait qu'à « mettre en œuvre » les règles constitutionnelles », L. Favoreu, « *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public* », *Pouvoirs* 1980, n° 13, p. 25.

⁵⁶² Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, lequel permet désormais à soixante députés et/ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel aux fins de contrôler antérieurement à leur entrée en vigueur les lois votés par le Parlement.

⁵⁶³ La révision du 23 juillet 2008 a introduit un nouvel article 61-1 au sein de la Constitution, lequel prévoit la question préjudicielle de constitutionnalité, qui permet aux citoyens de contester la constitutionnalité d'une loi à l'occasion d'un procès.

⁵⁶⁴ L. Hamon, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987, p. 159.

⁵⁶⁵ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

⁵⁶⁶ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁵⁶⁷ La transmission sera effectuée sous réserve du respect des conditions suivantes : « 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; « 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

« 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux » (article 23-1 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel créé par l'article 1 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution). D'une part, la

l'une des dispositions porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et au-delà le bloc de constitutionnalité.

200. Le juge tire donc son autorité dans la cité de son rôle de « notaire des engagements sociaux »⁵⁶⁸ ; rôle à travers lequel, il est en mesure de s'opposer à la volonté des gouvernants, ce qui permet alors au citoyen de trouver en lui « le mécanisme de contre-pouvoir qui lui permet de faire cesser une atteinte à ses droits »⁵⁶⁹.

Tiers à la sphère politique, le juge est pourtant – par la demande citoyenne – un acteur de premier ordre dans la cité. Qu'il s'agisse de trancher ou de pacifier, la parole du juge apparaît comme celle d'un véritable *medium* citoyen.

B. Le juge, *medium* citoyen

201. Le droit au recours a signé l'émergence du pouvoir juridictionnel tout en affichant ses vertus passives. En effet, si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reconnaît que « toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »⁵⁷⁰, elle ne consacre pas – en tant que tel – le droit au recours juridictionnel. Aussi, sous l'influence « purement intellectuelle »⁵⁷¹ de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁷², le Conseil

juridiction saisie devra « se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation » (*ibid.*), alors que « le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel » (Article 23-4 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel créé par l'article 1 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution).

« En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige ».

⁵⁶⁸ A. Garapon, *Le gardien des promesses*, *op. cit.* note n° 30, p. 215.

⁵⁶⁹ F. Crépeau, « Mondialisation, pluralisme et souveraineté : l'Etat démocratique redéployé ou l'exigence de légitimation de l'action collective », in *Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers*, Bruylant, 2000, p. 15.

⁵⁷⁰ Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁵⁷¹ O. Dutheillet de Lamothe, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel »,

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8785265C-1579-4321-8A2F->

[FA2FD37A8708/0/OlivierDutheilletdeLamotheInfluencedelaCEDHsurleConseilConstitutionnel.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8785265C-1579-4321-8A2F-FA2FD37A8708/0/OlivierDutheilletdeLamotheInfluencedelaCEDHsurleConseilConstitutionnel.pdf), p. 3.

constitutionnel s'est fondé sur les dispositions susvisées aux fins de reconnaître le « droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »⁵⁷³. La constitutionnalisation du droit au recours signe la légitimité de l'intervention du juge sur la scène démocratique, laquelle voit s'exprimer le pouvoir de la *juridictio*. La consécration du droit au recours rejaillit ainsi sur l'identification du juridictionnel : passif et extérieur, il n'en est pas moins inhérent au pacte social.

Le recours n'est pas automatique, le juge n'a pas vocation à s'exprimer et à participer aux échanges sociaux, politiques, économiques selon le même registre que les prérogatives reconnues au législateur ou au gouvernement. Mais, si « le droit peut fort bien et fortement structurer la vie politique »⁵⁷⁴ en créant des contraintes sans en fixer les effets⁵⁷⁵, la fonction de dire le droit dans la cité constitue assurément un « tiers pouvoir »⁵⁷⁶ dans la cité.

202. Ne disposant pas des mêmes attraits que le législatif ou l'exécutif, c'est de sa situation « externe » que la justice tire son pouvoir, c'est parce qu'elle « ne peut rien faire, [qu'elle] peut tout empêcher »⁵⁷⁷. C'est bien d'un pouvoir neutre dont est dotée la justice, pouvoir qu'elle ne peut elle-même mettre en scène mais qui devient un véritable censeur du politique sous l'impulsion citoyenne.

En cela, le juge dispose d'une position particulière - que certains qualifient même de dominante⁵⁷⁸ - dans la cité. Sur demande des justiciables, le juge sort de sa réserve et permet indirectement aux citoyens de censurer et de sanctionner les écarts observés à la légalité, laquelle est extérieure au juge lui-même puisqu'elle lui est imposée. Dans ce sens, le pouvoir de la justice agit comme un tiers, non directement concerné, mais qui se mue en un véritable pouvoir, fondé à rétablir la puissance du peuple souverain. Véritable cheville⁵⁷⁹ de l'ouvrage

⁵⁷² Article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » ; Article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

⁵⁷³ CC, décision n° 96-373 du 9 avril 1996 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. n° 83. Voir également : CC, décisions n° 93-335 DC, du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, cons. 3 et 4 ; CC décisions n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. n° 38.

⁵⁷⁴ G. Vedel, « *Le hasard et la nécessité* », *Pouvoirs* 1989, n° 5 p. 27.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ D. Salas, *Le tiers pouvoir, vers une autre justice*, Hachette, 2000.

⁵⁷⁷ J.-J. Rousseau, *Le Contrat social*, Livre IV, chap. V

⁵⁷⁸ D. Salas, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, op. cit. note n° 576, p. 177.

⁵⁷⁹ P. Legendre, *Les enfants du texte*, Fayard, 1992, p. 360.

démocratique, le juge se trouve au point de rencontre des revendications citoyennes qui s'expriment par son biais.

203. Ainsi, le procès apparaî-t-il comme « l'espace tiers » au sein duquel se joue, se rejoue le conflit. Dans une perspective expiatoire, les échanges entre les parties, les démonstrations et revendications servent à désamorcer le conflit et à y mettre un terme. Recourir ainsi au procès permet de concilier et réconcilier les parties. Dans ce sens, le « traitement consensuel sous l'égide du juge pour la recherche d'une solution négociée du procès acceptable et acceptée »⁵⁸⁰ permet un dialogue entre les parties qui s'en remettent l'une et l'autre à son appréciation. Alors, le juge s'affirme comme un pacificateur du conflit.

Au-delà de la fonction symbolique de la justice – au regard notamment du rituel judiciaire – le procès est censé mettre un terme au litige tout en réparant l'éventuel préjudice né de celui-ci. Le juge se pose, en effet, comme celui par qui vient l'apaisement. Dans cette perspective, le recours au juge permet de retrouver un équilibre que le conflit avait perturbé. Chacun est autorisé à affronter son adversaire par le droit et non par la violence ; ce qui doit permettre le retour à la paix publique grâce à la décision rendue, au rétablissement de l'ordre par la résolution du conflit : « la justice, dans son essence, est devenue l'un des fondements majeurs de la cohésion sociale et, dès lors, l'un des premiers garants de démocratie »⁵⁸¹. En effet, par définition, la démocratie est bien le régime « dans lequel les conflits sont ouverts et négociables et ceci selon des règles d'arbitrage connues par avance »⁵⁸². Les parties expriment leur point de vue dans un rapport équitable avec leur juge, selon ce qu'il convient de nommer « l'égalité des armes ». Ils acceptent la décision du tiers impartial, lequel tranche conformément aux règles de droit en vigueur. La représentation du conflit dans cette perspective démocratique permet au juge de participer à la protection du lien social, à le préserver par l'apaisement qu'il procure grâce à son intervention et, au-delà, au prononcé de sa décision.

204. L'autorité de la décision du juge ne provient pas du fait que celui-ci serait réputé ne pouvoir mal faire et donc à l'encontre duquel aucune action en responsabilité ne pourrait être engagée. Son autorité naît de ses prérogatives, lesquelles l'érigent en gardien des droits et libertés fondamentales.

⁵⁸⁰ G. Pluyette, « *La médiation judiciaire* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 463.

⁵⁸¹ T.S. Renoux, « *Le statut des magistrats, garant de démocratie* », *LPA 2003*, n° 121, p. 4.

⁵⁸² Paul Ricœur, cité par T.S. Renoux, *ibid.*, p. 4.

§ 2 : Dans le contrôle de la loi au regard du droit conventionnel

205. A l'occasion de la décision *Interruption volontaire de grossesse* de 1975⁵⁸³, le Conseil constitutionnel a estimé que n'entraîne pas dans ses prérogatives le pouvoir de contrôler la loi au regard du bloc de conventionalité. En établissant la différence – à propos de laquelle nous ne débattons pas ici – des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité, et en considérant « qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »⁵⁸⁴, le Conseil constitutionnel s'est reconnu incompétent pour « examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »⁵⁸⁵. Invitation lancée à l'adresse du juge de droit commun de se saisir de ce contentieux, celui-ci serait dorénavant compétent pour vérifier la conformité de la loi au droit communautaire. Ainsi le juge serait-il autorisé à exercer un véritable pouvoir de sanction.

La notion de sanction se définit comme le pouvoir d'approbation que le juge détiendrait à l'occasion de son contrôle de conventionalité. Bien que la terminologie puisse heurter, elle n'apparaît pas si éloignée de la réalité, en ce que le juge, en exerçant sa faculté d'empêcher (A), devient censeur de la loi (B).

A. La faculté d'empêcher du juge

206. A la suite de la décision *Interruption volontaire de grossesse*⁵⁸⁶, la Cour de cassation s'est reconnue compétente pour exercer le contrôle de conventionalité lors de l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* du 24 mai 1975⁵⁸⁷. Quant au Conseil d'Etat, il se démarqua du juge judiciaire en restant plusieurs années fortement attaché à la primauté de la loi au traité, lorsque ce dernier était antérieur à la loi visée⁵⁸⁸. Ce n'est qu'en 1989, lors de l'affaire *Nicolo*, que le Conseil d'Etat s'est aligné sur la jurisprudence de la Cour de cassation. En l'espèce, il reconnût que l'article 55 de la Constitution instaurait, en cas d'incompatibilité⁵⁸⁹, la prévalence du droit international sur la loi interne. Il appliqua le même raisonnement eu

⁵⁸³ CC, décision n° 74 - 54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, cons. n° 5.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, cons. n° 7.

⁵⁸⁶ CC, décision n° 74 - 54 DC du 15 janvier 1975, *op. cit.* note n° 583.

⁵⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère} 24 mai 1975, *Société des cafés J. Vabre*, *AJDA* 1975, p. 567, note J. Boulouis.

⁵⁸⁸ CE 1 mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, *AJDA* 1968, p. 235, ccl. N.

Questionaux.

⁵⁸⁹ Nous noterons à ce sujet que le moyen ne saurait être soulevé d'office par le juge, il appartient donc au justiciable de saisir le juge sur ce fondement : CE 11 janvier 1991, *Soc. Morgane*, *RFDA* 1991, p. 652, concl. M.-D. Hagelsteen ; CE 6 décembre 2002, *Maciolak*, *AJDA* 2003, p. 492, chron. F. Donnat et D. Casas.

égard au règlement⁵⁹⁰ et à la directive⁵⁹¹ communautaires. Toutefois, ces dispositions ne sauraient viser la Constitution, laquelle demeure - au regard d'une jurisprudence interne de principe⁵⁹² - la norme suprême dans l'ordre juridique français⁵⁹³.

Enoncer que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », n'emporte pas automatiquement l'existence d'une hiérarchie entre la loi et le traité, mais plutôt une solution à l'éventuelle contrariété entre une loi et un traité, laquelle incite, par ailleurs le juge, à légiférer conformément aux dispositions conventionnelles. L'article 55 de la Constitution s'inscrit dans la dynamique européenne d'intégration. Le droit communautaire a vocation à l'emporter sur le droit interne des Etats membres, ainsi que l'avait énoncé la Cour de justice des communautés européennes en 1964⁵⁹⁴, laquelle estime que les Etats membres ont « l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de sa législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait demandé ou à attendre l'élimination de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »⁵⁹⁵.

207. Dorénavant, le juge n'hésitera donc pas à écarter toute disposition interne incompatible avec un texte de droit international ou communautaire. Un « nouveau pouvoir de censure *permanent* de la loi se met en place »⁵⁹⁶ à travers lequel, le juge ordinaire est dorénavant autorisé à juger la loi, ce qui paraissait – il n'y a pas si longtemps encore – comme inadmissible et inenvisageable. Si « l'article 61 de la Constitution a conféré au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation [...] ; pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge [...] de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet

⁵⁹⁰ CE 24 septembre 1990, *Boisdet*, p. 172.

⁵⁹¹ CE 28 février 1992, S.A. *Philip Morris France*, p. 80.

⁵⁹² CE 30 octobre 1998, « *Sarran et autres* », *RFDA* 1998, p. 1089, concl. C. Maugüe et note de D. Alland ; *AJDA* 1998, p. 962, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *RTD civ.* 1999, p. 232, obs. N. Molfessis ; *RDP* 1999, p. 919, note J.-F. Flauss ; Ass. plén. 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, *RTD civ.* 2000, p. 672, obs. R. Libchaber ; *D.* 2001, note B. Beigner et S. Mouton.

⁵⁹³ En cas d'incompatibilité, il appartiendra au Constituant de procéder à la révision de la Constitution, conformément aux dispositions de l'article 54 de la Constitution

⁵⁹⁴ CJCE 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. n° 6-64.

⁵⁹⁵ CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, *op. cit.* note n° 544.

⁵⁹⁶ J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 2007, 21^{ème} éd., p. 705.

article »⁵⁹⁷. En distinguant les deux contrôles, le juge figure aux côtés du Conseil constitutionnel en ce qu'il détient - à l'instar de celui-ci - un pouvoir de sanction de la loi, lequel agit comme un véritable contre-pouvoir à l'égard de l'exécutif et du législatif. Les lois nées des projets du gouvernement ou des propositions du Parlement seront ainsi susceptibles d'être contrôlées par le juge, lequel sera habilité à en écarter l'application du fait de leur incompatibilité avec une norme conventionnelle. Partant, le juge semble en muer en véritable censeur de la loi interne.

B. Le juge en tant que censeur de la loi

208. Le contrôle de la loi se situe sur deux terrains : le contrôle de constitutionnalité, lequel est exercé par le Conseil constitutionnel, et le contrôle de conventionalité. A travers ce dernier, le juge saisi – judiciaire ou administratif – sera en mesure de connaître d'une loi manifestement inconventionnelle, voire inconstitutionnelle, et c'est lui qui aura vocation à la contrôler.

Certes, le juge n'annulera pas la disposition litigieuse, mais il l'écartera au profit d'une norme de droit international. Si le juge n'a donc pas le pouvoir de censurer une loi, il pourra ne pas l'appliquer. A ce sujet, il est notable que le juge administratif autorise le gouvernement à ne pas prendre les règlements d'application d'une loi qui serait contraire avec les objectifs d'une directive communautaire⁵⁹⁸. Dans le même sens, la Haute juridiction invite fortement le Premier ministre à engager la procédure de déclassement énoncée à l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, lorsque des règlements pris sous forme législative sont incompatibles avec une convention internationale⁵⁹⁹. Ces exemples jurisprudentiels témoignent du rôle de censeur de la loi que revêtent parfois les juges ordinaires, alors même qu'ils n'y avaient pas originellement vocation. Ceux-ci vont même parfois jusqu'à directement concurrencer le juge constitutionnel. Notamment, le Conseil d'Etat⁶⁰⁰ et la Cour de cassation⁶⁰¹ ont été respectivement amenés à écarter l'application d'une loi, laquelle avait pourtant été déclarée conforme par le juge constitutionnel. La sécurité juridique semble à cet égard compromise, et,

⁵⁹⁷ CE 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, *AJDA* 2005, p. 850, note L. Bougorgue-Larsen.

⁵⁹⁸ CE 24 février 1999, « *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres* », p. 29.

⁵⁹⁹ CE 3 décembre 1999, « *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et rassemblement des opposants à la chasse* », p. 379.

⁶⁰⁰ CE 5 mai 1995, SARL « *Der* », p. 192.

⁶⁰¹ Cass. soc. 25 avril 2001, « *Etre enfant au Chesnay c/ Terki* », Bull. n° 130 ; Ass. plén. 24 janvier 2003, « *Mme Y. et autres* », Bull. n° 1.

au-delà, le juge ordinaire exercerait un véritable pouvoir de sanction de la loi au regard du contrôle de conventionalité.

209. De manière équivalente à celle du juge constitutionnel, le juge ordinaire statue donc sur la validité d'une loi. Certes, ce contrôle ne s'effectue pas au regard du bloc de constitutionnalité, mais par rapport à un texte de droit international, lequel est censé céder devant les normes à valeur constitutionnelle. Ainsi « cet examen « ordinaire » de conventionalité des lois aboutit [-il] à contrôler leur conformité à un ensemble de normes dont la teneur est, pour l'essentiel, identique à celle des règles comprises au sein du bloc de constitutionnalité »⁶⁰².

En admettant – contrairement au raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel – que toute loi contraire à un traité serait forcément contraire à la Constitution, le juge ordinaire exercerait un contrôle de constitutionnalité indirect l'élevant comme censeur du législateur. En effet, l'article 55 de la Constitution contraint le législateur au respect du droit international, et si celui-ci le méconnaît, c'est au juge ordinaire qu'il appartiendra de le lui rappeler. Par conséquent, le juge ordinaire dispose d'un véritable contre-pouvoir à l'égard de la volonté législative des pouvoirs constitués, et tire précisément son autorité de sa capacité à s'opposer aux pouvoirs constitués via son contrôle de conventionalité.

210. Les citoyens se tournent ainsi vers le juge comme ultime moyen de préserver leurs droits. Le recours au juge par les citoyens le dote d'une nouvelle légitimité, assortie – toutefois - de contreparties. Si les citoyens se détournent du politique en faveur du juge, ce phénomène ne saurait s'établir sans l'émergence de sa responsabilité. En effet, ce « retour en grâce »⁶⁰³ ne peut efficacement s'envisager sans contrepartie, laquelle résiderait alors inéluctablement en sa responsabilité. En ce sens, l'immixtion du juge au sein de la sphère politique (au sens premier du terme) justifierait que ce dernier rende des comptes à cette société qui précisément le sollicite et l'érige comme *medium* citoyen. Au demeurant, sa responsabilité semblerait encore davantage justifiée au regard de la légitimité dont il est dorénavant paré, et à laquelle répond une certaine contrepartie.

⁶⁰² D. de Béchillon, « *De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire (Mailaise dans la Constitution)* », *RFDA* 1998, p. 226.

⁶⁰³ Y. Benhamou, « *Le retour en grâce des juges* », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1682.

Section 2 : Une autorité confortée par la légitimité du juge

211. « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation »⁶⁰⁴ ; par conséquent, « nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »⁶⁰⁵. Bien que le suffrage universel soit considéré « comme la sanction démocratique par excellence »⁶⁰⁶, le juge dispose indéniablement d'une légitimité, laquelle s'est constituée en marge du traditionnel phénomène électif. Aussi, et à l'instar des représentants des pouvoirs exécutif et législatif, le juge bénéficie-t-il d'une légitimité authentique (*Paragraphe 1*) fortement renouvelée par le contexte sociétal actuel (*Paragraphe 2*).

§ 1 : Une légitimité authentique originelle

212. « Le Parlement n'exprime la souveraineté nationale que dans l'ordre législatif, le Gouvernement ne la représente que dans l'ordre exécutif, et le juge ne parle au nom de la Nation que s'il se maintient dans sa tâche judiciaire »⁶⁰⁷. Si l'exclusivité de la compétence de l'autorité judiciaire en France s'entend donc comme une « règle qui découle du principe de la souveraineté nationale »⁶⁰⁸, la question d'une légitimité authentique du juge construite en marge du phénomène électif (*B*) se pose en dehors de la traditionnelle acception d'une légitimité empruntée au pouvoir exécutif (*A*).

A. La théorie classique d'une légitimité empruntée

213. Véritable prérogative régaliennne sous l'Ancien régime, la justice restait, en principe, détenue par le monarque⁶⁰⁹. Mais si, pour des raisons matériellement évidentes, le principe de sa délégation a été admis, le monarque entendait conserver son emprise

⁶⁰⁴ Article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ B. Kriegel, « Le principe de légitimité », in *Mélanges Terré*, PUF, 1999, p. 50.

⁶⁰⁷ G. Vedel, « Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques », *Les Cours de droit, 1959-1960*, p. 728, cité in *Les conseils de la justice en Europe*, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/CSM-France-TR10_fr.pdf, p. 88.

⁶⁰⁸ CC décision, n° 80-116 DC du 17 juillet 1980, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, cons. n° 4.

⁶⁰⁹ « Entre Dieu, moi et la justice, il n'y a point de loi », Louis XIV, cité par P. Sueur, *Histoire du droit public français XV-XVIIe siècles*, op. cit. note n° 11, p. 246.

« naturelle » sur la justice : « le roi était la loi, le roi était le juge ». La justice a donc traditionnellement été liée au pouvoir exécutif (1), lien au demeurant matérialisé par l'existence d'un ministère de la justice (2).

1) Un lien traditionnel avec le pouvoir exécutif

214. Bien que la délégation de son exercice était admise⁶¹⁰, le roi restait la source de toute justice : les décisions étaient rendues en son nom et il continuait à siéger en son Conseil. Nonobstant la patrimonialité des offices, le roi occupait un rôle prépondérant au sein du système de justice déléguée.

C'est notamment le souverain qui désignait le premier président du Parlement parmi les présidents à mortier⁶¹¹. Or, ce choix était éminemment politique. Au-delà des contentieux, il appartenait au parlement d'enregistrer les actes pris par le monarque afin de les intégrer à l'ordonnancement juridique. Il s'agissait, certes, de seconder le législateur mais aussi d'exercer un véritable pouvoir de contrainte. Par ce biais, le parlement pouvait matériellement mettre en échec la volonté royale. On comprend, dès lors, l'intérêt pour le roi de désigner des magistrats dévoués⁶¹².

S'il est donc certain que la magistrature d'Ancien régime était particulièrement indépendante, la nomination dont disposait le monarque lui permettait d'exercer une certaine emprise sur la machine judiciaire et politique que représentaient les parlements. « La magistrature ne forme point un corps, ni un ordre séparé des trois ordres du royaume, les magistrats sont les officiers chargés de m'acquiescer du devoir vraiment royal de rendre la justice. [...] comme s'il était permis d'oublier que c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine ... que c'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité ; que la plénitude de cette autorité, qu'elles n'exercent qu'en mon nom, demeure toujours en moi »⁶¹³. Or, de tout temps, la justice a été liée au pouvoir exécutif.

⁶¹⁰ Les juges recevaient une délégation par le souverain, laquelle devait être renouvelée à chaque succession de pouvoir.

⁶¹¹ « Le siège comptait selon l'ordre de préséance : un premier président, directement nommé par le roi pour avoir la pleine direction du tribunal, en maintenir l'ordre, assurer la représentation de la cour et ses relations avec le roi ; neuf présidents à mortier pour assister ou remplacer le premier président empêché et présider en la Grand'Chambre ou à la Tournelle criminelle ; deux conseillers d'honneur laïcs ; 37 conseillers clercs et laïcs de Grand'Chambre ; 120 conseillers des chambres des enquêtes et des requêtes, parmi lesquels étaient pris les présidents de ces chambres qui recevaient souvent délégation à cet effet », P. Sueur, *Histoire du droit public français XV-XVIIe siècles*, op. cit. note n° 11, p. 198.

⁶¹² M. Rousselet, *Histoire de la magistrature*, Plon, 1957, p. 57.

⁶¹³ Louis XV lors du lit de justice du 3 mars 1766, cité par P. Sueur, *Histoire du droit public français XV-XVIIe siècles*, Tome 2, *Affirmation et crise de l'Etat sous l'Ancien régime*, op. cit. note n° 11, p. 218.

215. Les régimes qui marquèrent la fin de la période révolutionnaire firent de la justice le bras armé de l'Etat. Le Consulat⁶¹⁴, l'Empire⁶¹⁵, la Constitution du 28 floréal an XII représentèrent la justice comme une autorité, certes investie du pouvoir de juger, mais soumise au pouvoir exécutif. La magistrature constituait un grand corps de l'Etat : bureaucratisé et maîtrisé par une emprise hiérarchique. L'introduction du régime parlementaire par les chartes constitutionnelles ne modifia nullement la représentation de la justice, laquelle resta rattachée au pouvoir exécutif⁶¹⁶. Toutefois, avec l'évènement de la république parlementaire, la justice était dorénavant « rendue au nom du peuple français »⁶¹⁷, mais cette dénomination ne modifia pas l'ascendance que le pouvoir exécutif entendait exercer à son endroit.

216. Qualifiée d'« autorité judiciaire » sous la cinquième République, celle-ci était originellement vouée à demeurer sous l'emprise de l'exécutif. Assisté du Conseil supérieur de la magistrature, lequel « est dans le corps du roi »⁶¹⁸, le président de la République devient le garant de l'indépendance de la justice. Bien que la réforme du 23 juillet 2008⁶¹⁹ ait cherché à atténuer ce lien, celui-ci n'est assurément pas rompu. Certes, le chef de l'exécutif a vu certaines de ses prérogatives disparaître, mais son rôle reste crucial conformément à la tradition de la cinquième République. En nous remémorant le discours de Bayeux du 16 juillet 1946⁶²⁰, ou le discours de Michel Debré présentant les grandes lignes de la future Constitution devant le Conseil d'Etat, ou encore l'article 5 de la Constitution déclinant les devoirs du chef de l'Etat⁶²¹, cette intervention du chef de l'Etat dans la sphère judiciaire participe

⁶¹⁴ Par exemple : article 41 **de la Constitution an VIII** : le Premier Consul « nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation [...] sans pouvoir les révoquer ».

⁶¹⁵ « La justice se rend, au nom de l'Empereur, par les officiers qu'il institue ».

⁶¹⁶ Avec une numérotation différente, les deux Chartes adoptent la terminologie « *De l'ordre judiciaire* », pour reconnaître : « Toute justice émane du roi. Elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue ».

⁶¹⁷ Article 81, Chapitre VIII, de la Constitution du 4 novembre 1848.

⁶¹⁸ D. Rousseau, *La légitimité du juge*, in *L'office du juge*, *op. cit.* note n° 436, p. 441.

⁶¹⁹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

⁶²⁰ « Certes, il est de l'essence même de la démocratie que les opinions s'expriment et qu'elles s'efforcent par le suffrage d'orienter suivant leur conception l'action publique et la législation. Mais aussi tous les principes et toutes les expériences exigent que les pouvoirs publics : législatif, exécutif, judiciaire, soient nettement séparés et fortement équilibrés et, qu'au-dessus des contingences politiques soit établi un arbitrage national qui fasse valoir la continuité au milieu des combinaisons ».

⁶²¹ « Le président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités ».

indéniablement à la conception d'un président, « clé de voûte des institutions », à qui il appartient de légitimer toutes les autorités étatiques⁶²².

217. Au regard de l'expérience constitutionnelle française, la justice semble tirer sa légitimité du pouvoir exécutif. En effet, dans l'esprit de la cinquième République, laquelle aspirait à restaurer l'autorité exécutive parallèlement à une rationalisation du parlementarisme, la légitimité du judiciaire s'acquerrait par son identification à l'exécutif. En 1958, la rénovation de l'autorité de la justice et son indépendance devaient participer à la restauration de l'autorité de l'Etat. Dans ce sens, le juge ne serait « rien d'autre que l'image, interne à la justice, de la puissance de l'exécutif dans l'Etat »⁶²³ ; lien, au demeurant, matérialisé par l'existence d'un ministère de la justice.

2) Un lien révélé par l'existence du ministère de la justice

218. Déjà, sous l'Ancien régime, existait la fonction de chancelier. Détenteur des Sceaux, il lui appartenait d'authentifier les actes royaux. Considéré comme l'ancêtre du ministre de la justice⁶²⁴ et personnage clé de l'administration royale, celui-ci jouait le rôle d'intermédiaire entre le souverain et les parlements. Si le système de la patrimonialité des offices empêchait que ce dernier exerçât une importante autorité sur les magistrats, le fait que les premiers présidents soient nommés par le monarque lui permettait néanmoins d'exercer une influence certaine au sein de la sphère judiciaire. Ainsi, en 1636, l'avocat Lemaître définissait le chancelier en ces termes : « La France n'a rien dans la magistrature de si éminent que le chancelier. C'est l'œil de justice du prince qui est ouvert sur tous les peuples comme celui du maître du monde sur toutes les créatures ; c'est le dépositaire des Sceaux, c'est-à-dire du caractère sacré de Sa Majesté, des gages fidèles de ses promesses, des marques inviolables de ses intentions et de ses grâces ; c'est le témoin de ses secrets ; c'est l'interprète de ses volontés ; c'est lui qui prononce les plus célèbres jugements de la fortune des peuples.

⁶²² « Mais, s'il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'Etat est confiée tout entière au président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui », <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/cohabitation/de-gaulle-1964.shtml>

⁶²³ D. Salas, *Le tiers pouvoir, vers une autre justice*, op. cit. note n° 576.

⁶²⁴ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature*, op. cit. note n° 612, p. 73.

Enfin, sa justice a la dispensation du trésor si précieux des rémissions et des grâces que les rois se réservent comme un des plus beaux fleurons de leur Couronne »⁶²⁵.

219. La Révolution, qui instaura un ordre nouveau, donna naissance au ministre de la Justice, tel qu'on l'envisage actuellement. La loi des 16 et 24 août 1790 et le décret des 27 avril et 25 mai 1791 ont énoncé les prérogatives de celui-ci : « Ces fonctions sont les suivantes : garder le Sceau de l'Etat ; sceller les lois, traités, lettres patentes, provisions d'offices, commissions et diplômes de gouvernement. Exécuter les lois relatives à la sanction des décrets du corps législatif, à la promulgation et à l'expédition des lois. Assurer la correspondance avec les tribunaux et commissaires du roi. Assurer la surveillance des juges. Soumettre au corps législatif les questions relatives à l'ordre judiciaire et qui nécessitent l'interprétation de la loi. Transmettre au commissaire du roi près le tribunal de cassation les pièces et mémoires qui lui sont adressés, avec ses observations. Fournir un compte annuel de la législature sur le fonctionnement de la justice ». Puis le *Senatus-Consulte* du 16 thermidor an X institua le « Grand-juge ministre de la justice »⁶²⁶, qui pouvait présider certaines juridictions⁶²⁷, et était chargé d'exercer une réelle discipline sur les magistrats⁶²⁸. Cette réforme inaugura le phénomène de fonctionnarisation des magistrats.

On peut observer une certaine continuité dans l'appréhension du ministre de la justice au sein des constitutions suivantes. Ainsi la distinction – d'origine monarchique – de chancelier et de garde des Sceaux fut-elle rétablie dès 1814. Alors que la fonction de chancelier était cantonnée à la présidence de la chambre des pairs⁶²⁹, le ministre de la justice avait désormais vocation à siéger au sein du gouvernement. Dans la droite ligne de ces prédécesseurs, le régime de la troisième République maintint le ministre de la justice dans le gouvernement, alors que la loi du 30 août 1883 le consacra comme chef de la magistrature. Ainsi qu'en témoignent les quatrième et cinquième Républiques, cette tradition aura vocation à perdurer. Le rattachement de la justice au pouvoir exécutif est définitivement ancré dans la tradition constitutionnelle française. Ainsi « deux « autorités » chargée l'une de l'exécution

⁶²⁵ Cité in : P. Durand-Barthez, *Histoire des structures du ministère de la justice. 1789-1945*, PUF, 1973, p. 11.

⁶²⁶ Article 78, Titre IX, *Senatus-Consulte* du 16 thermidor an X.

⁶²⁷ Article 80 : « Il préside le Tribunal de cassation et les tribunaux d'appel, quand le Gouvernement le juge convenable ».

⁶²⁸ Article 81 : « Il a sur les tribunaux, les justices de paix et les membres qui les composent, le droit de les surveiller, et de les reprendre » ; et article 82 : « Le Tribunal de cassation, présidé par lui, a droit de censure et de discipline sur les tribunaux d'appel et les tribunaux criminels ; il peut, pour cause grave, suspendre les juges de leurs fonctions, les mander près du grand-juge, pour y rendre compte de leur conduite ».

⁶²⁹ Article 29 de la Charte du 4 juin 1814 : « La Chambre des pairs est présidée par le chancelier de France, et, en son absence, par un pair nommé par le roi ».

contentieuse, ce sera l'autorité judiciaire ou juridictionnelle, l'autre de l'exécution non contentieuse, ce sera l'autorité administrative »⁶³⁰ furent-elles consacrées au sein du pouvoir exécutif.

220. Toutefois, ce lien manifeste entre le pouvoir et les juges contrarie, à certains égards, l'indépendance de la justice. Celle-ci n'aurait « d'autre légitimité que d'appliquer la loi dans la direction souhaitée par un pouvoir démocratiquement élu »⁶³¹, principalement le pouvoir exécutif. Nous ne saurions partager ce point de vue. En énonçant que l'administration et la justice devaient impérativement être séparées, la loi des 16 et 24 août 1790 a assurément entendu distinguer les fonctions exécutives des fonctions juridictionnelles, en ce sens le juge jouirait d'une légitimité authentique.

B. La théorie renouvelée d'une légitimité authentique

221. Ainsi que l'a développé Duguit, souveraineté nationale et suffrage universel ne sont pas irrémédiablement liés. La souveraineté nationale appartient à la nation en tant qu'entité abstraite et transcendant les individus qui la composent. A la différence de la souveraineté populaire, la souveraineté nationale n'est aucunement détenue pas chaque citoyen ; elle est idéalement dévolue à la nation, laquelle se distingue en tant que « personne collective »⁶³². Par conséquent, le mode de nomination des mandataires de la nation par l'élection n'est pas imposé par la théorie de la souveraineté nationale. Il s'agit d'un moyen afin de dégager l'expression de la volonté de la nation (*1*), à laquelle pourrait ainsi participer le juge muni d'une représentativité certes marginale, mais tout aussi recevable (*2*).

1) La légitimité des représentants par le biais électif

222. « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». L'article 3 de la Constitution consacre le lien entre souveraineté et représentation. En ce sens, le Conseil constitutionnel énonce que ne « peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les [seuls]

⁶³⁰ M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980, p. 46.

⁶³¹ D. Salas, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, op. cit. note n° 576, p. 44-45.

⁶³² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, t. 1, 1927, 3^{ème} éd., p. 586.

représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République »⁶³³. Par conséquent, le juge ne saurait être considéré comme un représentant de la Nation. Pourtant, si le gouvernement et le président de la République se voient déléguer le pouvoir exécutif, alors que le parlement exprime la volonté nationale à travers les lois qu'il vote, le juge participe à l'exercice de la souveraineté nationale par le prononcé de jugements, lesquels sont effectivement rendus « au nom du peuple français »⁶³⁴. Si certains ne lui accordent qu'une valeur symbolique⁶³⁵, laquelle ne saurait déduire un quelconque statut de représentant du peuple⁶³⁶, elle témoigne néanmoins de la délégation d'un pouvoir au juge qui en est constitutionnellement investi. Le juge représente la nation à l'occasion de la *jurisdictio*. En admettant que « la caractéristique d'un représentant est, non d'être élu mais de « vouloir pour la nation » [...] le juge, qui actualise la volonté générale, peut être qualifié de représentant »⁶³⁷. Or comme « tous ceux qui participent à l'expression de la volonté générale doivent être considérés comme des représentants »⁶³⁸, le juge intègrerait cette catégorie.

223. Elire ses représentants participe assurément à garantir une représentativité réelle par convocation citoyenne. En résulte un savant mélange entre démocratie directe et démocratie représentative. Mais une fois cette élection acquise, le pouvoir s'exerce par l'intermédiaire de ces représentants et se passe de l'intervention directe des citoyens dans le jeu politique. En effet, « le corps électoral n'exerce pas lui-même la souveraineté dont il est l'organe direct et suprême ; il a un ou plusieurs mandataires ; ces mandataires exprimeront une volonté qui est la leur en fait, mais qui en droit, par suite du phénomène de représentation, sera comme si elle émanait directement de la nation ; elle aura les mêmes caractères, la même force »⁶³⁹. Partant, volonté nationale et volonté des représentants se confondent sans que les citoyens aient réellement le pouvoir (ni le sentiment) d'intervenir dans le jeu politique. En ce sens, la représentation ne coïncide qu'idéalement à la volonté nationale par le phénomène électif. Or, il a été dit, qu'au contraire, le système représentatif n'était « point une machine arithmétique destinée à recueillir et à dénombrer les volontés individuelles »⁶⁴⁰, mais qu'il

⁶³³ CC, décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 « *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct* », cons. n° 6.

⁶³⁴ Article 454 CPC.

⁶³⁵ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, *op. cit.* note n° 397, p. 268.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 267.

⁶³⁷ A. Garapon, *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, *op. cit.* note n° 30, p. 262.

⁶³⁸ M. Troper, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, *op. cit.* note n° 489, p. 35.

⁶³⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.* note n° 632, p. 559.

⁶⁴⁰ F. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif*, 1851, t. 2, p. 150, cité par P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Le Seuil, 2008, p. 97.

s'agissait au contraire d' « un procédé naturel pour extraire de la société la raison publique, qui seule a le droit de gouverner »⁶⁴¹. Pourtant, ce que l'on nomme volonté nationale n'est pas autre chose que l'expression d'un groupe politiquement majoritaire, d'un parti ayant bénéficié du plus grand nombre de voix lors d'élections nationales. C'est, *in fine*, une doctrine politique majoritaire⁶⁴² qui s'exprime en lieu et place de la volonté nationale. Par conséquent, envisager l'expression de la volonté nationale en dehors de la logique représentative traditionnelle ne serait pas trahir la souveraineté nationale, mais davantage son mode d'expression privilégié. Ainsi entendue, la représentativité du juge en dehors du phénomène électif n'apparaît pas inenvisageable.

224. « Dans l'ordre et les limites des fonctions constitutionnelles, ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est dans certains cas chargé de vouloir pour la nation tandis que le simple fonctionnaire public n'est jamais chargé que d'agir pour elle »⁶⁴³. En ce sens, le juge agit comme un représentant de la nation en dehors de tout phénomène électif.

2) La légitimité du juge non élu

225. Le juge est nommé par le président de la République mais recruté par la voie d'un concours lui permettant de suivre une formation à l'Ecole nationale de la magistrature. Or, si l'élection apparaît « comme une expression conjointe des volontés qualifiées en vue d'exercer une désignation »⁶⁴⁴, le concours « participe de la réalisation de la promesse républicaine en faisant simultanément vivre la reconnaissance du principe d'égalité et la détection d'une éminence non excluante, car reposant sur un critère absolument personnalisé

⁶⁴¹ F. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif*, *op. cit.* note n° 640.

⁶⁴² « Par le contrat social, les membres d'une même collectivité veulent une même chose ; mais rien ne prouve que de ce concours de volontés naisse une volonté distincte des volontés individuelles concourantes. Cette volonté commune existerait-elle, on n'aurait point démontré par là qu'elle peut légitimement s'imposer aux individus. En admettant que la puissance politique appartienne à la collectivité personnifiée, on n'a point démontré par là que cette puissance est légitime. [...] En vérité, quoi qu'on en fasse, cette prétendue volonté générale ne s'exprime jamais qu'au moyen d'une majorité, et la puissance publique, le pouvoir de commander appartient à une majorité qui impose sa volonté à une minorité. Or on ne démontre pas, on ne peut pas démontrer qu'une majorité ait légitimement le pouvoir d'imposer sa volonté, cette majorité serait-elle l'unanimité moins un. La puissance de commander reconnue à une majorité peut être une nécessité de fait ; elle ne peut être un pouvoir légitime », L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.* note n° 632, p. 582-583.

⁶⁴³ Barnave, cité par L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *ibid.* p. 607.

⁶⁴⁴ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, *op. cit.* note n° 640, p. 91.

»⁶⁴⁵. Le magistrat ainsi recruté tire donc sa capacité à exercer ses fonctions dans la cité non pas tant grâce à sa personnalité, et à ses appuis politiques, mais davantage grâce à ses qualités intellectuelles. Bien que l'onction populaire fonde de manière privilégiée le pacte démocratique entre représentés et représentants, le juge bénéficie d'une certaine légitimité démocratique.

226. Par définition, la démocratie caractérise un système politique au sein duquel la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce par représentation. Au-delà, la démocratie s'entend aussi comme « un régime pluraliste qui implique l'acceptation de la divergence d'intérêts et d'opinions et organise la compétition électorale sur cette base. Elle institutionnalise le conflit et son règlement. Il n'existe pas pour cela de démocratie sans que soient effectués des choix tranchants pour résoudre les différends »⁶⁴⁶. Si l'on reconnaît la fonction salvatrice et réparatrice de la justice, si l'on entend la fonction juridictionnelle comme celle ayant pour objet de trancher les litiges conformément aux règles de droit, le juge participerait directement à l'idéal démocratique en tant que chaînon indispensable à son expression directe. Représentant le juste dans la cité, le juge apparaît comme bouche du droit et *medium* citoyen, par lequel vit la démocratie et se rejoue le conflit. Comme le retient M. Rousseau à l'encontre du juge constitutionnel, la *jurisdictio* dans son sens le plus général, apparaît comme un véritable « régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale »⁶⁴⁷ exprimée par les représentants traditionnels de la nation où une relecture de celle-ci est permise et, au demeurant, sollicitée par les justiciables.

C'est l'« aptitude à rendre présents les principes fondamentaux de la démocratie »⁶⁴⁸ qui fonde sa légitimité. « Distincte de l'expression immédiate des opinions ou des intérêts que cherche à exprimer la représentation électorale »⁶⁴⁹, il s'agirait en réalité « d'une forme de représentation d'ordre moral »⁶⁵⁰, en ce que les juges – à travers leur office – témoignent, actualisent et préservent les principes sociétaux. En entretenant et en protégeant les valeurs démocratiques fondamentales et les droits individuels, le juge apparaît comme représentatif de la volonté nationale. Perpétuer, veiller et garantir l'Etat de Droit est ce qui crédite le juge d'une légitimité propre.

⁶⁴⁵ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, *op. cit.* note n° 640, p. 96.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁶⁴⁷ D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080919_drousseau.pdf

⁶⁴⁸ D. Salas, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, *op.cit.* note n° 576, p. 189.

⁶⁴⁹ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, *op. cit.* note n° 640, p. 223.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

227. Après le temps de l'élection, vient celui du contrôle de ceux qui exercent la souveraineté nationale au nom du peuple français par l'émergence d'une nouvelle scène démocratique. La *jurisdictio*, en tant que faculté de trancher les litiges au regard des règles de droit, accorderait en ce sens au juge une légitimité, qui l'érigerait en « gardien des promesses »⁶⁵¹, prises par les représentants premiers de la nation afin de préserver le contrat social. Juger, c'est « constater et déclarer le droit applicable à chaque justiciable ou le droit existant pour chacun d'eux »⁶⁵². Le juge intègre la « représentation-attention »⁶⁵³ en tant que « dimension complémentaire et réparatrice de la représentation-délégation »⁶⁵⁴ consacrée par l'élection. Réévaluant les enjeux sociétaux, tout en inscrivant sa démarche dans le droit et une certaine humanité, le juge relève le renouveau du défi démocratique.

228. Nonobstant leurs différences, la fonction juridictionnelle se rapproche des fonctions exécutive et législative en ce qu'elle permet à la nation de s'exprimer. Le juge, par l'interprétation qu'il fait de la règle de droit, tranche « au nom du peuple français ». Il applique les principes légaux – qui par définition expriment la volonté nationale, laquelle est traditionnellement traduite par l'exécutif et le législatif – en toute indépendance et selon une certaine transcendance.

§ 2 : Une légitimité authentique favorisée par les mutations sociétales

229. Face aux sollicitations croissantes des citoyens, le juge est désormais amené à traiter, et obligé de résoudre, des questions qui jusque là relevaient davantage du politique que du judiciaire. Dans ce sens, l'intervention du juge apparaît comme un *medium*, « qui convertit les attentes sociales les plus diverses »⁶⁵⁵ dans le langage juridique. Ainsi est-il paré d'une nouvelle légitimité fondée sur la demande sociale. De la perte des traditionnels repères sociétaux (**A**) a émergé une véritable judiciarisation des rapports (**B**) plaçant le juge au cœur de la cité.

⁶⁵¹ En référence à l'ouvrage d'Antoine Garapon, *op. cit.* n° 30.

⁶⁵² R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, Ed. du CNRS, 1985, p. 699.

⁶⁵³ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, *op. cit.* note n° 640, p. 142.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ D. Salas, « Les attentes de l'opinion », in A. Garapon (dir.), *Les juges, un pouvoir irresponsable ? op. cit.* note n° 89, p. 56.

A. La cause : la perte des repères

230. « Face à la décomposition du politique, c'est désormais au juge que l'on demande le salut. Les juges sont les derniers occupants d'une fonction d'autorité – cléricale voire parentale – désertée par ses anciens titulaires »⁶⁵⁶. Du déclin de l'Etat providence (1) à une inflexion certaine du concept d'Etat de Droit (2), le juge bénéficie d'une légitimité davantage fondée sur la demande sociale. Une mutation juridictionnelle s'opère, laquelle le pousse à intervenir au sein de la cité en lieu et place des pouvoirs constitués. Si « le pouvoir judiciaire se redresse, c'est que le pouvoir politique s'affaisse »⁶⁵⁷. Naît alors de ce phénomène un juge dont la légitimité ne résulte pas du suffrage mais de sa capacité à répondre aux revendications citoyennes⁶⁵⁸.

1) Crise de l' « Etat providence »

231. La carence de l'Etat, conjuguée à la défiance des citoyens, conduit à exalter le juge, lequel devient un interlocuteur privilégié des revendications citoyennes. Partant, le déclin de l'Etat providence⁶⁵⁹ signe l'avènement de l'appareil judiciaire dont le juge reste l'un des principaux acteurs.

En admettant qu'au nom d'une certaine justice sociale, la doctrine de *welfare state* incarne l'aptitude de l'Etat à assurer un certain bien-être à ses citoyens, cette mission ne semble plus accomplie par le politique mais par le juge. Devant une certaine incapacité de l'Etat à satisfaire les attentes des citoyens, et dans le même temps à une défiance généralisée vis-à-vis du politique, c'est un nouveau contrat social qui est passé entre la justice et les citoyens.

Par définition, le contrat social s'entend comme l'avènement d'« un pouvoir commun, apte à défendre les gens de l'attaque des étrangers et des torts qu'ils pourraient se faire les uns aux

⁶⁵⁶ A. Garapon, *Le gardien des promesses, justice et démocratie*, op. cit. note n° 30, p. 23.

⁶⁵⁷ A. de Tocqueville, *La démocratie américaine*, cité par P. Lambert, « *Justice en Europe : réalités et attentes* », <http://www.relux.lu/files/0/relux/lambert.pdf>, p. 1.

⁶⁵⁸ « Lorsque, dans un Etat, l'autorité constitutionnelle est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défaillante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante [...] le juge porte les erreurs des autres », commissaire du Gouvernement Gazier, sur CE 7 juillet 1950, *Dehaene*, p. 426.

⁶⁵⁹ Selon le sens donné par Asa Briggs, il s'agit de l'objectif pour les Etats de « garantir les individus contre la pauvreté, ou les prémunir contre les conséquences de certains risques sociaux » (A. Briggs, *The welfare state in Historical Perspective*, Archives européennes de sociologie, 1961.228, cité par D. Renard, *Les trois naissances de l'Etat providence*, *Pouvoirs* 2000, p. 19). L'Etat providence a ainsi vocation à appliquer un principe d'égalité réelle entre les citoyens.

autres »⁶⁶⁰ ; il est ainsi censé assurer la sérénité et la quiétude aux individus. Dans cette perspective, la société, alors constituée, se dote de normes juridiques, lesquelles visent à organiser et résoudre les éventuels conflits, sans exercer de violence, autre que légale. La détermination « des règles du jeu » de la vie en société participe à une résolution pacifique des conflits sociaux, et pose les bases sur lesquelles ceux-ci seront dépassés.

232. La notion d'Etat protecteur apparaît ainsi proche de celle d'Etat providence. Alors que la première a comme objectif la protection des individus, la seconde tend à la prolonger et à l'accentuer⁶⁶¹. Au demeurant, la dénomination elle-même témoigne de l'engagement providentiel de l'Etat : il régule les rapports sociétaux et tend à combler les inégalités sociales par son action et la prise en charge des aléas de la vie. Néanmoins, l'Etat ne peut pas tout, et ne dispose pas des ressources nécessaires à l'accomplissement perpétuel de ses objectifs. Or, lorsqu'il échoue, et perd la confiance des citoyens, ceux-ci se tournent vers la justice, dernière instance de régulation sociale⁶⁶².

A l'Etat tout puissant succède la justice réparatrice. Face au manque d'efficacité des pouvoirs législatif et exécutif, la justice devient une nouvelle alternative et le juge, un nouvel interlocuteur.

233. La justice, et ce même durant le règne de l'Etat providence, a toujours joué un rôle prépondérant, en ce qu'elle matérialise l'effectivité des droits préalablement consacrés. En cas de défaillance, les citoyens en appellent au juge afin de constater le préjudice et obtenir réparation. *In fine*, les justiciables se trouvent dans une situation d'exigibilité vis-à-vis de l'Etat, laquelle nécessite l'intervention d'un tiers impartial en cas de litige : le juge.

Toutefois, le rôle du juge dans la cité s'est sensiblement modifié. « Alors qu'on lui (le système judiciaire) demandait jusque là de pacifier les rapports sociaux, de servir de relais à l'action de l'Etat ou de protéger les mœurs, voici que, tout à coup, il est prié d'organiser le monde. Lorsque les religions désertent l'horizon démocratique, que les idéologies sont en mal d'utopie et que l'Etat providence est à bout de ressources, c'est vers le droit que l'on se

⁶⁶⁰ T. Hobbes, *Le Léviathan*, Ed. Tricot, Sirey, 1971, p. 117.

⁶⁶¹ P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat providence*, *op. cit.* note n° 640, p. 24-25.

⁶⁶² La « désincorporation de l'Etat » (D. Salas, « *Les attentes de l'opinion* », *op. cit.* note n° 655, p. 57) serait facteur de l'avènement de la justice et, *a fortiori*, de la montée en puissance du juge : « Lorsque tous les systèmes de sens capitulent, lorsque le monde commun se délite, lorsque l'Etat se fait modeste, c'est vers elle que l'on se tourne pour combler ce manque » (A. Garapon, *Le gardien des promesses, justice et démocratie*, *op. cit.* note n° 30, p. 46).

retourne pour exiger la justice »⁶⁶³. Il n'est plus question du magistrat, simple exécutant ; ce dernier est désormais une figure active de la vie politique, économique et sociale.

234. Le juge s'impose alors comme l'interlocuteur privilégié des revendications citoyennes. Par son biais, les citoyens cherchent à obtenir justice, mais visent également à interpellier les politiques en se servant du juge comme d'un *medium*. En sollicitant la justice, les justiciables agissent directement et font entendre leurs attentes, leurs espérances, leur détresse. Les citoyens empruntent le langage juridique afin de faire entendre leurs revendications politiques. Ce qui était alors traditionnellement dévolu à l'Etat protecteur ou à l'Etat providentiel échoit à la justice.

2) Inflexion de l'Etat de Droit⁶⁶⁴

235. D'Etat de Droit, nous assistons et favorisons l'émergence d'une société au sein de laquelle à peu près toutes les activités humaines semblent devoir être soumises au droit, et encadrées par lui⁶⁶⁵. Alors que le droit devait organiser, résoudre et pacifier les éventuels conflits sociaux, il apparaît désormais comme un véritable substitut aux valeurs traditionnellement reconnues telles que le bon sens ou la morale. Or, la constatation d'un problème de société ou de sa défaillance est immédiatement accaparée par le pouvoir et résolue par l'édiction d'une loi ou d'un règlement. « Par une confusion des genres, l'illusion est entretenue selon laquelle n'importe quel problème, qu'il soit éthique, social, économique peut recevoir des réponses juridiques, alors qu'à l'évidence seules pourraient les régler des solutions elles-mêmes éthiques, sociales ou économiques »⁶⁶⁶. En conséquence d'une vision exacerbée de l'Etat de Droit, les politiques convoquent la justice par une production normative pléthorique et parfois nébuleuse. C'est l'intervention du juge – en cas de litige – qui révélera le sens et la portée de la législation. La dynamique normative, qui s'évertue à

⁶⁶³ A. Garapon et D. Salas, *La République pénalisée*, Hachette, 1996, p.41-42.

⁶⁶⁴ Par définition, la notion d'Etat de Droit recouvre plusieurs sens. D'une part, il s'agit de la « situation résultant, pour une société, de sa soumission à un ordre juridique excluant l'anarchie et la justice privée. [...] En un sens plus restreint, nom que mérite seul un ordre juridique dans lequel le respect du Droit, est réellement garanti aux sujets de droit, notamment contre l'arbitraire » (G. Cornu (dir.), « *Etat* », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note n° 115, p. 374). L'édiction de normes apparaît ainsi comme consubstantielle à la proclamation et à la pérennisation de l'Etat de Droit. Or, poussé à l'extrême, celui-ci donne lieu à une emprise certaine du droit sur tous les aspects de la vie sociale, politique et économique. Aussi et parallèlement à une explosion des contentieux, se développe une véritable dynamique normative risquant, *in fine*, de pousser à la « déformalisation » du droit pour reprendre l'expression de Max Weber.

⁶⁶⁵ G. Carcassonne, « *Société de droit contre Etat de Droit* », in *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 38.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 40.

répondre aux exigences de l'Etat de Droit, semble pourtant détourner la norme juridique de ses objectifs premiers jusqu'à la corrompre. En effet, « ne peut-on craindre que la prolifération des droits, notamment fondamentaux, traduise, comme dans toute inflation, une perte de valeur de chacun considéré isolément ? Ne doit-on pas penser, à cet égard, que les « droits », aujourd'hui si généreusement distribués, ne sont souvent que les ersatz d'institutions que l'on a affaiblies ? »⁶⁶⁷. Ainsi, de l'ambition de perfectionner toujours plus l'Etat de Droit émerge une société contentieuse ; c'est malheureusement omettre que « l'Etat de Droit n'est pas dans la législation ; il est dans les esprits et dans les mœurs »⁶⁶⁸.

236. « La justice hérite aussi de toutes les questions sociales que la famille, l'école, le réseau de voisinage, les institutions ne savent plus traiter »⁶⁶⁹. Cette judiciarisation est un phénomène actuel, au demeurant conforté par une logique de pénalisation des rapports. Le législateur multiplie les dispositions afin de répondre aux attentes croissantes des citoyens dans la reconnaissance de leurs droits et dans la prévention des conflits. Le juge devient, par conséquent, un acteur central de la société contentieuse émergente. La vie sociale est « saisie par le droit ». Le législateur se sert de la norme légale en vue de prévenir les litiges, de combler tout vide juridique et de faire face à de nouvelles demandes.

B. La conséquence : la judiciarisation des rapports

237. On observe une tendance du juge à intervenir au sein de tous les secteurs de la vie sociale, au sein de laquelle le recours à la justice se banalise. Ce qui pouvait, en premier lieu, se régler par une approche extra judiciaire devient presque automatiquement soumis à l'examen du juge. Ainsi ce dernier doit-il désormais se prononcer sur des questions moins juridiques qu'éthiques, éducatives, sociales, environnementales ou économiques. Dans ce sens, le juge se spécialise eu égard aux domaines à propos desquels il est dorénavant appelé à se prononcer, mais doit, dans le même temps, justifier encore davantage sa motivation puisque son office déborde inévitablement des questions traditionnellement évoquées au judiciaire et réglementées par le droit. L'emprise du juge sur tous les domaines de la vie

⁶⁶⁷ F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007, p. 152.

⁶⁶⁸ Y. Gaudemet, « *L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi* », in *Mélanges Braibant*, *op. cit.* note n° 665, p. 309.

⁶⁶⁹ E. Guigou, « *La justice au service du citoyen* », in *Le service public de la justice*, *op. cit.* note n° 28, p. 17.

sociétale est avérée. Celle-ci tend vers une pénalisation des rapports⁶⁷⁰, et participe à la reconnaissance d'une vision manichéenne de la société⁶⁷¹.

238. Face à la faillibilité des pouvoirs constitués, les citoyens se muent en « citoyens- plaideurs » invitant, par leurs revendications, le juge à se faire régulateur. Les justiciables saisissent la justice afin de faire valoir leurs droits et rétablir le juste. Ils s'emparent ainsi eux-mêmes des conflits et interpellent le juge afin de les résoudre. La montée en puissance du juge – laquelle est consubstantielle à la production législative à outrance – répond ainsi à une véritable demande sociale, et le place comme un nouvel acteur de la cité, sorte de héros politique.

239. Pour M. Ost, le juge revêtirait ainsi plusieurs visages : celui d'Hermès en tant que messenger des dieux, « médiateur universel »⁶⁷² ; celui d'Hercule, en ce que le juge est « présent sur tous les fronts : il tranche et adjuge encore, [...] il conseille, il oriente, il prévient ; au post-contentieux, il suit l'évolution du dossier, il adapte ses décisions au gré des circonstances et des besoins, il contrôle l'application des peines. Le juge jupitérien était un homme de loi ; Hercule, quant à lui, se dédouble en ingénieur social »⁶⁷³. Ces figures mythologiques reflètent parfaitement les offices du juge. En effet, celui-ci apparaît comme un *medium* entre le peuple et le politique, celui par qui transitent les revendications et mécontentements. Face au déclin de l'Etat providence, à une certaine crise de confiance vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif, c'est bien cette instance tierce et impartiale vers laquelle les citoyens se tournent pour obtenir satisfaction. Par ailleurs, sous les effets conjugués de judiciarisation, juridification et juridictionnalisation des rapports, sa sphère d'action ne cesse d'augmenter. Enfin, son assimilation à Jupiter, le Dieu des dieux, entend mettre en évidence l'autorité et l'*aura* dont bénéficie le juge au sein de la cité mais également face aux pouvoirs. Il faut bien admettre que le juge se place comme « un nouvel ange de la démocratie »⁶⁷⁴ ; le

⁶⁷⁰ Dans ce sens, « droits et devoirs ne sont plus liés que par un principe de vases communicants. Ce que les premiers gagnent est pris sur les seconds. Puisque j'ai des droits, ceux-ci me protègent, et si la protection ne fonctionne pas, c'est forcément qu'autrui a violé mon droit, qu'autrui en est donc responsable » (G. Carcassonne, « *Société de droit contre Etat de Droit* », *op. cit.* note n° 665, p. 41).

⁶⁷¹ « Les droits se muent de protections en créances, d'armes défensives en armes offensives, d'acquis collectifs en privilèges individuels, à opposer aux tiers, et tout devient objet de contentieux », G. Carcassonne, « *Société de droit contre Etat de Droit* », *ibid.* p. 41.

⁶⁷² F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, *op. cit.* note n° 667, p. 35-36.

⁶⁷³ *Ibid.* p. 41.

⁶⁷⁴ A. Garapon, *Le gardien des promesses, justice et démocratie*, *op. cit.* note n° 30, p. 70-71.

risque étant l'émergence d'un « juge-Dieu », s'éloignant dangereusement de sa soumission au droit au profit d'une équité affranchie de toute considération légalement objective.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

240. Mettre en œuvre la responsabilité juridictionnelle corromprait l'autorité de l'autorité judiciaire. En réalité, c'est uniquement la possibilité d'un verdict, non vicié, qui accorde au juge l'autorité de son pouvoir juridictionnel. C'est bien au regard de ses prérogatives et de sa capacité à s'ériger comme gardien des droits fondamentaux, censeur du politique et, *in fine, medium* citoyen, que le juge se place comme une figure d'autorité dans la cité. L'illusion selon laquelle il ne saurait mal faire, le mythe selon lequel la justice ne saurait se tromper, n'entretiennent que de la méfiance et du discrédit à l'encontre de l'appareil judiciaire. C'est uniquement de sa capacité à dire le droit que le juge tire son autorité.

« Ce qui importe, c'est l'intervention d'un juge, de ce tiers personnage (arbitre privé ou fonctionnaire d'Etat, indifféremment) placé à part des autres pour douter dans la contradiction des litigants et finalement sortir du doute par une décision »⁶⁷⁵. Le rôle du juge dans la cité n'est plus déterminé en référence au(x) pouvoir(s), mais en ce que la société elle-même le hisse en une instance arbitrale suprême. Dotée d'un statut particulier, préservée par une certaine indépendance, et représentant le juste dans la cité, la figure du juge se pose en un véritable *medium* citoyen. Le juge bénéficie ainsi d'une légitimité propre, fruit de la demande sociale. La crise du politique signe, en ce sens, l'avènement de l'autorité du juge dans la cité⁶⁷⁶. Or, cette nouvelle autorité du juge justifie l'émergence de la responsabilité juridictionnelle en tant que contrepartie légitime à sa reconnaissance et à son investissement par le peuple.

⁶⁷⁵ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 194.

⁶⁷⁶ « Lorsque, dans un Etat, l'autorité constitutionnelle est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défailante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante (...), le juge porte les erreurs des autres », commissaire du Gouvernement Grazier, *op. cit.*, note n° 658.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

241. Si, selon une traditionnelle acception, la responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle se heurterait à la fois à l'intangibilité de l'acte juridictionnel consacrée par le principe de l'autorité de la chose jugée, et serait – dans tous les cas de figure – inutile au vue de l'institution des voies de recours, notre analyse montre, au contraire, que ces prétendus obstacles ne s'opposent aucunement à l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle. Au surplus, celle-ci semble inéluctable, en ce que si l'une des voies de droit prévue par le législateur a effectivement révélé un mal jugé, et y a – logiquement – mis un terme, il reste à la justice à réparer le préjudice constitué par l'atteinte à la légalité et à sanctionner l'éventuelle faute s'en trouvant à l'origine. En ce sens, loin de constituer une entrave, c'est bien en vertu de l'autorité de la décision rendue sur recours que la responsabilité juridictionnelle mérite d'être engagée.

Parallèlement à la réformation ou à l'annulation d'un mal jugé, la reconnaissance d'une responsabilité juridictionnelle viserait à sanctionner un juge défaillant, Pour être admise, celle-ci devrait être assortie de certaines garanties afin de ne pas les éloigner de leurs finalités respectives, lesquelles – réunies – permettraient non pas de remettre en cause une décision de justice, mais – au-delà – de réparer le préjudice constitué par le mal jugé et sanctionner la faute commise par le juge à l'occasion de sa mission juridictionnelle. En effet, le juge qui méconnaît manifestement les exigences liées à sa charge et, qui ne remplit pas dignement son office, devrait pouvoir être inquiété au-delà de l'exercice des voies de recours. Ni l'autorité judiciaire, ni les justiciables ne devraient avoir à souffrir d'une justice rendue en violation des principes fondamentaux. Si, en amont, toutes les « précautions » sont prises dans le sens d'une éthique de l'action, méritent d'être mis en œuvre, en aval, les moyens de faire cesser le dommage (l'institution des voies de recours), de le réparer (responsabilité civile) et de sanctionner les fautes éventuellement commises à cette occasion (responsabilité disciplinaire).

242. Admettre et promouvoir l'indépendance de la justice et des juges ne sauraient emporter corrélativement leur immunité.

L'irresponsabilité du juge n'est pas la conséquence de son indépendance. Au contraire, sa responsabilité parachève celle-ci. Répondre du pouvoir dont il est détenteur s'entend comme

la contrepartie de ce dernier. En ce sens, et nonobstant sa nature régaliennne, la fonction juridictionnelle devrait être source de responsabilité.

SECONDE PARTIE :

**VERS LA RECONNAISSANCE D'UNE
RESPONSABILITE
JURIDICTIONNELLE**

243. « Juger, disait Malraux, c'est ne pas comprendre »⁶⁷⁷ ; afin de préserver un certain détachement, il appartient au juge d'entretenir une « juste distance »⁶⁷⁸ le préservant de toute exaltation dans la subjectivité ou au contraire l'objectivité. « C'est cette juste distance entre les partenaires affrontés trop près dans le conflit et trop éloignés l'un de l'autre dans l'ignorance, la haine ou le mépris qui résume assez bien les deux aspects de l'acte de juger : d'un côté, trancher, mettre fin à l'incertitude, séparer les parties ; de l'autre, faire reconnaître à chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès seraient réputés avoir chacun leur juste part à ce schéma de coopération qu'est la société »⁶⁷⁹. Le juge doit être lucide quant à ses dépendances⁶⁸⁰, ce dépassement constitue la garantie d'un jugement objectif, impartial et équitable. Ces impératifs invitent le juge à une perpétuelle vigilance. Or, cet homme, loin de devenir un être « désincarné »⁶⁸¹, doit se positionner, certes, dans la neutralité, mais non dans l'aveuglement. La justice, qui est pourtant représentée avec les yeux bandés, l'est aussi sous les traits d'une femme ; et, en ce sens, se revendique humaine.

244. Alors qu'il est « homme », et donc par nature faillible, la société exige qu'il se mue en un juge exemplaire. Toutefois, si une telle revendication apparaît légitime, elle ne reste qu'idéalement envisagée. Juger n'est pas une activité mécanique et la personnalité du juge « joue un rôle, parfois limité, mais parfois décisif, dans le déroulement du procès et dans son issue »⁶⁸². Une prise de conscience accrue des tenants et aboutissants de sa mission par ce dernier ne peut que participer à l'émergence et à l'affirmation d'une justice davantage vertueuse. C'est pourquoi, envisager la mise en œuvre d'une responsabilité juridictionnelle mérite que soit, en amont, organisée une véritable responsabilisation du juge (*Titre 2nd*). Il s'agit, au demeurant, de réfléchir à la mise en œuvre d'une responsabilité juridictionnelle capable de prendre en compte le préjudice constitué par une atteinte à la légalité. En ce sens, la méconnaissance d'un droit au respect de la légalité justifierait l'émergence d'une responsabilité juridictionnelle générale. Méconnaître la légalité, enfreindre le droit dont

⁶⁷⁷ A. Malraux, *Les Conquérants in Œuvres complètes*, I, Gallimard, 2003, p. 153.

⁶⁷⁸ D. N. Commaret, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *op. cit.* note n° 396, p. 262.

⁶⁷⁹ P. Ricœur, *Le juste*, *Esprit*, 1995, p. 192.

⁶⁸⁰ Voir : décision CSM Siège 29 octobre 2004 à propos d'un juge d'instruction proche d'une loge maçonnique : « M. a perdu les repères éthiques indispensables à l'exercice des fonctions de magistrats en même temps que tout crédit juridictionnel à l'égard des auxiliaires de justice et des justiciables », in *Le Monde* du 11 octobre 2004.

⁶⁸¹ M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, p. 53.

⁶⁸² C. Perelman, cité par J.-M. Coulon, « La conscience du juge aujourd'hui », in J.-M. Carbasse (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999, p. 333.

chacun devrait disposer de se voir juger dans le respect de la loi constituerait un préjudice méritant par conséquent réparation (*Titre 1er*).

Titre 1^{er} : La consécration d'une responsabilité juridictionnelle fondée sur une atteinte à la légalité

245. Le mauvais fonctionnement de la justice est source de responsabilité. D'une part, la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice ou pour garantir la faute personnelle des magistrats est reconnue. D'autre part, les responsabilités disciplinaire et pénale des magistrats peuvent être engagées selon différentes modalités.

Si, *a priori*, ces mécanismes permettent de réparer et/ou sanctionner le préjudice né de l'activité juridictionnelle, ils n'autorisent pas à réparer et/ou sanctionner le mal jugé lui-même. Ainsi le cœur même de la fonction juridictionnelle – lequel consiste à dire le droit et trancher les litiges – exclut-il traditionnellement toute forme de responsabilité.

246. Pourtant, et au regard précisément de l'indépendance du juge et du pouvoir que celui-ci exerce, une responsabilité du fait des décisions de justice mérite d'être promue. Il s'agirait de penser l'éventualité de sa mise en œuvre en recherchant les conditions suivant lesquelles elle pourrait s'exercer sans pour autant risquer de compromettre l'activité juridictionnelle. Si les actuels mécanismes de responsabilité visent à respectivement réparer et/ou sanctionner le préjudice causé par le mauvais fonctionnement de la justice (*Chapitre 1^{er}*), le mal jugé ne constitue pas, en tant que tel, une cause de responsabilité. Or, en admettant que chaque justiciable dispose d'un droit au respect à la légalité, le mal jugé deviendrait un fondement de responsabilité (*Chapitre 2nd*). Emergerait de cette consécration, une authentique responsabilité juridictionnelle qui, tout en reprenant les caractéristiques des traditionnels systèmes de responsabilité, innoverait par la reconnaissance d'un dénominateur commun à celles-ci : l'atteinte à la légalité.

Chapitre 1^{er} : Les traditionnelles responsabilités liées à la fonction juridictionnelle

247. Aux termes de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ». Par ailleurs, l'article 11- 1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 énonce qu'il appartient à l'Etat de garantir la faute personnelle des magistrats, tout en lui reconnaissant la possibilité d'exercer – à leur encontre – une action récursoire. Or, si ces dispositions visent à distinguer la défaillance du service public de la justice de la faute personnelle du juge s'y rattachant, c'est immanquablement la responsabilité civile de l'Etat qui devra être recherchée par le justiciable victime. Toutefois, parallèlement à ce régime et bien qu'il ne saurait être répondre directement des conséquences pécuniaires des manquements commis à l'occasion de ses fonctions, le juge demeure personnellement responsable de ses fautes pénale et disciplinaire.

248. Les responsabilités liées à l'exercice de la fonction juridictionnelle sont donc à appréhender selon deux déclinaisons distinctes : un régime de responsabilité-réparation à la charge de l'Etat (*Section 1*), et deux régimes de responsabilité-sanction visant personnellement le juge (*Section 2*).

Section 1 : Une responsabilité-réparation reposant exclusivement sur l'Etat

249. Nonobstant l'influence du droit administratif dont il est originaire, le régime de la responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Expression originale de la responsabilité de l'Etat, celle-ci se décline selon que le dommage résulte d'un dysfonctionnement du service public de la justice (*Paragraphe 1*) ou de la faute personnelle du juge (*Paragraphe 2*).

§ 1 : La responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement

250. La loi du 5 juillet 1972⁶⁸³, qui consacre le passage d'une « responsabilité dérivée »⁶⁸⁴ à une « responsabilité primaire de l'Etat pour faute du service public »⁶⁸⁵, entérine la possibilité pour un justiciable d'obtenir réparation d'un dommage causé par l'activité de la justice, selon que celui-ci résulte d'une faute lourde (A) ou d'un déni de justice (B).

A. L'engagement pour faute lourde

251. Souffrant d'une absence de qualification légale, c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de définir la faute lourde. Entendue comme celle qui « commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat [...] normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné »⁶⁸⁶, celle-ci révélant un comportement anormalement déficient⁶⁸⁷. Ainsi « des méconnaissances graves et inexcusables des devoirs essentiels du juge dans l'exercice de ses fonctions »⁶⁸⁸ sont-elles considérées, par la jurisprudence, comme constitutives d'une faute lourde.

252. Il y a une dizaine d'années, la Cour de cassation a entendu lui accorder une nouvelle signification, en jugeant que constitue désormais une faute lourde « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »⁶⁸⁹. Déniant la conception jusque-là subjective qui caractérisait la notion, la Haute juridiction l'envisage dorénavant sous un aspect résolument objectif. Ce n'est plus tant le comportement manifestement fautif du magistrat qui

⁶⁸³ Jusqu'à cette loi, les justiciables ne pouvaient obtenir réparation du dommage résultant du mauvais fonctionnement de la justice. Mais « l'effacement de la justice en tant que « pouvoir » et son appréhension par le public en qualité de « service » ont conduit » à mettre fin à l'irresponsabilité de la justice (M.-L. Rassat, J.-M. Lemoyne de Forges et P. Lemoyne de Forges, *Institutions administratives et juridictionnelles*, Ellipses, 2005, p. 202).

⁶⁸⁴ G. Pluyette et P. Chauvin, « Responsabilité du service de la justice et des magistrats », Jcl Procédure civile, fasc. 74, p. 12.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère} 13 octobre 1953, Bull. n° 224 ; Cass. civ. 1^{ère} 20 février 1996, JCP 1996.I.3938, n° 1, obs. L. Cadiet.

⁶⁸⁷ CA Paris 1 avril 1994, JCP 1994.I.3805, obs. L. Cadiet.

⁶⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère} 10 mai 1995, Bull. n° 202.

⁶⁸⁹ Ass. plén. 23 février 2001, Bull. n° 5, JCP 2001.I.340, spéc. n° 26, obs. G. Viney, JCP 2001.II.10583, note L.-J. Menuret ; CA Aix en Provence, 15 février 2005, n° RG 146 ; CA Bordeaux, 16 octobre 2007, n° RG 06/04674.

est visé, mais bien la défaillance du service. A travers cette décision, la Cour de cassation confirme l'appréhension qu'en avait, au préalable, eu la Cour d'appel de Paris ; laquelle avait énoncé que « si prise isolément, aucune des négligences [...] ne s'analyse en une faute lourde, en revanche le fonctionnement défectueux du service public de la justice, qui découle de leur réunion, revêt le caractère d'une telle faute »⁶⁹⁰.

Consacrant une approche davantage impersonnelle de la faute, cette objectivation semble définitivement dissocier les notions de faute de service et de faute personnelle⁶⁹¹. Davantage que des comportements révélant « l'homme avec ses passions, ses faiblesses et ses imprudences »⁶⁹², la nouvelle acception de la notion de faute lourde vise les « dysfonctionnements objectifs et fonctionnels de la justice »⁶⁹³.

253. Un mal jugé ne saurait, cependant, relever du dysfonctionnement. Si une décision rendue par le passé a pu énoncer que « les actes juridictionnels proprement dits »⁶⁹⁴ n'étaient pas exclus du champ d'application de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire (actuellement L. 141-1 du même code), cette possibilité demeure traditionnellement réfutée. Certes, le cas d'espèce concernait une décision provisoire – c'est-à-dire non revêtue de l'autorité de la chose jugée – mais la Cour d'appel de Paris a admis que les dispositions de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire pouvaient s'appliquer aux actes juridictionnels. Au demeurant, avait déjà pu être énoncé qu'« un acte juridictionnel, même définitif, [pouvait] donner lieu à une mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat en cas de faute lourde ou déni de justice »⁶⁹⁵. Si, dans ce cas d'espèce, les juges du fond rejetèrent la requête au motif que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée dans le cas où le préjudice aurait trouvé sa source dans un acte juridictionnel, la Cour d'appel estima, par suite, – sans faire droit à la demande – que « la responsabilité de l'Etat pour faute lourde du service public de la justice pouvait être recherchée, même si cette faute résultait d'un acte juridictionnel »⁶⁹⁶ ; ce que confirma l'arrêt de la Cour de cassation⁶⁹⁷.

⁶⁹⁰ CA Paris 25 octobre 2000, D. 2001 p. 580, note Lienhard.

⁶⁹¹ O. Renard-Payen et Y. Robineau, « *La responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice* », in Cour de cassation, *Rapport d'activités 2002*, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_etu_des_documents_143/etudes_theme_responsabilite_145/faute_fait_6107.html

⁶⁹² J. Laffèrière, concl. sur TC 5 mai 1877, *Lemonnier-Carriol*, p. 437.

⁶⁹³ Y. Desveives, « *Quelques remarques sur la responsabilité sur la responsabilité des juges et de la justice* », *Mélanges Normand*, Litec, 2003, p. 170.

⁶⁹⁴ CA Paris, 21 juin 1989, *Epoux Saint-Aubin c/ Etat français*, Gaz. Pal 1989, p. 944, concl. M. Lupi.

⁶⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère} 20 mars 1989, Bull. n° 131.

⁶⁹⁶ Les termes cités émanant de l'arrêt attaqué (CA Aix-en-Provence 15 septembre 1986) sont repris au sein de l'arrêt de la Cour de la cassation précité du 20 mars 1989.

Toutefois, une décision juridictionnelle erronée ne saurait – en elle-même – constituer une faute. Bien que la jurisprudence⁶⁹⁸ admette que la décision d'un juge fixant le lieu de résidence d'une fillette chez sa mère, dont les antécédents psychiatriques graves étaient avérés, était constitutive d'une faute lourde, cette qualification n'a été retenue qu'eu égard aux conséquences y étant attachées : à la suite de cette décision, la mère tua son enfant. Le préjudice ne réside pas dans la décision elle-même mais dans la situation qu'elle a concouru à produire. Le magistrat, auteur de cette ordonnance, a peut-être manqué de diligence, ou plus généralement de bon sens, mais son application de la règle de droit au cas d'espèce n'est pas considérée comme fautive.

254. Le fait de mal juger demeure exclu du champ de la responsabilité. A l'inverse, le fait de ne pas juger est spécifiquement reconnu comme fondant une action en responsabilité pour dysfonctionnement du service public de la justice.

B. L'engagement pour déni de justice

255. Aux termes de l'article L. 141-3 du code de l'organisation judiciaire, le déni de justice correspond au refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juger les affaires en état de l'être⁶⁹⁹. Sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁷⁰⁰, le déni de justice est également assimilé au fait de ne pas juger une affaire dans un délai raisonnable. « Le retard apporté dans la conduite de l'information est en soi révélateur d'un fonctionnement défectueux du service de la justice, constitutif d'un déni de justice en ce qu'il interdit le prononcé d'une décision au fond suite à une plainte, dans le délai raisonnable imposé par l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme »⁷⁰¹. Ainsi est-il traditionnellement retenu, que le fait d'excéder « le délai raisonnable visé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme [...] [constitue] un déni de justice, au sens

⁶⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère} 20 mars 1989, *op. cit.* note n° 695.

⁶⁹⁸ CA Paris 25 octobre 2000, *op. cit.* note n° 690.

⁶⁹⁹ Cass. 3^{ème} civ. 6 février 2002, JCP 2003.II.10014, note J.-M. Moulin.

⁷⁰⁰ CEDH, 6 octobre 1988 *Funke c/ France*, req. n° 10828/84 ; 9 mai 1989, *Barany c/ France* req. n° 11926/86 ; 8 juin 1990, *Mouton c/ France*, req. n° 13118/87 ; 6 mars 1991, *Cunin c/ France* req. n° 14238/88.

⁷⁰¹ TGI Paris 1^{ère} ch. 8 novembre 1995, D. 1997, p. 149, note J. Pradel.

de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire devenu l'article L. 141-1 du même code »⁷⁰².

Le manquement invoqué sera, néanmoins, apprécié au regard de la complexité de l'affaire⁷⁰³ et de son contexte. En ce sens, tant les juridictions judiciaires qu'administratives⁷⁰⁴ retiennent que « pour juger du caractère déraisonnable d'un délai de jugement, le juge français s'interrogera [...] comme le fait la Cour elle-même⁷⁰⁵, sur la complexité de l'affaire qui peut légitimement expliquer des délais importants, [...] il tiendra également compte du comportement du requérant et de ses éventuelles manœuvres dilatoires »⁷⁰⁶. Apprécié « en fonction des circonstances propres à chaque espèce »⁷⁰⁷, à « la nature de l'affaire, le comportement de la partie qui se plaint de la durée de la procédure et les mesures mises en œuvre par les autorités compétentes »⁷⁰⁸, le non-respect du délai déraisonnable ne doit pas pouvoir s'expliquer par la complexité des faits de l'espèce⁷⁰⁹, ou par le manque de diligence du requérant à tout mettre en œuvre pour « accélérer le cours de la procédure »⁷¹⁰.

256. Si le déni de justice fonde l'action en responsabilité civile de l'Etat, il s'agit également d'un motif de mise en jeu des responsabilités pénale⁷¹¹ et disciplinaire du juge. Bien que la responsabilité de ce dernier puisse être directement recherchée sur ce fondement, le déni de justice s'entend principalement comme la défaillance de l'Etat. Selon une traditionnelle acception, le déni de justice correspond à la méconnaissance du devoir de protection juridictionnelle de l'Etat, ce dernier n'ayant pu garantir l'accès à un tribunal indépendant et impartial.

⁷⁰² Cass. civ. 1^{ère} 25 mars 2009, Bull. n° 65.

⁷⁰³ CA Paris 18 décembre 2007, n° RG 06/7326.

⁷⁰⁴ CE 25 janvier 2006, *SARL Potchou et autres*, req. n° 284013, Responsabilité civile et assurances, 2006-06, p. 25, note C. Guettier. Il s'agissait en l'espèce de la première application de l'article R. 311-1 Code de justice administrative modifié par le décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005 aux termes duquel le « Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort [...] des actions en responsabilité dirigées contre l'Etat pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative ».

⁷⁰⁵ CEDH 1^{er} août 2000, *CP c/ France*, JCP 2001.I.291, obs. F. Sudre.

⁷⁰⁶ CE 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Magiera*, chron. F. Donnat et D. Casas, AJDA 2002, p. 596.

⁷⁰⁷ CA Paris 18 décembre 2007, n° RG 06/7326.

⁷⁰⁸ CA Paris 8 mars 2000, n° RG 1999/07728.

⁷⁰⁹ CA Aix-en-Provence 4 septembre 2008, n° RG 2008/514.

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ Article L. 434-7-1CP: « Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans ».

Quoi qu'il en soit, le déni de justice est avéré lorsque le juge ne statue pas dans un délai raisonnable⁷¹².

257. Qu'il s'agisse du déni de justice ou de la faute lourde, ces deux motifs de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat ont bénéficié d'un certain assouplissement de la part de la jurisprudence. D'une part, la faute lourde peut être constituée par une pluralité de fautes, alors que, d'autre part, le déni de justice est assimilé au retard dans le traitement des requêtes des justiciables. Or, si la notion de dysfonctionnement du service public de la justice bénéficie d'une relative souplesse, tel n'est pas le cas de celle de faute personnelle.

§ 2 : La responsabilité de l'Etat pour faute personnelle

258. Les études historiques relatives à la justice et à la magistrature françaises⁷¹³ démontrent que la responsabilité du juge est ancienne. Dès les XI^e et XII^e siècles, les justiciables ont eu l'opportunité de prendre le juge à partie en cas de mauvais jugement ou d'absence de jugement. Constituant le premier et véritable moyen de mettre en jeu la responsabilité personnelle des magistrats, cette procédure tomba en désuétude⁷¹⁴ par la conjonction de deux phénomènes : l'institution des voies de recours, d'une part et l'avènement d'une magistrature étatique, d'autre part.

259. Définitivement abandonnée par la loi du 5 juillet 1972⁷¹⁵, la responsabilité civile du juge ne peut plus, désormais, être directement recherchée. Aux termes des articles L. 141-2 du code de l'organisation judiciaire⁷¹⁶ et 11-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958⁷¹⁷

⁷¹² TGI Paris 1^{ère} ch. 5 novembre 1997 D. 1998, p. 9, note M.-A. Frison-Roche. TGI Paris 1^{ère} ch. 6 juillet 1994, RTD civ. 1995, p. 957-958 note R. Perrot.

⁷¹³ Notamment : J.-M. Carbasse et L. Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999 ; Association française pour l'histoire et la justice, *Juger les juges du Moyen-Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, La documentation française, 2000.

⁷¹⁴ G. Guidicelli-Delage, « Synthèse » in Institut sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence, *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Colloque 5 et 6 mai 2000, Aix-en-Provence, PUAM, 2000 p. 230-231.

⁷¹⁵ Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

⁷¹⁶ « La responsabilité des juges, à raison de leur faute personnelle, est régie : -s'agissant des magistrats du corps judiciaire, par le statut de la magistrature ; -s'agissant des autres juges, par des lois spéciales ou, à défaut, par la prise à partie ».

⁷¹⁷ « Les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles.

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 ».

c'est à l'Etat qu'il appartient de garantir la faute personnelle des magistrats, celui-ci disposant néanmoins d'une action récursoire à leur encontre. Saisies d'une action en responsabilité pour dysfonctionnement, les juridictions doivent rechercher si la faute invoquée se rattache à l'exercice de la mission de service public ou si, commise à l'occasion du service public, elle présente un degré de gravité tel qu'elle est réputée étrangère à l'accomplissement des fonctions. A cet égard, il nous appartiendra de réfléchir à la notion de faute personnelle (A), afin d'apprécier la pertinence de l'action récursoire qu'elle permet d'ouvrir à l'encontre du juge défaillant (B).

A. De la notion de faute personnelle

260. Souffrant d'une absence de définition légale, la faute personnelle est traditionnellement entendue comme celle révélant « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »⁷¹⁸. Affectée d'un tel degré de contradiction avec les devoirs des magistrats, elle est réputée réalisée en dehors de l'exercice normal de leurs prérogatives.

Néanmoins, si la distinction entre faute de service et faute personnelle semble, en théorie, sans équivoque, elle demeure, en pratique, délicate. Tout comportement fautif du juge se résumant – *in fine* – à la méconnaissance de ses devoirs, il semble en effet difficile de déterminer ce qui ressort de la faute de service ou de la faute personnelle commise à l'occasion des fonctions. Qu'il s'agisse du fait de manquer de diligence, ou de ne pas juger les affaires en état de l'être ou de n'instruire qu'à charge, la faute du juge semble immanquablement se rattacher au service. Par conséquent, la faute personnelle serait, en pratique, rarement, voire jamais retenue comme en atteste l'absence de reconnaissance jurisprudentielle.

A cet égard, la faute lourde apparaît irrémédiablement rattachée à la faute de service ou du service. Notamment, détourner de ses finalités des mesures d'instruction⁷¹⁹ s'apparenterait davantage à une faute de service commise par un magistrat clairement identifié qu'à « une déficience du service public de la justice le rendant inapte à remplir la mission dont il est investi »⁷²⁰. Certes, une telle faute apparaît intentionnelle et d'une extrême gravité. En ce sens, celle-ci devrait être qualifiée de personnelle et entraîner l'application du régime prévu aux articles L. 141-2 du code de l'organisation judiciaire et 11-1 de l'ordonnance statutaire. Toutefois, elle demeure attachée au service, et mérite effectivement la qualification de faute

⁷¹⁸ J. Laffèrière, concl. sur TC 5 mai 1877, *Lemonnier-Carriol*, *op. cit.* note n° 692.

⁷¹⁹ TGI de Paris du 11 juillet 2001, *Gaz Pal.* 2001, p. 37, note S. Petit.

⁷²⁰ *Ibid.*

de service. En effet « si la faute a été commise dans le service ou à l'occasion du service, si les moyens et les instruments de la faute ont été mis à la disposition du coupable par le service, si la victime n'a été mise en présence du coupable que par l'effet du jeu du service, si en un mot, le service a conditionné l'accomplissement de la faute ou la production de ses conséquences dommageables, vis-à-vis d'un individu déterminé »⁷²¹, alors « le service ne se détache pas de la faute »⁷²². A cet égard, la faute du juge ne peut apparaître que comme la coexistence entre la faute personnelle et la faute de service ; celle-ci se révélant – au demeurant – sous les traits de la faute disciplinaire. Quelle que soit sa dénomination, la faute du juge implique incontestablement un manquement aux devoirs de son état : il s'agit de celle qui « commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat [...] normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné »⁷²³, plus précisément du magistrat, qui pourtant avait juré de « fidèlement remplir [ses] fonctions »⁷²⁴, ou encore de se « conduire en tout comme un digne et loyal magistrat »⁷²⁵. La violation des devoirs de son état est inhérente à la notion de faute du juge.

261. Cette conjonction des notions de faute personnelle, faute de service et faute disciplinaire sur le terrain du manquement aux devoirs du juge invite à repenser les différents systèmes de responsabilité dans le sens d'un rapprochement. Celui-ci matérialisé par la faute elle-même justifierait l'émergence d'une passerelle entre les sphères civile et disciplinaire des régimes traditionnels de responsabilité. Une même faute peut donner lieu à la mise en œuvre de deux responsabilités : une responsabilité réparation à la charge de l'Etat et une responsabilité sanction à l'encontre du magistrat fautif. Si nous reprendrons cette analyse lors de nos prochains développements, mérite néanmoins d'être, au préalable, étudiée la question corrélative de la pertinence de l'action récursoire.

⁷²¹ L. Blum, concl. sur CE 26 juillet 1918, *Lemonnier*, p. 762.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1953, Bull. n° 224 ; Cass. civ. 1^{ère} 20 février 1996, JCP 1996.I.3938, obs. L. Cadiet.

⁷²⁴ Article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 23 décembre 1958 portant statut de la magistrature.

⁷²⁵ *Ibid.*

B. De l'exercice de l'action récursoire

262. « Classique du droit de la responsabilité administrative »⁷²⁶, ce recours permet à l'Etat de se retourner contre le magistrat, auteur de la faute personnelle dont il a garanti les conséquences pécuniaires. Directement inspiré de la jurisprudence *Laruelle*⁷²⁷, ce régime de responsabilité paraît, de prime abord, pertinent. Tout en respectant les particularismes attachés à la fonction juridictionnelle, il permet de stigmatiser la faute personnelle du magistrat, et par conséquent d'envisager à son encontre une certaine responsabilité civile. En satisfaisant non seulement à l'« exigence constitutionnelle de protection de l'indépendance »⁷²⁸, mais également au principe d'égalité et aux dispositions de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷²⁹, l'action récursoire pourrait apparaître comme un compromis acceptable concernant la question de la responsabilité des juges. Laissé à la discrétion de l'Etat, l'exercice de celle-ci oblige le juge – dont la faute personnelle a été préalablement constatée par une décision de condamnation de l'Etat – à répondre civilement de sa défaillance sur ses deniers personnels puisqu'il n'est *a priori* pas assuré. Dans le cas où le dommage ne résulte pas « du caractère inévitable de l'existence de dysfonctionnements »⁷³⁰, la responsabilité civile du juge peut par conséquent être engagée. Pour certains, les juridictions devraient appliquer ce dispositif pour pallier le manque de crédibilité de l'autorité judiciaire, mais aussi atténuer le sentiment de défiance des justiciables à l'endroit du juge.

263. Toutefois, nous avons précédemment retenu que la faute du juge demeurait immanquablement attachée au service. Par voie de conséquence, la survivance des dispositions organisant le régime de la responsabilité de l'Etat pour faute personnelle semble en manque de pertinence. En effet, en l'absence de faute fondamentalement personnelle, l'existence de ce régime ne se justifierait plus. C'est donc à la faveur de ces éléments que le régime de la responsabilité de l'Etat pour faute personnelle nous semble devoir être abandonné.

⁷²⁶ J. Joly-Hurard, « *La responsabilité civile des magistrats professionnels de l'ordre judiciaire* », *op. cit.* note n° 103, p. 155.

⁷²⁷ CE 28 juillet 1951, *Laruelle*, RDP 1951, p. 1087, note M. Waline, JCP 1952.II.6734, note C. Eisenmann.

⁷²⁸ J. Joly-Hurard, « *La responsabilité civile des magistrats professionnels de l'ordre judiciaire* », *op. cit.* note n° 103.

⁷²⁹ « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

⁷³⁰ J.-C. Magendie, « *La responsabilité des magistrats* », *op. cit.* note n° 102.

264. User d'un tel recours s'avère en contradiction avec l'objet même des fonctions en cause. Pour pouvoir pécuniairement répondre de sa faute, le juge se trouverait dans l'obligation de souscrire une assurance privée. Or, la spécificité de la mission juridictionnelle oblige à réfuter une telle immixtion en son sein. Exerçant une prérogative régaliennne – par délégation souveraine⁷³¹ au nom de la nation⁷³², le juge ne peut être considéré comme un professionnel quelconque, dont les conséquences dommageables de son activité seraient assurables. Les justiciables ne sont pas des clients, et la responsabilité du juge ne saurait s'inscrire dans une logique purement contractuelle. Nous ne saurions, par conséquent, souscrire à l'idée qu'un organisme privé soit habilité à assurer les conséquences dommageables nées d'une activité participant à l'exercice d'une prérogative régaliennne. Par ailleurs, ce système contreviendrait aux dispositions de la Charte européenne sur le statut des juges⁷³³. En effet, celle-ci énonce en son article 5.2 que « la réparation des dommages supportée de façon illégitime à la suite d'une décision ou d'un comportement d'un juge ou d'une juge dans l'exercice de leurs fonctions est assurée par l'Etat »⁷³⁴. *A contrario*, elle ne saurait relever d'organismes privés. Par principe, l'Etat est son propre assureur. La reconnaissance de la responsabilité civile des juges par le biais de l'action récursoire, si elle paraît légitime en ce qu'elle « permettrait de responsabiliser davantage l'agent et [...] donnerait l'image d'une responsabilité personnelle effective »⁷³⁵, méconnaîtrait toutefois la spécificité des fonctions exercées. Au surplus, cette même spécificité empêche de détacher la faute de l'office. C'est pourquoi, celle-ci ne peut, à notre sens, être qualifiée de personnelle. Ainsi la responsabilité civile du juge – par le biais de l'action récursoire mise à la disposition de l'Etat – mériterait-elle d'être définitivement abandonnée.

265. Quoi qu'il en soit, le caractère de la faute commise à l'occasion du service public de la justice n'emporte aucune incidence sur la réparation. Celle-ci demeure immanquablement à la charge de l'Etat. Si le juge ne peut être civilement responsable des dommages causés à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, il peut néanmoins être

⁷³¹ T. S. Renoux, « *Le poids de la Constitution dans les réformes de la justice* », in L. Cadet et L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, op. cit., p. 117.

⁷³² T.S. Renoux, « *Les incidences éventuelles d'une responsabilité sur l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics* », op. cit., p. 224.

⁷³³ La Charte européenne sur le statut des magistrats a été élaborée par le Conseil de l'Europe en 1998, et tend à promouvoir les « garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité que toute personne attend légitimement des juridictions et de chacun chacune des juges auxquels est confiée la protection de ses droits » (Article 1 de la Charte). Texte non doté d'une véritable valeur normative, elle se veut participer à la promotion des valeurs inhérentes à la démocratie et à l'Etat de Droit.

⁷³⁴ Article 5.2 de la Charte européenne sur le statut des juges.

⁷³⁵ G. Kerbaol, *La responsabilité des magistrats*, PUF, 2006, p. 55.

personnellement sanctionné par l'application des règles de responsabilités pénale et disciplinaire.

Section 2 : Des responsabilités-sanctions organisées à l'encontre du juge

266. Les magistrats sont spécifiquement et personnellement visés par deux régimes de responsabilité-sanction. En premier lieu, ils encourent une responsabilité pénale non seulement en tant que citoyen – et soumis, à cet égard, à la loi commune – mais surtout en tant que dépositaire de l'autorité publique et membres de la magistrature (*Paragraphe 1*). En second lieu, les magistrats sont assujettis à une discipline, laquelle tend à sanctionner tout comportement contraire aux devoirs de leur état (*Paragraphe 2*).

§ 1 : La responsabilité pénale du juge

267. Si, en France, la responsabilité pénale des magistrats ne sanctionne pas le contenu même de leurs décisions juridictionnelles, certains Etats n'hésitent cependant pas à la reconnaître. Notamment, l'Espagne réprime l'ignorance inexcusable⁷³⁶ d'un juge qui aurait, intentionnellement⁷³⁷, rendu une décision méconnaissant manifestement le droit applicable. Bien que la France ne connaisse pas cette pénalisation de l'activité juridictionnelle, le juge français demeure directement visé par le code pénal (**A**). Or, si sa responsabilité est ainsi légalement organisée, elle demeure, en pratique, inexistante (**B**).

A. Une responsabilité théoriquement prévue

268. La loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »⁷³⁸. Ainsi les magistrats ne bénéficient-ils d'aucune immunité pénale pour les crimes, délits ou contraventions qu'ils seraient susceptibles de commettre, soit dans des conditions totalement étrangères à leur vie professionnelle, soit à l'occasion de leurs fonctions⁷³⁹. Plus précisément, le juge peut être reconnu pénalement responsable dans deux cas de figure : en

⁷³⁶ Article 447 CP espagnol.

⁷³⁷ Article 446 CP espagnol.

⁷³⁸ Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁷³⁹ Rennes, ch. correct, 7 mai 1979, JCP 1980.II.19333, obs. P. Chambon.

tant que dépositaire de l'autorité publique⁷⁴⁰ (1), d'une part, et en tant que magistrat (2), d'autre part.

1) En tant que dépositaire de l'autorité publique

269. Les infractions spécifiquement prévues par le législateur à l'encontre de tout dépositaire de l'autorité publique sont l'abus d'autorité (a), les manquements au devoir de probité (b) et les atteintes à la confiance publique (c).

a) Les abus d'autorité

270. Plusieurs cas de figure sont envisagés par le code pénal.

En premier lieu, il peut s'agir d'un abus d'autorité contre l'administration, soit en faisant échec à la loi⁷⁴¹, soit en prolongeant illégalement ses fonctions, alors même que ces dernières auraient officiellement pris fin⁷⁴².

En second lieu, le législateur a spécifiquement prévu deux cas d'abus d'autorité contre les particuliers : les discriminations et les atteintes à la vie privée.

La première infraction – définie à l'article 225-1 du code pénal⁷⁴³ – est spécifiquement envisagée à l'article 432-7⁷⁴⁴ à l'encontre des détenteurs de l'autorité publique. Elle suppose

⁷⁴⁰ Cette qualité est « exclusivement reconnue à celui qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique », G. Cornu (dir.), « Dépositaire », in *Vocabulaire juridique*, op. cit. note n° 115, p. 296.

⁷⁴¹ Article 432-1 CP : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».

⁷⁴² Article 432-3 CP : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, ayant été officiellement informée de la décision ou de la circonstance mettant fin à ses fonctions, de continuer à les exercer, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende ».

⁷⁴³ « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».

⁷⁴⁴ « La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000

la réunion de deux éléments cumulatifs : d'une part, que l'auteur ait agi en connaissance de cause, et d'autre part, que la commission de cette discrimination ait eu pour finalité le refus d'accorder un droit à une personne qui pouvait légitimement s'en réclamer.

Concernant les atteintes à la vie privée, celles-ci se déclinent – aux termes de l'article 432-8 du code pénal⁷⁴⁵ – en une violation de domicile⁷⁴⁶ et en la méconnaissance du secret de la correspondance.

271. Si le droit pénal réprime les abus d'autorité exercés par les magistrats, ceux-ci sont également sanctionnés en cas de manquements au devoir de probité.

b) Les manquements au devoir de probité

272. Tout manquement d'un magistrat au devoir de probité est pénalement répréhensible. Il en va ainsi des délits de concussion⁷⁴⁷, de corruption⁷⁴⁸ – active⁷⁴⁹ ou

euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ».

⁷⁴⁵ « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende ».

⁷⁴⁶ Article 226-4 CP : « L'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manoeuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

⁷⁴⁷ Article 432-10 CP : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires.

La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines ».

⁷⁴⁸ Le juge est doublement visé par le délit de corruption : en tant que dépositaire de l'autorité publique (article 432-11 et 433-1 CP), et en tant que magistrat. L'article 434-9 du code pénal prévoit en effet : « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par : 1° Un magistrat, un juré ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle [...] de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, en vue de l'accomplissement ou de l'abstention d'un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. [...] Lorsque l'infraction définie aux premier à septième alinéas est commise par un magistrat au bénéfice ou au détriment d'une personne faisant l'objet de poursuites criminelles, la peine est portée à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 euros d'amende ».

⁷⁴⁹ Article 432-11 CP : « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui : 1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ».

passive⁷⁵⁰ –, et de détournement de biens⁷⁵¹. Toutefois, il ne saurait y avoir corruption dans le cas où un présent serait offert à titre de remerciement, sous réserve, qu'il n'y ait eu ni sollicitation, ni offre antérieure. Enfin, « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire »⁷⁵² est constitutive d'un délit aux termes de l'article 226-13 du code pénal. Tenus par le devoir de réserve et le principe du secret des délibérations, les magistrats⁷⁵³ apparaissent particulièrement concernés par cette exigence de discrétion⁷⁵⁴. En tant que dépositaire de l'autorité publique, le juge peut également être pénalement sanctionné en cas d'atteinte à la confiance publique.

c) Les atteintes à la confiance publique

273. Les atteintes à la confiance publiques sont constituées par les délits de faux et d'usage de faux. Le premier cas de figure vise « toute altération frauduleuse de la vérité, de

⁷⁵⁰ Article 433-1 CP : « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui, afin : 1° Soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 2° Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte visé au 1° ou d'abuser de son influence dans les conditions visées au 2° ».

⁷⁵¹ « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende.

La tentative du délit prévu à l'alinéa qui précède est punie des mêmes peines ».

⁷⁵² Article 226-13 CP.

⁷⁵³ Article 11 CPP : « Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.

Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 CP.

Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ».

⁷⁵⁴ A cet égard, il est intéressant de noter que « secret professionnel et secret de l'instruction, lorsqu'il s'agit de la révélation par un juge d'instruction de faits relatifs à une information en cours, se confondent. Se rend coupable du délit prévu par l'article 11 CPP, le magistrat instructeur auteur d'une telle révélation, même si les faits relatés avaient déjà fait l'objet de divulgation », Rennes, ch. correct., 7 mai 1979, *op. cit.* note n° 739.

nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques »⁷⁵⁵. Bien que le code ne précise pas le moyen par lequel le faux est établi, on peut distinguer le faux matériel – lequel correspond à une altération physique de l'écrit, à un défaut d'authenticité – du faux intellectuel, celui-ci consistant en une altération de la véridicité du contenu de l'acte. Concernant ce délit, si l'existence d'un préjudice est requise, l'intention de nuire ne l'est pas. La conscience d'altérer la vérité est, à cet égard, suffisante. Quant à l'usage de faux, celui-ci sera constitué par l'utilisation consciente du document falsifié.

274. Hormis ces différents cas de figure communs à toute personne dépositaire de l'autorité publique, le juge est particulièrement visé par le code pénal en sa qualité de magistrat.

2) En tant que magistrat

275. Deux délits visent particulièrement les magistrats : le déni de justice et la mise en détention arbitraire. Le premier cas – « entrave à l'exercice de la justice »⁷⁵⁶ – est prévu à l'article 434-7-1 du code pénal⁷⁵⁷, et se décline selon trois acceptions. Il peut s'agir, d'une part, du refus du juge de statuer sous prétexte du silence de la loi, d'autre part, du refus de répondre aux requêtes et, enfin, plus globalement, du fait de ne pas juger dans un délai raisonnable. A cet égard, la jurisprudence⁷⁵⁸ a pu considérer qu'une décision de classement sans suite ne pouvait s'apparenter à un déni de justice. Bien que ce dernier constitue un délit, il s'entend également comme un « manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu »⁷⁵⁹. A cet égard, il s'envisage donc, aussi, sous l'angle de la responsabilité civile de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice. Enfin, le juge peut voir sa responsabilité pénale engagée en cas de mise en détention arbitraire d'un

⁷⁵⁵ Article 441-1 CP.

⁷⁵⁶ Titre de la section II du chapitre IV du titre III du livre IV du code pénal au sein de laquelle est visé le déni de justice.

⁷⁵⁷ « Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans ».

⁷⁵⁸ Cass. crim. 6 juillet 1982, Bull. n° 181, RSC 1983, note A. Vitu ; Cass. crim. 9 mars 1983, D. 1983, p. 352, note W. Jeandidier.

⁷⁵⁹ L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, p. 534.

individu. Ce délit, organisé de manière générale par l'article 224-1 du code pénal⁷⁶⁰, et plus spécifiquement par l'article 432-4⁷⁶¹, exige un acte positif consistant à ordonner ou accomplir soi-même un acte portant atteinte à la liberté dans le cadre d'un abus d'autorité. Omettre de mettre un terme à une privation de liberté illégale est également visé à l'article 432-5 du code pénal⁷⁶². En l'espèce, l'agent doit avoir eu connaissance de l'illégalité de la privation de liberté – sans en être directement l'auteur, auquel cas c'est l'article 432-4 du code pénal qui aurait vocation à s'appliquer – et avoir été animé d'une intention délictuelle, c'est-à-dire avoir volontairement omis d'y mettre fin.

276. Le juge est individuellement et personnellement visé par les dispositions du code pénal. Toutefois, cette responsabilité, si elle est effectivement prévue sous ces différentes déclinaisons, reste hypothétique.

B. Une responsabilité en pratique éludée

277. Malgré l'organisation légale de la responsabilité pénale du juge, celle-ci demeure hypothétique du fait de « l'esquive » tirée de l'acte juridictionnel (**1**), d'une part, et d'un esprit protecteur du corps (**2**), d'autre part.

⁷⁶⁰ « Le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne, est puni de vingt ans de réclusion criminelle. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction. Toutefois, si la personne détenue ou séquestrée est libérée volontairement avant le septième jour accompli depuis celui de son appréhension, la peine est de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende, sauf dans les cas prévus par l'article 224-2 ».

⁷⁶¹ « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende.

Lorsque l'acte attentatoire consiste en une détention ou une rétention d'une durée de plus de sept jours, la peine est portée à trente ans de réclusion criminelle et à 450000 euros d'amende ».

⁷⁶² « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ayant eu connaissance, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'une privation de liberté illégale, de s'abstenir volontairement soit d'y mettre fin si elle en a le pouvoir, soit, dans le cas contraire, de provoquer l'intervention d'une autorité compétente, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

Le fait, par une personne visée à l'alinéa précédent ayant eu connaissance, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'une privation de liberté dont l'illégalité est alléguée, de s'abstenir volontairement soit de procéder aux vérifications nécessaires si elle en a le pouvoir, soit, dans le cas contraire, de transmettre la réclamation à une autorité compétente, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende lorsque la privation de liberté, reconnue illégale, s'est poursuivie ».

1) L'esquive tirée de l'acte juridictionnel

278. L'immunité pénale du juge à raison de son activité juridictionnelle a été consacrée par les arrêts des 9 décembre 1981⁷⁶³ et 9 mars 1983⁷⁶⁴. « Par la grâce de ces derniers »⁷⁶⁵, il est devenu un personnage intouchable⁷⁶⁶ échappant à toute responsabilité pénale.

A l'occasion de chacune des espèces susvisées, la Cour de cassation devait statuer sur la requête du procureur près les tribunaux de grande instance concernés – Lyon d'une part, et Sarreguemines, d'autre part – tendant à la désignation de la chambre d'accusation compétente pour connaître de l'instruction visant deux magistrats. S'agissant de la première affaire, un juge des enfants était accusé de s'être rendu coupable – dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative – de forfaiture, faux et usage de faux en écritures publiques, séquestration, enlèvement et détournement de mineurs par fraude ou violence. La seconde affaire mettait en cause un juge d'instruction, un juge d'application des peines ainsi que le premier substitut du procureur pour forfaiture, déni de justice et chantage. Or, la Cour de cassation énonça à l'occasion de chaque arrêt, « qu'en vertu du principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées, tant dans les motifs que dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi ; que ce principe ainsi d'ailleurs que celui du délibéré, mettant obstacle à ce qu'une décision de justice puisse être considérée comme constitutive par elle-même d'un crime ou d'un délit, il en ressort que les magistrats du siège mis en cause ne sont pas susceptibles d'être inculpés des infractions que leur imputent les plaignants ».

Or, si le principe d'indépendance est constitutionnellement garanti à travers la Constitution de 1958, non seulement à l'encontre du pouvoir exécutif qu'à celle du pouvoir législatif – article 64 –, il ne dispose que d'une valeur législative concernant les justiciables. En effet, celle-ci n'est consacrée qu'à travers des normes ponctuelles d'origine législative⁷⁶⁷ visant à garantir

⁷⁶³ Cass. crim. 9 décembre 1981 et 9 mars 1983, *op. cit.* note n° 76.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ W. Jeandidier, note sous Cass. crim. 9 décembre 1981 et 9 mars 1983, *op. cit.* note n° 76.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

⁷⁶⁷ Article 434-24 CP : « L'outrage par paroles, gestes ou menaces, par écrits ou images de toute nature non rendus publics ou par l'envoi d'objets quelconques adressé à un magistrat, un juré ou toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice et tendant à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont il est investi est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Si l'outrage a lieu à l'audience d'une cour, d'un tribunal ou d'une formation juridictionnelle, la peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30000 euros d'amende ». Article 434-25 CP : « Le fait de chercher à jeter le

« le respect dû à la justice »⁷⁶⁸. Aussi la Cour de cassation accorde-t-elle une valeur constitutionnelle à un principe qui en est originellement dépourvu. Et c'est précisément en se fondant sur ce principe constitutionnel d'indépendance – détourné de son sens fondamental – que la Cour de cassation consacre une nouvelle parade à la reconnaissance de leur responsabilité pénale : l'acte juridictionnel lui-même. Selon cette jurisprudence, celui-ci ne peut être constitutif d'un crime ou d'un délit.

A travers ces arrêts, non seulement la Cour de cassation accorde une lecture inédite à la Constitution, mais elle entend se fonder sur cette contestable interprétation aux fins de consacrer une véritable immunité pénale à l'adresse du juge. Si « le refus d'accomplir la fonction juridictionnelle réalise le déni de justice [...] le mauvais accomplissement de celle-ci »⁷⁶⁹ ne saurait donc engager la responsabilité pénale du juge : l'esquive tirée de l'acte juridictionnel permettant de contrer toute tentative de mise en cause.

279. Toutefois, et bien que cela touche la responsabilité disciplinaire, il est intéressant de relever la position tout à fait novatrice et pertinente que le Conseil supérieur de la magistrature⁷⁷⁰ adopta aux fins d'ouvrir une certaine brèche dans l'irresponsabilité consacrée du juge, alors même que serait en cause un acte juridictionnel. « Lorsqu'il résulte de l'autorité de la chose définitivement jugée qu'un juge a, de façon grossière et systématique, outrepassé sa compétence ou méconnu le cadre de sa saisine », le Conseil retient « qu'il n'a accompli, malgré les apparences, qu'un acte étranger à toute activité juridictionnelle ». Par voie de conséquence, l'esquive tirée de l'acte juridictionnel n'a plus lieu d'être. Le juge peut ainsi répondre de ses fautes, quand bien même celles-ci résideraient dans un acte originellement juridictionnel. Or, bien que cette analyse ait été énoncée à propos de la responsabilité disciplinaire du juge, elle aurait, sans nul doute, pu être reprise aux fins de

discrédit, publiquement par actes, paroles, écrits ou images de toute nature, sur un acte ou une décision juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende. Les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas aux commentaires techniques ni aux actes, paroles, écrits ou images de toute nature tendant à la réformation, la cassation ou la révision d'une décision. Lorsque l'infraction est commise par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. L'action publique se prescrit par trois mois révolus, à compter du jour où l'infraction définie au présent article a été commise, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite ».

⁷⁶⁸ Titre du paragraphe 1 de la section 3 « Des atteintes à l'autorité de la justice » du chapitre IV « Des atteintes à l'action de la justice » du titre III « Des atteintes à l'autorité de l'Etat » du livre IV « Des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique » du code pénal.

⁷⁶⁹ W. Jeandidier, note sous Cass. crim. 9 mars 1983, *op. cit.* note n° 76.

⁷⁷⁰ Lors d'une décision disciplinaire du 8 février 1981, le Conseil avait en effet retenu que « lorsqu'il résulte de l'autorité de la chose définitivement jugée qu'un juge a, de façon grossière et systématique, outrepassé sa compétence ou méconnu le cadre de sa saisine, de sorte qu'il n'a accompli, malgré les apparences, qu'un acte étranger à toute activité juridictionnelle ».

reconnaître la responsabilité pénale du juge. Mais si l'esquive tirée de l'acte juridictionnel pourrait, par ce biais, être contrée, subsisterait néanmoins un certain esprit de corps, lequel tend à préserver l'honorabilité de ses membres.

2) Une immunité entretenue par le corps

280. Le corporatisme, que l'on peut définir comme l'attitude de défense d'un corps professionnel à l'encontre d'attaques extérieures, constitue une critique récurrente à l'encontre de la magistrature. Sans participer à un débat, qui dépasse selon une large mesure le cadre de notre sujet, une certaine bienveillance semble toutefois habiter la magistrature. La Cour d'appel de Nancy en a récemment livré une illustration⁷⁷¹.

En l'espèce, un magistrat avait rendu une ordonnance à une date autre que celle à laquelle celle-ci fut, en réalité, rendue. Accusé de faux et usage de faux, le magistrat bénéficia toutefois de la clémence de la Cour d'appel de Nancy, laquelle retint que « ne constitue pas un faux l'ordonnance rendue par un magistrat au seul motif allégué qu'elle a été mise en forme à une date ultérieure par rapport à celle que mentionne l'acte »⁷⁷². Pourtant, le faux semblait constitué. D'après l'article 441-1 du code pénal : « Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ».

Aussi la Cour raisonne-t-elle en plusieurs étapes.

En premier lieu, elle reconnaît qu'une « ordonnance de soit-communicé constitue une écriture publique ou authentique ». En deuxième lieu, elle admet que « le préjudice n'est pas à rechercher dans les seules conséquences dommageables, qu'elles soient matérielles ou morales, alléguées par la partie concernée. Le préjudice découle de la nature même de la pièce en cause en ce qu'elle porte atteinte à des intérêts généraux de la société ». En troisième lieu, si elle reconnaît que l'ordonnance de soit-communicé « n'est pas une formalité nécessaire », elle retient qu'elle « est susceptible, dès lors qu'elle existe, d'avoir des conséquences juridiques ». Enfin, elle admet que le magistrat, auteur de celle-ci « était nécessairement conscient du fait que le jour où il apposait sa signature sur l'ordonnance de soit-communicé

⁷⁷¹ CA Nancy 18 novembre 2004, JCP 2005.II.10158, note Y. Mayaud.

⁷⁷² *Ibid.*

différait de la date qui y figurait ». Nonobstant ces différents arguments, la Cour estima, en définitive, que ne saurait constituer un faux « l'ordonnance rendue par un magistrat au seul motif allégué qu'elle a été mise en forme à une date ultérieure par rapport à celle que mentionne l'acte, laquelle correspond au jour effectif où la formalité indiquée avait été accomplie. En effet, il ne s'agit pas dans ce cas de la fabrication d'une pièce par le magistrat mais de la simple matérialisation par lui de sa décision, au moyen d'un support prévu par la loi. La tardiveté de la mise en forme n'est pas de nature à enlever à l'ordonnance son caractère original. La qualification de faux matériel est en conséquence inapplicable en l'espèce ». Or, si l'on reprend les éléments constitutifs du faux matériel énoncés par le code pénal, celui-ci semblait, au contraire, constitué. Au demeurant, un faux matériel ne se définit-il pas comme comportant un défaut d'authenticité ? En l'espèce, ce défaut est avéré. Pour autant, la Cour ne retient aucune faute pénale à l'encontre du magistrat en cause. Aussi, et ce, hors les cas prévus par l'article 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958⁷⁷³, le juge en cause a indéniablement bénéficié d'une bienveillance de la part de ses pairs.

281. La responsabilité pénale du juge, si elle est organisée par le législateur, demeure en pratique inexistante. Or « à l'égard des juges aussi les justiciables ont droit à la justice. Par nature, l'activité juridictionnelle devrait même être plus irréprochable que toute autre. Bien sûr ce n'est qu'un vœu, que la faiblesse humaine oblige à relativiser. Que du moins il soit exigé des juges autant que les juges exigent des justiciables. [...] Sauf compensation par une autre sanction, ni l'immunité pénale ni l'immunité civile des uns, encore moins leur immunité de fait, ne font partie de l' « Etat de Droit »⁷⁷⁴. Face au manque d'efficacité des responsabilités civile et pénale visant le juge, la responsabilité disciplinaire apparaît comme l'unique moyen de mettre personnellement en cause un juge ayant méconnu les devoirs de son état.

⁷⁷³ « Indépendamment des règles fixées par le code pénal et les lois spéciales, les magistrats sont protégés contre les menaces, attaques de quelque nature que ce soit, dont ils peuvent être l'objet dans l'exercice de leurs fonctions ».

⁷⁷⁴ G. Bolard, « *De la responsabilité pénale du juge* », JCP 2005.I.190.

§ 2 : La responsabilité disciplinaire du juge

282. La discipline s'entend comme la « règle de conduite commune aux membres d'un corps ou d'une collectivité et destinée à y faire régner le bon ordre »⁷⁷⁵. Réglementée par statut⁷⁷⁶, elle a vocation à soumettre les membres d'une profession au respect de certains préceptes. Toutefois, la discipline a également une portée pédagogique, en ce qu'elle incite les professionnels concernés à l'adoption de bons comportements. En cela, cette notion se rapproche de la déontologie⁷⁷⁷.

283. Classiquement définie comme « un ensemble de devoirs de comportement »⁷⁷⁸ « inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle »⁷⁷⁹ et le plus souvent « définis par un ordre professionnel »⁷⁸⁰, la déontologie – en l'occurrence judiciaire – tend à refléter la ligne de conduite que le juge se doit d'adopter. Or, en cas de méconnaissance des devoirs s'imposant à lui, le professionnel peut se voir infliger une sanction disciplinaire. Celui qui ne respecterait pas les exigences déontologiques inhérentes à sa profession commettrait une faute, justifiant la mise en œuvre de sa responsabilité disciplinaire. En ce sens, discipline et déontologies judiciaires incarnent les préceptes s'imposant au juge, dont la violation caractérise la faute disciplinaire (**A**).

Bien que, par définition, la responsabilité disciplinaire s'entende comme interne à un corps professionnel, elle tend à véritablement se transposer à l'extérieur de cette sphère. Récemment réformée, elle s'est, dans un premier temps, davantage dévoilée aux citoyens, pour, dans un second temps, les autoriser à participer à sa mise en œuvre. En ce sens, la responsabilité disciplinaire tend à se « démocratiser »⁷⁸¹ (**B**).

⁷⁷⁵ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, *op. cit.* note n° 447, p. 16.

⁷⁷⁶ « Statut et déontologie n'ont pas la même fonction : tandis que le premier vise à organiser officiellement toute une profession, la seconde, quant à elle, tend à assurer que, dans l'exercice de leurs fonctions – voire aussi dans leur vie privée – les professionnels se comportent conformément aux devoirs qui leur sont impartis, aux intérêts du corps auquel ils appartiennent et dans des conditions de nature à préserver l'image et l'intégrité de la profession. La déontologie est un instrument d'autocontrôle du corps, tandis que le statut est tout à la fois une garantie pour la protection des droits des professionnels qu'il encadre et un instrument d'organisation, de rationalisation et de coordination de la profession », G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, *ibid.*, p. 15.

⁷⁷⁷ Etymologiquement, déontologie vient de *deontos* signifiant « ce qui est convenable » et de *logos*, « la connaissance » ; la notion renvoie ainsi à la conscience morale de ce qui est convenable. Concept d'origine philosophique développé par Jérémy Bentham, la déontologie a acquis une forte résonance pratique.

⁷⁷⁸ G. Cornu (dir.), « Déontologie », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note n° 115, p. 292.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ Le terme « démocratiser » sera à entendre comme signifiant « rendre accessible à tous », « devenir à la portée des citoyens ».

A. Devoirs du juge et faute disciplinaire

284. L'article 43 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 définit la faute disciplinaire comme « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité. Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive ». La notion de faute disciplinaire a été modifiée par la réforme du 22 juillet 2010⁷⁸², laquelle a tenu compte des remarques formulées par le Conseil constitutionnel lors de sa décision du 1^{er} mars 2007⁷⁸³. Si la tentative de lier office juridictionnel et faute disciplinaire a fait, dans un premier temps, l'objet d'une censure par les Sages, le législateur organique a repris, dans un second temps, ses formulations et ne subît alors pas la censure du juge constitutionnel⁷⁸⁴.

Au-delà de cette disposition, l'ordonnance statutaire apporte des éléments de définition au sein de son article 6. Ce dernier énonce les termes du serment prêté par le magistrat lors de son entrée en fonction : « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat. » Ses devoirs se déclinent donc ici en devoirs de discrétion, de loyauté et de dignité. A l'inverse, l'article 10 énonce les interdictions frappant les magistrats : « Toute délibération politique est interdite au corps judiciaire. Toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. Est également interdite toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions. » En l'espèce, cet article met à la charge du magistrat les devoirs de réserve, de neutralité, et de modération. En tant que représentant de l'autorité judiciaire, celui-ci ne doit pas compromettre l'image de la justice.

285. Les devoirs énoncés par le statut de la magistrature sont assurément marqués d'une empreinte déontologique forte.

La faute disciplinaire s'entend ainsi comme la violation des principes déontologiques s'appliquant à la magistrature. Entourée d'une subjectivité certaine, c'est dans la jurisprudence constructive du Conseil supérieur de la magistrature, que la notion a pu bénéficier d'une certaine objectivation. Au fil de sa jurisprudence, la juridiction disciplinaire

⁷⁸² Loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

⁷⁸³ CC décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *op. cit.* note n° 243.

⁷⁸⁴ CC décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, *op. cit.* note n° 256, cons. n° 24.

s'est appliquée à dresser un véritable catalogue des bons et mauvais comportements en les rattachant aux devoirs s'imposant aux magistrats. Par ailleurs, la publicité s'appliquant à ses décisions l'a incité à « énoncer avec précision et de manière pragmatique »⁷⁸⁵, le contenu de chaque obligation.

286. S'agissant du devoir de réserve, cette notion implique pour le juge de garder une certaine distance et de ne pas faire état d'opinions personnelles⁷⁸⁶ ou professionnelles sur une affaire⁷⁸⁷. S'impose également à lui l'obligation de « garder religieusement le secret du délibéré ». Ainsi le fait de livrer « à un tiers, avant jugement, une information substantielle sur le contenu d'une décision relevant de sa juridiction »⁷⁸⁸, constitue-t-il une atteinte à ce devoir.

287. Par ailleurs, s'apparentent à une méconnaissance des devoirs de son état, l'insuffisance et la carence professionnelles⁷⁸⁹, le refus d'exercer certaines fonctions ayant été assignées à un juge⁷⁹⁰, ou encore le fait de ne pas juger dans un délai raisonnable⁷⁹¹.

⁷⁸⁵ G. Canivet, « *La responsabilité des juges en France*, » *Commentaire*, n° 103, automne 2003, http://www.presaje.com/zwo_info/modules/laresponsabilitedesjugesenfrance1/fichier_a_telecharger

⁷⁸⁶ « Porte une grave atteinte au crédit et à l'image de l'institution judiciaire et des juges, le magistrat qui met publiquement en cause, d'une manière répétée et dans des termes particulièrement outranciers, l'indépendance des magistrats », CSM Sièges, 5 décembre 1993.

⁷⁸⁷ « Constitue un manquement au devoir de réserve qui incombe au magistrat le fait, pour un juge, d'exprimer à la radio son opinion sur une affaire dont il est saisi », CSM Sièges, 8 février 1981 ; « Constitue un manquement à l'obligation de réserve et est de nature à justifier une sanction disciplinaire le fait, pour un magistrat, d'exprimer au cours d'une émission de radio-télévision une opinion sur une affaire dont il avait été saisi », CE 5 mai 1982, req. n° 33724.

⁷⁸⁸ CSM Sièges, 24 juillet 2000.

⁷⁸⁹ « Manque aux devoirs et aux charges de son état de juge, par un comportement caractérisant une grave carence et une insuffisance professionnelle prolongée, le juge d'instruction qui, appelé, comme les autres magistrats instructeurs de la juridiction, à participer à une audience civile mensuelle, a rédigé les jugements dont la rédaction lui avait été confiée dans des délais tels que les délibérés ont dû être prorogés à de nombreuses reprises et que les justiciables ont été contraints d'attendre près d'un an le prononcé de la décision, ou a manifesté une telle inertie que ses collègues ont finalement dû rédiger à sa place certains des jugements qui lui avaient été confiés », CSM Sièges, 27 juin 1991 ; « Est contraire aux devoirs de son état le comportement d'un juge des enfants qui, appelé à participer à certaines activités à caractère juridictionnel du tribunal de grande instance où il siège, a déserté l'audience du tribunal correctionnel qu'il devait présider comme juge unique et celle à laquelle il devait siéger en qualité d'assesseur, après avoir protesté contre la charge supplémentaire qui lui était ainsi imposée, alléguant qu'elle compromettrait l'exercice normal de ses fonctions et attributions propres, alors que, ce faisant, il a manqué d'égards pour les justiciables dûment convoqués et qu'il ne pouvait ignorer la grave perturbation qu'il apportait au fonctionnement de la juridiction, par la nécessité réitérée de renvoyer les affaires ou d'assurer son remplacement dans les plus mauvaises conditions d'urgence, au détriment de l'activité propre des magistrats qui se trouvaient contraints d'y pourvoir », CSM Sièges, 2 juillet 1992 ; « Constituent des manquements aux devoirs de sa charge et en conséquence des fautes disciplinaires au sens de l'article 43 du statut de la magistrature, les carences et négligences d'un président de tribunal de grande instance qui, d'une part, s'absente de son siège pendant la majeure partie de chaque semaine, n'y séjournant que le temps strictement nécessaire à la tenue des audiences, dont l'exemple est suivi par ses assesseurs en sorte qu'aucun magistrat du siège n'est plus présent au tribunal plusieurs jours par semaine, d'autre part, se décharge, à raison de son absentéisme, de la majeure partie de ses attributions juridictionnelles sur ses assesseurs et fait preuve de négligences regrettables dans celles qu'il continue à assumer, en s'abstenant de rédiger la majeure partie de ceux des jugements qu'il n'avait pas confiés au juge doyen et en laissant au personnel du greffe le soin de le faire au vu

Visant une pluralité d'agissements, cette notion trouve application pour toute défaillance professionnelle⁷⁹², ou comportement inapproprié d'un juge⁷⁹³.

Enfin, le manquement aux devoirs de son état peut également être retenu s'agissant de faits sans rapport avec l'office lui-même⁷⁹⁴, ou commis dans le cadre de la vie privée⁷⁹⁵. Bien

d'indications très sommaires, et enfin, substitue au délibéré un système d'échange de notes aboutissant pratiquement à sa suppression », CSM Siège, 3 mars 1960.

⁷⁹⁰ « Constituent un manquement grave aux devoirs de sa charge les faits commis par un magistrat qui, ayant été désigné par une délibération de l'assemblée générale d'un tribunal de grande instance, prise en application de l'article 3, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1274 du 22 décembre 1958, pour exercer temporairement les fonctions de juge des enfants, a refusé de se conformer à cette décision et a fait mentionner ce refus sur le registre des délibérations, puis a persisté dans son refus malgré la notification écrite de la délibération précitée et les représentations qui lui ont été faites par le directeur des services judiciaires pour l'inciter à revenir sur sa décision », CSM Siège, 3 mars 1970.

⁷⁹¹ « Manque aux devoirs de son état le juge qui, saisi de procédures qu'il pouvait et devait juger dans un délai raisonnable, s'abstient pendant des mois, voire des années, de les fixer à une audience, ou prolonge indûment les délibérés, ou encore néglige de rédiger les décisions rendues oralement », CSM Siège, 6 mai 1998 ; « Manque aux devoirs et aux charges de son état de juge, en faisant preuve d'un défaut évident du sens des responsabilités, le juge d'instruction qui délaisse les procédures comme cela ressort des délais excessifs et injustifiés relevés entre la date de sa saisine et celle de sa première intervention et qui ne se préoccupe pas d'assurer le contrôle réel et efficace de l'action des personnes ou services à qui il a délégué partie de ses pouvoirs et prérogatives de juge d'instruction, en n'apportant pas une attention suffisante à l'exécution des nombreuses commissions rogatoires et ordonnances de sub-délégation qu'il a délivrées », CSM Siège, 27 juin 1991.

⁷⁹² « Constituent des manquements répétés aux devoirs de l'état de magistrat et à la dignité attachée à ses fonctions, et portent atteinte à l'image et au crédit de l'institution judiciaire : - le fait, pour un magistrat, d'avoir provoqué des retards fréquents, importants et injustifiés dans le prononcé des jugements soumis à sa motivation, d'avoir manqué de ponctualité et de disponibilité pour le service de la juridiction, avec des absences inopinées, d'avoir fait preuve de désinvolture dans la fixation des audiences et suspendu celles-ci de manière injustifiée pour des raisons et démarches personnelles, - le fait, pour un magistrat, de s'être placé dans un état d'insolvabilité devenu notoire au sein même de la juridiction où il exerce ses fonctions et parmi les professions judiciaires locales, dès lors que cette circonstance, si elle relève de la vie privée, a atteint son autorité juridictionnelle, - le fait, pour un magistrat, d'avoir fait état de cette qualité dans des différends ou pour des sollicitations d'ordre privé. De tels faits, même appréciés au regard des difficultés d'ordre médical de l'intéressé, caractérisent des fautes disciplinaires », CSM Siège, 24 novembre 2005 ; « Manque gravement aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse et à la dignité et n'a plus sa place dans le corps judiciaire un magistrat qui, d'une part, abuse de ses fonctions pour percevoir des taxes illégales, d'autre part, à la faveur de la confiance que ses fonctions inspirent, s'approprie une somme importante appartenant à des mineurs dont il avait mission - sous la responsabilité de l'Etat - de sauvegarder les intérêts, retire, de surcroît, la provision des chèques qu'il a émis en remboursement de ces sommes, et qui, par de tels agissements, se déconsidère et déconsidère la justice aux yeux des justiciables », CSM Siège, 21 mars 1972.

⁷⁹³ « Manque à la fois aux devoirs de son état et à la dignité le magistrat qui a hébergé ou reçu en pleine connaissance de cause à son domicile des toxicomanes ou des repris de justice et qui a aidé certains d'entre eux à se soustraire à d'éventuelles recherches », CSM Siège, 11 janvier 1980 ; « Le comportement, lié à un état de dépendance alcoolique, d'un magistrat du siège qui a été à l'origine d'incidents publics, graves et répétés au sein de la juridiction où il venait de prendre ses fonctions, qui a donné de sa personne et de l'institution judiciaire une image dégradée, est constitutif de manquements aux devoirs de son état de magistrat et à la dignité qui y est attachée. », CSM Siège, 13 juillet 2001 ; « En quittant avant l'arrivée des gendarmes les lieux d'un accident de la circulation ayant entraîné de graves blessures pour la victime et dans lequel l'automobile qu'il conduisait était impliquée, puis en refusant de se soumettre aux vérifications habituelles imposées aux conducteurs en cas d'accident corporel, en arguant de sa qualité de président de chambre d'une cour d'appel et en différant ainsi la possibilité de vérifier son taux d'imprégnation alcoolique, le magistrat a adopté une attitude d'obstruction contraire aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse et à la dignité, de tels manquements étant d'autant plus graves qu'ils émanent d'un magistrat ayant assuré la présidence d'une formation de la cour d'appel spécialement compétente en matière de délinquance routière », CSM Siège, 18 juillet 2003 ; « En jugeant que le fait, pour un magistrat, après avoir provoqué un accident de la circulation, de s'être soustrait aux contrôles de la police en invoquant sa qualité de magistrat constituait des manquements contraires aux devoirs d'un magistrat, à l'honneur, à la délicatesse et à la dignité, situation qui était de nature à justifier une sanction, le Conseil supérieur de la magistrature n'a pas entaché sa décision d'une erreur de qualification », CE, 28 juillet 2004, req. n° 260760.

qu'en principe, le Conseil supérieur de la magistrature estime que de telles manifestations « ne relèvent pas, par elles-mêmes, de l'action disciplinaire »⁷⁹⁶, il retient que de tels agissements, bien qu'exercés au sein de la sphère privée, sont susceptibles de déshonorer l'autorité judiciaire et de jeter le discrédit sur la justice⁷⁹⁷. Dans ce sens, « tout juge doit donner l'exemple du civisme ; sa qualité implique responsabilité et non privilège ; il doit considération à ceux qui, à ses côtés, concourent à faire appliquer la loi ; le comportement d'un magistrat qui témoigne, à l'égard des militaires de la gendarmerie, une désinvolture insolente, est incompatible avec le sens des responsabilités et la conscience que doit avoir un juge de ses devoirs »⁷⁹⁸. Selon une appréciation similaire, l'exigence de probité - qui s'entend comme la rigueur dont doit faire preuve le juge - s'apprécie tant à l'occasion de son office⁷⁹⁹ que dans le cadre de la vie privée⁸⁰⁰.

288. Par principe interne au corps de la magistrature, la responsabilité disciplinaire s'ouvre pourtant à l'extérieur, notamment à travers un véritable effort de transparence quant à sa mise en œuvre.

La quête de transparence fut amorcée par le Conseil supérieur de la magistrature. En effet, c'est à l'occasion de son rapport d'activités pour l'année 1999, que celui-ci prit l'engagement, et alors même que communiquer à ce propos était défendu⁸⁰¹ de publier

⁷⁹⁴ « Caractérise un manquement aux devoirs de son état le comportement d'un magistrat qui réalise, de manière habituelle, des prises de vue photographiques de modèles, dont certains sont dévêtus, dans la salle d'audience d'un tribunal de grande instance, nonobstant ses explications sur le caractère artistique de ces clichés et sur la qualité esthétique, historique et généralement publique du lieu où ils ont été pris », CSM Sièges, 28 février 2002.

⁷⁹⁵ « Manque aux devoirs de son état et porte atteinte à sa dignité de magistrat le juge qui, quel que soient les motifs de son comportement, fréquente régulièrement des prostituées ainsi que des personnes douteuses, dans des conditions équivoques, et invoque ou utilise ses fonctions à l'occasion d'activités qui leurs sont étrangères », CSM Sièges, 8 juin 1988.

⁷⁹⁶ CSM Sièges 28 mars 1996.

⁷⁹⁷ « Manque aux devoirs de son état et à la dignité de ses fonctions le magistrat qui a commis des violences volontaires sur sa concubine et détenu illégalement une arme de la quatrième catégorie ; en outre par la publicité donnée à ces faits, le comportement adopté par ce magistrat à l'égard de sa concubine - membre du barreau local -, qui s'est manifesté dans le ressort où il exerce ses fonctions, a eu un retentissement sur l'organisation du service tout en portant atteinte au crédit de ce magistrat », CSM Sièges, 15 mai 2001.

⁷⁹⁸ CSM Sièges, 5 janvier 1994.

⁷⁹⁹ « Tout magistrat doit présenter dans son comportement la rigueur morale et faire montre de la probité sans lesquelles il n'est pas convenable d'exercer des fonctions juridictionnelles », CSM, 19 juin 1995.

⁸⁰⁰ « Le fait, pour un magistrat, de falsifier un imprimé à en-tête d'un établissement hospitalier pour fabriquer de fausses ordonnances médicales, de se procurer alors à plusieurs reprises un médicament anorexigène de type amphétaminique dont il faisait usage depuis plusieurs années et dont il estimait avoir besoin, et de commettre ainsi les infractions prévues et réprimées par les articles 441-1 et 441-10 du Code pénal pour lesquelles il a été condamné pénalement, constitue un manquement à la probité », CSM Sièges, 2 avril 1999.

⁸⁰¹ L'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse disposait : « Il est interdit [...] de publier aucune information relative aux travaux et délibérations du Conseil supérieur de la magistrature. Pourront toutefois être publiées les informations communiquées par le président ou le vice-président dudit conseil ». De même les articles 57 et 65 prescrivaient le huis clos pour l'audience disciplinaire.

régulièrement ses décisions « et, avec l'accord du garde des Sceaux, les avis qu'il émet en matière disciplinaire »⁸⁰².

La publicité de la procédure disciplinaire a été consacrée par la loi du 25 juin 2001⁸⁰³, le magistrat poursuivi pouvant, néanmoins, solliciter le huis clos, requête à laquelle le Conseil n'est pas tenu d'accéder⁸⁰⁴.

Aussi le fait pour « l'opinion citoyenne de suivre les débats relatifs à un manquement disciplinaire imputé à un magistrat et de s'assurer que les faits, s'ils sont prouvés, ont été sanctionnés par une peine proportionnée aux manquements »⁸⁰⁵ participe-t-il au rétablissement du crédit de la justice. C'est suivant cette logique, que le Conseil supérieur de la magistrature a entrepris de livrer à travers ses décisions un véritable guide professionnel dont la publication permet non seulement de mettre fin à la confidentialité de la responsabilité disciplinaire, mais, plus encore, d'offrir une pédagogie à l'adresse des magistrats. C'est ainsi que celui-ci offre la possibilité de consulter l'ensemble des décisions et avis rendus depuis sa création sur son site internet. Grâce à un effort de précision et une certaine conscience de la subjectivité de certains devoirs des magistrats⁸⁰⁶, le Conseil supérieur de la magistrature s'est, en effet, évertué à délivrer un véritable guide professionnel tant au regard de l'opération intellectuelle de qualification de la faute que de l'appréciation des faits ayant conduit à la sanction. Il s'agit ainsi de mettre en lumière non seulement l'attitude, le comportement contraire aux valeurs et devoirs de la magistrature que de livrer un enseignement et une source de réflexion aux magistrats.

⁸⁰² CSM, *Rapport d'activités 1999*, La documentation française, p. 130.

⁸⁰³ Selon l'article 19 de la loi du 25 juin 2001, « l'audience du conseil de discipline est publique. Toutefois, si la protection de l'ordre public ou de la vie privée l'exigent, ou s'il existe des circonstances spéciales de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice, l'accès de la salle d'audience peut être interdit au public pendant la totalité ou une partie de l'audience, au besoin d'office, par le conseil de discipline. [...] La décision, qui doit être motivée, est rendue publiquement ».

⁸⁰⁴ Il a ainsi pu décider que « sous réserve de l'existence de circonstances spéciales de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice, la protection de l'ordre public ou de la vie privée du magistrat poursuivi n'exige pas que l'accès à la salle d'audience soit interdit au public pendant tout ou partie des débats » (CSM Siège 9 janvier 2002 ; dans le même sens, voir : CSM Siège, 30 avril 2004 ; CSM Siège, 27 septembre 2005). Par exemple, « n'entrent pas dans les dérogations limitativement prévues par l'article 57 [...] de l'ordonnance du 22 décembre 1958 » le cas où les faits concerneraient des mineurs (CSM Siège, 28 février 2002).

⁸⁰⁵ G. Canivet, « *La conception française de la déontologie des magistrats* », in D. Salas et H. Epineuse (dir.), *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, op. cit. note n° 441, p. 117.

⁸⁰⁶ « L'étude des décisions ainsi rendues sur une période de 46 ans permet de constater qu'à partir de sources textuelles réduites, l'autorité disciplinaire a défini le contenu de devoirs spécifiques à chaque fonction et surtout de devoirs dits fondamentaux, extrêmement variés, qui s'imposent à tous les magistrats, juges et procureurs, et auxquels ceux-ci ne peuvent déroger sous peine de sanctions disciplinaires », CSM, *Rapport d'activités 2006*,

http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/all/themes/csm/rapports/RAPPORT_MAGISTRATURE_2006.pdf p. 67-68.

289. Séduit et convaincu de la portée de cette démarche, le législateur organique a invité le Conseil supérieur de la magistrature, au sein de l'article 18 de la loi du 5 mars 2007⁸⁰⁷, à élaborer et rendre public un recueil des obligations déontologiques des magistrats.

290. Jouant de concert, déontologie et discipline permettent de dépeindre le comportement attendu de la part des magistrats.

Au-delà du cadre professionnel, la responsabilité disciplinaire touche également ceux qui y sont étrangers en ce qu'elle leur garantit le respect des obligations prescrites, lesquelles influent sur la prestation sollicitée. A travers la faute du juge, c'est certes la profession toute entière qui s'en trouve affectée, mais également le justiciable en ce qu'il n'aura pas bénéficié des garanties – notamment déontologiques – auxquelles il pouvait légitimement prétendre. La responsabilité disciplinaire tend ainsi à se tourner vers l'extérieur, dans un rapport de garantie de « prestation ». Or, si dans un premier temps, la responsabilité disciplinaire s'est dévoilée au regard extérieur, celle-ci a subi une véritable démocratisation à l'aune des récentes réformes.

B. La démocratisation de la responsabilité disciplinaire

291. La question de la démocratisation de la responsabilité disciplinaire a constitué un enjeu de réforme récurrent.

Notamment, la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement souleva la question de l'immixtion des justiciables dans la sphère disciplinaire⁸⁰⁸. A cet égard, elle préconisait non pas la saisine directe du Conseil supérieur de la magistrature - ce qui « ne manquerait pas de le submerger »⁸⁰⁹ - mais de « faire appel à une structure de filtrage préalable, dans la mesure où toutes les plaintes ne seraient pas recevables et où toutes ne relèveraient pas, par nature, du contentieux disciplinaire »⁸¹⁰. Bien qu'admettant l'intérêt d'une commission *ad hoc*, elle marqua sa préférence pour un recours au

⁸⁰⁷ « Chaque formation du Conseil supérieur peut charger un ou plusieurs de ses membres de missions d'information auprès de la Cour de cassation, des cours d'appel, des tribunaux et de l'Ecole nationale de la magistrature. Tous les ans, le Conseil supérieur de la magistrature publie le rapport d'activité de chacune de ses formations. Il élabore et rend public un recueil des obligations déontologiques des magistrats ».

⁸⁰⁸ Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, n° 3125, 6 juin 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp>

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 475.

⁸¹⁰ *Ibid.*

médiateur de la République. Toutefois la reprise par le législateur de cette proposition au sein de l'article 21 de sa proposition de loi fut rejetée par le Conseil constitutionnel lors de sa décision du 1^{er} mars 2007⁸¹¹.

292. Cette disposition, qui entérinait la proposition n° 71 du rapport de la commission Vallini⁸¹², prévoyait que soit inséré au sein du statut de la magistrature un nouvel article 48-2, selon lequel toute personne physique ou morale estimant, à l'occasion d'une affaire la concernant, que le comportement d'un magistrat était susceptible de constituer une faute disciplinaire, pouvait directement saisir le médiateur de la République. Bien qu'aux termes du texte, celui-ci n'aurait pas eu vocation à porter une quelconque appréciation sur l'activité juridictionnelle elle-même⁸¹³, il aurait néanmoins pu solliciter auprès des présidents des cours d'appel ou procureurs généraux tous les renseignements nécessaires à son enquête⁸¹⁴. Or, une telle proposition aurait engendré une véritable « confusion des genres »⁸¹⁵ en ce qu'elle aurait autorisé « l'empiètement de l'administration sur une activité juridictionnelle »⁸¹⁶. La censure du Conseil constitutionnel semblait donc inéluctable. C'est en considérant que « l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions »⁸¹⁷ devaient interdire tout empiètement du législateur, ou du gouvernement, ou d'une quelconque autorité administrative⁸¹⁸ sur l'activité judiciaire, que les Sages rejetèrent cette disposition. Dans la droite ligne de ses jurisprudences antérieures⁸¹⁹, le Conseil retint que le principe d'indépendance devait interdire l'immixtion d'autorités administratives au sein de l'activité des juridictions. Qualifiée d'« usine à gaz »⁸²⁰ et instaurant « un véritable système de dénonciation, sans autre fondement que le sentiment du justiciable, sans la

⁸¹¹ CC, décision n° 2007-251 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*.

⁸¹² Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, *op. cit.* note n° 808, p. 521.

⁸¹³ CC, décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, cons. n° 11.

⁸¹⁴ *Ibid.*

⁸¹⁵ Note sous CC décision n° 2007-251 DC du 1^{er} mars 2007, « *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats* », *Cahiers du constitutionnel*, 2007 n° 22, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/pdf_cahiers/cccc22.pdf, p. 111.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ CC, décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*.

⁸¹⁸ CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Validation d'actes administratifs*.

⁸¹⁹ CC, décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*.

⁸²⁰ S. Guinchard, « *Les responsabilités encourues pour dysfonctionnement du service public de la justice civile* », *op. cit.* note n° 357.

garantie d'une constatation préalable par une juridiction, d'une faute caractérisée »⁸²¹, cette procédure fut toutefois partiellement reprise à l'occasion des récentes réformes (1), à l'égard desquelles noter avis est réservé (2).

1) De la saisine du Conseil supérieur de la magistrature par le justiciable

293. La question de la saisine du Conseil supérieur de la magistrature par les justiciables permettrait de lever le voile de la suspicion et du secret, tout en permettant aux citoyens de pouvoir directement se plaindre du comportement manifestement fautif d'un magistrat.

Lorsque le comité Balladur réfléchit à la possibilité pour les justiciables d'intervenir dans la sphère disciplinaire, il opta sagement pour l'institution d'une commission de filtrage. L'une de ses 77 propositions était en ce sens « que le Conseil soit véritablement mis en mesure d'apporter des réponses disciplinaires aux désordres qui, survenant dans le service public de la justice, mettent en cause non pas le fond des décisions de justice mais le respect des garanties procédurales, et le comportement professionnel des magistrats. A cette fin, le législateur organique devrait prévoir que le Conseil puisse être saisi par les justiciables eux-mêmes [...] de requêtes visant de tels cas, à charge pour le Conseil d'instruire ces demandes, après avoir sélectionné celles d'entre elles qui le justifient, avec le concours de la direction des services judiciaires de la Chancellerie et de leur réserver la suite disciplinaire qu'elles lui paraîtront devoir comporter »⁸²².

294. Entérinant certaines propositions doctrinales⁸²³ ainsi, que les avis recueillis de certains hauts magistrats⁸²⁴, la nouvelle rédaction de l'article 65 retient dorénavant que « le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable dans les conditions

⁸²¹ S. Guinchard, « *Les responsabilités encourues pour dysfonctionnement du service public de la justice civile* », *op. cit.* note n° 357.

⁸²² *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République*, proposition n° 72, p. 83, <http://www.comite-constitutionnel.fr/actualites/?mode=details&id=48>

⁸²³ « Une connexion entre les réclamations des citoyens et la procédure disciplinaire implique de prévoir un « filtre » ou plus exactement un organe intermédiaire qui préciserait les circonstances des faits dénoncés dans les plaintes et écarteraient ces dernières lorsque les investigations ne confirment pas l'existence de faits justifiant les poursuites et, en revanche, engagerait ces dernières dans le cas inverse », D. Ludet, « *A propos de la responsabilité des magistrats* », *Gaz. Pal.* 2005, p. 3064.

⁸²⁴ Notamment D. N. Commaret, in *Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, *op. cit.* note n° 808, p. 72.

fixées par une loi organique ». Le texte indique l'institution d'une commission interne au Conseil qui aurait alors vocation à filtrer les réclamations des justiciables, et non d'un organe intermédiaire, comme on avait pu l'envisager par le passé⁸²⁵. En effet, l'article 25 de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution consacre l'insertion de l'article 50-3 au sein de l'ordonnance du 22 décembre 1958, lequel dispose notamment : « Tout justiciable qui estime qu'à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant le comportement adopté par un magistrat du siège dans l'exercice de ses fonctions est susceptible de recevoir une qualification disciplinaire peut saisir le Conseil supérieur de la magistrature ». A cet égard, « la plainte [sera] d'abord examinée par une section du Conseil supérieur composée de membres de la formation compétente à l'égard des magistrats du siège »⁸²⁶ et « le président de la section [pourra] rejeter les plaintes manifestement abusives ou irrecevables »⁸²⁷. Dans le cas contraire, la section compétente devra solliciter « du premier président de la cour d'appel ou du président du tribunal supérieur d'appel dont dépend le magistrat mis en cause ses observations et tous éléments d'informations utiles. Le premier président de la cour d'appel ou le président du tribunal supérieur d'appel invite le magistrat à lui adresser ses observations. Dans le délai de deux mois de la demande qui lui en est faite par la section du Conseil supérieur, le premier président de la cour d'appel ou le président du tribunal supérieur d'appel adresse l'ensemble de ces informations et observations au Conseil supérieur de la magistrature, ainsi qu'au garde des Sceaux, ministre de la justice. Lorsqu'elle estime que les faits sont susceptibles de recevoir une qualification disciplinaire, la section du Conseil supérieur renvoie l'examen de la plainte à la formation compétente pour la discipline des magistrats du siège »⁸²⁸.

295. Ainsi les nouvelles dispositions ont-elles pour objet d'instituer une commission d'admission des requêtes⁸²⁹ ayant pour fonction d'examiner la recevabilité des plaintes émises

⁸²⁵ L'ancien projet de loi organique prévoyait l'instauration d'une commission nationale des plaintes composée d'un magistrat de la Cour de cassation, d'une personnalité désignée par le médiateur de la République et d'une personnalité désignée par les présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale qui aurait alors rendu une décision insusceptible de recours, par laquelle elle aurait décidé soit de ne pas donner suite à la plainte, soit de la transmettre au garde des Sceaux et aux chefs de cour concernés, lesquels auraient eu la possibilité d'engager les poursuites disciplinaires par la saisine du Conseil supérieur de la magistrature.

⁸²⁶ Article 50-3 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, créée par l'article 25 de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ Article 18 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature : « L'examen des plaintes dont les justiciables saisissent le Conseil supérieur de la magistrature est confié à une ou plusieurs commissions d'admission des requêtes. Chaque commission d'admission des requêtes est composée,

par des justiciables à l'encontre de juges dont le comportement serait contraire aux devoirs de leur état. Composée de quatre membres – deux magistrats et deux personnalités qualifiées – désignés chaque année par le Premier président de la Cour de cassation, cette commission pourra valablement délibérer en présence de trois de ses membres. Si au moins deux d'entre eux se prononcent en faveur du renvoi devant la section disciplinaire, le Conseil supérieur de la magistrature sera saisi aux fins de statuer sur l'éventuelle qualification disciplinaire des faits reprochés. Toutefois, les membres ayant eu à se prononcer sur la recevabilité de l'affaire ne pourront alors siéger en son sein.

296. Selon l'article 50-3 de l'ordonnance statutaire, trois éléments sont prescrits quant à la validité de la plainte elle-même. D'une part, celle-ci ne peut viser qu'un magistrat du siège dont la faute aurait été commise à l'occasion de l'exercice de ses fonctions concernant le justiciable, auteur de la saisine. D'autre part, celle-ci ne saurait être présentée au-delà d'un délai d'un an suivant l'énoncé de la « décision irrévocable mettant fin à la procédure ». Enfin, elle doit précisément détailler « les faits et griefs allégués », et être signée par le justiciable, lequel aura pris soin d'« indiquer son identité, son adresse ainsi que les éléments permettant d'identifier la procédure en cause ».

Ne constituant aucunement une cause de récusation, la saisine de la commission des requêtes ne doit pas troubler la poursuite de la procédure litigieuse. A cet égard, le Conseil constitutionnel⁸³⁰ a estimé contraire à la Constitution la réserve selon laquelle la plainte pourrait être dirigée contre un magistrat demeurant saisi de la procédure si « compte tenu de la nature de la procédure et de la gravité du manquement évoqué, la commission d'admission des requêtes [estimait] qu'elle [devait] faire l'objet d'un examen au fond »⁸³¹. Si « aucune exigence constitutionnelle n'interdit que la plainte d'un justiciable susceptible d'entraîner une

pour chaque formation du Conseil supérieur, de quatre de ses membres, deux magistrats et deux personnalités extérieures au corps judiciaire, désignés chaque année par le président de la formation.

Le président de la commission d'admission des requêtes est désigné par le président de la formation.

Les membres de la commission d'admission des requêtes ne peuvent siéger dans la formation siégeant en matière disciplinaire lorsque celle-ci est saisie d'une affaire qui lui a été renvoyée par la commission d'admission des requêtes à laquelle ils appartiennent ou lorsque le Conseil supérieur de la magistrature est saisi, par les autorités mentionnées aux articles 50-1, 50-2 et aux deux premiers alinéas de l'article 63 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, de faits identiques à ceux invoqués par un justiciable dont la commission d'admission des requêtes a rejeté la plainte.

La commission d'admission des requêtes examine les plaintes présentées par les justiciables, dans les conditions prévues aux articles 50-3 et 63 de la même ordonnance.

La commission d'admission des requêtes délibère valablement si trois de ses membres sont présents.

Elle se prononce à la majorité des voix. En cas de partage égal des voix, l'examen de la plainte est renvoyé à la formation compétente du Conseil supérieur ».

⁸³⁰ CC, décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*.

⁸³¹ *Ibid.*, cons. 21 et 22.

procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat puisse être déclarée recevable alors même que ce dernier [...] demeure saisi de la procédure à l'occasion de laquelle la plainte est déposée »⁸³², « il appartient,[toutefois] au législateur organique d'adopter les garanties appropriées pour que la mise en oeuvre de cette procédure ne porte pas atteinte à l'impartialité des magistrats mis en cause ou à leur indépendance à l'égard des parties à la procédure et ne méconnaisse pas l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice »⁸³³. En l'espèce, les Sages relèvent qu'aucune garantie n'a été prévue par le législateur organique « pour que la recevabilité d'une plainte d'un justiciable à l'encontre d'un magistrat qui demeure saisi de la procédure ne porte pas atteinte aux principes d'impartialité et d'indépendance des magistrats et ne méconnaisse pas l'objectif de bonne administration de la justice »⁸³⁴. En l'état des dispositions prévues par le législateur organique, un magistrat toujours saisi de la procédure litigieuse ne saurait être visé par la plainte d'un justiciable.

297. Nonobstant cette sage analyse, et les précautions entourant cette saisine, le risque que celle-ci ne devienne une voie de contestation de l'activité juridictionnelle demeure prégnant.

2) Du risque pesant sur l'indépendance de la magistrature

298. En faisant peser une suspicion latente sur l'office du juge, une telle procédure attente à la sérénité et à l'indépendance devant bénéficier à la magistrature. La crainte qu'un justiciable déçu par une décision rendue à son encontre ne cherche à s'en venger par le biais de cette nouvelle procédure est à redouter.

Le risque d'un débordement non plus au regard des motifs de la requête, mais dans le nombre de saisine est également à craindre. Certes, on ne saurait critiquer la mise en oeuvre d'une procédure en prétextant le succès auquel elle semble prédestinée. Ce n'est pas le fait que cette saisine puisse effectivement mettre en exergue et sanctionner les mauvais comportements qui soit à redouter – au contraire – mais, plutôt, que la mise en oeuvre de la responsabilité disciplinaire ne se mue en un moyen mis au service d'une certaine vindicte populaire.

⁸³² CC, décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*, cons. n° 21.

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ *Ibid.*, cons. 22.

299. Placé sous le joug d'une culpabilisation latente, la dernière réforme ne répond pas aux problématiques de la responsabilité juridictionnelle. N'envisageant celle-ci que sous l'angle de la sanction individuelle du juge fautif, elle omet de replacer le dommage subi dans son contexte : l'activité juridictionnelle. Œuvrant dans le sens d'une personnification de celle-ci, la dernière réforme relative à la responsabilité disciplinaire ne peut constituer la réponse à la problématique de la responsabilité juridictionnelle.

300. Enfin, le risque d'une sanction relevant davantage de l'équité que du droit demeure. A cet égard, relevons le cas du juge Burgaud. Nul besoin n'est ici de revenir sur les détails du drame d'Outreau. Toutefois, à la suite de ce désastre, le Conseil supérieur de la magistrature examina – sur saisine du garde des Sceaux – vingt griefs invoqués à l'encontre de ce magistrat instructeur⁸³⁵. Sans pour autant admettre la commission d'une faute disciplinaire, il estima que le cumul de « négligences, maladresses et défauts de maîtrise dans les techniques d'audition et d'interrogatoire » justifiait le prononcé d'une réprimande, c'est-à-dire de la sanction la moins sévère pouvant être prononcée à l'égard d'un magistrat⁸³⁶. Bien qu'aucune faute en tant que telle n'ait été constituée, le Conseil supérieur de la magistrature - acculé aux pressions extérieures (citoyennes, politiques et médiatiques) – n'avait d'autres choix que le prononcé d'une sanction.

301. Bien qu'elle réponde précisément aux prescriptions de la Charte européenne sur le statut des juges⁸³⁷, la dernière réforme ressort, à notre sens, davantage de la réformette en ce qu'elle ambitionne de résoudre un problème sociétal sensible sans en prendre toute la mesure. Car celle-ci est bien plus vaste que la vision qu'en a eue le législateur. La seule véritable voie à prôner aux fins de répondre aux enjeux de la question de la responsabilité du juge, tout en satisfaisant aux attentes des justiciables, est d'admettre, certes, que la justice puisse se tromper du fait du comportement fautif d'un juge, mais qu'au surplus, ce mal jugé puisse constituer un préjudice.

⁸³⁵ CSM Siège, 24 avril 2009.

⁸³⁶ Article 45 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature du 22 décembre 1958.

⁸³⁷ Celle-ci énonce notamment en son article 5.3 que « toute personne doit avoir la possibilité de soumettre sans formalisme particulier sa réclamation relative au dysfonctionnement de la justice dans une affaire donnée à un organisme indépendant. Cet organisme a la faculté, si un examen prudent et attentif fait incontestablement apparaître un manquement [...] de la part d'un juge ou d'une juge, d'en saisir l'instance disciplinaire ou à tout le moins de recommander une telle saisine à une autorité ayant normalement compétence, suivant le statut, pour l'effectuer ».

Chapitre 2nd : L'admission d'un nouveau régime de responsabilité

302. Il est communément admis que l'activité juridictionnelle ne saurait fonder une quelconque action en responsabilité⁸³⁸, celle-ci ne pouvant s'incarner qu'à travers l'exercice des voies de recours. En ce sens, le Conseil supérieur de la magistrature retient qu'il ne saurait porter une quelconque « appréciation sur les actes juridictionnels des juges, lesquels relèvent de leur conscience et du seul pouvoir de ceux-ci de juger, sous réserve de l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige »⁸³⁹.

303. Ainsi le mal jugé ne saurait-il actuellement constituer un préjudice. Le cœur même de la fonction juridictionnelle – la décision juridictionnelle – demeure exclu du champ de la responsabilité. Pourtant, « trancher les litiges conformément aux règles de droit » n'est-il pas le premier devoir du juge ? L'Etat n'a-t-il pas vocation à garantir le droit pour tout justiciable au respect de la légalité par le juge ? Le fait de s'être vu infliger une mauvaise décision de justice par un magistrat, qui s'il avait été soucieux de ses devoirs, n'y eut pas été entraîné ne constituerait-il pas, en ce sens, le préjudice même du justiciable ? C'est sous le prisme de ces questionnements et au regard même des principes sociétaux fondamentaux que la question de l'institution d'un nouveau régime de responsabilité se pose.

304. À cet égard, l'enjeu de la responsabilité juridictionnelle consisterait à réparer et sanctionner le dysfonctionnement né de l'application fautive de la règle de droit. Si le mal jugé peut disparaître à la suite de l'exercice des voies de recours, la faute à l'origine de celui-ci n'est, d'une part, pas sanctionnée, alors que, d'autre part, demeure le préjudice né de l'atteinte au droit au respect de la légalité auquel chacun devrait légitimement prétendre. C'est ainsi que de l'énoncé d'une telle responsabilité (*Section 1*), à sa mise en œuvre effective (*Section 2*) découlerait l'institution d'un système permettant d'appréhender de façon globale le préjudice constitué par un mal jugé.

⁸³⁸ Cass. civ. 1^{ère} 9 décembre 1981, *op. cit.* note n° 76.

⁸³⁹ CSM Siège, 20 juillet 1994.

Section 1 : Reconnaissance d'une responsabilité juridictionnelle

305. Par principe, trois conditions cumulatives sont nécessaires à la mise en jeu de la responsabilité : un préjudice, un fait générateur et un lien de causalité entre ces deux derniers. Que l'on se place du côté du droit privé ou du droit public, l'exigence de ces trois conditions est constante. A travers la responsabilité juridictionnelle (*Paragraphe 1*), il s'agirait, par conséquent, d'admettre l'imputabilité (*Paragraphe 2*) du préjudice que constituerait un mal jugé dans une double perspective de réparation et de sanction. En admettant que « le concept de responsabilité exprime [...] l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou de supporter la sanction d'une violation de la règle »⁸⁴⁰, l'énoncé d'une responsabilité juridictionnelle se justifie.

§ 1 : Les conditions de la responsabilité juridictionnelle

306. L'objet de la responsabilité juridictionnelle consisterait à reconnaître qu'un mal jugé puisse constituer, en tant que tel, un préjudice (**A**). Le fait de s'être vu infliger une décision manifestement illégale constituerait le dommage à réparer et le fait à sanctionner (**B**). L'action en responsabilité serait dès lors ouverte à tout justiciable lésé dans son droit au respect de la légalité par la décision du juge.

A. Le préjudice constitué par l'atteinte à la légalité

307. Instituer un droit au respect de la légalité permettrait de sanctionner la violation directe de la règle de droit – par le juge – au sein d'une décision juridictionnelle (**I**). En ce sens, et selon certaines modalités (2), on pourrait admettre qu'une mauvaise interprétation ou application de la règle de droit constituerait un préjudice pour les justiciables ; ces derniers méritant le bénéfice d'une décision respectant la légalité.

840

http://www.enm.justice.fr/centre_de_ressources/dossiers_reflexions/responsabilite/responsabilite2.htm

1) La reconnaissance d'un droit au respect de la légalité

308. A l'instar de ce que prévoit le droit administratif à travers le recours pour excès de pouvoir, la mauvaise interprétation de la règle de droit aurait vocation à fonder une action en responsabilité juridictionnelle. Du « procès fait à un acte » qu'incarne le recours pour excès de pouvoir, la responsabilité juridictionnelle s'entendrait comme le « procès fait à un mal jugé ». Toutefois, en tant que tel le régime envisagé ne saurait s'entendre comme un recours, mais bien comme d'une action en responsabilité. En effet, seules les voies de recours permettent de remettre en cause la chose jugée, alors qu'une action en responsabilité viserait à réparer et sanctionner le dommage subi. Aussi consacrer un droit au respect de la légalité signifierait-il que son non-respect constitue un préjudice pour lequel s'ouvrirait une action en responsabilité.

309. Le droit au respect de la légalité s'entendrait comme le devoir pour le juge de rendre des décisions inscrites dans le droit, « légales ». En ce sens, le non-respect de celui-ci constituerait un dommage ouvrant alors droit à réparation. Le droit au respect de la légalité se trouverait ainsi sanctionné par la constatation de sa violation par le juge. L'atteinte à ce droit reconnu au justiciable, la méconnaissance de ce devoir par le juge ne saurait, toutefois, être caractérisée que par une décision de justice.

Alors qu'il appartiendrait au juge saisi par l'exercice d'une voie de recours de se prononcer sur la correcte application de la règle de droit, celui qui aura à connaître de l'action en responsabilité devra vérifier le caractère fautif de la méconnaissance de la règle de droit précédemment entérinée. Ainsi une interprétation erronée de la règle de droit constituerait-elle un préjudice pour les justiciables, lesquels en s'en remettant à la justice sont légitimement fondés à exiger une décision inscrite dans la légalité. La violation de la règle de droit par un juge, son inexacte application, le non respect de la légalité constitueraient autant de motifs d'engagement de la responsabilité juridictionnelle, en ce que le droit au respect de la légalité, auxquels peuvent légitimement prétendre les justiciables, aurait été bafoué.

La détermination erronée de la règle de droit à appliquer, ou une méconnaissance, violation quant à son sens et à sa portée s'entendraient comme d'un préjudice devant être réparé et sanctionné. En ce sens, dénaturer la règle de droit constituerait une faute.

2) L'étendue du droit au respect de la légalité

310. Le fait générateur de la responsabilité juridictionnelle correspondrait à la violation d'une règle de droit ; toutefois toute violation ne saurait automatiquement donner lieu à la reconnaissance de la responsabilité juridictionnelle, c'est-à-dire donner droit à sanction et réparation. Il importe, à cet égard, que la violation soit suffisamment caractérisée, c'est-à-dire qu'elle consiste en une méconnaissance grave et manifeste de la part du juge.

Enoncer un droit au respect de la légalité risquerait d'aboutir à reconnaître que toute décision censurée par le biais de l'exercice des voies de recours serait susceptible de fonder une action en responsabilité juridictionnelle. Une telle consécration induirait une identité de principe entre l'annulation ou réformation d'une décision manifestement illégale et le préjudice lui-même. Or cela emporterait de graves conséquences, en ce que cette conception conduirait « à priver le juge de toute initiative dans l'opération d'interprétation et d'application de la loi aux faits de la cause »⁸⁴¹, de tout élan et de toute audace jurisprudentielle. Admettre de manière automatique que le préjudice puisse résulter d'un quelconque mal jugé nuirait indéniablement à la fonction juridictionnelle. A cet égard, celui-ci mérite d'être strictement circonscrit.

311. En premier lieu, le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond, conjugué au pouvoir d'interprétation du juge impliquerait d'écarter du champ de la responsabilité juridictionnelle l'erreur d'interprétation. Afin de préserver la *jurisdictio*, cela paraîtrait tout à fait légitime. Toutefois, l'éventualité selon laquelle une erreur d'interprétation ou d'appréciation puisse résulter d'une attitude manifestement légère du magistrat⁸⁴² demeure. Si un tel cas était avéré, alors la responsabilité juridictionnelle devrait pouvoir être actionnée. Certes, il s'agirait de sanctionner une mauvaise application de la loi mais précisément parce que celle-ci résulterait d'un comportement fautif.

C'est ainsi que faire application d'une « interprétation abandonnée de la loi » ne suffirait pas en tant que tel à caractériser une faute susceptible d'engager la responsabilité juridictionnelle. A cet égard, il est intéressant de relever que la Cour de cassation a pu estimer, lors d'une jurisprudence relativement récente, que « le seul énoncé d'une interprétation abandonnée de la loi [...] ne [suffisait] pas à caractériser une violation de celle-ci, dès lors qu'il n'en a pas été

⁸⁴¹ J. Van Campennolle, « La responsabilité professionnelle des magistrats : quelle responsabilité ? » in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, *op. cit.* note n° 97, p. 22.

⁸⁴² Voir en ce sens : TGI Rennes, 27 novembre 2000, in E. de Valicourt, *L'erreur judiciaire*, *op. cit.* note n° 261, p. 16.

fait une application erronée »⁸⁴³. *A contrario*, la mauvaise interprétation d'une règle de droit dont la conséquence en serait une application erronée pourrait engager la responsabilité civile de l'Etat pour faute lourde. Une telle jurisprudence appuie indéniablement notre propos. Si la mauvaise application de la loi aurait ouvert droit à réparation du préjudice qu'elle constitue par le biais d'une action en responsabilité pour dysfonctionnement du service public de la justice, le mécanisme de la responsabilité juridictionnelle – en cas de faute du juge – permettrait, par la suite, d'engager sa responsabilité disciplinaire. En ce sens, la même faute engagerait deux régimes distincts de responsabilité : l'un ouvrant droit à réparation, le second sanctionnant l'auteur de la faute.

Ce dernier élément nous semble tout à fait essentiel, et participe, à notre sens, à l'élaboration d'un régime de responsabilité raisonné et raisonnable. En effet, il ne faudrait pas, qu'à l'inverse, le mécanisme de la responsabilité juridictionnelle bride le pouvoir interprétatif du juge. Celui-ci ne pourra être susceptible d'engager sa responsabilité que dans la mesure où l'atteinte à la légalité résulterait du comportement manifestement fautif du juge. Plus précisément, si la mauvaise interprétation du juge semble manifestement procéder de la violation de ses devoirs, alors la faute serait effectivement caractérisée. Ainsi la considération selon laquelle toute décision réformée, annulée ou rétractée engagerait automatiquement la responsabilité juridictionnelle mérite-elle d'être écartée. « On imagine le trouble qui découlerait d'une expansion des recours si le justiciable auquel le premier juge a donné tort, mais le second raison, mettrait systématiquement en cause la responsabilité de l'Etat en raison du premier jugement »⁸⁴⁴. En ce sens, la responsabilité juridictionnelle n'a pas vocation à incriminer toute liberté, innovation, ou encore audace de la part du juge. Toutefois, si le droit à l'erreur du juge peut être admis, « cela ne veut pas dire que le juge peut tout ignorer du droit »⁸⁴⁵. L'atteinte à la légalité serait donc constituée par la censure du mal jugé, lequel devra nécessairement être la conséquence du comportement manifestement fautif du juge⁸⁴⁶.

⁸⁴³ Cass. civ. 1^{ère} 6 mai 2003, Bull. n° 105.

⁸⁴⁴ B. Dejemeppe, « *La responsabilité civile des juges, entre passé et avenir* », *op. cit.* note n° 97, p. 31.

⁸⁴⁵ J.-L. Fagnart, « *Propos sur la responsabilité de l'Etat dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle* », in Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Bruylant, 2007, p. 72.

⁸⁴⁶ « Quand on connaît les hésitations et les discussions qui précèdent parfois le prononcé d'une décision judiciaire et les commentaires en sens divers dont celle-ci peut faire l'objet de la part de la doctrine, peut-on, sans plus, affirmer qu'un juge dont la décision a été réformée, ait, par là même, commis une faute entraînant la responsabilité de l'Etat ? », Conclusions de l'avocat général Spreutels sur arrêt 1998, cité par J. Van Campennolle, « *La responsabilité professionnelle des magistrats : quelle responsabilité ?* », *op. cit.* note n° 841, p. 24.

312. En second lieu, certaines normes prescrivent au juge d’agir ou de s’abstenir. Si l’on se réfère à la jurisprudence belge de principe consacrant la responsabilité de l’Etat pour mal jugé⁸⁴⁷, celles-ci correspondraient non pas aux normes lui permettant de trancher les litiges, celles justifiant au fond la décision rendue, mais à celles relatives à la procédure et plus particulièrement celles dont la vocation est de garantir l’accès à une justice équitable et impartiale. En ce sens, l’obligation faite à un juge de se récuser⁸⁴⁸ ne peut-elle apparaître comme une norme lui imposant d’agir de façon déterminée ? De même, indiquer au juge que celui-ci ne peut se prononcer qu’après avoir entendu les parties⁸⁴⁹ constitue une obligation d’agir. Les règles propres à garantir une bonne administration de la justice pourraient, dès lors, s’entendre comme des normes imposant aux magistrats d’agir ou de s’abstenir. Toutefois, la prudence inviterait à apprécier ces différentes obligations qu’au cas par cas, et de ne pas adopter une détermination *a priori*, laquelle risquerait de figer l’office du juge.

313. Le seul fait de n’avoir pas correctement appliqué la loi ne saurait être considérée comme fautive, celle-ci devant nécessairement être la conséquence du comportement fautif du juge, c’est-à-dire « qui soit, s’analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère du magistrat normalement soucieux et prudent [...] soit sous réserve d’une erreur invincible ou d’une autre cause de justification viole une norme du droit national ou d’un traité international ayant des effets dans l’ordre juridique interne imposant à cet organe de s’abstenir ou d’agir de manière déterminée »⁸⁵⁰. Il s’agirait donc d’apprécier, si l’application erronée de la loi résulte d’un comportement manifestement défaillant du juge. En ce sens, le préjudice, s’il est caractérisé par une décision censurant un mal jugé devrait impérativement procéder d’un manquement aux devoirs des magistrats.

B. Le fait générateur constitué par l’atteinte à la légalité

314. En admettant que le préjudice serait constitué par la seule atteinte fautive au droit au respect de la légalité, celui-ci serait assimilé au fait générateur lui-même. Il ne pourrait se manifester qu’au regard de deux conditions cumulatives : d’une part, l’atteinte à la

⁸⁴⁷ Cour de cassation belge, *Anca*, 19 décembre 1991, RCJB 1993, p. 285, note F. Rigaux et J. Van Campennolle.

⁸⁴⁸ Article 339 CPC : Le juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s’abstenir se fait remplacer par un autre juge que désigne le président de la juridiction à laquelle il appartient. »

⁸⁴⁹ Article 14 CPC : « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ».

⁸⁵⁰ Cour de cassation belge, *Anca*, 19 décembre 1991, *op. cit.* note n° 847.

légalité ne se caractériserait qu'à travers la censure du mal jugé par une décision de justice devenue définitive (1), ce dernier devant être, d'autre part, la conséquence du comportement manifestement fautif du juge (2). Aussi l'existence d'une décision constatant le mal jugé apparaît-elle déterminante pour entériner l'atteinte à la légalité et, par suite, permettre d'actionner le régime de la responsabilité juridictionnelle.

1) La condition tenant à l'exercice des voies de recours

315. L'un des contre arguments à l'admission de la responsabilité juridictionnelle consiste à invoquer l'existence des voies de recours, en ce que celles-ci ont précisément été instituées aux fins de pallier le risque d'erreur judiciaire (au sens large du terme). Or, si nous avons rejeté cet argument lors de nos précédents développements, il demeure que les voies de recours constituent l'unique moyen procédural permettant de remettre en cause la chose jugée. Si une erreur d'interprétation ou d'application du droit a été commise, seul l'exercice des voies de recours a vocation à le constater. Par voie de conséquence, l'atteinte au droit au respect de la légalité devrait indéniablement – et avant toute action en responsabilité – avoir été censurée par une décision de justice. « Cette condition paraît se justifier uniquement par un souci de cohérence du système judiciaire. Il s'agit d'éviter que l'action en responsabilité [...] puisse être utilisée comme une voie de détournement en vue de recommencer le procès alors même que tous les recours n'auraient pas été épuisés »⁸⁵¹. Au demeurant, le justiciable qui n'aurait pas cherché à faire cesser le préjudice, alors qu'il en avait les moyens, ne puisse invoquer la responsabilité juridictionnelle. *In fine*, il serait lui-même « présumé être responsable de son propre dommage »⁸⁵² et ne saurait faire peser sur d'autres son propre manque de diligence.

316. À ce sujet, la Cour de cassation reconnaît traditionnellement que « l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi ne [peut] être apprécié que dans la mesure où l'exercice des voies de recours n'a pas permis de réparer le mauvais fonctionnement allégué »⁸⁵³. Au-delà de la confusion opérée entre les finalités respectives de

⁸⁵¹ B. Dubuisson, « La responsabilité civile du pouvoir judiciaire : l'application de la loi par le juge, obligation de moyens ou de résultat ? », in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, *op. cit.* note n° 97, p. 46-47.

⁸⁵² B. Dejemeppe, « La responsabilité civile des juges, entre passé et avenir », *op. cit.* note n° 97, p. 30.

⁸⁵³ Cass. civ. 1^{ère} 06 mai 2003, Bull. n° 105 ; Cass. civ. 11 janvier 2005, Bull. n° 20 ; Cass. civ. 1^{ère} 8 octobre 2008, n° 07-15497.

l'exercice des voies de recours et de l'action en responsabilité, la Haute juridiction retient, à travers ce raisonnement, que le justiciable ne peut se prévaloir d'une faute lourde révélant un dysfonctionnement du service public de la justice, alors même qu'il n'aurait pas exercé de recours tendant à mettre un terme au dommage dont il souhaite obtenir réparation. Son manque de diligence tend ainsi à s'apprécier comme une sorte de fin de non-recevoir pour la Cour de cassation. Si celle-ci rapproche le mécanisme des voies de recours et la constatation d'une faute lourde dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, elle opère confusion entre la constatation et la censure de l'atteinte – ce que permet l'exercice des voies de recours – et la réparation du préjudice constitué par cette atteinte – finalité de l'action en responsabilité. Si l'exercice des voies de recours permet, dans un premier temps, de faire cesser l'atteinte, le préjudice méritera, dans un second temps, d'être réparé.

317. C'est pourquoi, si l'exercice des voies de recours devrait indubitablement jouer pour mettre un terme à une décision méconnaissant la légalité, et aboutir, *a fortiori* à sa censure, il devrait – aussi – conditionner la recevabilité d'une action en responsabilité juridictionnelle aux fins d'obtenir la réparation du dommage constitué par la décision préalablement annulée, réformée ou rétractée. En l'espèce, les voies de recours auraient bien joué leur rôle : mettre un terme au caractère erroné d'une décision de justice, mais resterait alors au second mécanisme envisagé de jouer le sien, en vérifiant si l'atteinte à la légalité résulte d'un comportement fautif du juge, celui-ci ne pouvant automatiquement être déduit de l'annulation ou de la réformation de la décision.

2) La caractérisation de la méconnaissance

318. L'article 14 du projet de loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats reprenait pour partie les suggestions émises par la Commission Vallini. « Très attachée à préserver les actes juridictionnels, qui échapperaient à toute mise en cause possible »⁸⁵⁴, mais mesurant aussi les enjeux liés à une nouvelle définition de la faute disciplinaire⁸⁵⁵, elle préconisait que « la méconnaissance manifeste par les juges

⁸⁵⁴ Assemblée nationale, *Rapport au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, *op. cit.* note n° 808, p. 494.

⁸⁵⁵ « Parce qu'il est, par définition, accompli dans le service, parce qu'il est souvent le fait de la collégialité, parce qu'interviennent au procès non seulement des magistrats mais également des enquêteurs, des experts, des greffiers, l'acte juridictionnel s'accommode mal d'une responsabilité personnelle du magistrat ».

des principes directeurs de la procédure civile et pénale puisse engager leur responsabilité. A cette fin, ces principes directeurs recevraient un ancrage législatif dans le code de déontologie appelé à figurer dans le statut »⁸⁵⁶. Approuvant cette proposition, le gouvernement proposa que l'article 43 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, soit ainsi rédigé : « La violation délibérée des principes directeurs de la procédure civile ou pénale [soit] constitutive d'une faute disciplinaire ». Issue d'un amendement la version finale de cette disposition prévoyait que : « Constitue notamment un manquement des devoirs de son état la violation grave et intentionnelle par un magistrat d'une ou plusieurs règles de procédure constituant des garanties essentielles des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision de justice devenue définitive ». Toutefois, le Sénat s'opposa à cette formulation et préféra la suivante : « Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une ou plusieurs règles de procédure constituant des garanties essentielles des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive ». Face à ce désaccord parlementaire, la commission mixte paritaire clôt le débat en proposant que : « Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibéré par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision de justice devenue définitive ». Cette disposition fut toutefois censurée par le Conseil constitutionnel au motif que si « l'indépendance de l'autorité judiciaire, garantie par l'article 64 de la Constitution, et le principe de la séparation des pouvoirs, proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, n'interdisent pas au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle [...] ces mêmes principes font obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive »⁸⁵⁷. En effet, « si sont de nature à justifier une sanction disciplinaire les manquements graves et réitérés aux devoirs de son état que constituent les violations, par un magistrat, des règles de compétence et de saisine de sa juridiction, c'est après avoir constaté que les faits reprochés ont été établis dans des décisions juridictionnelles devenues définitives »⁸⁵⁸. D'où la nécessaire condition tenant à un exercice préalable des voies de recours.

⁸⁵⁶ Assemblée nationale, *Rapport n° 3125 au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, op. cit. note n° 808.

⁸⁵⁷ CC, décision n° 2007-551 DC du 01 mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, cons. n° 7.

⁸⁵⁸ J.-E. Schoettl, note sous CC, décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, JCP 2007.II.10044.

Par ailleurs, reprendre la définition de la faute disciplinaire aux fins d'y inclure le respect de la légalité ne semble pas nécessaire. Il s'agit indéniablement d'un devoir s'imposant déjà au juge. Obligé de « tranche[r] le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »⁸⁵⁹, le juge est soumis à un devoir de respect de la légalité. Le Conseil supérieur de la magistrature énonce en ce sens que « le devoir de légalité »⁸⁶⁰ fait partie intégrante des obligations déontologiques des magistrats.

319. S'agissant de la caractérisation pratique de cette méconnaissance, les critères retenus par la Cour de justice des communautés européennes lors de la jurisprudence *Brasserie du pêcheur – Factortame*⁸⁶¹ pourraient être adaptés dans le cadre de la responsabilité juridictionnelle. En l'espèce, il s'agit du « degré de clarté et de précision de la règle violée, [de] l'étendue de la marge d'appréciation que la règle violée enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires ; [du] caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé ; [du] caractère excusable ou inexcusable de l'éventuelle erreur de droit ; [de] la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaires ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou le maintien de mesures ou pratiques nationales contraires au droit communautaire ». Dans le cadre de la responsabilité juridictionnelle, et afin de précisément éviter une identité de principe entre la réformation ou l'annulation d'une décision et l'atteinte à la légalité, une reprise de ces critères serait à envisager. D'une part, le degré de précision de la règle à appliquer apparaît essentiel ; car plus la règle sera précise, plus la marge de manœuvre du juge sera réduite, et, par conséquent, le risque de s'éloigner de la lettre du texte. D'autre part, l'intention semble primordiale dans le cadre de la responsabilité juridictionnelle ; la volonté de la part du juge de méconnaître ses devoirs, de « sortir de son office » est une condition essentielle au regard des tenants et aboutissants de ce régime de responsabilité. Suivant nos développements antérieurs, la faute du juge s'impose. Celle-ci, par ailleurs, est « inexcusable ». Hormis la dernière condition, s'appliquant spécifiquement au cadre communautaire, ces éléments répondent tout à fait aux enjeux de la responsabilité juridictionnelle sans risquer de compromettre le pouvoir interprétatif du juge. Ainsi ces derniers méritent-ils d'être repris aux fins de caractériser la méconnaissance du droit au respect à la légalité en tant que fait générateur de la responsabilité juridictionnelle. Nous ne saurions, pour autant, prescrire que ces éléments soient strictement

⁸⁵⁹ Article 12 CPC.

⁸⁶⁰ CSM, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010, p. 26.

⁸⁶¹ CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur – Factortame*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93.

arrêtés au sein des dispositions organisant la responsabilité juridictionnelle au risque de figer celle-ci. A l'instar de l'évolution qu'ont connu la faute lourde et le déni de justice énoncés au sein de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, il nous semble devoir revenir à la jurisprudence le soin de la préciser.

320. En admettant qu'une l'atteinte au droit au respect de la légalité puisse constituer en tant que telle un « préjudice - fait générateur » engageant la responsabilité juridictionnelle, se pose alors la question de l'imputabilité de celui-ci.

§ 2 : L'imputabilité du préjudice

321. L'imputabilité a vocation à « déterminer qui devra supporter la charge de la réparation »⁸⁶². Dans le cadre de la responsabilité juridictionnelle, la faute consisterait en la méconnaissance de la loi. Caractérisée par la décision juridictionnelle elle-même, celle-ci serait donc logiquement imputable au juge (**A**). Toutefois, la justice reste une prérogative régaliennne, à l'occasion de laquelle l'Etat agit comme un maître d'œuvre. Par conséquent, nous pourrions admettre qu'à travers l'énoncé d'un mal jugé préjudiciable aux justiciables, c'est avant tout la défaillance de l'Etat à protéger ces derniers qui serait en cause ; en ce que celui-ci aurait failli à un devoir général de protection juridictionnelle⁸⁶³ (**B**).

A. La faute du juge

322. Selon une acception commune à tous les régimes de responsabilité liée à l'activité juridictionnelle, la faute du juge s'entend comme la transgression des devoirs liés à sa charge. Celle-ci correspond à une grave défaillance ou « une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entraîné »⁸⁶⁴. A cet égard, la Cour de cassation n'hésite pas à assimiler faute lourde et faute disciplinaire. En effet, et alors qu'elle avait à connaître d'une action en responsabilité pour faute lourde fondée sur l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, elle la qualifia de « faute commise sous

⁸⁶² P. Vialle, « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », RDP 1974, p. 1243.

⁸⁶³ En référence à l'expression de Favoreu.

⁸⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère} 13 octobre 1953 Bull. n° 224.

l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eut pas été entraîné »⁸⁶⁵.

Or, l'un de ses devoirs consiste précisément à « trancher les litiges conformément aux règles de droit »⁸⁶⁶. Le Conseil supérieur de la magistrature ne traite-il pas lui-même de « la responsabilité de dire le droit »⁸⁶⁷ incombant au juge ? Et de poursuivre que « s'il appartient au magistrat d'interpréter la loi, il ne peut se substituer au législateur. En vertu de la Constitution, gardien des libertés individuelles, il n'use de son pouvoir juridictionnel qu'en respectant les règles de droit applicables »⁸⁶⁸. Soumis aux devoirs de son état, auxquels est indéniablement associé le devoir de respecter la légalité, l'atteinte à la légalité au sein d'une décision de justice lui serait imputable.

Il serait, par conséquent, question d'une faute de nature subjective du juge⁸⁶⁹. Selon Mme Fines, « la conception subjective de la faute signifie que dans la faute est intégré un élément psychologique de culpabilité. La faute apparaît alors comme une conduite socialement blâmable en ce qu'elle résulte de la violation constante de la règle de droit par une volonté libre »⁸⁷⁰. Cela suppose donc un « jugement moral porté sur le comportement de l'organe qui a violé la règle »⁸⁷¹. Aussi l'appréhension d'une telle faute sous l'empreinte disciplinaire semble-t-elle véritablement s'imposer. L'atteinte à la légalité ne serait donc pas en elle-même fautive, mais il s'agira de rechercher l'intention du juge de méconnaître son devoir d'appliquer le droit, au-delà de respecter les devoirs liés à son état. L'illégalité doit être manifestement fautive. Le justiciable victime, outre de l'illégalité de la décision réformée ou annulée par le biais des voies de recours, devra prouver que le juge a manifestement agi intentionnellement.

⁸⁶⁵ Cass. civ. 1^{re} 8 octobre 2008 n° 07-15497.

⁸⁶⁶ Article 12 CPC.

⁸⁶⁷ CSM, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, *op. cit.* note n° 860, p. 25.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 25-26.

⁸⁶⁹ A l'inverse, la faute objective s'entend comme la « simple contrariété au droit sans qu'aucune appréciation morale n'intervienne » (F. Fines, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne ; de la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, thèse Bordeaux I, LGDJ, 1990, p. 174). Aussi, la seule constatation de l'atteinte à la légalité suffirait à caractériser la faute et à engager la responsabilité juridictionnelle. Or, nous avons exclu lors de nos précédents développements une telle éventualité.

⁸⁷⁰ F. Fines, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne ; de la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, *ibid.*

⁸⁷¹ L. Dubouis, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », *RFDA* 1996, p. 583.

323. La Cour de cassation belge, qui reconnaît la responsabilité de l'Etat pour mal jugé⁸⁷², établit une distinction entre les « normes de droit [qui] imposent à celui qui prend une décision juridictionnelle de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée » et « l'erreur dans l'interprétation ou l'application d'une telle norme [laquelle] n'est fautive que si elle consiste en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'Etat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions »⁸⁷³. La faute du juge se trouvant à l'origine du mal jugé consisterait donc soit en la violation d'une norme de conduite, soit en une erreur de conduite par égard à l'attitude qu'aurait adopté dans les mêmes circonstances un individu normalement soigneux et prudent. Il semble toutefois qu'instaurer une identité de principe entre la faute et l'illégalité mettrait à la charge du juge une obligation de résultat, alors même que la fonction juridictionnelle ne saurait s'entendre comme une œuvre mécanique d'application de la loi. Au risque de brider totalement et de façon tout à fait excessive le pouvoir du juge, la faute ne saurait se déduire automatiquement de l'atteinte à la légalité. Aussi le juge doit-il pouvoir bénéficier d'un droit à l'erreur. Toutefois, celle-ci constituerait une faute dès lors « qu'elle n'eût pas été commise par un magistrat normalement prudent et consciencieusement replacé dans les mêmes circonstances »⁸⁷⁴. Il ne saurait donc être fait grief au juge d'avoir mal interprété ou mal appliqué la loi sauf si le mal jugé en résultant aurait trouvé sa source dans un comportement fautif de celui-ci. A cet égard, le mal jugé lui serait imputable. Pour autant, la justice demeurant une prérogative régaliennne, la question de la responsabilité de l'Etat mériterait également d'être posée.

B. Le manquement de l'Etat à son devoir général de protection des justiciables

324. Sous l'influence des principes de solidarité, fraternité et égalité, la responsabilité de l'Etat bénéficie d'une dimension indéniablement sociale⁸⁷⁵.

De la reconnaissance accrue des cas de responsabilité administrative à l'émergence d'une véritable responsabilité sans faute, l'administration cherche « à rendre plus supportable tout ce que son action comporte d'exorbitant par rapport au droit commun »⁸⁷⁶.

⁸⁷² Cour de cassation belge, *Anca*, 19 décembre 1991, *op. cit.* note n° 847.

⁸⁷³ Arrêt du 26 juin 1998 Pour une application récente : Cour de cassation belge, 21 avril 2006, http://www.juridat.be/tribunal_commerce/verviers/images/arret_614.pdf

⁸⁷⁴ B. Dubuisson, « *La responsabilité civile du pouvoir judiciaire : l'application de la loi par le juge, obligation de moyens ou de résultat ?* », *op. cit.* note n° 851, p. 43.

⁸⁷⁵ CE, *Responsabilité et socialisation du risque, Rapport d'activités 2005*, La Documentation française, 2005.

325. La responsabilité sans faute se définit comme une responsabilité objective pour laquelle l'administré n'a pas à rapporter la preuve d'une faute, et où l'administration ne peut se dégager de sa responsabilité. Il s'agit d'une responsabilité de plein droit⁸⁷⁷ qui permet de ne pas « stigmatiser les actes ou comportements de la puissance publique dans une situation donnée. De la sorte, tout en recherchant à prendre en compte les intérêts de la victime, le juge administratif « innocente » l'administration qu'il refuse de mettre en cause à travers ses actes juridiques ou ses comportements »⁸⁷⁸.

Inaugurée par la jurisprudence *Cames* du 21 juin 1895⁸⁷⁹, la responsabilité sans faute de l'administration vise uniquement le cas où un ou plusieurs administrés subissent un dommage du fait de l'activité ou de l'action normale de l'administration. Sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, le juge a estimé que lorsque le fonctionnement normal du service public cause un préjudice – anormal et spécial – les administrés victimes sont fondés à en obtenir réparation. En effet, « si la vie en société engendre des contraintes, il n'est pas normal qu'un individu, ou un groupe d'individus, subisse du fait du fonctionnement régulier des services publics des sujétions excédant notablement celles du reste de la population »⁸⁸⁰. En ce sens, le fait de s'être vu infliger un mal jugé pourrait-il engendrer l'ouverture d'une responsabilité sans faute de l'Etat ?

326. Si la responsabilité sans faute de l'Etat – selon « la théorie du risque professionnel »⁸⁸¹ – a vocation à garantir les collaborateurs du service public de la justice contre les risques que pourrait leur faire subir leur participation à l'exécution du service⁸⁸², un tel régime ne saurait actuellement s'appliquer au bénéfice des justiciables. A l'inverse, les dispositions de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire « ne concernent que les usagers du service public et ne sont pas applicables aux collaborateurs de ce service, dont les dommages, dont ils peuvent être la victime en cette qualité, sont soumis aux principes de la responsabilité sans faute de l'Etat, dès lors que le préjudice est anormal, spécial et d'une

⁸⁷⁶ P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2010.

⁸⁷⁷ Notamment, le fait d'un tiers reste sans incidence sur la responsabilité de l'administration : voir en ce sens : CE 14 novembre 1956, *Commune de Crotoy*, p. 431

⁸⁷⁸ P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.* note n° 876, p. 172.

⁸⁷⁹ CE 21 juin 1895, *Cames*, p. 509, concl. Romieu

⁸⁸⁰ M. Rougevin-Baville, *La responsabilité administrative*, Hachette, 1992, p. 58.

⁸⁸¹ CE 21 juin 1895, *Cames*, *op. cit.* note n° 879.

⁸⁸² Voir en ce sens : Cass. civ. 2° 23 novembre 1956, *D. 1957*, p. 34, concl. Lemoine ; *JCP 1956.II.9681*, note A. Eismein ; *RDP 1958*, p. 298, note M. Waline ; *AJDA 1957*, p. 91, chron. Fournier et Braibant.

certaine gravité »⁸⁸³. De la même manière, les tiers au service public de la justice bénéficient d'un régime de responsabilité sans faute en cas de préjudice anormal et spécial⁸⁸⁴. Si les dommages excèdent « par leur gravité les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant »⁸⁸⁵ de l'activité de la justice, ceux-ci peuvent engager la responsabilité de l'Etat sur ce fondement.

327. Aussi, et à l'instar des régimes envisagés ci-dessus, certains auteurs⁸⁸⁶ suggèrent-ils d'instaurer un système de responsabilité fondé sur le préjudice causé aux justiciables par l'activité du service public de la justice, en ce que celle-ci pourrait entraîner une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. De la même manière que la méconnaissance de la légalité au sein d'une décision administrative engage la responsabilité de l'administration⁸⁸⁷ – à cet égard, on estime qu'« il y a équipollence entre faute et illégalité »⁸⁸⁸ – la méconnaissance de la légalité au sein d'une décision juridictionnelle engagerait la responsabilité de l'Etat. Toutefois, les parties sont réputées avoir accepté, par avance, l'éventualité de ne pas obtenir gain de cause, ou encore de ne bénéficier que d'une vérité judiciaire, laquelle ne sera pas forcément une vérité pure. Or, c'est précisément en vertu de cet aléa que le législateur a entendu conditionner la responsabilité de l'Etat en matière judiciaire à l'exigence d'une faute lourde ; cette activité présentant « en elle-même des difficultés particulières, des risques, voire, un aléa qui lui est « consubstantiel »⁸⁸⁹.

328. Par ailleurs, le préjudice constitué par l'atteinte au droit au respect de la légalité ne résulte pas de l'exercice normal de l'activité juridictionnelle. Commis par un juge ayant méconnu les devoirs de son état, ce préjudice est certes anormal et spécial mais relève indéniablement d'un exercice anormal de la fonction. Partant, le régime de responsabilité de l'Etat ne peut s'envisager qu'au regard de la faute commise par le juge. La faute du juge doit, en effet, conditionner la mise en jeu de la responsabilité juridictionnelle. A cet égard, le manquement du juge incarne l'inaptitude de l'Etat à garantir l'accès à un tribunal libre,

⁸⁸³ Cass. civ. 30 janvier 1996 Bull. n° 51 ; JCP 1996.II.22608, rapport P. Sargos ; D. 1997, p. 83, note A. Legrand ; RDP 1997, p. 235, note J.-M. Auby ; RFDA 1997, p. 1301, note P. Bon

⁸⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère} 10 juin 1986, Bull. n° 160 ; JCP 1986.II.20683, rapport P. Sargos ; RFDA 1987, p. 92, note J. Buisson

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ « L'Etat devrait répondre, en dehors de toute faute lourde, des dommages causés par le service de la justice si ces dommages excèdent, par leur gravité, les charges que supportent normalement les particuliers » J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *Institutions judiciaires*, *op. cit.* note n° 29, p. 249.

⁸⁸⁷ CAA Nancy 17 octobre 1991, *Min. P. et T. c/ Mme Braillard*, Tables p. 1195.

⁸⁸⁸ M. Rougevin-Baville, *La responsabilité administrative*, *op. cit.* note n° 880, p. 60.

⁸⁸⁹ M.-A. Frison-Roche, « *La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée* », JCP 1999.I.174.

équitable et impartial. Aussi, ce n'est pas sous le prisme d'une rupture d'égalité entre les citoyens que s'envisagerait la responsabilité de l'Etat, mais au regard de son devoir de protection juridictionnelle des justiciables⁸⁹⁰. En ce sens, la faute du juge serait, en réalité, révélatrice de l'incapacité de l'Etat à protéger les justiciables contre l'injustice. La responsabilité de l'Etat s'entendrait – dans ce cadre – comme la réponse à un impératif de protection du justiciable, victime d'une atteinte à la légalité par le juge. A l'instar de l'évolution qu'a connue la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire, la responsabilité de l'Etat en cas d'atteinte à la légalité apparaîtrait comme le corollaire de son obligation « d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers »⁸⁹¹.

329. Par conséquent, la faute du juge justifierait la mise en jeu d'une double responsabilité : celle de l'Etat en tant que maître d'œuvre du service public de la justice, lequel a failli à son devoir de protection des justiciables, et celle du magistrat en ce qu'il a méconnu les devoirs auxquels il est soumis. « La correcte interprétation de la loi et sa correcte application aux faits de la cause tels qu'ils sont connus, sont pour le juge une obligation de moyen ; pour l'Etat, c'est une obligation de résultat »⁸⁹². L'on comprend les fondements d'une telle énonciation⁸⁹³ : elle permet tout à la fois de dissocier les manquements – de l'Etat et du juge – qui sont à la base d'un régime de responsabilité juridictionnelle, et d'apprécier la déclinaison des responsabilités sanction et réparation qui en découle. Alors que l'obligation de résultat de l'Etat incarnerait un devoir général de protection juridictionnelle, l'obligation de moyen à la charge du juge permettrait de caractériser son devoir de respecter la légalité ; tout en admettant que son erreur – ainsi que le concèdent l'établissement des voies de recours – ne lui soit pas automatiquement imputable.

⁸⁹⁰ L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.* note n° 759.

⁸⁹¹ CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, *op. cit.* note n° 544.

⁸⁹² J.-L. Fagnart, « *Propos sur la responsabilité de l'Etat dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle* » *op. cit.* note n° 845, p. 81.

⁸⁹³ La distinction entre ces deux types d'obligation est née de l'analyse de Demogue, lequel classa les obligations contractuelles pouvant lier les individus selon deux catégories au regard de leur objet. Si le débiteur s'engage à fournir au créancier une prestation bien précise, alors on estime que cette obligation est de résultat : le créancier pouvait légitimement s'attendre à l'obtention d'un résultat certain de part le contrat conclu. A l'inverse, le débiteur peut se « contenter » de s'engager à mettre tous les moyens en sa possession pour parvenir au résultat recherché.

Section 2 : La réalisation de la responsabilité juridictionnelle

330. L'Etat et le juge seraient considérés comme responsables de l'atteinte à la légalité que pourraient subir les justiciables par l'énoncé d'une décision de justice ayant méconnu le droit. Alors que la faute du second résulterait d'une méconnaissance des devoirs de son état, celle du premier n'en serait que le corollaire. En tant que maître d'œuvre du service public de la justice, lequel investit les magistrats du pouvoir de dire le droit et trancher les litiges, l'Etat doit garantir les justiciables contre l'éventuel mal jugé. Ainsi la responsabilité juridictionnelle engagerait-elle deux responsables, à l'encontre desquels deux régimes distincts de responsabilité s'appliqueraient (*Paragraphe 1*) grâce à l'instauration d'une passerelle procédurale (*Paragraphe 2*).

§ 1 : La mise en œuvre de deux responsabilités distinctes

331. En conjuguant réparation (**A**) et sanction (**B**), la responsabilité juridictionnelle permettrait une prise en compte globale du préjudice né de l'atteinte fautive à la légalité par la mise en œuvre de deux responsabilités distinctes.

A. La « fonction réparation » de la responsabilité juridictionnelle à travers la responsabilité civile

332. Certes, la faute originelle est directement et personnellement imputable au juge. Et « si l'auteur de la faute est reconnu, il peut paraître convenable qu'il puisse avoir à en assumer personnellement les conséquences »⁸⁹⁴. Toutefois, le juge exerce cette prérogative régaliennne au nom de la nation, et apparaît, à cet égard, comme un représentant de justice, agent de l'Etat. Aussi, en tant que maître d'œuvre du service public de la justice, et responsable des fautes non détachables du service commises par ses agents, la réparation du préjudice doit, par principe, demeurer à la charge de l'Etat.

Ayant la particularité d'être des agents de l'Etat dont les règles statutaires ressortissent de la compétence du législateur organique⁸⁹⁵, les magistrats se voient appliquer un statut

⁸⁹⁴ G. Wiederkehr, « La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice », *Justices* 1997, n° 5, p. 22.

⁸⁹⁵ Conformément aux dispositions de l'article 64 de la Constitution, le statut des magistrats de l'ordre judiciaire est fixé par une loi organique : l'ordonnance du 22 décembre 1958. Toutefois, ce principe ne signifie pas que seul le législateur organique ait compétence à intervenir. Il se peut, par exemple, que l'ordonnance

autonome⁸⁹⁶, distinct de celui de la fonction publique⁸⁹⁷. Toutefois, si la présomption d'applicabilité commune du statut général de la fonction publique à leur encontre mérite d'être réfutée⁸⁹⁸, les magistrats apparaissent néanmoins comme des agents, certes particuliers, de l'Etat.

333. La notion d'agent public – qui n'est définie ni par la Constitution, ni par des dispositions légales – a été précisée par la jurisprudence. Celle-ci retient deux critères cumulatifs, l'un, organique et l'autre, matériel : l'agent public est employé par une personne publique⁸⁹⁹ et assure une mission de service public⁹⁰⁰. En ce sens, le fonctionnaire est « un agent d'une collectivité publique dont la situation dans la fonction publique est caractérisée par la permanence de l'emploi dans lequel il a été nommé et par sa titularisation dans un grade de la hiérarchie »⁹⁰¹. Agent du service public de la justice – collectivité publique – sa fonction relève effectivement d'une mission de service public. Son emploi est permanent, alors qu'il poursuit une carrière indéniablement hiérarchisée. Fonctionnaire, bien qu'à statut particulier, cette dernière qualité lui permet de prétendre au même statut protecteur que celui dont bénéficient les agents publics en matière de responsabilité.

C'est à l'occasion de l'arrêt *Pelletier*⁹⁰², que le commissaire du Gouvernement David a émis l'hypothèse de l'existence « d'une garantie personnelle aux fonctionnaires publics [...] pour les protéger contre les animosités ou l'esprit de parti »⁹⁰³. De cette décision est née la traditionnelle distinction entre faute personnelle et faute de service ; la première étant « conçue comme celle qui se détache assez complètement du service pour que le juge judiciaire puisse en faire constatation sans porter pour autant une appréciation sur la marche

attribue expressément la compétence au pouvoir réglementaire (notamment, l'article 42 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 énonce que « les traitements des magistrats sont fixés par décret en conseil des ministres ») ou que l'intervention du gouvernement soit admise dans certains cas particuliers, notamment en qui concerne la fixation des principes relatifs à la notation (CE, 31 janvier 1975, *Volff et Exertier*, Chron. Franc et Boyon, AJDA 1975, p. 124).

⁸⁹⁶ Voir notamment : G.Pluyette et P. Chauvin, « *Responsabilité du service de la justice et des magistrats* », *op. cit.* note n° 684, p. 4.

⁸⁹⁷ Par exemple, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires énonce très clairement l'exclusion des magistrats des dispositions qu'elle comporte à travers son article 2.

⁸⁹⁸ Seules les règles expressément visées comme telles ayant effectivement vocation à s'appliquer. Par exemple : Décret n° 2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'Etat et dans la magistrature ; Décret n° 2002-634 du 29 avril 2002 modifié portant création du compte épargne-temps dans la fonction publique de l'Etat et dans la magistrature

⁸⁹⁹ CE 19 juin 1996, *Syndicat général CGT des personnels des affaires culturelles*, RFDA 1996, p. 850.

⁹⁰⁰ TC 18 juin 2001, *Lelaidier*, AJFP, 2001-6.

⁹⁰¹ G. Cornu (dir.), « *Fonctionnaire* », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note n° 115, p. 416.

⁹⁰² TC 30 juillet 1873, *Pelletier*, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*.

⁹⁰³ TC 30 juillet 1873, *Pelletier*, *op. cit.* note n° 105, p. 10.

de l'administration »⁹⁰⁴, alors que la seconde « est le fait de l'agent qui est tellement lié au service que son appréciation par le juge judiciaire implique nécessairement une appréciation sur le fonctionnement du service »⁹⁰⁵.

334. Or, la faute à l'origine de l'action en responsabilité juridictionnelle est indéniablement et intimement liée à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Il ne peut donc s'agir que d'une faute de service, pour laquelle l'Etat jouerait légitimement le rôle de garant des conséquences pécuniaires en découlant. Même si la faute personnelle est celle révélant « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences » pour reprendre la célèbre expression de Lafferrière, il s'avère impossible de séparer l'atteinte à la légalité pour méconnaissance ou violation des devoirs du juge de la fonction juridictionnelle. Bien qu'une telle faute heurte assurément les esprits, elle n'est pas suffisamment détachable des fonctions pour mériter la qualification de faute personnelle. Or, « lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service [...] la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui »⁹⁰⁶. L'atteinte à la légalité – motif de la mise en œuvre de la responsabilité juridictionnelle – si elle reflète l'homme avec ses passions et ses faiblesses, demeure, néanmoins, suffisamment liée aux fonctions pour justifier la mise en œuvre de la garantie étatique⁹⁰⁷.

335. S'« il faut arriver à dissocier deux fonctions de la responsabilité, une fonction d'indemnisation et une fonction de moralisation »⁹⁰⁸, la première doit assurément se matérialiser par la responsabilité civile de l'Etat. Alors même que la faute à l'origine du préjudice est directement imputable au juge, l'Etat peut risquer de voir sa responsabilité civile engagée selon deux fondements. D'une part, en tant que maître d'œuvre du service public de

⁹⁰⁴ TC 30 juillet 1873, *Pelletier*, *op. cit.* note n° 105, p. 11.

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ CE 12 avril 2002, *Papon*, req. n° 238689.

⁹⁰⁷ Concernant la procédure, la loi du 3 avril 1955 énonce que l'Etat est représenté par l'agent judiciaire du Trésor, lequel bénéficie d'un mandat légal dont les contours ont été précisés par la Cour de cassation à l'occasion de sa jurisprudence (Cass. civ. 3^{ème} 30 juin 1971, Bull. n° 415 ; Cass. civ. 2^{ème} 23 novembre 1956, *JCP* 1956,II,9681 note A. Esmein, *D.* 1957, p. 34 concl. Lemaire ; Cass. crim. 24 octobre 1961, Bull. n° 413). Or bien qu'il s'agisse du fonctionnement défectueux d'un service public, l'action sera portée devant les juridictions de l'ordre judiciaire (TC 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, *Ibid.*), les juridictions administratives déclinant par ailleurs leur compétence (CE 14 janvier 1987, req. n° 79960 : « Il n'appartient pas à la juridiction administrative d'apprécier la régularité d'une décision judiciaire, ni de connaître d'une demande en indemnité fondée sur les irrégularités dont aurait été entachée le fonctionnement de la justice ». CAA Paris 19 octobre 2004, req. n° 01PA02573 : « Il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître d'une action en responsabilité contre l'Etat à raison des conditions de fonctionnement du service public de la justice »).

⁹⁰⁸ J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *Institutions judiciaires*, *op. cit.* note n° 29, p. 249.

la justice, celui-ci apparaît défaillant dès lors qu'il n'a pu garantir l'accès à un juge loyal, digne et impartial. D'autre part, toujours en sa qualité de maître d'œuvre du service public de la justice, l'Etat engage sa responsabilité pour les fautes commises par ses agents lorsque celles-ci, nonobstant leur caractère personnel, ne sont pas détachables de la fonction. Si la fonction d'indemnisation se réalise à travers la responsabilité civile de l'Etat, la fonction de moralisation attachée à la responsabilité juridictionnelle ne pourra se concrétiser qu'à travers la responsabilité disciplinaire du juge fautif.

B. La « fonction sanction » de la responsabilité juridictionnelle à travers la responsabilité disciplinaire

336. La faute du juge consiste indéniablement en un manquement aux devoirs de son état. L'atteinte à la légalité manifestée par une décision d'annulation ou de réformation, si elle est fautive, mériterait ainsi d'être sanctionnée. Or, par principe, la responsabilité disciplinaire a précisément pour finalité d'infliger une sanction disciplinaire à l'encontre du professionnel fautif. Par voie de conséquence, devrait être disciplinairement inquiété le magistrat auteur d'un mal jugé.

337. L'élaboration d'un recueil des obligations déontologiques, parallèlement à la publicité des décisions rendues par le Conseil permet avec davantage d'objectivité d'appréhender le caractère manifestement fautif du comportement du juge en cause. Toutefois, ce n'est qu'au regard de la décision censurant le mal jugé, revêtue de l'autorité de la chose jugée et passée en force de chose jugée que la procédure disciplinaire pourrait être actionnée. Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature ne consiste pas à connaître du fond des décisions rendues par les magistrats, alors que les juridictions judiciaires de droit commun n'ont pas vocation à sanctionner – au-delà de la censure – l'auteur de l'acte litigieux. Aussi, et une fois qu'une décision définitive aura mis en évidence une atteinte à la légalité manifestement fautive, devrait pouvoir être saisi le Conseil supérieur de la magistrature, aux fins de statuer sur le comportement prétendument fautif du juge. Par voie de conséquence, ce n'est que grâce à l'instauration d'une passerelle procédurale entre les deux régimes de responsabilité visés que pourra se réaliser la responsabilité juridictionnelle.

§ 2 : L'instauration d'une passerelle procédurale

338. La responsabilité juridictionnelle pourrait appréhender de façon globale le préjudice constitué par un mal jugé ; et, en ce sens conjuguer en son sein responsabilité-réparation et responsabilité-sanction. Envisager une passerelle entre les sphères civile et disciplinaire permettrait de reconnaître la responsabilité disciplinaire des juges à la suite de la reconnaissance de la responsabilité civile de l'Etat pour atteinte fautive à la légalité. En ce sens, elle révélerait la responsabilité juridictionnelle dans toute sa plénitude. Aussi, et sans pour autant porter atteinte aux principes fondamentaux en jeu, lier ces deux domaines répondrait à leurs ambitions respectives : réparer le préjudice par le biais de la responsabilité civile et sanctionner le juge défaillant par celui de la responsabilité disciplinaire. Or, le législateur a exactement pris acte de cette complémentarité entre les systèmes à l'occasion de la loi organique du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats (A). Il s'agirait, par conséquent, d'ouvrir ce dispositif à la responsabilité juridictionnelle par le biais d'une proposition de réforme (B).

A. Le bénéfice tiré de la loi organique du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats

339. « Toute décision définitive d'une juridiction nationale ou internationale condamnant l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice est communiquée aux chefs de cour d'appel intéressés par le garde des Sceaux, ministre de la justice. Le ou les magistrats intéressés sont avisés dans les mêmes conditions. Des poursuites disciplinaires peuvent être engagées par le ministre de la justice et les chefs de cour d'appel intéressés dans les conditions prévues aux articles 50-1, 50-2 et 63 »⁹⁰⁹. Cette disposition, issue de la loi organique du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, a vocation à lier la responsabilité civile de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice et la responsabilité disciplinaire du juge.

340. Le principe énoncé à l'article 48-1 de l'ordonnance est de permettre qu'une procédure disciplinaire puisse être engagée au cas où la faute du juge aurait manifestement participé ou provoqué la condamnation de l'Etat pour dysfonctionnement du service de la

⁹⁰⁹ Article 48-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature du 22 décembre 1958, issu de la loi du 5 mars 2007.

justice. Si l'indemnisation permet de réparer le préjudice, la sanction du juge fautif semble répondre à une forte demande sociale. La mise en œuvre de ce système induit, par conséquent, la mise en place d'une passerelle entre les sphères concernées. Cette « connexion » permet aux autorités investies du pouvoir disciplinaire d'être alertées des décisions de condamnation de l'Etat pour dysfonctionnement, et éventuellement leur accorder une suite disciplinaire au cas où une méconnaissance ou violation des devoirs des magistrats serait suspectée. La passerelle entre les responsabilités civile et disciplinaire n'est justifiée que si la responsabilité de l'Etat a préalablement été reconnue au motif d'une faute lourde ou d'un déni de justice. Car, si la procédure d'alerte s'avère automatique en cas de décision de condamnation, le renvoi devant le Conseil supérieur de la magistrature sera laissé « à la discrétion » des autorités compétentes.

Donc si la condamnation civile de l'Etat permet de réparer le préjudice subi, le prononcé d'une sanction disciplinaire à l'encontre du juge défaillant entérinera sa responsabilité professionnelle. Qu'il s'agisse de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat ou de celle du juge, c'est, dans les deux cas de figure, le même fait qui fondera l'action.

341. Aussi, et au regard des objectifs communs décelés entre le nouveau système issu de la loi de 2007 et celui de la responsabilité juridictionnelle, pourrait-on envisager l'application de ce dispositif novateur en cas d'atteinte à la légalité, celle-ci trouvant son origine dans la faute d'un juge au regard du critère du magistrat normalement soucieux et prudent. Il s'agirait donc, en ce sens, d'ouvrir les conditions d'application de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire au grief d'illégalité fautive afin de permettre l'exercice du dispositif de l'article 48-1 de l'ordonnance statutaire.

B. L'énoncé d'un nouveau fondement de responsabilité

342. Par définition, le dysfonctionnement s'entend comme un mauvais fonctionnement, une défaillance. Or, le fait de s'être vu infliger une décision illégale est assurément révélateur d'un dysfonctionnement. Si la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice est actuellement reconnue pour faute lourde ou déni de justice, il s'agirait donc de l'ouvrir au grief d'illégalité fautive.

Au regard de la forte proximité entre le système né de la réforme et celui de la responsabilité juridictionnelle, il s'agirait de dorénavant reconnaître la possibilité pour un justiciable

d'emprunter la voie des articles L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire et 48-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 en cas d'atteinte au droit à la légalité. En ce sens, l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire pourrait énoncer : « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice [ou par une atteinte fautive à la légalité] ». Celle-ci s'apprécierait *in concreto*, mais également au regard des circonstances de l'affaire litigieuse : fonctionnement de la juridiction concernée, moyens ou encore effectifs. Sous couvert de responsabiliser les juges, on ne saurait prescrire la reconnaissance d'une faute semblant davantage ressortir de la responsabilité de l'Etat, en ce que celui-ci ne permet pas à ses agents de dignement remplir leur office par l'octroi de moyens suffisants.

343. Si le juge administratif – selon un régime très strict⁹¹⁰ – admet la responsabilité de l'Etat du fait du contenu d'une décision juridictionnelle, il la conditionne à « l'exigence de la faute lourde sous le nom de violation manifeste du droit communautaire »⁹¹¹. En effet, le commissaire du Gouvernement Lamy proposait de distinguer « l'administration des procédures juridictionnelles » du « cœur de l'activité juridictionnelle », pour lequel « l'argument de la difficulté de la mission et le souci de ne pas doubler les procédures de droit commun de recours contre les décisions juridictionnelles justifie mieux le maintien de la faute lourde »⁹¹². C'est au demeurant, dans ce sens qu'avait incliné le commissaire du Gouvernement Schwartz à l'occasion de la jurisprudence *Popin*⁹¹³.

Toutefois, si la nécessité d'une faute est entendue aux fins d'actionner la responsabilité juridictionnelle, il semblerait délicat de ranger celle-ci parmi une catégorie qui lui est préexistante, notamment au regard de l'originalité et de la dualité du système prôné. Nous serions davantage enclins à ne pas intégrer le grief de l'illégalité fautive au sein de la notion polymorphe de faute lourde, sans pour autant admettre que celle-ci puisse constituer une faute simple. Il semblerait en effet offensant d'admettre que le préjudice né d'une décision juridictionnelle puisse être – simplement – le fait d'une négligence ou d'une inattention. Au demeurant, nous partageons le point de vue selon lequel « la problématique faute lourde/faute

⁹¹⁰ CE 18 juin 2006, *M. Gestas*, req. n° 2958312.

⁹¹¹ D. Pouyaud, « *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle* », note sous : CE 18 juin 2006, *M. Gestas*, *RFDA* 2008, p. 1178.

⁹¹² *Ibid.*, p. 1184.

⁹¹³ Celui-ci avait, en effet, retenu qu'« une annulation ne traduit pas nécessairement l'existence d'une faute sanctionnable, mais une interprétation légitime de la règle de droit par une juridiction sous le contrôle d'une juridiction supérieure. Le régime de la faute simple est donc, par nature, inadapté à l'activité juridictionnelle ».

simple ne fait que nourrir des controverses doctrinales stériles et n'a pas forcément pour le justiciable l'importance qu'on lui porte »⁹¹⁴. Enfin, et notamment au regard de la jurisprudence de 2001, la distinction entre ces deux notions apparaît suffisamment nébuleuse pour éviter de s'y référer. C'est pourquoi, le droit au respect de la légalité mériterait d'être énoncé aux côtés de la faute lourde et du déni de justice.

⁹¹⁴ P. Bon, note sous : CE 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de St Florent*, RFDA 2001, p. 152.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

344. Le jeu combiné des articles L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire et 48-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 permettrait de voir s'accomplir la responsabilité juridictionnelle dans le sens d'une responsabilité générale. Conciliant responsabilité-réparation et responsabilité-sanction, le régime proposé n'a d'autre vocation que de parachever le pouvoir et l'indépendance reconnus au juge, tout en restaurant le cœur de l'Etat de Droit par l'institution d'un droit au respect à la légalité. La justice ne peut se construire en dehors du droit. Toutefois, si des moyens peuvent être envisagés, en aval, – aux fins de réparer le préjudice subi – la responsabilité juridictionnelle mérite, en amont, la promotion d'une responsabilisation accrue des magistrats, aux fins de prévenir tout fait dommageable.

345. Conjuguant voies de recours et responsabilité, motivation et responsabilisation, la question de la responsabilité juridictionnelle se pose avec audace et prudence. Si la procédure permet de prévenir et, parfois, de gommer une erreur, elle ne répare pas le préjudice et ne sanctionne pas la faute. Favorisant et consacrant les liens existants entre les différentes sphères concernées par la *jurisdictio*, la responsabilité juridictionnelle apparaît comme l'expression aboutie des rapports entre les justiciables, les juges et l'Etat dans une double perspective de réparation et de sanction des éventuels mal jugés. Les responsabilités en jeu sont non seulement reconnues, mais plus encore revendiquées. Aussi, et aux fins de tout à la fois prévenir et consolider cette responsabilité juridictionnelle, il s'agira de responsabiliser le juge durant sa carrière.

Titre 2nd : La consolidation d'une responsabilité juridictionnelle fondée sur les devoirs du juge

346. La question de la responsabilisation du juge est primordiale. Celle-ci doit commencer dès sa formation. En effet, le caractère impérieux de sa mission nécessite des bases juridiques et déontologiques solides. Assurer cette introspection éthique « suppose que soient réunies, de façon pérenne, quatre conditions : - un soutien politique fort et constant, passant par l'exemplarité, en tant que modèles, de toutes les représentations du pouvoir exprimées dans la sphère constitutionnelle, exécutive et administrative, législative ou judiciaire, par le soutien des conduites éthiques, par la dénonciation sans faille des manquements, enfin par l'affectation des moyens nécessaires à la mise en place des organes structurels favorisant la formation et le respect de la déontologie professionnelle ; - un cadrage et des instruments de contrôle suffisants : cadre juridique clair, adossé à des instruments d'évaluation et d'audit interne, à des moyens indépendants d'investigation et de contrôle, et passant par une information suffisamment lisible pour permettre un contrôle public ; - des outils de conseil adaptés : codes ou normes de conduite, accès à la formation, attitude exemplaire et attentive de l'encadrement, existence de lieux institutionnels de dialogue et de questionnements éthiques ; - des organes et des modes de gestion favorisant l'émergence et le développement de la déontologie : organismes de coordination propres à chaque ministère ou assurant une cohérence interprofessionnelle, conditions de travail adaptées en termes de recrutement, de formation et de supervision, protection contre les tentatives de déstabilisation, égalité de traitement »⁹¹⁵.

347. *In fine*, il s'agit de garantir aux justiciables que le juge dispose d'une « conscience professionnelle », que son comportement sera celui du « bon juge »⁹¹⁶. Paré des vertus essentielles à l'exercice de sa mission, le juge devra acquérir le sentiment responsable.

⁹¹⁵ ENM, « *Responsabilité du juge ou responsabilités des magistrats : les multiples sens d'un même terme* », *La responsabilité du juge*, Colloque, Bordeaux, 25 et 26 mars 1999, p. 5.

⁹¹⁶ « Le bon magistrat est avant tout un homme de bien. Cet homme de bien l'est par nature. La Vertu préside à tous ses actes. Elle est une disposition au bien toute intérieure à celui qui la possède. La Vertu rend modeste, simple et droit et donne une sagesse personnelle qui se traduit par une conduite irréprochable. L'homme de bien est un être aux mœurs sévères. Il se défie lui-même de ses préjugés personnels comme des préventions sociales. [...] Ses mœurs sont pures dépouillées [...]. L'homme de bien est un homme de respect et d'ordre, conscient de sa valeur intellectuelle et morale, il n'en tire jamais vanité mais il l'emploie à bien servir sa famille et sa profession », J.-M. Tuffery-Andrieu, *La discipline des juges : les Mercuriales de d'Aguesseau*, LGDJ, 2007, p. 37.

Cette responsabilisation inhérente à l'office (*Chapitre 1*), mérite de l'accompagner tout au long de sa carrière (*Chapitre 2*).

Chapitre 1 : Une responsabilisation inhérente à ses fonctions

348. Dès son entrée en fonction et durant toute sa carrière, le juge doit avoir conscience des responsabilités liées à sa charge. En ce sens, la prestation de serment entend signer l'engagement du juge et incarner le sentiment responsable qui doit désormais l'habiter (*Section 1*). En effet, sa carrière est désormais placée sous le joug d'une responsabilisation latente dont témoigne précisément l'exigence de motivation, laquelle permettra, *in fine*, un examen critique de ses décisions par ses pairs (*Section 2*).

Section 1 : La responsabilisation dans l'engagement

349. Par définition, le serment consiste en l'« affirmation solennelle (à l'origine religieuse) orale ou écrite, par laquelle une personne promet (jure) de se comporter d'une certaine manière ou atteste (en jurant aussi) la véracité d'une déclaration »⁹¹⁷. Il porte ainsi un caractère promissoire, lorsqu'il ne tend pas uniquement à prouver une certaine véracité ou authenticité d'un acte (dans ce cas, on dit que le serment est affirmatif), mais à véritablement contracter un engagement, à tenir une promesse.

350. A l'occasion de sa prestation de serment, le juge s'engage à « bien et fidèlement remplir [ses] fonctions, [de] garder religieusement le secret des délibérations et [de se] conduire en tout comme un digne et loyal magistrat »⁹¹⁸. Chaque décision rendue, chaque acte pris par le juge devra donc non seulement être conforme à la loi, mais au-delà respecter les devoirs liés à sa charge. Conjuguant loyauté, sincérité et responsabilité, le serment est plus qu'un simple discours. De la prise de responsabilité à travers l'énoncé d'une promesse (*Paragraphe 1*) à l'obligation de l'honorer par le biais déontologique (*Paragraphe 2*), « l'engagement [du magistrat] résulte bien du serment »⁹¹⁹.

⁹¹⁷ G. Cornu (dir.), « Serment », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note n° 115, p. 858.

⁹¹⁸ Article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature.

⁹¹⁹ G. Canivet, « La conception française de la déontologie des magistrats », *op. cit.* note n° 805, p. 104.

§ 1 : L'engagement scellé par le serment

351. Etape symbolique et rite inhérent à l'entrée en fonction du juge, le serment s'apparente à une profession de foi, en ce que ce dernier « crée ou renforce la solennité d'un engagement »⁹²⁰. Par cette prestation devant ses pairs, le juge intègre un corps professionnel et jure qu'il en sera digne. Par ce biais, l'homme devient magistrat. La sacralité entourant le serment tend, ainsi, à la prise de conscience des devoirs attachés à la profession embrassée (A). Au surplus, le juge, « en donnant sa parole », atteste officiellement de son engagement (B).

A. La prestation de serment

352. Intimement lié à la pratique des ordales, le serment se place sous le signe du religieux : « le jureur remet en gage, sous le contrôle des puissances de l'invisible, un bien suprême qu'il désigne dans la partie imprécatoire de la formule du serment »⁹²¹.

A l'origine, lorsque le juge prêtait serment, il s'agissait, par ce biais, de reconnaître la liberté dont il bénéficiait à l'occasion de son office. Cet engagement constituait le signe par lequel « le juge capture[ait] toutes les forces sacrées en action dans le procès, il les fai[sai]t converger vers lui et crée[créait] en lui la fonction de juger. Le serment des juges était ainsi une forme de transition entre procédures « irrationnelles » et rationnelles »⁹²².

Lorsque les preuves étaient insuffisantes, le recours à la libre sentence du juge s'avérait nécessaire. Dès lors que les textes étaient silencieux ou que les indices manquaient, le juge prêtait serment et ne s'en libérait qu'à travers le jugement qu'il rendait par « référence à des puissances supérieures, comme s'il reposait sur un fondement transcendantal ; il réalisait par celui-ci, comme les parties, un contact avec la divinité »⁹²³. Il s'agissait alors d'une sorte de « caution divine »⁹²⁴. De tout temps, la fonction de juger a été assimilée à une prérogative divine. Aussi, le juge, par délégation du souverain, lui-même détenant son pouvoir de Dieu,

⁹²⁰ R. Pageard, « *Les sanctions du serment du mythique au logique. Du social à l'intime* », in R. Verdier (dir.), *Le serment. 1. Signes et fonctions*, Ed. CNRS, 1991, p. 35.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 36.

⁹²² R. Jacob, « *Anthropologie et histoire du serment judiciaire* », in R. Verdier (dir.), *Le serment. 1. Signes et fonctions*, op. cit. note n° 920, p. 258.

⁹²³ R. Pageard, « *Les sanctions du serment du mythique au logique. Du social à l'intime* », op. cit. note n° 920, p. 40.

⁹²³ *Ibid.*, p. 41.

⁹²⁴ J. Gaudemet, « *Ouverture* », in R. Verdier (dir.), *Le serment. 1. Signes et fonctions*, op. cit. note n° 920, p. 13.

apparaissait comme un messenger dont l'office ne se justifiait qu'au regard de la sacralité entourant l'œuvre de justice.

353. Cette justification par le serment, si elle n'est plus divine, n'en demeure pas moins consubstantielle à l'office du juge. Ce n'est qu'à partir de cette prestation de serment que le juge devient officiellement un représentant de justice. C'est à la suite de cette cérémonie – ayant lieu devant la Cour d'appel du ressort de laquelle il est nommé – qu'est dressé le procès-verbal de la prestation de serment revêtant un caractère essentiel, puisque « tout acte judiciaire accompli par un magistrat qui n'aurait pas préalablement prêté serment serait entaché de nullité »⁹²⁵. Dès lors, et au-delà d'une certaine sacralité entourant le serment, il s'agit d'une étape qui reste décisive dans la carrière du juge.

354. Le serment correspond à un pacte que le juge passe avec lui-même. Bien que ce point relève davantage de l'immatériel, il semble s'inscrire dans l'exigence de responsabilisation des juges. La première des responsabilités du juge réside justement en cette prise de conscience ; par le biais du serment, ce sont les préceptes déontologiques gouvernant sa profession qui se révèlent et s'imposent à lui. Aussi, le prononcer individuellement – ce qui n'est pas le cas actuellement – favoriserait assurément le sentiment d'être investi d'une telle charge. *A fortiori*, cela matérialiserait le pacte démocratique qu'il tend à incarner. « Fondateur de rapports sociaux »⁹²⁶, le serment « donne à l'engagement personnel ainsi formulé une dimension collective qui appelle la reconnaissance du juge dans la cité »⁹²⁷. L'engagement ainsi contracté lie le juge à ses pairs et à ses concitoyens, en tant que destinataires de la promesse déclamée. Par ce biais, il leur assure de pouvoir s'en remettre à son jugement, à lui qui jure de se comporter de façon vertueuse. Le serment tend ainsi à symboliser les termes dans lesquels le destin du juge se lie à celui de la nation ; désormais investi du pouvoir de dire le droit - sur requête de ses concitoyens – le juge s'engage à le faire comme « un digne et loyal magistrat ». Permettre la confiance, provoquer l'adhésion tels sont effectivement les enjeux du serment à dorénavant honorer.

355. Aussi, et afin d'assurer une véritable prise de conscience de la part du juge des devoirs qui doivent désormais l'habiter, le prononcé par chaque magistrat de ce serment

⁹²⁵ G. Canivet et J. Betoulle, « *Magistrat* », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2005, p. 9.

⁹²⁶ R. Jacob, « *Anthropologie et histoire du serment judiciaire* », *op. cit.* note n° 922, p. 239.

⁹²⁷ G. Canivet, « *La conception française de la déontologie des magistrats* », *op. cit.* note n° 805, p. 104.

serait-il à encourager. Ce souhait se revendique d'une volonté d'inscrire sa carrière dans une dimension profondément éthique. A travers cette prestation, le juge formule une promesse, dès lors, le serment doit refléter cette symbolique et ses finalités grâce aux termes dont il est paré.

B. Les termes du serment

356. Le serment doit être suffisamment précis pour fonder de façon non équivoque la promesse qu'il entend symboliser. Ainsi les termes du serment sont-ils explicitement reproduits à l'article 6 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature : « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat ». La doctrine et les politiques s'accordent à remettre en cause ces termes, lesquels s'avèrent effectivement mystérieux, voire mystiques.

357. Alors même que le Conseil supérieur de la magistrature « n'estime pas nécessaire de modifier le serment des magistrats » qui, « quels que soient les termes, ne saurait constituer le fondement unique de l'éthique, de la déontologie et de la discipline des magistrats »⁹²⁸, celui-ci a fait l'objet de plusieurs propositions de réécriture.

La formule : « Je jure de me comporter en tout comme un digne et loyal magistrat, intègre, libre, impartial, respectueux de la loi, des droits, de toutes les parties et du secret professionnel » a bénéficié notamment des faveurs de magistrat⁹²⁹ et du Sénat⁹³⁰. Celui-ci retient que « le serment professionnel auquel sont soumis les magistrats [...] doit être renforcé et actualisé »⁹³¹.

Quant au syndicat de la magistrature, il « s'oppose à toute rédaction du serment qui consisterait en une simple énumération d'obligations disciplinaires »⁹³². Il rappelle en ce sens qu'« un serment doit rappeler les valeurs fondamentales et communes d'une profession. L'indépendance et le rôle de gardien des libertés individuelles qui constituent les valeurs fondatrices de l'institution judiciaire, telles que les rappellent les articles 64 et 66 de la

⁹²⁸ CSM, « Avis du 20 mai 2005 sur les propositions du rapport final de la commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature », <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/111>

⁹²⁹ Notamment Dominique Noël Commaret.

⁹³⁰ <http://www.senat.fr/leg/pp100-232.html>

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² <http://syndicat-magistrature.org/Non-a-un-serment-de-soumission.html>

Constitution, doivent nécessairement constituer les éléments principaux d'un serment rénové de la magistrature »⁹³³.

L'idée a été reprise par la Commission Cabannes, qui, parmi les suggestions avancées au sein de son rapport, proposait une réécriture du serment dans le sens d'une objectivisation des préceptes gouvernant l'action du juge. La proposition était la suivante : « Je jure, au service de la loi, de remplir mes fonctions avec impartialité et diligence, en toute loyauté, intégrité et dignité, dans le respect du secret professionnel et du devoir de réserve »⁹³⁴. Étaient ainsi rappelés les exigences relatives à la profession de magistrat, tout en mettant en évidence les limites inhérentes à l'office.

358. Le serment doit assurément attester de l'engagement éthique du juge. Réceptacle de ses devoirs et légitimités, cette promesse doit aussi susciter la conscience de ses responsabilités. Toutefois, l'intérêt ne saurait résider en l'élaboration d'un *listing* de vertus, lequel ne pourrait, du reste, être exhaustif. Au contraire, le risque serait de figer la déontologie.

Au lieu de chercher à énumérer tous les devoirs du juge, ou alors d'opérer des choix de valeurs entre les vertus devant apparaître et celles ne le devant pas – ce qui, *in fine*, conduirait à établir une hiérarchie entre les devoirs – le serment devrait plutôt s'attacher aux conditions de l'engagement. En ce sens, il pourrait se formuler ainsi : « Pour le peuple français, titulaire de la souveraineté nationale, j'accepte l'œuvre de justice dont il m'investit. Dans le respect de la loi, je jure solennellement d'être digne de la fonction de magistrat et de toujours me conformer aux principes gouvernant ma fonction ».

Certes, cette suggestion semble moins précise, dans son contenu, que l'actuelle formulation, et va quelque peu à l'encontre des propositions émises par le passé. Toutefois, il semble qu'en tant que promesse, le serment doive davantage répondre aux exigences du contrat moral qu'il représente. En ce sens, il devrait faire apparaître, en premier lieu, les destinataires de cet engagement.

À ce sujet, la nature de la justice – attribut régalien – conjuguée à une certaine représentativité du juge⁹³⁵, induit la référence à la souveraineté nationale telle que consacrée par notre droit. Par ailleurs, le serment, en ce qu'il entend incarner l'engagement du juge, doit mettre en valeur les obligations inhérentes au pacte qu'il a vocation à représenter. C'est en effet lui qui

⁹³³ <http://syndicat-magistrature.org/Non-a-un-serment-de-soumission.html>

⁹³⁴ *Rapport de la commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature*, proposition n° 1, <http://www.cercle-du-barreau.org/files/rapportcabannes.pdf>, p. 18.

⁹³⁵ Article 454 CPC : « Le jugement est rendu au nom du peuple français ».

inaugure et consacre la responsabilité dans l'action que le magistrat nouvellement investi aura à honorer durant sa carrière.

§ 2 : L'objectivation de l'engagement

359. L'engagement du juge, s' « il résulte du serment », consiste à respecter les règles inhérentes au corps de la magistrature. Gage de responsabilisation dans la promesse qu'il formalise, le serment mériterait une implication plus forte dans la discipline du juge (**A**), laquelle impose une considération certaine envers la déontologie judiciaire (**B**).

A. L'objectivation du serment

360. Déontologie et discipline entretiennent d'étroits rapports. Consolidant ce lien par le biais du serment, la formulation actuelle de celui-ci – « se comporter comme un digne et loyal magistrat » – se révèle très proche de la définition de la faute lourde consacrée par la jurisprudence : celle « qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat ou un fonctionnaire de justice, normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné »⁹³⁶, ou encore « la faute commise par un juge, sous l'influence d'une erreur tellement grossière incompatible avec la conscience normale de ses devoirs ou de la mauvaise foi, l'animosité personnelle ou l'intention de nuire »⁹³⁷. A l'évidence, le juge fautif ne s'est pas comporté « comme un bon et loyal magistrat ».

361. De plus, certaines prescriptions présentent de fortes similitudes avec des principes déontologiques dont le Conseil supérieur de la magistrature sanctionne les violations. Par exemple, « viole le secret des délibérés le magistrat qui livre à un tiers, avant jugement, une information substantielle sur le contenu d'une décision relevant de sa juridiction »⁹³⁸. Or, le serment énonce clairement l'obligation pour le magistrat de « garder religieusement le secret des délibérations ». Le lien entre le contenu du serment, les principes déontologiques et la discipline semble évident. Dès lors, définir la faute disciplinaire comme une transgression du serment prêté par le magistrat aurait un double mérite : d'une part

⁹³⁶ Cass. civ. 1^{ère} 13 octobre 1953, Bull. n° 224 ; Cass. civ. 1^{ère} 20 février 1996, JCP 1996.I.3938, obs. L. Cadiet.

⁹³⁷ Cass. civ. 1^{ère} 6 mai 2003, Bull. n° 105.

⁹³⁸ CSM Siège, 24 juillet 2000.

clarifier la définition de la faute disciplinaire, et, d'autre part, rendre visible et cohérent le lien entre le serment, marquant une caution morale de l'office du magistrat, et la discipline sanctionnant un magistrat s'étant placé hors des conditions établies par le serment.

362. En ce sens, la définition de la faute aurait mérité d'être reprise sous le prisme d'une objectivation du serment. Si la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution a modifié l'article 43 de l'ordonnance statutaire⁹³⁹, l'on peut regretter que celle-ci n'ait pas repris la proposition faite par la Commission Cabannes. Certes, « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue [toujours] une faute disciplinaire »⁹⁴⁰. Or, désormais « constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive », ce nouvel énoncé ne prend aucunement en considération le lien entre le serment prêté par le magistrat lors de son entrée en fonction et la caractérisation de la faute disciplinaire comme manquement à la promesse ainsi formulée de se comporter en tout « comme un digne et loyal magistrat »⁹⁴¹. Par ailleurs, et bien qu'il ait vocation à établir un rapprochement entre la caractérisation de la faute disciplinaire et la violation d'une règle de droit, il tend néanmoins à restreindre la définition de la faute disciplinaire. La nouvelle appréhension ainsi arrêtée est à saluer du point de vue de la passerelle qu'elle incarne entre la responsabilité disciplinaire du juge et son office juridictionnel ; toutefois, elle « verrouille » sa mise en œuvre, et la restreint à la violation d'une règle de procédure. Aussi aurions-nous été davantage enclins à reprendre la proposition émise par la Commission Cabannes, suivant laquelle : « Tout manquement du magistrat aux devoirs nés du serment qu'il a prêté, constitue une faute disciplinaire »⁹⁴². Le serment prendrait alors toute sa mesure. Certes, la définition de la faute disciplinaire resterait imprécise, mais c'est justement cette malléabilité qui permettrait de ne pas figer la notion et lui permettrait d'évoluer au gré des évolutions de l'office du juge.

⁹³⁹ Avant sa modification par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, l'article 43 était ainsi rédigé : « Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire ».

⁹⁴⁰ Article 43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁹⁴¹ Article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁹⁴² *Rapport de la commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, op. cit.* note n° 934.

363. En réponse au rapport de la Commission Cabannes, le Conseil supérieur de la magistrature n'a pas estimé « nécessaire de modifier le serment des magistrats »⁹⁴³. Le Conseil avait eu l'occasion d'écarter cette possibilité de réforme « en relevant que si la substitution aux dispositions actuelles d'une rédaction plus moderne pouvait paraître attrayante, « quelques articles de loi organique énonçant les principes déontologiques applicables aux magistrats ne pourront jamais exprimer à eux seuls et à tout instant, c'est à dire indépendamment de la jurisprudence de l'instance disciplinaire, la substance et l'étendue véritable de ces principes » »⁹⁴⁴. Certes, le serment ne pourrait, à lui seul, retranscrire tous les devoirs du juge. Toutefois, il pourrait davantage refléter l'engagement du juge. Au risque de rompre ce pacte, et d'engager sa responsabilité, le juge devra s'appliquer à respecter les enjeux liés à son office. Notamment, par la promesse de se soumettre aux devoirs gouvernant sa profession, il s'engage, non seulement, à « trancher les litiges conformément aux règles de droit » mais, aussi, dans le respect de la déontologie gouvernant sa profession.

B. L'objectivation de la déontologie

364. Mettant en évidence les comportements fautifs des magistrats, la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature permet, *a contrario*, d'appréhender les bonnes pratiques. Le législateur, conscient de l'apport pédagogique des décisions rendues par l'instance disciplinaire, a invité le Conseil à élaborer et rendre public un recueil des obligations déontologiques des magistrats⁹⁴⁵ lors de la loi organique du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, lequel est enfin paru en juin 2010⁹⁴⁶.

365. Si la rédaction d'un code de déontologie (1) a, ainsi, été évincée au profit de l'élaboration d'un recueil des obligations déontologiques (2), la question se pose du meilleur moyen d'objectiver la déontologie judiciaire dans la perspective d'une véritable responsabilisation.

⁹⁴³ CSM « Avis 20 mai 2005 sur les propositions du rapport final de la commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature » *op. cit.* note n° 928.

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ Article 18 de la loi organique n°2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

⁹⁴⁶ CSM, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, *op. cit.* note n° 860.

1) L'élaboration d'un code de déontologie

366. « Document synthétisant l'ensemble des devoirs propres à une profession et pouvant, par suite, constituer une norme de référence, tant pour les instances disciplinaires que pour les professionnels eux-mêmes »⁹⁴⁷. En fixant ces derniers, le risque serait, toutefois, de les figer.

367. Codifier la déontologie judiciaire tendrait à affirmer et fixer les principes et valeurs s'appliquant à la magistrature. Participant, ainsi, à rendre ceux-ci visibles⁹⁴⁸ et accessibles, cette démarche permettrait de promouvoir la déontologie judiciaire. « Il est indispensable que les principes déontologiques soient clairement formulés et facilement accessibles, de manière à être bien connus non seulement des magistrats mais aussi du public, car les justiciables ne font confiance à l'institution judiciaire que s'ils ont la conviction que les magistrats respectent les valeurs fondamentales de la justice »⁹⁴⁹.

368. Ces ambitions relatives à la codification se sont concrétisées sur les scènes internationale et européenne.

D'une part, les « Principes de Bangalore » ont consacré la volonté d'instaurer un système de règles éthiques et déontologiques à l'échelle mondiale. Cette initiative du Comité des droits de l'homme de l'ONU, datant d'avril 2000, tendait à consacrer un « outil déontologique à vocation mondiale »⁹⁵⁰ à « portée universelle prometteuse »⁹⁵¹. En énonçant les sept qualités dont doit être paré chaque magistrat (respect des convenances, de l'indépendance, de l'intégrité, de l'impartialité, de l'égalité, de la compétence-diligence et de la responsabilité), la démarche a abouti à la rédaction du Projet de Bangalore. Saisi pour avis, le Conseil consultatif

⁹⁴⁷ N. Albert, « *De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats* », in M. Deguegue (dir.), *Justice et responsabilité de l'Etat*, op. cit. note n° 124, p.209.

⁹⁴⁸ « La publication récente par le Conseil supérieur de la magistrature des décisions disciplinaires de 1959 à 2005 a pour but notamment, de permettre aux justiciables de connaître les conditions posées par l'autorité disciplinaire pour un exercice impartial de la justice », CSM, *Rapport d'activités 2007*, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/all/themes/csm/rapports/RAPPORT_MAGISTRATURE_2007.pdf p. 67.

⁹⁴⁹ CSM, *Rapport d'activités 2003*, <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/all/themes/csm/rapports/rapport2003.pdf> p. 166.

⁹⁵⁰ H. Epineuse, *De Bangalore à La Haye : vers un modèle international de déontologie des juges ?*, in D. Salas et H. Epineuse (dir.), *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, op. cit. note n° 441, p. 21.

⁹⁵¹ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, op. cit. note n° 447.

des juges européens émit quelques réserves en même temps qu'il en saluait l'initiative. Selon lui, la terminologie de « code », qui fut initialement retenue, induisait une liste exhaustive et figée des règles de conduite des magistrats. De plus, ce recueil privilégiait, à sons sens, l'aspect disciplinaire au détriment de l'édiction de principes déontologiques. A l'occasion de son avis, il marqua donc sa préférence pour « un système déontologique tourné vers l'éthique et hors d'atteinte du disciplinaire »⁹⁵². Ses remarques furent prises en considération et intégrées aux « Principes de Bangalore » proclamés à La Haye les 25 et 26 novembre 2002. D'autre part, si la Charte européenne sur le statut des juges⁹⁵³ invite les Etats⁹⁵⁴ à procéder à une telle démarche⁹⁵⁵, le Conseil consultatif des juges européens s'empara également de ce sujet et rédigea une déclaration commune à l'adresse des juges européens. Parallèlement à l'énoncé de principes directeurs et recommandations, cette déclaration avait vocation à inciter les législations des Etats membres à prendre en considération la déontologie et l'éthique comme facteurs de responsabilisation des juges et, d'autre part, à envisager la création d'un recueil commun de règles déontologiques. Sans rechercher l'exhaustivité par « un assemblage de prescriptions déontologiques extraites de codes nationaux multiples »⁹⁵⁶, le Conseil consultatif des juges européens opta pour une déclaration de principes et souligna en ce sens que « la protection de l'indépendance et de l'impartialité ne peut être assurée par la seule déontologie et que de nombreux textes statutaires et procéduraux y concourent. Les normes déontologiques sont différentes des règles statutaires et disciplinaires. Elles expriment une

⁹⁵² H. Epineuse, *De Bangalore à La Haye : vers un modèle international de déontologie des juges ?*, op. cit. note n° 950.

⁹⁵³ « La nécessité d'élaborer une charte européenne sur le statut des juges a été confirmée en juillet 1997, à l'issue de travaux d'une première réunion multilatérale tenue à Strasbourg et consacrée au statut des juges en Europe. Les participants à cette réunion, originaires de 13 pays d'Europe occidentale, centrale et orientale, auxquels se sont joints des représentants de l'Association Européenne des Magistrats (AEM) et des Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL), ont émis le souhait que le Conseil de l'Europe offre le cadre et le soutien nécessaires à l'élaboration de la charte. Sur la base de ces conclusions, la Direction des Affaires juridiques a confié à trois experts venant de la France, la Pologne et le Royaume-Uni, la rédaction d'un avant-projet de charte. Cet avant-projet, élaboré au printemps de 1998, a été soumis aux participants d'une deuxième réunion multilatérale, également tenue à Strasbourg, les 8-10 juillet 1998, et à l'issue des trois journées de discussions, le texte, après avoir été amélioré par un certain nombre d'amendements, a été adopté à l'unanimité. La valeur de cette charte ne résulte pas d'un statut formel qu'elle n'a pas, mais de la pertinence et de la force que ses auteurs ont entendu donner à son contenu. La connaissance de ce contenu et une large diffusion de la Charte sont des éléments essentiels pour que sa dynamique de progrès se concrétise. Elle est destinée aux juges, aux juristes, aux responsables politiques et plus généralement à toutes les personnes intéressées aux institutions de l'Etat de Droit et de la démocratie », Avant-propos, Charte européenne sur le statut des juges.

⁹⁵⁴ Certains pays européens, l'Italie, ou encore la Grèce, ont déjà adopté un tel code.

⁹⁵⁵ « Dans chaque Etat européen, les principes fondamentaux du statut des juges sont énoncés dans les normes internes du niveau le plus élevé et ses règles dans des normes du niveau au moins législatif », Article 1.2 de la Charte européenne sur le statut des juges.

⁹⁵⁶ Avis n° 3 du Conseil Consultatif des Juges Européens (CCJE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1046317&Site=DGHL-JudProf-CCJE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3>

capacité de la profession de réfléchir sa fonction dans des valeurs en adéquation avec les attentes du public et en contrepartie des pouvoirs attribués. Ce sont des normes d'autocontrôle qui impliquent de reconnaître que l'application de la loi n'a rien de mécanique, relève d'un réel pouvoir d'appréciation et place les juges dans un rapport de responsabilité vis-à-vis d'eux mêmes et des citoyens ». C'est pourquoi, le Conseil consultatif des juges européens préfère une « déclaration de principes de conduite professionnelle », plutôt qu'un code »⁹⁵⁷.

369. Retranscrire les règles déontologiques au sein d'un document participe à l'affermissement de l'Etat de Droit ; pour autant, cette démarche ne saurait se concrétiser uniquement par la codification tant le concept de déontologie dépasse le simple rassemblement « en un corps de droit les règles qui gouvernent une matière »⁹⁵⁸. Un tel code ne pourrait par principe être exhaustif et risquerait *a fortiori* de complexifier la déontologie par la volonté de définir précisément chaque principe. Le risque serait d'« affaiblir l'aura morale qu'on lui accorde encore spontanément »⁹⁵⁹ et de figer ses valeurs par nature évolutives⁹⁶⁰.

Si la codification permettrait indéniablement de rendre lisibles et accessibles les devoirs s'imposant au juge, tout en en garantissant l'effectivité par cette immixtion dans le droit positif, le concept même de déontologie risquerait d'en ressortir affaibli. « La déontologie est en effet une matière vivante et par nature évolutive »⁹⁶¹, elle s'adapte et s'enrichit au gré des évolutions sociétales, mais également à travers l'expérience professionnelle. En ce sens, le risque d'une stérilisation de la réflexion éthique⁹⁶² à travers l'œuvre codificatrice nous amène à lui préférer l'élaboration d'un recueil de principes déontologiques, mission que le législateur organique⁹⁶³ a récemment confiée au Conseil supérieur de la magistrature.

⁹⁵⁷ Avis n° 3 du Conseil Consultatif des Juges Européens (CCJE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1046317&Site=DGHL-JudProf-CCJE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3>

⁹⁵⁸ G. Cornu (dir.), « Codifier », in *Vocabulaire juridique*, op. cit. note n° 115, p. 166.

⁹⁵⁹ P. Stoffel-Munck, « Déontologie et morale », in J.-L. Bergel (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 64.

⁹⁶⁰ D. N. Commaret, « Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du CSM », in *La responsabilité du juge*, op. cit. note n° 915, p. 34.

⁹⁶¹ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, op. cit. note n° 447, p. 115-116.

⁹⁶² CSM, *Rapport d'activités 2003*, op. cit. note n° 949, p. 163-164.

⁹⁶³ L'article 18 de la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats a modifié l'article 20 de la loi organique n°94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, lequel dispose que le Conseil supérieur de la magistrature « élabore et rend public un recueil des obligations déontologiques des magistrats ».

2) Le recueil des obligations déontologiques

370. Relevant la mission qui lui a, ainsi, été confiée, le Conseil supérieur de la magistrature élabore et rendit public un recueil des obligations déontologiques des magistrats⁹⁶⁴. Celui-ci, « au terme d'une démarche comparatiste, a constaté que la référence déontologique nationale a, pour l'institution judiciaire, un rôle de régulation des conduites, une fonction d'identification et de communication avec le public. Elle donne vie, localement, aux instruments juridiques internationaux, en dessinant une figure universelle du magistrat »⁹⁶⁵. En ce sens, le Conseil a mis en évidence ces « valeurs cardinales » au sein de ce recueil, lequel s'il a légitimement vocation à jouer le rôle de guide pour les magistrats, ambitionne également de « renforcer la confiance du public dans un fonctionnement indépendant et impartial du système judiciaire français »⁹⁶⁶.

371. Son approche, laquelle est indéniablement communicative et pédagogique, s'organise selon six axes, reflétant les valeurs essentielles sur lesquelles se fonde l'exercice de la justice en France : indépendance, impartialité, intégrité, légalité, attention à autrui, discrétion et réserve. A l'occasion de chacun des paragraphes dédiés à ces notions – lesquelles sont, au surplus, susceptibles de se décliner⁹⁶⁷ –, le Conseil entend livrer, certes, une définition du principe, mais également des observations, commentaires et recommandations. On pourra notamment relever que si l'impartialité s'entend comme « le droit garanti aux justiciables par l'article 6 § 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'impartialité du magistrat constitue, pour celui-ci, un devoir absolu, destiné à rendre effectif l'un des principes fondateurs de la République : l'égalité des citoyens devant la loi »⁹⁶⁸. Manifestera son impartialité le magistrat qui respectera et fera respecter le caractère contradictoire des débats⁹⁶⁹, c'est pourquoi, lui est notamment recommandé de faire « abstraction de tout préjugé »⁹⁷⁰ et d'adopter « une attitude empreinte d'objectivité »⁹⁷¹.

⁹⁶⁴ Article 20 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature modifié par la loi n° 2007-287 du 5 mars 2007.

⁹⁶⁵ CSM, *Recueil des obligations déontologiques*, op. cit. note n° 860, p. X.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. XIV.

⁹⁶⁷ Par exemple, « l'attention à autrui » vise la dignité (dignité de la personne, respect de l'autre) et l'écoute de l'autre. « L'intégrité » comprend la probité et la loyauté.

⁹⁶⁸ CSM, *Recueil des obligations déontologiques*, op. cit. note n° 860, p. 7.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 10.

⁹⁷¹ *Ibid.*

Au regard des devoirs de discrétion et de réserve, « le magistrat, membre de l'institution judiciaire, veille, par son comportement individuel, à préserver l'image de la justice »⁹⁷². C'est ainsi que celui-ci devra, notamment, éviter « de s'exprimer, même avec prudence et modération, sur les causes dont il est susceptible d'être saisi »⁹⁷³.

Ainsi chaque valeur est-elle explicitée et détaillée aux fins de transmettre une certaine pédagogie aux magistrats, et au-delà renforcer la confiance des justiciables en leur justice. En effet, libre dans la *jurisdictio*, le juge reste toutefois et indéniablement lié par ces impératifs, pour lesquels l'exigence de motivation incarnera la garantie que la décision rendue en est l'exact reflet.

Section 2 : La responsabilisation dans l'exigence de motivation

372. Le langage « offre à l'individu qui le maîtrise la capacité à évoquer, en lui ou pour l'autre, ce qu'il perçoit »⁹⁷⁴ ; l'intérêt de la motivation, apparaît ainsi certain, en ce qu'elle permet au juge d'expliquer son raisonnement. *A fortiori*, énoncer les motifs de sa décision, les offrir au regard extérieur et de provoquer, dans ce sens, l'adhésion des justiciables et de ses pairs. Si la motivation correspond à l'« ensemble des motifs d'un jugement »⁹⁷⁵, elle permet aussi d'apprécier les « raisons de fait ou de droit qui commandent la décision et que le jugement doit exposer avant le dispositif »⁹⁷⁶. Par ce biais, le juge justifie son action juridictionnelle et lui donne un sens.

373. La motivation des jugements et arrêts ne peut « se contenter de viser un texte de loi pour satisfaire aux exigences de légitimation de la décision »⁹⁷⁷. La légitimité d'une décision de justice résulte, certes, de l'application de la loi au cas d'espèce, mais aussi de la manière avec laquelle le juge devra trancher⁹⁷⁸.

Si l'appréciation souveraine du juge demeure, celui-ci doit cependant inscrire son office dans la légalité. Obligation lui est donc faite de retranscrire le raisonnement qui l'a conduit à rendre

⁹⁷² CSM, *Recueil des obligations déontologiques*, *op. cit.* note n° 946, p. 39.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 40.

⁹⁷⁴ C.-J. Guillermet, *La motivation des décisions de justice*, L'Harmattan, 2006, p. 13.

⁹⁷⁵ G. Cornu (dir.), « Motivation » et « Motifs », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note n° 115, p. 600.

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, *op. cit.* note n° 667, p. 108.

⁹⁷⁸ « Il n'y a plus, dans le procès, de référence incontestée, d'évidence péremptoire, de nécessité inéluctable, de sens clair des textes qui valideraient *a priori* des raisonnements en forme de syllogismes », *Ibid.*

son jugement (*Paragraphe 1*), lequel pourra faire l'objet d'un véritable contrôle juridictionnel (*Paragraphe 2*).

§ 1 : Retranscrire le raisonnement du juge

374. La motivation est ce qui permet à un juge de communiquer son raisonnement et de justifier sa décision. Or, bien que la motivation ait été, dans un premier temps, peu usitée – la justice relevant davantage d'un pouvoir de droit divin, plutôt que de l'application de règles de droit – (*A*), il s'agit assurément d'une exigence fondamentale (*B*), tant au regard de ses vertus didactiques que déterminatrices de la solution prônée.

A. La motivation, une exigence évolutive

375. Sous l'Ancien régime⁹⁷⁹, et ce bien que motiver ses décisions était proscrit, les fondements des décisions royales apparaissaient au sein des jugements : « Il ne s'agissant pas d'une motivation au sens technique du terme, c'est-à-dire d'un raisonnement rationnel conduisant logiquement à la solution sur le modèle du syllogisme judiciaire, mais de justification exprimant un espace de liberté à l'intérieur duquel le roi choisissait souverainement parmi toutes les solutions possibles »⁹⁸⁰.

Elément figurant au sein des cahiers de doléances, la motivation des décisions de justice apparaît au sein de la loi des 16 et 24 août 1790 celle-ci au sein de l'article 15 du titre V relatif aux juges d'appel, les quatre parties constitutives d'un jugement civil ou criminel en précisant que la troisième devra comporter les motifs qui auront emporté la conviction du juge. La Constitution du 5 fructidor an III consacre cette nouvelle exigence au sein de son article 208 : « Les séances des tribunaux sont publiques ; les juges délibèrent en secret ; les jugements sont prononcés à haute voix ; ils sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée ». Enfin, la loi du 28 avril 1810 impose au juge de retranscrire les motifs de la décision sous peine de nullité de la décision rendue. Cette exigence deviendra un élément fondamental de

⁹⁷⁹ J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2000.

⁹⁸⁰ C. Tournier, *L'intime conviction du juge*, thèse Toulon, PUAM, 2003, p. 206.

notre droit, consacré notamment par les articles 455⁹⁸¹ du code de procédure civile, 485⁹⁸² et 593⁹⁸³ du code de procédure pénale et L9 du code de justice administrative⁹⁸⁴.

376. Bien que revêtue d'une portée générale, la motivation n'est pas un élément essentiel de toutes les décisions de justice et certains cas, bien qu'exceptionnels, en sont dispensés : les arrêts rendus par la Cour d'assises, certains jugements de divorce⁹⁸⁵, ou encore les décisions avant-dire droit⁹⁸⁶. En revanche, la décision qui ordonne l'expertise doit exposer « les circonstances qui rendent nécessaires l'expertise »⁹⁸⁷. Le juge d'instruction peut ordonner toute mesure d'instruction sans être tenu à aucune motivation, seules les décisions de rejet doivent être motivées. De plus, certaines décisions accordant un droit doivent être motivées, tel par exemple le cas du délai de grâce⁹⁸⁸. A l'inverse, le jugement qui a trait à une adoption ne doit être motivé qu'en cas de refus, aux termes de l'article 353-5 du code civil⁹⁸⁹. Par ailleurs, lorsqu'est reconnu un pouvoir discrétionnaire au juge, imposer une motivation irait justement à l'encontre de la liberté préalablement reconnue et s'avèrerait contradictoire. Si l'obligation de motiver n'est pas absolue, il s'agit toutefois bien d'une exigence légale, laquelle reste légitime à bien des égards.

B. La motivation, une exigence légitime

377. Le jugement « est l'acte par lequel la juridiction saisie se prononce sur les prétentions qui lui ont été soumises, par cet acte, le juge « dit le droit » avec autorité de chose

⁹⁸¹ « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé.

Il énonce la décision sous forme de dispositif ».

⁹⁸² « Tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif. Les motifs constituent la base de la décision ».

⁹⁸³ « Les arrêts de la chambre de l'instruction, ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas des motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif ».

⁹⁸⁴ « Les jugements sont motivés ».

⁹⁸⁵ Article 1124 CPC : « Le juge aux affaires familiales prononce le divorce sans autre motif que l'acceptation des époux ».

⁹⁸⁶ Article 151 CPC : « Lorsqu'elle ne peut être l'objet de recours indépendamment du jugement sur le fond, la décision peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience ».

⁹⁸⁷ Article 265 CPC.

⁹⁸⁸ Article 510 CPC : « Sous réserve des alinéas suivants, le délai de grâce ne peut être accordé que par la décision dont il est destiné à différer l'exécution. En cas d'urgence, la même faculté appartient au juge des référés. Après signification d'un commandement ou d'un acte de saisie, selon le cas, le juge de l'exécution a compétence pour accorder un délai de grâce. Cette compétence appartient au tribunal d'instance en matière de saisie des rémunérations. L'octroi du délai doit être motivé ».

⁹⁸⁹ « Le jugement prononçant l'adoption n'est pas motivé ».

jugée, et ordonne en conséquence l'exécution des mesures qui en découlent logiquement »⁹⁹⁰. Par sa décision, le juge met fin à un litige et honore sa fonction juridictionnelle.

Trois sens peuvent dès lors être attribués à cette mission essentielle : « agir, décider et construire »⁹⁹¹.

Le juge doit établir une vérité judiciaire par son analyse des faits et sa connaissance du droit. Trancher signifie effectivement « opposer l'application du droit, c'est-à-dire ce qu'est le sens de l'autorité, de la norme dans une situation particulière, et l'intérêt des parties, qui est de trouver la meilleure solution possible »⁹⁹². Grâce à la motivation, le juge inscrira objectivement sa décision, dans le droit et non l'arbitraire.

378. La loi fonde et encadre l'office du juge, mais la quête d'équité, l'intime conviction sont d'autant d'éléments à prendre en considération ; et c'est justement du fait de la reconnaissance de ces éléments dans l'action de juger, que retranscrire la motivation apparaît ultime. A cet égard, il s'agit de s'assurer que la décision rendue correspond à une correcte application de la loi et qu'elle s'inscrit dans les exigences du procès équitable. Faire apparaître les motifs au sein de la décision constitue alors un frein à l'arbitraire et « oblige le juge à dépasser le stade des impressions et à éprouver la logique de son raisonnement, avec pour objectif de convaincre les parties en cause »⁹⁹³. Le jugement « est bien un récit qui nous est raconté [...] et non une simple histoire »⁹⁹⁴ que le juge construit via son raisonnement⁹⁹⁵. Ce récit judiciaire permet de vérifier et de démontrer que la « chute » ne pouvait être objectivement différente.

Exiger la retranscription des motifs garantit ainsi la véracité et la fiabilité de la décision rendue ; au-delà, motiver engage le juge et le responsabilise assurément.

« Garantie contre l'erreur du juge, la motivation est seule à même de faire apparaître les failles éventuelles de la construction intellectuelle qui a conduit à la décision »⁹⁹⁶. *In fine*, elle permet aux juridictions supérieures de contrôler le raisonnement du juge et à ainsi consolider sa responsabilité.

⁹⁹⁰ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op. cit.* note n° 106, p. 482.

⁹⁹¹ G. Canivet, « Introduction » in *L'office du juge*, *op. cit.* note n° 436, p. 293.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 294.

⁹⁹³ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op. cit.* note n° 106, p. 483.

⁹⁹⁴ M. Doat, « Le jugement comme un récit », in *L'office du juge*, *op. cit.* note n° 436, p. 396.

⁹⁹⁵ A travers celui-ci, « le juge doit s'attacher à montrer qu'il n'a usé de ses armes que dans la seule limite nécessitée par le respect de la loi et rétablissement de l'équilibre un jour rompu », Premier président Draï, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 8 janvier 1990*, http://www.courdecassation.fr/institution_1/occasion_audiences_59/debut_annee_60/janvier_1990_9421.html

⁹⁹⁶ J. Normand, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 3, 1998, p. 17.

§ 2 : Contrôler le raisonnement du juge

379. « Le contrôle de la part de la raison dans la conviction, c'est-à-dire dans l'analyse rationnelle des preuves, est un frein à l'arbitraire. Il s'agit là du sens commun du contrôle de motivation »⁹⁹⁷. Si le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond mérite d'être préservé, n'en demeure pas moins que le contrôle opéré par les juridictions supérieures permet, par principe, de contrer toute déficience du juge. A l'inverse, l'exigence de motivation ne doit pas se trouver corrompue par un excès de justification. Obligeant le juge et contrôlée par les juridictions supérieures (**A**), la motivation ne saurait toutefois porter atteinte à sa liberté (**B**). On voit précisément, ici, poindre la particularité de l'office du juge, et, par conséquent, les spécificités corrélatives qu'appelle la mise en œuvre de sa responsabilité. S'il s'avère que celle-ci doit, certes, exister, elle ne saurait l'être au mépris des garanties dont le juge doit bénéficier, lesquelles, sont – au demeurant – commandées par la fonction juridictionnelle elle-même. Un excès de responsabilité et de responsabilisation risquerait, en effet, de fragiliser la dynamique juridictionnelle et jurisprudentielle.

A. Le contrôle par les juridictions supérieures

380. Motiver une décision juridictionnelle permet de pallier le risque d'arbitraire, de rechercher l'adhésion ou encore de préserver la présomption d'innocence⁹⁹⁸ ; c'est aussi ce qui stimulera le contrôle des juridictions supérieures.

Dans ce sens, la motivation permet également de s'assurer de la correcte appréhension des éléments par le juge. Si le raisonnement de celui-ci se fonde sur des indices peu probants ou mal interprétés, sa conviction faussée induira un jugement non satisfaisant. Le contrôle alors opéré par les juridictions supérieures visera, certes, l'application correcte de la loi (**2**) mais aura également vocation à vérifier que la conviction du juge ne l'aura pas conduit à une décision arbitraire (**1**).

⁹⁹⁷ C. Tournier, *L'intime conviction de juge*, *op. cit.* note n° 980, p. 211.

⁹⁹⁸ A l'occasion d'un arrêt de la Chambre criminelle du 19 mars 1986 (Bull. n° 113), la Cour de cassation a estimé que l'insuffisance des motifs, qui équivalait à leur absence, était de nature à méconnaître le principe de la présomption d'innocence établi par l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1) La vérification de la conviction

381. « Persuasion intérieure qui tient dans l'esprit de celui qui l'éprouve au sentiment sincère de reconnaître la réalité d'un fait (innocence, culpabilité), la véracité d'une allégation ou d'un témoignage »⁹⁹⁹, la conviction apparaît essentielle à la mission juridictionnelle du juge.

Si l'on admet que les preuves sont « un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain¹⁰⁰⁰ », c'est bien la conviction du juge qui lui commandera de trancher, dans un sens ou dans l'autre, un litige.

382. L'enjeu du procès est de reconnaître légitime la prétention d'une des parties, au détriment de la partie adverse. Demandeur et défendeur présentent respectivement au juge les pièces justifiant leurs prétentions et lui permettant, *in fine*, de se prononcer en faveur de l'un ou de l'autre.

L'objet d'une preuve¹⁰⁰¹ consiste à persuader autrui, en l'occurrence le juge, à faire « pencher la balance de son côté ». Or, même en cas d'insuffisance d'éléments aptes à provoquer une certitude, à faire éclater la vérité, le juge devra trancher. L'issue du litige sera alors le fait de l'« opinion profonde que le juge se forge en son âme et conscience et qui constitue, dans un système de preuves judiciaires, le critère et le fondement du pouvoir d'appréciation souveraine reconnu au juge du fait »¹⁰⁰². Certitude raisonnable, la conviction du juge est, *in fine*, ce qui lui permet de trancher le litige. Au risque de se livrer à un déni de justice¹⁰⁰³, celui-ci est acculé au prononcé d'une sentence.

383. Le juge « qui n'est pas tenu de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'il a décidé d'écarter »¹⁰⁰⁴ dispose d'une liberté certaine à l'occasion de son office. Reconnue par le législateur¹⁰⁰⁵ et admise par la jurisprudence¹⁰⁰⁶, transparaît de la conviction un certain

⁹⁹⁹ G. Cornu (dir.), « Conviction », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note n° 115, p. 241.

¹⁰⁰⁰ H. Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Rivière, 1964, p. 22.

¹⁰⁰¹ « La preuve est un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point certain », H. Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, *ibid.*, p. 15.

¹⁰⁰² G. Cornu (dir.), « Conviction », *op. cit.* note n° 999.

¹⁰⁰³ Article 4 C. civ. : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

¹⁰⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème} 9 décembre 2008, n° 07-19574 ; Cass. civ. 1^{ère} 27 mai 2010, n° 09-11140.

¹⁰⁰⁵ Article 1353 C. civ. : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol ».

¹⁰⁰⁶ Cass. civ. 2^{ème} 28 octobre 1970, Bull. n° 290. Ou encore un arrêt Cass. civ. 16 mai 1966, Bull. n° 292.

pouvoir. En cela, le risque d'arbitraire – entendu comme le « caractère d'une décision qui n'est pas le résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une volonté libre »¹⁰⁰⁷ - est réel, d'où l'intérêt d'un contrôle davantage objectif de la part des juridictions également fondé sur les motifs du juge

2) La vérification des motifs de la décision

384. Entendue comme « une nécessité démocratique de pouvoir contrôler »¹⁰⁰⁸, la motivation est essentielle. Nonobstant quelques cas marginaux¹⁰⁰⁹, les cas d'ouverture à cassation les plus fréquents sont : - la violation de la loi (une fausse interprétation, ou une fausse qualification des faits, ou encore une fausse application de la loi, ou le refus de l'appliquer) ; - la violation de l'article 455 du code de procédure civile : c'est-à-dire le cas où un juge aurait insuffisamment motivé sa décision¹⁰¹⁰ ou mal motivé sa décision : les moyens sur lesquels se sera fondé le juge seront hypothétiques¹⁰¹¹, ou les motifs énoncés par le juge s'avèreront dubitatifs¹⁰¹², ou encore contradictoires¹⁰¹³. Le grief retenu par la juridiction supérieure en cas d'absence de motivation, au sens large, sera celui du défaut de base légale et *a fortiori* de sanctionner.

385. Le juge est obligé de motiver sa décision, mais encore faut-il que cette motivation soit satisfaisante. *Quid* d'une motivation satisfaisante ? Si nous procédons par élimination, nous pouvons déjà énoncer qu'une motivation non satisfaisante est celle qui, est soit inexistante, soit inefficace. *A contrario*, une motivation satisfaisante serait celle qui, d'une part, existerait, et, d'autre part, serait efficace. Précisément, la motivation doit justifier la décision : exister et être intelligible au regard de la solution retenue. « La démonstration menée par les juges »¹⁰¹⁴ se doit donc d'être « pertinente », « circonstanciée » et « intrinsèque »¹⁰¹⁵.

¹⁰⁰⁷ G. Cornu (dir.), « Arbitraire », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note n° 115, p. 69.

¹⁰⁰⁸ C.-J. Guillermet, *La motivation des décisions de justice*, *op. cit.* note n° 974, p. 72.

¹⁰⁰⁹ On relèvera l'excès de pouvoir, l'incompétence, la contrariété de jugement, la perte de fondement juridique et le vice de forme.

¹⁰¹⁰ Ass. plén. 26 mars 1999, Bull. n° 3.

¹⁰¹¹ Cass. crim. 23 mars 1987, Bull. n° 134.

¹⁰¹² Cass. com. 6 juillet 1966, Bull. n° 345.

¹⁰¹³ Cass. civ. 21 juin 1974, Bull. n° 2 ; Cass. civ. 2^{ème} 26 octobre 1967, Bull. n° 302.

¹⁰¹⁴ C.-J. Guillermet, *La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, note n° 974, p. 81.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

La motivation apparaît fondamentale, en ce qu'elle atteste de la qualité et du bien-fondé de la décision rendue. Signifier les motifs en vertu desquels le jugement a été rendu permet de contrer les risques de partialité et d'arbitraire. Dans ce sens, la motivation permet de persuader les parties que, et ce même si elles n'ont pas obtenu satisfaction, leur cause a été entendue, et que la solution retenue est justifiée en droit. « Le juge tend [ainsi] à présenter sa décision comme seule possible »¹⁰¹⁶ et à évincer l'incrédulité des justiciables.

386. Par le biais du recours devant une juridiction supérieure, celle-ci, d'une part, s'assurera de l'existence des motifs et, d'autre part, vérifiera leur capacité à entraîner le dispositif subséquent. Au-delà, ce contrôle permettra également de vérifier la conviction du juge. Les juridictions supérieures vérifieront que les motifs retenus par le premier juge justifient la décision. « Si les juges du fond apprécient librement la valeur des éléments de preuve qui leur sont soumis, et se décident d'après leur intime conviction, ils ne sauraient, sans se contredire ou mieux sans expliquer, après avoir constaté la réunion de charge lourdes de culpabilité, se borner à affirmer l'existence d'un doute pour prononcer la relaxe »¹⁰¹⁷. La Cour de cassation exige que les motifs soient cohérents, suffisants et sans équivoques. Dans ce sens, la Haute juridiction cassera l'arrêt qui se contente de retenir des charges suffisantes aux fins de condamnation¹⁰¹⁸.

387. La motivation oblige le juge à argumenter et à justifier sa décision – en ce sens, celle-ci est facteur de responsabilisation –, au-delà, elle permet de précisément fonder la responsabilité juridictionnelle. Livrer son raisonnement et les raisons pour lesquelles « la balance a penché » dans un sens plutôt que dans l'autre pallie le risque de partialité. C'est pourquoi, dans un souci de consolidation du sentiment responsable, le juge doit s'attacher à retranscrire le plus fidèlement possible son raisonnement et à objectivement justifier sa décision. Toutefois, la volonté de contrer l'arbitraire par la retranscription des motifs ne doit pas ébranler la liberté du juge par une motivation à outrance.

¹⁰¹⁶ M.-C. Ponthoreau, « *Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français* », *RDP* 1994, p. 752.

¹⁰¹⁷ Cass. crim. 3 février 1992, Bull. n° 47.

¹⁰¹⁸ Cass. crim. 5 février 1958, Bull. n° 131.

B. La préservation de la liberté du juge

388. Nonobstant l'exigence de motivation, le juge bénéficie d'une certaine liberté de jugement. A cet égard, l'exigence de motivation ne saurait s'entendre comme l'obligation faite au juge de livrer de façon exhaustive tous les motifs pouvant justifier sa décision. L'exigence de motivation ainsi poussée à son paroxysme risquerait d'aboutir à une retranscription artificielle, et, au-delà, à pervertir la fonction juridictionnelle elle-même.

Par la recherche de l'évidence, le juge pourrait être tenté de livrer une motivation confortant sa conviction et non pas tant celle y étant à l'origine. *A fortiori* une telle démarche pourrait corrompre le principe même de la motivation : le juge cherchera une motivation pouvant refléter sa solution, alors qu'en principe le raisonnement préexiste à la solution. Si le juge doit retranscrire les raisons de la solution prônée, celles-ci doivent être topiques et opportunes¹⁰¹⁹.

L'appréciation des éléments du litige qui emporte la conviction du juge doit être retranscrite au sein de la décision. Sa motivation doit dès lors permettre aux juridictions et aux justiciables de comprendre le jugement. Les motifs du juge permettront ainsi une appréciation objective de tous les éléments ayant guidé le juge dans son raisonnement sans pour autant exiger une matérialisation effective - dans la décision - de tous les motifs. Aussi, c'est l'insuffisance des motifs, soit que ces derniers seront peu développés, soit qu'ils ne permettront pas d'emporter la conviction, que les juridictions supérieures seront susceptibles de sanctionner.

Certes, les actes juridictionnels des juges, « relèvent du seul pouvoir de ceux-ci et ne sauraient être critiqués que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige »¹⁰²⁰. Toutefois, la responsabilité juridictionnelle permettrait de respecter ce principe, tout en reconnaissant qu'un mal jugé constitue un préjudice. A l'appui d'une décision de justice annulée ou réformée par le biais des voies de recours pour atteinte au droit au respect de la légalité, laquelle serait née de la méconnaissance ou de la violation des devoirs du juge, la mise en œuvre de la responsabilité juridictionnelle permettrait d'une part, d'infliger une sanction disciplinaire à l'encontre d'un juge fautif, et, d'autre part, d'indemniser le préjudice subi par le justiciable victime.

¹⁰¹⁹ Voir en ce sens : L. Husson, « *Les trois dimensions de la motivation* », in C. Perelman et P. Foiriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, p. 69.

¹⁰²⁰ CSM Siège 6 novembre 1996.

Chapitre 2 : Une responsabilisation imposée par la carrière

389. « La formation des magistrats constitue le point d’ancrage de leur responsabilité intellectuelle et morale »¹⁰²¹. L’enjeu est alors d’inscrire et de transmettre un savoir, certes, juridique mais aussi déontologique. L’enseignement délivré par l’Ecole nationale de la magistrature apparaît, à cet égard, primordial, en ce qu’il vise à développer chez le magistrat la conscience de ses devoirs et, par conséquent, le sens des responsabilités. L’objectif est de détecter chez l’aspirant magistrat et, par suite, d’induire chez lui un certain sens moral conjugué à des connaissances pratiques et théoriques. En effet, « lorsqu’elles sont suffisamment développées et engagées à temps, les actions de prévention peuvent contribuer à réduire les risques de manquement des magistrats à leurs obligations »¹⁰²². Il appartient à la magistrature de, non seulement, transmettre une culture judiciaire (*Section 1*) mais, au-delà, de s’assurer de sa pérennité (*Section 2*).

Section 1 : La transmission d’une culture judiciaire

390. La transmission du savoir à l’auditeur s’effectue par le biais d’enseignements tant théoriques que pratiques dispensés au sein de l’Ecole nationale de la magistrature, mais également par le biais de différents stages. L’auditeur bénéficie d’une formation initiale tendant à le préparer à ses hautes fonctions (*Paragraphe 2*), à laquelle toutefois il n’aura accès qu’à la suite de son recrutement (*Paragraphe 1*).

§ 1 : Le recrutement ou la détection du magistrat en devenir

391. Le recrutement est l’occasion de s’assurer de l’aptitude et de la prédisposition d’un candidat à l’exercice des fonctions de magistrat. Il revêt, ainsi, un intérêt essentiel en ce qu’il doit permettre de sélectionner des hommes et des femmes dignes de la fonction (*B*). C’est à cette fin que le mécanisme du concours a été privilégié (*A*).

¹⁰²¹ ENM, « *Responsabilité du juge ou responsabilités des magistrats : les multiples sens d’un même terme* », *op. cit.* note n° 915, p. 11.

¹⁰²² CSM, *Rapport d’activités 2003*, *op. cit.* note n° 949, p. 169.

A. Le recrutement par concours

392. Si la France a expérimenté différentes modalités quant à la prise de fonction des magistrats, c'est finalement la voie du concours qui s'imposa. Ce type de recrutement est précisément recommandé par la Charte européenne sur le statut des juges. Son article 2-1 énonce que « la sélection et le recrutement des juges doivent relever d'un choix effectué parmi les candidats par une instance ou un jury indépendants. Il n'est pas précisé qu'il doit s'agir de l'instance visée au point 1.3, ce qui ménage la possibilité de recourir par exemple au système du jury de concours ou de la commission de sélection dès lors qu'ils sont indépendants. En pratique, la procédure de sélection est souvent distincte de la procédure de nomination proprement dite. [...] Le choix effectué par l'instance de sélection doit reposer sur des critères en relation avec la nature des fonctions qu'il s'agit d'exercer. Il s'agit d'abord d'évaluer la capacité des candidats à apprécier librement les situations qui sont soumises à un juge ou une juge, ce qui évoque la liberté d'esprit. L'aptitude à faire preuve de l'impartialité indispensable à l'exercice des fonctions judiciaires est aussi un élément essentiel. La capacité à faire application du droit renvoie à la fois à la connaissance du droit et à l'aptitude à le mettre en pratique, ce qui n'est pas la même chose. La sélection doit enfin s'assurer de la capacité des candidats à imprégner leur comportement de juge du respect de la dignité des personnes, qui est essentiel dans une relation de pouvoir et face à des individus qui se présentent devant la justice souvent en situation de difficulté ».

393. L'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958 consacre au sein de son article 15 le système du concours à l'auditorat¹⁰²³ en distinguant trois voies possibles selon le parcours et l'âge des candidats¹⁰²⁴. Ceux-ci doivent, par ailleurs, attester de certaines qualités,

¹⁰²³ « Les auditeurs de justice sont recrutés : par voie de concours [...] ou sur titres ». Concernant le recrutement sur titres, nous noterons simplement pour davantage nous intéresser au recrutement par concours, en ce qu'il constitue la voie principale d'accès à la magistrature, que conformément à l'article 18-1 de la même ordonnance qui énonce que les personnes titulaires d'une maîtrise en droit et justifiant de quatre années d'activité dans le domaine juridique, économique ou social peuvent intégrer l'École nationale de la magistrature. Par ailleurs, « peuvent également être nommés dans les mêmes conditions les docteurs en droit qui possèdent, outre les diplômes requis pour le doctorat, un autre diplôme d'études supérieures, ainsi que les personnes ayant exercé des fonctions d'enseignement ou de recherche en droit dans un établissement public d'enseignement supérieur pendant trois ans après l'obtention de la maîtrise en droit et possédant un diplôme d'études supérieures dans une discipline juridique ».

¹⁰²⁴ Article 17 de l'ordonnance statutaire prévoit trois types de concours selon l'âge et l'expérience des candidats. Le premier concours s'adresse aux candidats « titulaires d'un diplôme sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à quatre années d'études après le baccalauréat [...] Etre de nationalité française ; 3° Jouir de leurs droits civiques et être de bonne moralité ; 4° Se trouver en position régulière au regard du code du service national ; 5° Remplir les conditions d'aptitude physique nécessaires à l'exercice de leurs fonctions et être reconnus indemnes ou définitivement guéris de toute affection donnant droit à un congé de longue durée ».

lesquelles résident en la connaissance du droit mais sont également liées à une certaine moralité au sens des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance statutaire¹⁰²⁵.

B. L'exigence de rectitude tant juridique que morale

394. La question des épreuves relatives au concours de la magistrature a fait l'objet de plusieurs propositions de réforme. En témoignent notamment le rapport de la commission de réflexion sur l'éthique de la magistrature ou encore celui édité par l'Ecole nationale de la magistrature intitulé « Repenser l'école pour préparer la justice de demain »¹⁰²⁶ ; lequel reprend, par ailleurs, les prescriptions et propositions que le Conseil supérieur de la magistrature avait lui-même énoncées au sein de son rapport d'activités de 2003. Ces différentes études s'accordent sur la nécessité de repenser les épreuves soumises aux candidats à l'auditorat de justice, et sur l'exigibilité de nouvelles pièces aux fins d'inscription. Une partie de la doctrine rejoint ces orientations, et propose que « dès le stade du recrutement des magistrats, une sorte de contrôle déontologique puisse être exercé afin d'appréhender, de manière préalable, ceux qui n'offrent pas les garanties morales nécessaires à l'exercice de la profession de magistrat. L'appréciation des qualités éthiques des candidats pourrait ainsi avoir lieu dès le concours d'entrée avec, pourquoi pas, une orientation de l'épreuve de discussion avec le jury vers des questions déontologiques fondamentales »¹⁰²⁷. Car, « l'éthique et la déontologie ne sauraient se limiter à un ensemble de connaissances théoriques, susceptible de faire l'objet d'enseignements, de questions et d'épreuves »¹⁰²⁸. En ce sens, il doit s'agir pour

Le deuxième vise les « fonctionnaires régis par les titres Ier, II, III et IV du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales, aux militaires et aux autres agents de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics justifiant, au 1er janvier de l'année du concours, de quatre ans de service en ces qualités. Quant à la dernière catégorie, les candidats concernés doivent justifier « durant huit années au total, d'une ou plusieurs activités professionnelles, d'un ou plusieurs mandats de membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou de fonctions juridictionnelles à titre non professionnel ».

¹⁰²⁵ « Les candidats à l'auditorat doivent : 1° Etre titulaires d'un diplôme sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à quatre années d'études après le baccalauréat, que ce diplôme soit national, reconnu par l'Etat ou délivré par un Etat membre de la Communauté européenne et considéré comme équivalent par le ministre de la justice après avis d'une commission dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat, ou d'un diplôme délivré par un institut d'études politiques, ou encore avoir obtenu le certificat attestant la qualité d'ancien élève d'une école normale supérieure. Cette exigence n'est pas applicable aux candidats visés aux 2° et 3° de l'article 17 ; 2° Etre de nationalité française ; 3° Jouir de leurs droits civiques et être de bonne moralité ; 4° Se trouver en position régulière au regard du code du service national ; 5° Remplir les conditions d'aptitude physique nécessaires à l'exercice de leurs fonctions et être reconnus indemnes ou définitivement guéris de toute affection donnant droit à un congé de longue durée ».

¹⁰²⁶ ENM, *Repenser l'école pour préparer la justice de demain*, http://www.enm.justice.fr/uses/lib/5757/ENM_reforme_2009.pdf

¹⁰²⁷ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, *op. cit.* note n° 447, p. 105.

¹⁰²⁸ CSM, « *Avis du 20 mai 2005 sur les propositions du rapport final de la commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature* », *op. cit.* note n° 928.

le jury¹⁰²⁹ d'apprécier non seulement les connaissances intellectuelles et juridiques du candidat mais également ses capacités à intégrer la déontologie de la magistrature.

395. Concernant les pièces nécessaires à la présentation au concours, si le niveau d'études requis¹⁰³⁰ n'est pas appelé à évoluer, certaines pièces justifiant d'une bonne moralité seront à l'avenir exigées. Notamment, la commission Cabannes avait proposé la production du bulletin n° 1 du casier judiciaire¹⁰³¹, ainsi que l'avait envisagé, par ailleurs, le Conseil supérieur de la magistrature¹⁰³². Celui-ci avait également suggéré l'instauration d'épreuves aptes à vérifier les aptitudes déontologiques et éthiques du candidat, laquelle suggestion reçut l'adhésion de la Commission Cabannes.

Entérinant ces propositions, le gouvernement modifia les modalités du concours à l'auditorat par le décret n° 2008-1551 du 31 décembre 2008.

396. Si les épreuves d'admissibilité restent focalisées sur les aptitudes intellectuelles et les connaissances juridiques du candidat¹⁰³³, les épreuves d'admission¹⁰³⁴ seront désormais

¹⁰²⁹ Aux termes de l'article 19 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972, le jury est composé d'un magistrat hors hiérarchie à la Cour de cassation, d'un conseiller d'Etat, d'un professeur des universités chargé d'un enseignement de droit, de quatre magistrats de l'ordre judiciaire, d'un avocat, d'un psychologue, d'une personne qualifiée en matière de recrutement, d'une dernière personne dont la compétence dans une profession non encore mentionnée s'avèrerait pertinente à siéger au sein de ce jury. Par ailleurs, « des examinateurs spécialisés peuvent être adjoints au jury par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la justice, au plus tard la veille de l'épreuve pour laquelle ils sont désignés. Ils participent aux délibérations finales du jury avec voix consultative pour l'attribution des notes se rapportant à l'épreuve qu'ils ont évaluée ou corrigée ».

¹⁰³⁰ Les candidats doivent être titulaires d'un diplôme sanctionnant quatre années d'études après le baccalauréat, ou d'un Institut d'Etudes Politiques, ou être d'anciens élèves d'une école normale supérieure.

¹⁰³¹ Il s'agit de la proposition 3-4 du rapport.

¹⁰³² « La qualité des renseignements de personnalité recueillis sur les candidats à l'entrée dans la magistrature pourrait être améliorée, notamment par le versement aux dossiers de candidature des éléments résultant de la consultation du fichier STIC et du bulletin n° 1 du casier judiciaire les concernant. En effet, les informations y figurant, indispensables pour apprécier, entre autres, l'honneur et la probité des candidats, sont plus complètes que celles actuellement fournies (bulletin n° 2 du casier judiciaire notamment). En revanche, le Conseil supérieur de la magistrature estime que l'introduction de tests psychotechniques lors du recrutement des candidats, tels que pratiqués pour l'accès à d'autres corps, n'apporteraient pas de garanties de fiabilité suffisantes », CSM, *Rapport d'activités 2003, op. cit.* note n° 949, p. 169.

¹⁰³³ Aux termes de l'article 18 du décret du 4 mai 1972, ces dernières sont : « 1° Une composition, rédigée en cinq heures, portant sur une question posée aujourd'hui à la société française dans ses dimensions judiciaires, juridiques, sociales, politiques, historiques, économiques, philosophiques et culturelles (coefficient 5) ; 2° Une composition, rédigée en cinq heures, sur un sujet de droit civil ou de procédure civile (coefficient 3) ; 3° Un cas pratique, rédigé en deux heures, sur un sujet de droit civil ou de procédure civile (coefficient 1) ; 4° Une composition, rédigée en cinq heures, sur un sujet de droit pénal ou de procédure pénale (coefficient 3) ; 5° Un cas pratique, rédigé en deux heures, sur un sujet de droit pénal ou de procédure pénale (coefficient 1) ; 6° Une épreuve d'une durée de deux heures constituée de questions appelant une réponse courte, destinée à évaluer les connaissances des candidats relatives à l'organisation de l'Etat et de la justice, aux libertés publiques et au droit public (coefficient 2) ».

¹⁰³⁴ L'article 18 du décret du 4 mai 1972 dispose que les épreuves d'admission sont les suivantes : « 1° Une note de synthèse, rédigée en cinq heures, à partir de documents se rapportant à des problèmes judiciaires, juridiques ou administratifs (coefficient 4) ; 2° Une épreuve orale de langue anglaise, d'une durée de trente

d'avantage axées sur son for interne. Afin de permettre « un regard approfondi sur la personnalité des candidats »¹⁰³⁵, ceux-ci seront dorénavant soumis à une épreuve de mise en situation collective, suivie d'un entretien individuel avec le jury ; l'objectif étant « de repérer la capacité à acquérir les compétences fondamentales nécessaires à l'exercice des fonctions de magistrat »¹⁰³⁶. Cet entretien sera par ailleurs complété, et ce contrairement à l'avis de la Commission Cabannes¹⁰³⁷, par des tests de personnalité, lesquels auront vocation à éclairer le jury sur les capacités « du candidat à exercer les responsabilités du magistrat »¹⁰³⁸. *In fine*, l'objectif recherché est de pouvoir apprécier la capacité des candidats à appréhender « la dimension humaine des dossiers »¹⁰³⁹.

397. La dernière réforme du concours à l'auditorat met davantage en corrélation les rôles du juge dans la cité avec les épreuves permettant d'évaluer les aptitudes des candidats à relever les défis de cette profession. Qu'il s'agisse de droit pénal ou de droit communautaire ou encore financier, il est primordial que le candidat maîtrise ces différentes matières, au sein desquels il sera appelé à intervenir. Par ailleurs, si la dissertation permet de vérifier les connaissances et une certaine aisance dans l'écrit et la réflexion, l'introduction du cas pratique, permet, comme son nom l'indique, de vérifier l'aptitude du candidat, à résoudre un cas qui pourrait être soumis à ses lumières. En ce sens, ces différentes réformes emportent notre approbation.

En revanche, l'introduction de tests psychologiques ne convainc pas. Certes, vérifier que les prétendants à l'auditorat soient psychologiquement stables et ne souffrent d'aucune déficience mentale risquant de fausser leurs raisonnements est légitime. Néanmoins, ces vérifications pourraient être obtenues par d'autres moyens : la production du bulletin n° 1 du casier judiciaire, l'enquête de moralité ou l'entretien individuel avec les membres du jury semblent

minutes comportant le compte rendu d'un texte, suivi d'une conversation (coefficient 3) ; 3° Une épreuve orale d'une durée de vingt-cinq minutes se rapportant au droit européen et au droit international privé (coefficient 4) ; 4° Une épreuve orale d'une durée de vingt-cinq minutes se rapportant au droit social et au droit commercial (coefficient 4) ; 5° Une épreuve de mise en situation et d'entretien avec le jury (coefficient 6). Cette épreuve comporte successivement : a) Une mise en situation, d'une durée de trente minutes sans préparation, au cours de laquelle un groupe de candidats analyse un cas concret devant le jury [...] ; b) Un entretien avec le jury, d'une durée de quarante minutes, comprenant un exposé du candidat sur une question d'actualité posée à la société française ou sur une question de culture générale ou judiciaire, suivi d'une conversation avec le jury portant sur le parcours et la motivation du candidat et sur sa participation à la mise en situation ».

¹⁰³⁵ http://www.enm.justice.fr/site_reforme/reforme_fin.php

¹⁰³⁶ *Ibid.*

¹⁰³⁷ *Rapport de la commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, op. cit.* note n° 934, p. 28.

¹⁰³⁸ http://www.enm.justice.fr/site_reforme/reforme_fin.php

¹⁰³⁹ *Ibid.*

d'ors et déjà satisfaisants. Relevant d'une science par définition inexacte, ces tests¹⁰⁴⁰ nous semblent en manque de fiabilité, et, *in fine*, d'efficacité.

En conséquence, et à l'exclusion des tests de personnalité qu'elle inaugure, la réforme de 2008 semble véritablement prendre toute la mesure des qualités dont doit être doté le juge. Les nouvelles épreuves, qui ont pour but d'apprécier « la capacité à identifier, s'approprier et mettre en œuvre les règles déontologiques ; la capacité à analyser et synthétiser une situation ou un dossier ; la capacité à identifier, respecter et garantir un cadre procédural ; la capacité d'adaptation ; la capacité à adopter une position d'autorité ou d'humilité adaptée aux circonstances ; la capacité à la relation, à l'écoute et à l'échange ; la capacité à préparer et conduire une audience ou un entretien judiciaire dans le respect du contradictoire ; la capacité à susciter un accord et à concilier ; la capacité à prendre une décision, fondée en droit et en fait, inscrite dans son contexte, empreinte de bon sens et exécutable ; la capacité à motiver, formaliser et expliquer une décision ; la capacité à prendre en compte l'environnement institutionnel national et international ; la capacité à travailler en équipe ; la capacité à organiser, gérer et innover »¹⁰⁴¹ permettent assurément de déceler et de juger ces différentes qualités chez le candidat¹⁰⁴², lesquelles seront sollicitées et exploitées lors de sa formation.

§ 2 : La formation du futur juge

398. Inculquer les valeurs déontologiques de la magistrature constitue un enjeu majeur pour l'Ecole nationale de la magistrature. A cet égard, il s'agit de créer « le réflexe du comportement réfléchi, médité selon des règles déontologiques précises et pratiques »¹⁰⁴³. Le sentiment responsable conjugué à la transmission de valeurs déontologiques et de connaissances juridiques pointues constitue un élément fondamental dans l'organisation de la formation du juge (**A**), sanctionnée par sa nomination après évaluation (**B**).

¹⁰⁴⁰ Article 18-1 du décret du 4 mai 1972 : « Chaque candidat fait l'objet d'un avis écrit d'un psychologue, établi à partir de tests de personnalité et d'aptitude d'une durée maximum de trois heures passés avant les épreuves d'admission et d'un entretien d'une durée maximum de trente minutes organisé en présence d'un magistrat. »

¹⁰⁴¹ ENM, *Les nouveaux concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature*, http://www.enm.justice.fr/_uses/lib/5784/nouveaux_concours_acces_ENM.pdf, p. 3.

¹⁰⁴² Par exemple, l'épreuve écrite de « connaissance et compréhension du monde contemporain », incite le candidat à « analyser et synthétiser une situation ou un dossier, à prendre une décision inscrite dans son contexte et à motiver, formaliser et expliquer une décision », ce qui, *in fine*, permettra au jury d'apprécier et d'évaluer « la connaissance de la société française et du contexte d'intervention du magistrat, la capacité à analyser et à raisonner de manière cohérente, à démonter, argumenter avec rigueur et objectivité, à maîtriser la langue française et les qualités rédactionnelles » (ENM, *Les nouveaux concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature*, *op. cit.* note n° 1041, p. 2.) du candidat.

¹⁰⁴³ G. Canivet, « *La conception française de la déontologie des magistrats* », *op. cit.* note n° 805, p. 118.

A. Organisation de la formation

399. D'une durée totale de 31 mois¹⁰⁴⁴, la formation dispensée aux auditeurs de justice associe les enseignements pratiques¹⁰⁴⁵ et théoriques, lesquels tendent à, non seulement, transmettre des connaissances mais, également, un ressenti.

400. D'une part, les auditeurs de justice assistent à des cours ainsi qu'à des « directions d'études » consistant en l'étude de cas concrets. Ils bénéficient également de séances d'apprentissage, qui correspondent à des exercices de simulation durant lesquels ils peuvent directement mettre en pratique leurs connaissances théoriques. Enfin, des travaux en ateliers sont également organisés, ces derniers permettant une véritable « transmission des savoirs »¹⁰⁴⁶ grâce à un « dialogue interactif entre des praticiens de terrain et les auditeurs »¹⁰⁴⁷.

La formation dispensée à l'Ecole nationale de la magistrature est organisée en séquences de formation, chacune propre à un pôle de formation¹⁰⁴⁸. Il s'agit, à travers celles-ci, de

¹⁰⁴⁴ Article 40 du décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature.

¹⁰⁴⁵ Notamment la mise en place de différents stages permet à l'auditeur de se confronter aux réalités du métier qu'il ambitionne d'exercer. A cet égard, il est intéressant de noter que certaines incompatibilités (d'ordre principalement familiale) sont prévues à l'occasion de l'affectation en stage. L'énoncé de ces empêchements poursuit deux objectifs : il s'agit, d'une part, « de permettre aux auditeurs de justice d'effectuer leur stage dans les meilleures conditions pédagogiques possibles », et, d'autre part, « d'assurer une évaluation impartiale », ENM, *Programme pédagogique*, http://www.enm.justice.fr/uses/lib/5762/pp_2010.pdf

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ Ainsi, le pôle de formation « Humanités judiciaires » vise à inculquer aux auditeurs les principes inhérents à la culture judiciaire (sont visés l'histoire de la justice et de la magistrature, le rituel judiciaire, les us et coutumes, les grands textes concernant la justice, l'architecture judiciaire, les principes gouvernant la profession d'avocat), à leur faire prendre conscience des attentes des justiciables, à leur transmettre les principes déontologiques gouvernant la profession qu'ils désirent embrasser (il s'agit d'appréhender le serment des magistrats, leur responsabilité, mais également le recueil des règles déontologiques, la jurisprudence inhérente à la discipline des juges et les procédures y étant attachées). Au demeurant, sont envisagés de façon distincte par rapport à la déontologie une séquence propre à l'éthique, l'indépendance et l'impartialité. Les liens, assurément étroits entre ces différentes notions, auraient pu laisser penser que ceux-ci seraient envisagés au sein d'un même ensemble. En ce sens, l'on peut voir que l'Ecole place davantage la déontologie aux côtés de la discipline plutôt qu'à celui de l'éthique. Mais, inversement, elle entend celle-ci comme une notion subjective, propre à l'individu et relevant uniquement de son for interne. Sont enfin envisagés le statut de la magistrature et les principes relatifs à la carrière.

Le pôle intitulé « Processus de décision et de formalisation de la justice civile » - lors du niveau « Etudes » - vise à permettre aux auditeurs l'acquisition de la méthodologie de la décision ainsi que de la formalisation propre au premier degré de juridiction. En ce sens, les enseignements concernent la manière avec laquelle le magistrat appréhende un dossier afin de caractériser le domaine procédural du cas d'espèce, les principes directeurs du procès, les principes relevant du droit de la défense, les régimes probatoires, le principe de collégialité, et les principes rédactionnels de la décision. Sont également prévus des enseignements aux fins d'intégrer les spécificités des différentes juridictions civiles relevant du premier degré : tribunal d'instance, tribunal de grande instance et tribunal pour enfants. Concernant le niveau 2, relatif à la préparation aux premières fonctions, ce pôle

transmettre à l'auditeur une véritable « culture judiciaire ». Qu'il s'agisse de la déontologie, du statut de la magistrature, de la méthodologie à maîtriser, des principes procéduraux ou encore de l'histoire et de l'organisation de la justice en France, ces séquences de formation ont vocation à lui enseigner les connaissances et les compétences « fondamentales du métier de magistrat autres que techniques »¹⁰⁴⁹, « des éléments d'environnement dont la connaissance est nécessaire à l'exercice de la plupart des fonctions »¹⁰⁵⁰, « des techniques professionnelles fondamentales communes aux différentes fonctions »¹⁰⁵¹ et « des techniques professionnelles spécifiques relevant des « cœurs de métier » de chaque fonction »¹⁰⁵².

Chaque enseignement vise à acquérir les capacités fondamentales du magistrat. Ainsi, le Pôle « Humanités judiciaires » entend transmettre la « capacité à identifier, s'approprier et mettre en œuvre les règles déontologiques » ainsi que la « capacité à prendre en compte

intervient dans l'approfondissement de ce qui fonde l'originalité des futures missions : procédure, contentieux, connaissances particulières.

Le pôle « Processus de décision et de formalisation de la justice pénale » entend – de la même manière que pour le civil – présenter, inculquer aux auditeurs, et à les préparer aux spécificités du pénal. Donc, si les principes fondateurs sont ici également visés (méthodologie analytique, formalisation, principes directeurs, droits de la défense, etc.), l'accent est plus particulièrement mis sur le processus décisionnel inhérent à la justice pénale : saisine, enquête, mesures pré-sentencielles, audience, rédaction de la décision et exécution de la décision. A l'occasion du second niveau, seront davantage approfondis – au regard des premières fonctions choisies – les procédures, les contentieux et les connaissances y étant afférents.

Le pôle « Communication judiciaire » s'intéresse particulièrement aux techniques de l'entretien – lesquelles concernent tant la prise de parole elle-même que l'écoute ou encore la gestion de situations conflictuelles ou stressantes –, à l'entretien lui-même – et notamment sa préparation, la posture devant être adoptée par le magistrat et son adaptation en fonction du public, ou encore la manière avec laquelle la décision doit être énoncée et expliquée –, à l'audience et aux différents modes de communication. Ces différents éléments seront ainsi mis en pratique durant la préparation aux premières fonctions, avec un approfondissement concernant notamment la reformulation, les recherches de l'adhésion ou encore les techniques de la médiation et de la conciliation.

Le pôle intitulé « Administration de la justice » entend présenter l'histoire et l'organisation de la justice, les moyens dont elle dispose et ses relations avec d'autres structures (ministères, collectivités locales, élus etc.). Il s'agit de présenter non seulement l'environnement au sein duquel le futur magistrat sera appelé à exercer ses fonctions, tout en lui faisant connaître les acteurs sociétaux avec lesquels il sera amené à collaborer durant sa carrière.

Le pôle « Dimension internationale de la justice » vise à approfondir la connaissance des systèmes judiciaires étrangers – dans une perspective de droit comparé – et européens, au regard de l'implication de ces derniers au sein du système français. *A fortiori*, il s'agit de fonder, chez l'auditeur, une certaine prise de conscience de l'internationalisation du droit et de la justice. Par ailleurs, l'accent sera mis – à l'occasion de la préparation aux premières fonctions – sur « la coopération civile internationale » et « l'entraide judiciaire pénale et internationale ». L'enjeu est effectivement de permettre l'intégration du magistrat au sein d'un univers juridique et judiciaire qui se veut désormais plus ouvert.

Le pôle « Environnement judiciaire », suit – à certains égards – la même logique. En effet, celui-ci entend élargir les perspectives offertes au magistrat vers des domaines, certes non juridiques, mais au sein desquels il sera assurément confronté. Sont, en ce sens, prévus des enseignements concernant l'individu (psychologie, psychiatrie et médecine légale) et la société (sociologie, criminologie, discrimination etc.). Toutefois, cette formation reste généraliste, aucune préparation aux premières fonctions n'est, à cet égard, prévue.

Enfin, le pôle de formation « Vie de l'entreprise » vise à faire connaître aux auditeurs les acteurs du monde économique.

¹⁰⁴⁹ ENM, *Programme pédagogique, op. cit.* note n° 1045.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² *Ibid.*

l'environnement institutionnel national » ; les deuxième et troisième pôles – en prenant acte de leurs spécificités – visent particulièrement les capacités : - « à analyser et synthétiser une situation ou un dossier », - « à identifier, respecter et garantir un cadre procédurale », - « à préparer et conduire une audience ou un entretien judiciaire dans le respect du contradictoire » - « à prendre une décision, fondée en droit et en fait, empreinte de bon sens, et exécutable » - « à motiver, formaliser une décision ». Le quatrième sera l'occasion d'inculquer les capacités – « d'adaptation », « à adopter une position d'autorité ou d'humilité adaptée aux circonstances », - « à la relation, à l'écoute, à l'échange », - « à susciter un accord et à concilier », - « expliquer une décision », - « à travailler en équipe ». Le cinquième est dédié à l'organisation, la gestion, « à prendre en compte l'environnement institutionnel national » et « à travailler en équipe ». Le sixième sensibilisera l'auditeur à l'environnement institutionnel international. Quant au septième, celui-ci a vocation à acquérir la « capacité à prendre une décision inscrite dans son contexte ».

401. D'autre part, les séances d'enseignements sont entrecoupées de périodes de stage¹⁰⁵³, lesquelles visent précisément à immerger les auditeurs dans la réalité des fonctions qu'ils seront appelés à exercer. Confrontés aux justices civile, pénale, des mineurs, ainsi qu'aux greffes, les auditeurs de justice pourront directement et concrètement appréhender l'ensemble du « monde judiciaire »¹⁰⁵⁴, mais également extrajudiciaire grâce à des stages dits extérieurs¹⁰⁵⁵ (au sein de collectivités territoriales, d'entreprises et d'institutions étrangères). Différents formats pédagogiques sont mis en œuvre durant les stages qu'effectue l'auditeur. D'une part, celui-ci remet des travaux écrits censés lui permettre de mettre réellement en œuvre ce qu'il aura appris durant les sessions d'études à l'École. D'autre part, il est amené progressivement à tenir des audiences « sous le contrôle d'un magistrat expérimenté ».

¹⁰⁵³ A noter que dorénavant l'auditeur de justice prête serment lors de son premier stage en juridiction devant la Cour d'appel du ressort de leur lieu de stage. Il jure de « garder religieusement le secret et (de se) conduire en tout comme un digne et loyal auditeur de justice ».

¹⁰⁵⁴ Cette phase dure en totalité 38 semaines réparties comme suit : treize semaines au sein de la justice civile (huit semaines au sein du Tribunal de Grande Instance et cinq semaines dans un Tribunal d'Instance), cinq semaines au sein d'une juridiction pour mineurs (civile et pénale, dont quatre semaines auprès d'un juge pour enfants et une semaine dans les services d'accueil des mineurs en danger et des délinquants), 17 semaines au sein de la justice pénale (sept au parquet, quatre à l'instruction, une auprès du Juge des libertés et de la détention, deux au siège, quatre à l'application des peines et enfin une en milieu pénitentiaire ouvert). Quant à la dernière des 38 semaines, celle-ci est consacrée à un stage aux greffes. L'auditeur de justice aura vocation à participer - « sous la responsabilité des magistrats » (article 19 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature du 22 décembre 1958) - à l'activité juridictionnelle du tribunal. A ce titre, il peut notamment : assister le juge d'instruction dans tous les actes d'information, assister les magistrats du ministère public et présenter oralement des réquisitions, siéger en surnombre aux audiences et participer aux délibérés avec voix consultative, sauf devant la Cour d'assises où il ne peut qu'assister au délibéré.

¹⁰⁵⁵ Ces stages ont une durée de neuf semaines.

402. Afin de s'assurer de l'assimilation de ses différentes qualités et compétences, l'auditeur fait l'objet de plusieurs évaluations durant sa formation à l'Ecole nationale de la magistrature avant d'être finalement nommé.

B. Evaluation et nomination des magistrats

403. L'évaluation de l'auditeur se décline selon deux acceptions.

D'une part, l'évaluation formative permet de vérifier l'acquisition, par celui-ci, des compétences dites fondamentales. A cet égard, l'apprentissage de l'auditeur fait l'objet d'un livret pédagogique, recensant les résultats acquis aux différents tests, profils de compétence, évaluations et préconisations.

D'autre part, l'évaluation sommative a vocation à évaluer le degré d'acquisition des capacités dites fondamentales et de le noter aux fins d'arrêter le rang de classement de celui-ci.

404. La première relevant de l'évaluation sommative, qui a lieu à l'issue de la période d'études, correspond à trois épreuves écrites censées évaluer l'appréhension par l'auditeur des formations suivies au regard des spécialités des différents pôles. Ainsi, les trois devoirs écrits s'intéressent, d'une part, « aux techniques professionnelles des fonctions civiles », d'autre part, « aux techniques professionnelles des fonctions pénales », et, enfin, « aux enseignements thématiques transversaux ».

La deuxième évaluation a lieu pendant le stage en juridiction. Elle consiste en la mise en œuvre de trois épreuves en situation réelle : l'une, durant « la présidence d'une audience correctionnelle », la deuxième, « à l'occasion des réquisitions orales devant le tribunal correctionnel » et, la dernière, durant « la tenue d'une audience civile de cabinet ». Ces évaluations sont effectuées par le coordonnateur régional de formation sur la base d'une grille préétablie par l'Ecole nationale de la magistrature. Celui-ci recueille, par ailleurs, l'avis du maître de stage. A cet égard, le but est, ici encore, d'évaluer la maîtrise par l'auditeur des capacités fondamentales. En ce sens, et à l'issue de cette période, le directeur de centre de stage doit rédiger un premier bilan. Puis, un échange a lieu entre les différents maîtres de stage de l'auditeur, le directeur du centre de stage et le coordonnateur régional de formation, lequel établit un second rapport et fait mention de son avis sur l'aptitude de l'auditeur à

devenir magistrat. Ces bilans et rapports sont ensuite portés à la connaissance du principal intéressé.

405. Les notes obtenues à l'occasion de ces six évaluations participent au classement, lequel a, au demeurant, une incidence sur la première affectation. Par ailleurs, tous ces éléments intègrent le « livret d'évaluation de l'auditeur de justice », dont prend connaissance le jury¹⁰⁵⁶ lors de l'examen d'aptitude et de classement¹⁰⁵⁷. Celui-ci consiste en plusieurs épreuves dont deux épreuves écrites - l'une de rédaction d'un jugement civil et l'autre, de rédaction d'un réquisitoire définitif - d'un test en anglais et d'un entretien avec le jury. A cette occasion, l'auditeur développe une analyse concernant un point particulier – lequel est en lien avec un dossier dont il aura eu à connaître durant sa formation – relatif « à l'institution judiciaire, à son fonctionnement, au statut et au positionnement du magistrat ou à la place du justiciable (le développement d'une question purement juridique est proscrit, les capacités de l'auditeur de justice en ce domaine étant évaluées par ailleurs) ». Puis, il analyse un cas pratique portant sur un point de déontologie, épreuve pour laquelle il aura préalablement bénéficié un temps de préparation. Enfin, un échange s'établit entre le jury et l'auditeur. Les notes ainsi obtenues ont vocation à participer à l'établissement du classement final.

406. A la fin de ces différentes épreuves et au regard de l'avis motivé du directeur de l'Ecole nationale de la magistrature, des rapports dressés par le directeur du centre de stage et le coordonnateur régional de formation, le jury apprécie l'aptitude de chaque auditeur à l'exercice des fonctions de magistrat, et décide¹⁰⁵⁸, en ce sens, si celui-ci attribue « une

¹⁰⁵⁶ Celui-ci est composé de neuf membres, lesquels sont nommés par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice après proposition du conseil d'administration de l'Ecole nationale de la magistrature : « un magistrat hors hiérarchie à la Cour de Cassation, un directeur, sous-directeur ou chef de service du ministère de la Justice ou un membre des services judiciaires, un maître des requêtes au Conseil d'Etat ou un conseiller référendaire, trois magistrats de l'ordre judiciaire, deux professeurs des universités chargés d'un enseignement de droit, un avocat ou avocat honoraire ».

¹⁰⁵⁷ L'auditeur de justice peut également faire parvenir au jury son livret pédagogique.

¹⁰⁵⁸ Article 21 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature du 22 décembre 1958 : « Un jury procède au classement des auditeurs de justice qu'il juge aptes, à la sortie de l'école, à exercer les fonctions judiciaires. Le jury assortit la déclaration d'aptitude de chaque auditeur d'une recommandation et, le cas échéant, de réserves sur les fonctions pouvant être exercées par cet auditeur, lors de sa nomination à son premier poste. Lors de la nomination de l'auditeur à son premier poste, cette recommandation, ces réserves et les observations éventuellement formulées par ce dernier sont versées à son dossier de magistrat.

Il peut écarter un auditeur de l'accès à ces fonctions ou lui imposer le renouvellement d'une année d'études.

La liste de classement est portée à la connaissance du garde des Sceaux, ministre de la justice, qui en assure la publication au Journal officiel ».

déclaration d'aptitude générale », « des recommandations fonctionnelles », « des réserves », « le renouvellement d'une année d'études » ou « une déclaration d'inaptitude ».

« Suivant leur rang de classement, [...] et en fonction de la liste qui leur est proposée, les auditeurs font connaître au garde des Sceaux, ministre de la justice, le poste auquel ils souhaitent être nommés. [...] Au vu de ces choix, le garde des Sceaux, ministre de la justice, saisit pour avis la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature »¹⁰⁵⁹. Celui-ci propose ensuite au garde des Sceaux les affectations de chacun¹⁰⁶⁰, notamment au regard du dossier du candidat – examiné par deux rapporteurs – et grâce à un entretien avec chaque auditeur dont l'objectif est de permettre « un échange privilégié entre le magistrat et le Conseil, qui attend de lui qu'il exprime de manière directe la réalité de sa motivation professionnelle, ses projets pour le poste envisagé et, d'une manière plus générale ses réflexions sur l'institution judiciaire »¹⁰⁶¹.

Puis, conformément aux dispositions de l'article 26 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, le président de la République nomme les auditeurs de justice au regard des propositions formulées par le garde des Sceaux.

407. La formation dispensée par l'Ecole nationale de la magistrature allie connaissances théoriques et pratiques. La carrière du magistrat débute officiellement à la fin de sa formation initiale ; néanmoins, demeurent ponctuellement organisées des séquences de formation continue destinées à s'assurer de la pérennité de ses acquis.

Section 2 : La vérification de la pérennité des acquis

408. « Il est clair que c'est notamment par des modalités de recrutement et d'avancement qui permettent de choisir les magistrats les plus aptes, que sera consolidée la confiance des Français dans leur justice »¹⁰⁶². Qu'ils soient juges ou parquetiers, les

¹⁰⁵⁹ Article 26 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature du 22 décembre 1958.

¹⁰⁶⁰ L'article 26 de l'ordonnance précitée précise par ailleurs qu'en cas d'avis défavorable du Conseil concernant la nomination d'un auditeur, une nouvelle proposition sera faite, après entretien avec le principal intéressé, et celle-ci sera alors soumise au Conseil. Si la première affectation concerne le parquet, le garde des Sceaux, ministre de la justice pourra soit passer outre, soit décider de faire une nouvelle proposition à l'auditeur concerné qui sera soumise – pour avis – au Conseil. Si dans tous les cas de figure, l'auditeur refuse les affectations qui lui sont proposées, il sera considéré comme démissionnaire.

¹⁰⁶¹ CSM, *Rapport d'activités 1999*, La documentation française, p. 18.

¹⁰⁶² J. McKee, « *Le recrutement et l'avancement des juges français* », Rennes le 6 mars 2007, www.courdecassation.fr, p. 10.

magistrats sont recrutés et formés selon des exigences intellectuelles - tournées vers les connaissances juridiques et les capacités rédactionnelles - et des exigences relatives à l'éthique, à la déontologie qu'ils devront embrasser et respecter tout au long de leur carrière. Certains mécanismes ont ainsi été consacrés afin de vérifier l'aptitude du juge à s'acquitter de sa charge. Prétextes à évaluation (*Paragraphe 1*), les dispositifs ainsi mis en place permettent, *a fortiori*, un échange et une transmission du savoir dans une logique de dialogue et de solidarité (*Paragraphe 2*).

§ 1 : A travers un contrôle institutionnel

409. La magistrature constitue un corps professionnel fonctionnarisé et hiérarchisé. Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958, celui-ci « comprend deux grades. L'accès du second au premier grade est subordonné à l'inscription à un tableau d'avancement ». Sont, également, établis des échelons d'ancienneté au sein de chaque grade¹⁰⁶³. Enfin certains magistrats sont gratifiés de la qualité « hors hiérarchie » afin d'attester de leur éminence au sein de la magistrature¹⁰⁶⁴.

La carrière du juge évolue et s'évalue au mérite. L'avancement s'exerce au choix, selon une évaluation fondée sur différents éléments ayant vocation à apprécier les qualités professionnelles des magistrats¹⁰⁶⁵.

410. La méthode d'avancement doit pouvoir allier la reconnaissance des qualités d'un juge à un contrôle impartial effectif. « Pour éviter tout ce qui pourrait donner prise au favoritisme ou à une disgrâce injustifiée, des conditions très précises ont été posées qui

¹⁰⁶³ Article 2 alinéa 3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature du 22 décembre 1958.

¹⁰⁶⁴ Article 3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « Sont placés hors hiérarchie :

1° Les magistrats de la Cour de cassation, à l'exception des conseillers référendaires et des avocats généraux référendaires ; 2° Les premiers présidents des cours d'appel et les procureurs généraux près lesdites cours ; 3° Les présidents de chambre des cours d'appel et les avocats généraux près lesdites cours ; 4° Le président, les premiers vice-présidents et le premier vice-président chargé de l'instruction du tribunal de grande instance de Paris, ainsi que le procureur de la République et les procureurs de la République adjoints près ce tribunal ; 5° Les présidents des tribunaux de grande instance d'Aix-en-Provence, Béthune, Bobigny, Bordeaux, Créteil, Evry, Grasse, Grenoble, Lille, Lyon, Marseille, Metz, Mulhouse, Nanterre, Nantes, Nice, Pontoise, Rouen, Strasbourg, Toulouse et Versailles, ainsi que les procureurs de la République près ces tribunaux.

Un décret en Conseil d'Etat fixe, en fonction de l'importance de l'activité juridictionnelle, des effectifs de magistrats et de fonctionnaires des services judiciaires et de la population du ressort, la liste des emplois de président et de premier vice-président de tribunal de grande instance, ainsi que des emplois de procureur de la République et de procureur de la République adjoint, qui sont placés hors hiérarchie ».

¹⁰⁶⁵ JY McKee, « *Le recrutement et l'avancement des juges français* », *op. cit.* note n° 1062, p. 7.

varient très sensiblement selon qu'il s'agit du passage du second au premier grade, ou de l'accès à la « hors hiérarchie » »¹⁰⁶⁶. A cette fin, des conditions très précises ont été posées.

Si l'ancienneté permet de passer du second au premier grade¹⁰⁶⁷, il ne saurait s'agir d'une condition suffisante. Selon l'ordonnance du 22 décembre 1958, l'accès du second au premier grade est subordonné à l'inscription à un tableau d'avancement¹⁰⁶⁸, qui en plus de permettre une publicité des avancements proposés, garantit au-delà une décision fondée sur le mérite du juge, mérite qui se contrôle (A) et s'évalue (B). « Si l'indépendance du juge doit être strictement assurée, il y a lieu néanmoins de veiller à ce que l'intensité et la qualité de son activité professionnelle soient suivies avec soin »¹⁰⁶⁹.

A. Le suivi de la carrière

411. Les chefs de juridiction se voient confier un rôle primordial en matière de contrôle hiérarchique. Investis de diverses missions administratives et bénéficiant de la meilleure position pour vérifier et apprécier le comportement de leurs subordonnés, ceux-ci tiennent une place essentielle « dans l'action préventive et [...] en matière de sensibilisation des magistrats aux questions déontologiques »¹⁰⁷⁰.

Habilités, depuis la réforme de 2001¹⁰⁷¹, à saisir le Conseil supérieur de la magistrature en cas de manquement d'un juge à ses obligations, ils détiennent en outre un pouvoir « infra-disciplinaire » résidant en la possibilité d'infliger des avertissements à l'encontre de juges fautifs. Il leur appartient par ailleurs d'orienter, de conseiller, de guider leurs collègues grâce à leur expérience et à leur sagesse.

Les chefs de cour et de juridiction bénéficient, en effet, d'une place privilégiée aux fins de prévenir ou détecter tout risque de manquement aux obligations déontologiques des

¹⁰⁶⁶ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op. cit.* note n° 106, p. 308.

¹⁰⁶⁷ Article 15 décret 7 janvier 1993 : « Peuvent seuls accéder aux fonctions du premier grade les magistrats du second grade justifiant de sept années d'ancienneté dont cinq ans de services effectifs en position d'activité ou de détachement depuis leur installation dans leurs premières fonctions judiciaires et inscrits au tableau d'avancement ».

¹⁰⁶⁸ Selon l'article 27 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature du 22 décembre 1958 : « Chaque année, les listes des magistrats présentés, par ordre de mérite, en vue d'une inscription au tableau d'avancement sont adressées au garde des Sceaux, ministre de la justice, par les autorités chargées de leur établissement. Ces listes sont notifiées à ces magistrats. Les magistrats non compris dans les présentations peuvent adresser au ministre de la justice, par la voie hiérarchique, une demande à fin d'inscription ».

¹⁰⁶⁹ J.-F. Burgelin, « *L'erreur judiciaire* », *op. cit.* note n° 382, p. 95.

¹⁰⁷⁰ CSM, *Rapport d'activités 2003*, *op. cit.* note n° 949, p. 170.

¹⁰⁷¹ Loi organique n°2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.

magistrats. Il leur appartient également du fait de leur cohabitation professionnelle, relativement proche, d'émettre une notation à l'égard de chacun de leurs collègues. Cette notation, bien qu'apparaissant, *a priori*, réductrice, permet toutefois d'apprécier – par le biais de critères prédéterminés – la manière avec laquelle le juge exerce ses fonctions.

412. Chaque magistrat est, en outre, titulaire d'un dossier à la Chancellerie. Selon l'article 12-2 de l'ordonnance portant statut de la magistrature, « le dossier du magistrat doit comporter toutes les pièces intéressant sa situation administrative, enregistrées et numérotées sans discontinuité. Il ne peut y être fait état ni de ses opinions ou activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques, ni d'éléments relevant strictement de sa vie privée ». En outre, « pour l'application de l'article 12-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958¹⁰⁷² [...], les documents concernant l'évaluation de l'activité professionnelle du magistrat sont versés dans son dossier. »¹⁰⁷³ Ainsi tout dossier doit comporter « une fiche personnelle qui est une fiche d'état civil, une cote « recrutement » (mode de recrutement ...), une cote « vœux » (*desiderata* de changement de postes), une cote « gestion » (nominations, échelons, congés, maladies...), une cote « formations suivies » et éventuellement une cote « incidents et discipline » »¹⁰⁷⁴. Conformément à l'article 20 du décret du 7 janvier 1993, le dossier individuel du magistrat doit, en outre, comporter une note d'évaluation établie par l'autorité hiérarchique compétente, une note par laquelle le magistrat décrit ses activités relevant non seulement de ses fonctions mais également des formations qu'il aura suivies, les observations recueillies auprès de certains de ses pairs dont la liste est énoncée à l'article 20 précité¹⁰⁷⁵, le

¹⁰⁷² « L'activité professionnelle de chaque magistrat fait l'objet d'une évaluation tous les deux ans. Une évaluation est effectuée au cas d'une présentation à l'avancement. Cette évaluation est précédée d'un entretien avec le chef de la juridiction où le magistrat est nommé ou rattaché ou avec le chef du service dans lequel il exerce ses fonctions. [...] L'évaluation est intégralement communiquée au magistrat qu'elle concerne. Le magistrat qui conteste l'évaluation de son activité professionnelle peut saisir la commission d'avancement. Après avoir recueilli les observations du magistrat et celles de l'autorité qui a procédé à l'évaluation, la commission d'avancement émet un avis motivé versé au dossier du magistrat concerné ».

¹⁰⁷³ Article 18 du décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature.

¹⁰⁷⁴ C. Canivet et J. Betoulle, « *Magistrat* », *op. cit.* note n° 925 .

¹⁰⁷⁵ « Les observations écrites recueillies :

- a) Auprès du président de la cour d'assises, du président de la chambre de l'instruction et du président de la chambre des appels correctionnels en ce qui concerne le juge d'instruction ;
- b) Auprès du conseiller chargé de la protection de l'enfance pour le juge des enfants ;
- c) Auprès du conseiller chargé de l'application des peines pour le juge de l'application des peines ;
- d) Auprès du président de formation collégiale pour le magistrat siégeant en qualité d'assesseur ;
- e) Auprès des chefs des tribunaux de grande instance ou de première instance dans lesquels il a exercé ses fonctions, et le cas échéant auprès des magistrats mentionnés aux a, b, c et d en ce qui concerne le magistrat placé auprès d'un chef de cour d'appel ;
- f) Auprès du responsable hiérarchique immédiat pour les magistrats de l'administration centrale du ministère de la justice et les magistrats détachés ».

résumé de l'entretien avec le chef de la juridiction concernée et tout autre document se rapportant à la note de l'évaluation.

Le dossier individuel livre ainsi une vision globale et précise de la carrière du magistrat et peut s'avérer très utile aux fins d'apprécier sa « valeur professionnelle ». Pour autant, le Conseil supérieur de la magistrature « considère [...] que le caractère parfois incomplet du contenu de ces dossiers est susceptible d'affecter la pertinence des décisions de nomination des magistrats et l'appréciation de leur manière d'exercer leurs fonctions »¹⁰⁷⁶. C'est pourquoi, il préconise que les éléments figurant au sein du dossier soient davantage définis. Au surplus, le Conseil supérieur de la magistrature suggère que soit versé au dossier du magistrat tout élément en rapport avec un contentieux pénal le visant. En effet, si le comportement privé d'un magistrat peut affecter l'institution judiciaire en son entier, il est légitime que le corps en prenne directement acte lorsqu'il aura à évaluer celui-ci.

B. L'évaluation du magistrat

413. Depuis la loi du 25 février 1992 une « évaluation de l'activité professionnelle » de chaque magistrat a lieu tous les deux ans. Celle-ci est effectuée par l'autorité hiérarchique compétente conformément aux prescriptions de l'article 19 du décret du 7 janvier 1993¹⁰⁷⁷. Aux termes de l'article 20 du décret du 7 janvier 1993, « l'évaluation pour les deux années écoulées consiste en une note écrite par laquelle l'autorité mentionnée à l'article 19 décrit les activités du magistrat, porte sur celui-ci une appréciation d'ordre général, énonce les fonctions auxquelles il est apte et définit, le cas échéant, ses besoins de formation ». Sont, par ailleurs, annexées et versées au dossier individuel, « une note rédigée par le magistrat décrivant ses activités et faisant état des actions de formation qu'il a suivies » ; les observations écrites recueillies auprès de l'autorité visée par l'article 20¹⁰⁷⁸ selon les fonctions occupées par le

¹⁰⁷⁶ CSM, *Rapport d'activités 2003*, *op. cit.* note n° 949, p. 174.

¹⁰⁷⁷ « L'évaluation est établie : par le premier président de la cour d'appel ou le président du tribunal supérieur d'appel pour les magistrats du siège de leur ressort [...] par le premier président de la Cour de cassation pour les conseillers référendaires et les auditeurs à la Cour de cassation [...] ».

¹⁰⁷⁸ Seront sollicités les avis a) Auprès du président de la cour d'assises, du président de la chambre de l'instruction et du président de la chambre des appels correctionnels en ce qui concerne le juge d'instruction ; b) Auprès du conseiller chargé de la protection de l'enfance pour le juge des enfants ; c) Auprès du conseiller chargé de l'application des peines pour le juge de l'application des peines ; d) Auprès du président de formation collégiale pour le magistrat siégeant en qualité d'assesseur ; e) Auprès des chefs des tribunaux de grande instance ou de première instance dans lesquels il a exercé ses fonctions, et le cas échéant auprès des magistrats mentionnés aux a, b, c et d en ce qui concerne le magistrat placé auprès d'un chef de cour d'appel ; f) Auprès du responsable hiérarchique immédiat pour les magistrats de l'administration centrale du ministère de la justice et les magistrats détachés ».

magistrat évalué ; le résumé de l'entretien prévu par l'article 12-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958.

De plus, « l'autorité de notation » complète sa note littérale par une évaluation analytique mettant en évidence les aptitudes professionnelles et les qualités personnelles du magistrat. Seront, notamment, appréciées ses connaissances juridiques, sa disponibilité, son efficacité, son intérêt pour la juridiction au sein de laquelle il exerce ses fonctions, son implication etc., autant d'éléments aptes à forger une image fidèle de la valeur de chaque magistrat et de ses aptitudes à exercer ses fonctions.

414. Cette procédure vise également à protéger le magistrat des pressions que sa hiérarchie pourrait exercer à son encontre. En effet, aux termes de l'article 21 du décret du 7 janvier 1993, le magistrat reçoit communication de son évaluation et dispose d'un délai de huit jours pour formuler des observations, observations qui seraient, *in fine*, susceptibles de modifier l'évaluation. En cas de contestation, le magistrat peut dans un délai de quinze jours suivant la notification adresser un recours devant la commission d'avancement, « le délai du recours contentieux contre l'évaluation définitive est, dans ce cas, suspendu jusqu'à la notification à l'intéressé de l'avis motivé émis par la commission sur sa contestation ». Le contrôle alors opéré est celui de l'erreur manifeste d'appréciation, mais l'avis rendu, qui n'est pas une décision faisant grief ne peut faire l'objet d'un recours en légalité devant le Conseil d'Etat¹⁰⁷⁹. En revanche, la Haute juridiction administrative peut être saisie d'un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation de l'évaluation elle-même. Affectant la situation du magistrat, cet acte répond aux caractéristiques des décisions faisant grief, et peut – par conséquent – faire l'objet d'une telle procédure.

415. Si le système semble *a priori* satisfaisant, il n'en demeure pas moins imparfait. En effet, certains membres de la magistrature restent exclus de toute évaluation. Or, « l'absence d'évaluation de l'activité et des aptitudes de ces magistrats, lorsqu'ils se portent candidats à de nouvelles fonctions, est susceptible d'affecter la pertinence des décisions de nomination les concernant »¹⁰⁸⁰. C'est pourquoi, le Conseil supérieur de la magistrature estime que les magistrats qui échappent à cette procédure – soit en vertu de règles statutaires

¹⁰⁷⁹ CE 23 mai 1997, *M. Detre*, req. n° 167504 : « Considérant que l'avis de la commission d'avancement, prévu par les dispositions précitées, permettant aux magistrats de contester l'évaluation de leur activité professionnelle n'est pas un acte faisant grief ; qu'il suit de là que M. X... n'est pas recevable à contester la légalité de l'avis de la commission d'avancement en date du 25 novembre 1994 ».

¹⁰⁸⁰ CSM, *Rapport d'activités 2003*, *op. cit.* note n° 949, p. 173.

(magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation et chefs de cour), soit en vertu d'un usage (directeurs de l'Ecole nationale de la magistrature et de l'Ecole nationale des greffes) – devraient pouvoir faire l'objet d'une évaluation, même s'il est concédé qu'une procédure particulière soit, à cet égard, instaurée. Bien que cette suggestion apparaisse légitime, gageons que les places occupées par ces magistrats justifient à elles seules le privilège dont ils disposent en matière d'évaluation. La carrière dont ils peuvent s'enorgueillir suffit, à notre sens, à témoigner de leur respectabilité et de leur sagesse.

416. L'importance de l'évaluation du magistrat, tant au regard de ses fondements que de ses implications est certaine. *In fine*, c'est bien par rapport à cette évaluation qu'est émis le tableau d'avancement. « Réaliser son tableau, c'est accéder à un emploi du second au premier grade de la hiérarchie judiciaire »¹⁰⁸¹. Aux termes de l'article 24 du décret du 7 janvier 1993, « chaque année, avant le 1^{er} février, les autorités chargées de l'évaluation [...] adressent au ministre de la justice leurs présentations en vue du tableau d'avancement, établies par ordre de mérite ». La liste des magistrats présentés à l'avancement est affichée soit au siège des juridictions, soit à la Chancellerie pour les magistrats détachés. Mais les magistrats non présentés peuvent adresser une demande d'inscription à la commission d'avancement. Depuis la loi du 25 février 1972, cette dernière est composée du premier président de la Cour de cassation, ou du procureur général près la même Cour, de l'inspecteur général des services judiciaires, du directeur chargé des services judiciaires, de deux magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation, l'un du siège, et l'autre du parquet, élus par l'ensemble des magistrats hors hiérarchie appartenant à cette Cour, de deux premiers présidents et deux procureurs généraux de cour d'appel, élus respectivement par l'ensemble des premiers présidents et procureurs généraux de cours d'appel et de dix magistrats du corps judiciaire, trois du premier grade et sept du second grade, élus par le collège des magistrats dans les conditions prévues à l'article 13-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958¹⁰⁸².

Les projets de nomination sont ensuite communiqués aux formations compétentes du Conseil supérieur de la magistrature¹⁰⁸³ selon qu'il s'agit du siège ou du parquet. Ils sont également

¹⁰⁸¹ C. Canivet et J. Betoulle, « *Magistrat* », *op. cit.*, p. 925.

¹⁰⁸² « Un collège de magistrats des cours et tribunaux et du ministère de la justice élit les magistrats du corps judiciaire appelés à siéger à la commission d'avancement en application du 4^o de l'article 35. Les membres du collège prévu à l'alinéa précédent sont désignés à bulletin secret pour trois ans par les magistrats de l'ordre judiciaire ».

¹⁰⁸³ Article 17 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature : « Les propositions du ministre de la justice sont transmises au Conseil supérieur avec la liste des candidats pour chacun des postes concernés.

adressés « aux chefs de la Cour de cassation, aux chefs des cours d'appel et des tribunaux supérieurs d'appel, à l'inspecteur général des services judiciaires ainsi qu'aux directeurs et chefs de service de l'administration centrale du ministère de la justice, qui en assurent la diffusion auprès des magistrats en activité dans leur juridiction, dans le ressort de leur juridiction ou de leurs services. Ce document est adressé aux syndicats et organisations professionnelles représentatifs de magistrats et, sur leur demande, aux magistrats placés dans une autre position que celle de l'activité »¹⁰⁸⁴. Les nominations sont ensuite décrétées par le président de la République selon deux cas de figure.

417. D'une part, s'agissant du siège¹⁰⁸⁵ : les fonctions de magistrats près la Cour de cassation, de premier président de cours d'appel, de président de tribunaux de grande instance ou d'instance, sont proposées par le Conseil supérieur de la magistrature¹⁰⁸⁶. Celui-ci dispose non seulement d'un pouvoir d'initiative, mais il lui appartient également d'instruire les dossiers et d'émettre ses propositions au président de la République. Hormis ces fonctions, la proposition émane du garde des Sceaux, ministre de la justice, lequel sera néanmoins lié par l'avis du Conseil supérieur de la magistrature. D'autre part, s'agissant du parquet¹⁰⁸⁷ : la proposition émane uniquement du garde des Sceaux, ministre de la justice¹⁰⁸⁸, lequel ne bénéficie, dans ce cadre, « que » d'un avis simple émanant du Conseil supérieur de la

Le rapporteur a accès au dossier des magistrats candidats. Il peut demander au ministre de la justice toutes précisions utiles. Ces précisions et les observations éventuelles du magistrat intéressé sont versées dans le dossier de ce dernier.

Sur proposition du rapporteur, le Conseil supérieur peut remettre au ministre de la justice les observations qu'il estime utiles sur le contenu du dossier examiné.

Les dossiers des auditeurs conservés à l'École nationale de la magistrature sont transmis au Conseil supérieur lorsque celui-ci est consulté sur la première affectation des intéressés. Ces dossiers sont ensuite retournés à l'École nationale de la magistrature ».

¹⁰⁸⁴ Article 27-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

¹⁰⁸⁵ Article 28 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

¹⁰⁸⁶ Article 15 de la loi organique du 5 février 1994 précitée : « Les candidatures aux emplois pourvus sur proposition du Conseil supérieur sont adressées simultanément au Conseil supérieur de la magistrature et au ministre de la justice.

Pour chaque nomination de magistrat du siège à la Cour de cassation, de premier président de cour d'appel ou de président de tribunal de grande instance, la formation compétente du Conseil supérieur arrête, après examen des dossiers des candidats et sur le rapport d'un de ses membres, la proposition qu'elle soumet au Président de la République.

Pour les nominations de magistrats aux autres fonctions du siège, l'avis de la formation du Conseil supérieur compétente à l'égard des magistrats du siège est donné sur les propositions du ministre de la justice et après un rapport fait par un membre de cette formation ».

¹⁰⁸⁷ Article 6 de la loi organique du 5 février 1994 : « Pour les nominations de magistrats aux fonctions du parquet autres que celles pourvues en conseil des ministres, l'avis de la formation compétente du Conseil supérieur est donné sur les propositions du ministre de la justice et après un rapport fait par un membre de cette formation ».

¹⁰⁸⁸ Article 28 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

magistrature, sauf le cas des postes de procureurs généraux, ces derniers étant nommés en Conseil des ministres.

418. L'avancement et les décisions d'affectation touchant la carrière du juge restent préservés de l'influence du pouvoir¹⁰⁸⁹ et se fondent sur l'évaluation dont il fait l'objet. A cet égard, il s'agit assurément d'un moyen pour l'institution judiciaire de s'assurer qu'elle ne compte en ses rangs que des magistrats dignes et responsables. Evaluer l'activité et l'aptitude des magistrats participe à la quête d'une justice de qualité, justice incarnée par l'action et l'attitude du juge. Cette évaluation contribue assurément à la responsabilisation du juge. D'une part, la publicité donnée à l'avancement du juge s'inscrit dans un effort de transparence et de communication à l'adresse des justiciables. Par ce biais, l'autorité judiciaire atteste de sa volonté de ne compter en ses rangs que de « bons juges ». A travers ce mécanisme, elle accorde donc un droit de regard sur la valeur professionnelle de ses membres. D'autre part, placé sous le joug d'une évaluation, le juge est conscient que ses actes emporteront des conséquences dont il devra répondre devant ses pairs. Ici encore, l'évaluation est prétexte à responsabilisation et constitue un outil privilégié pour le corps judiciaire de s'assurer de la qualité de ses membres, lesquels pourront, notamment, trouver en cette occasion, le soutien de leurs pairs. Véritable opportunité offerte aux juges la formation continue ouvre, ainsi, le dialogue et l'échange.

§ 2 : A travers un soutien collectif

419. Grâce à l'« esprit de corps », grâce aux conseils et disponibilités de ses confrères, le juge peut vérifier et entretenir ses compétences à travers le système de la formation continue (A). La mise en place parallèle d'une veille déontologique, propre à répondre à ses questionnements, voire à les prévenir, constituerait un soutien certain pour ce professionnel, parfois en quête de repères mais toujours soumis au regard extérieur, parfois sans complaisance, des justiciables (B).

¹⁰⁸⁹ Ce qui, on l'aura noté, n'est pas le cas des magistrats du parquet. Cela n'est, outre mesure, pas surprenant, étant entendu qu'ils ne sont pas indépendants et sont directement placés sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la justice.

A. Par le biais de la formation continue

420. L'intérêt de la formation continue réside en la remise à niveau juridique des magistrats, elle leur permet « de rajeunir leurs connaissances »¹⁰⁹⁰. Au-delà, « la formation continue doit également contribuer à parfaire et transmettre la connaissance des règles déontologiques »¹⁰⁹¹.

En participant à ces séminaires, le juge accepte la discussion et le jugement de ses pairs, il accepte, en outre, de dévoiler ses faiblesses. Ainsi, la formation amène à une autre perspective : la réflexion, la recherche par le juge d'un système meilleur, lequel répondrait davantage non seulement aux aspirations des justiciables, mais au-delà, aux nouvelles exigences liées à son office.

Assurée par l'Ecole nationale de la magistrature, la formation continue est obligatoire depuis le 1^{er} janvier 2008, date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de l'article 14 alinéa 2 de l'ordonnance statutaire, issues de la loi organique du n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et la responsabilité des magistrats¹⁰⁹².

421. Conformément à aux articles 8¹⁰⁹³ et 51¹⁰⁹⁴ du décret du 5 mai 1972, le programme de cette formation est arrêté par le conseil d'administration de l'Ecole nationale de la magistrature¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹⁰ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op. cit.* note n° 106, p. 286.

¹⁰⁹¹ CSM, *Rapport d'activités 2003*, *op. cit.* note n° 949, p. 170.

¹⁰⁹² Selon l'article 14 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « La formation professionnelle des auditeurs de justice est assurée par l'Ecole nationale de la magistrature. Les magistrats sont soumis à une obligation de formation continue. La formation continue est organisée par l'Ecole nationale de la magistrature dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat ». En effet, l'article 1-1 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature dispose que « l'Ecole nationale de la magistrature a pour missions [...] la formation initiale et continue des magistrats de l'ordre judiciaire français ».

¹⁰⁹³ Article 8 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature : « Le conseil d'administration délibère sur [...] le programme de la formation initiale et de la formation continue ».

¹⁰⁹⁴ Article 51 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature : « Le programme annuel des différentes actions nationales de formation continue proposées aux magistrats est arrêté par le conseil d'administration sur proposition du directeur de l'Ecole nationale de la magistrature ».

¹⁰⁹⁵ Article 4 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature : « Le conseil d'administration comprend : a) Quatre membres de droit : le premier président de la Cour de Cassation, président ; Le procureur général près la Cour de cassation, vice-président ; le directeur des services judiciaires ou son représentant ; le directeur général de l'administration et de la fonction publique, ou son représentant. b) Neuf membres nommés par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la justice : un directeur à l'administration centrale du ministère de la justice, ou son suppléant désigné dans les mêmes formes ; un premier président ou un procureur général de cour d'appel ; Un magistrat hors hiérarchie ou du premier grade de la Cour d'appel de Paris ou des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil ; un président ou un procureur de la République d'un tribunal de grande instance ; un magistrat ancien auditeur de justice ayant moins de sept ans de services effectifs depuis sa première installation ; un membre des professions judiciaires ; trois personnalités qualifiées, dont une personne exerçant l'une des fonctions à la formation desquelles l'Ecole nationale de la

Il s'articule autour de ces différentes priorités : « - accompagner les réformes législatives et réglementaires ainsi que les évolutions jurisprudentielles ; - accompagner tous les magistrats dans leurs changements de fonction successifs ; - préparer aux fonctions d'encadrement et promouvoir une culture de gestion ; - proposer des outils méthodologiques ; - soutenir l'échange des savoirs ; favoriser l'émergence et contribuer à la diffusion de bonnes pratiques professionnelles ; - assurer la pluridisciplinarité dans l'approche des thèmes abordés ; favoriser les partenariats ; - approfondir les connaissances des magistrats en droit européen et au droit international ; - concourir à l'ouverture du corps à son environnement économique, social et culturel »¹⁰⁹⁶. Cette formation permet ainsi une véritable ouverture tant sur les différentes structures juridictionnelles et administratives françaises, qu'européennes et internationales. Au demeurant, si les objectifs recherchés poursuivent, naturellement, l'œuvre initiée par la formation initiale, la formation continue nationale ambitionne de répondre aux exigences démocratiques liées à sa fonction.

422. Les modalités pédagogiques de l'offre de la formation continue sont élaborées par l'Ecole nationale de la magistrature et se déclinent sous deux aspects.

D'une part, sont mises en place, par un directeur de session (choix du programme et des intervenants), des actions de formation à proprement parler, lesquelles se déroulent au sein de l'Ecole et concernent des thèmes techniques et/ou de société sous la forme de débats ou de colloques.

magistrature peut contribuer, en application du b de l'article 1er-I. c) Deux membres nommés par arrêté conjoint du garde des Sceaux, ministre de la justice, et du ministre de l'éducation nationale : un directeur d'institut d'études judiciaires ; un professeur des universités. d) Un coordonnateur de formation ou coordonnateur régional de formation ou son suppléant, élus au scrutin uninominal majoritaire à un tour et à bulletin secret par l'ensemble des coordonnateurs de formation, coordonnateurs régionaux de formation et enseignants associés réunis en collège par le directeur. e) Un magistrat délégué à la formation et un directeur de centre de stage, ou leur suppléant, élus au scrutin uninominal majoritaire à un tour et à bulletin secret par l'ensemble des directeurs de centre de stage et des magistrats délégués à la formation réunis en collège par le directeur. f) Un représentant du personnel ou son suppléant, élus au scrutin uninominal majoritaire à un tour et à bulletin secret par l'ensemble des membres du personnel administratif et technique. g) Deux représentants des auditeurs de justice de chacune des promotions en cours de formation en deuxième et troisième année, élus au scrutin uninominal majoritaire à un tour et à bulletin secret. Les membres du conseil d'administration mentionnés au g ne participent pas aux travaux du conseil portant nomination de magistrats délégués à la formation, de directeurs de centre de stage ou de membres de jurys prévus par le présent décret. Un représentant de chaque syndicat ou organisation professionnelle représentatif à l'égard des magistrats d'après le nombre de voix recueillies lors de l'élection du collège des magistrats, désigné par le garde des Sceaux, ministre de la justice, sur proposition desdits syndicats ou organisations, et deux représentants des auditeurs de justice de la promotion en cours de formation en première année élus dans les conditions prévues au g siègent au conseil d'administration avec voix consultative. Siègent également au conseil, avec voix consultative, le directeur de l'école, le membre du corps du contrôle général économique et financier et l'agent comptable. Le directeur peut se faire accompagner par toute personne de son choix appartenant au personnel de direction ou d'enseignement de l'école. Le président peut également appeler toute personne de son choix à assister aux délibérations ».

¹⁰⁹⁶

http://www.enm.justice.fr//formation-continue/fcn_objectifs.php

D'autre part, des stages sont également prévus par la formation continue nationale. Ils permettent à un groupe de magistrats « d'évoluer au sein d'un organisme extérieur [...] : administrations ou établissements publics, autorités administratives indépendantes, institutions publiques, organisations ou juridictions internationales ainsi qu'entreprises industrielles ou de service »¹⁰⁹⁷. Par ailleurs, des stages sur mesure sont également mis en œuvre, lesquels « ont pour objet de favoriser l'immersion dans un environnement spécifique »¹⁰⁹⁸. Enfin, les magistrats qui changent de fonction peuvent bénéficier d'un stage juridictionnel lui permettant d'appréhender plus étroitement auprès d'un magistrat expérimenté ses nouvelles fonctions.

423. Parallèlement à cette formation nationale, existe une formation continue déconcentrée, conformément à l'article 51-2 du décret du 4 mai 1972. Celui-ci prévoit que, dans chaque cour d'appel et au sein même de la Cour de cassation est institué un conseil de formation continue déconcentrée des magistrats, qui est présidé par le premier président et par le procureur général de la cour d'appel. Sur proposition du magistrat délégué à la formation continue et après approbation par le conseil de la formation continue déconcentrée, les chefs de cour arrêtent un état prévisionnel des besoins et prévisions relativement à la formation déconcentrée et l'adressent à l'Ecole nationale de la magistrature. Le conseil d'administration de l'Ecole nationale de la magistrature décide alors, au regard de la pertinence pédagogique des propositions, des états prévisionnels, de la répartition des crédits attribués à chaque cour d'appel pour les besoins de la formation continue déconcentrée.

Cette formation déconcentrée est l'occasion de davantage axer l'échange et le dialogue sur des éléments touchant plus particulièrement la juridiction concernée. Si celle-ci tend à compléter la formation continue nationale, elle « favorise, sur des thèmes précis, les échanges avec les partenaires locaux, la mise en commun des difficultés rencontrées et le dialogue institutionnel en vue d'un enrichissement des pratiques individuelles »¹⁰⁹⁹. Quant aux modalités pédagogiques, il s'agit en majorité de colloques animés par des intervenants choisis par le magistrat délégué à la formation.

424. La formation continue, nationale ou déconcentrée, permet à un juge et à la profession de réfléchir collectivement et individuellement aux problématiques liées à l'office

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹⁹ ENM, *La responsabilité du juge*, op. cit. note n° 915, p. 12.

des magistrats. Par les acquis de l'expérience, les magistrats partagent leurs questionnements mais également leur propre appréhension des problèmes qu'ils rencontrent à l'occasion de leurs fonctions. Il s'agit dès lors d'un moyen privilégié de responsabilisation des magistrats, s'inscrivant naturellement au sein de leur carrière. C'est à ce niveau que se situent les enjeux : offrir au juge un cadre entièrement dédié à la remise à niveau, au dialogue et à l'échange ; ce que l'instauration d'une veille déontologique permettrait de consolider.

B. Par le biais d'une veille déontologique

425. La création de structures permettant d'inscrire plus fortement et de consolider la déontologie et l'éthique dans la carrière des magistrats participerait assurément à une dynamique de responsabilisation des juges. En ce sens, instaurer une veille déontologique revêtirait un intérêt certain.

426. Si le Conseil supérieur de la magistrature reconnaît « l'opportunité de créer des organes consultatifs compétents au plan local en matière de déontologie, pouvant être saisis par les magistrats désireux de les consulter à titre individuel et par les chefs de cour »¹¹⁰⁰, le risque serait toutefois de provoquer une certaine confusion entre les différentes instances en présence. C'est pourquoi, et au regard de ses propres missions, il estime que la consultation déontologique devrait logiquement lui revenir. Cette possibilité permettrait assurément au juge de directement s'adresser au Conseil supérieur de la magistrature, en tant qu'autorité constitutionnelle assistant le président de la République dans son rôle de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Nonobstant cette incontestable légitimité du Conseil, cette compétence s'inscrirait également dans une certaine cohérence au regard du rôle disciplinaire qui lui est dévolu. « L'avantage serait manifestement de centraliser les compétences en matière disciplinaire et déontologique au sein d'un seul et même organe, créant un *continuum* entre les deux corps de règles et une doctrine unique, réduisant du même coup les risques de divergences d'appréciation »¹¹⁰¹.

427. Certes, le Conseil supérieur de la magistrature a su, de par sa jurisprudence évolutive, éditer un véritable catalogue référentiel des « bonnes pratiques » déontologiques, et

¹¹⁰⁰ CSM, *Rapport d'activités 2003*, op. cit. note n° 949, p. 171.

¹¹⁰¹ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, op. cit. note n° 447, p. 119.

s'est assurément efforcé de caractériser avec précision les manquements des magistrats à leurs devoirs au regard d'une perspective pédagogique. Mais si les liens entre déontologie et discipline sont avérés, leurs sphères respectives ne sauraient être confondues. En pratique, il s'agirait donc de pouvoir distinguer – au sein du Conseil supérieur de la magistrature – deux structures particulières : l'une, déjà en place, dont la mission resterait disciplinaire ; et, l'autre, constituée de personnalités, ayant pour compétence exclusive, au sein du Conseil de répondre aux attentes des magistrats relativement à des éclaircissements d'ordre déontologique. Rattaché au Conseil supérieur de la magistrature, cet organe consultatif pourrait ainsi être sollicité et consulté par les magistrats, les chefs de cour et de juridiction. Dans une perspective didactique, il serait au demeurant intéressant que cet organe, dont nous appelons de nos vœux la constitution, publie les requêtes et interrogations dont il serait saisi – en respectant l'anonymat de leurs auteurs – ainsi que les réponses apportées. L'intérêt serait assurément de consolider et de partager une éthique commune dans l'action. Celui-ci s'est, semble-t-il, partiellement imposé au législateur, lequel a, à l'occasion de la réforme des institutions de la cinquième République¹¹⁰², approfondi le rôle de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature relativement à la déontologie judiciaire.

Notamment, le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution entend préciser les compétences de cette formation. En ce sens, celui-ci énonce en son article 12, concernant les dispositions modifiant la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature : « Après l'article 20-1 de la même loi, il est inséré un article 20-2 ainsi rédigé : « La formation plénière du Conseil supérieur a compétence pour connaître des demandes formulées soit par le président de la République, au titre de l'article 64 de la Constitution, soit par le garde des Sceaux, ministre de la justice, sur des questions énumérées par l'article 65 de la Constitution. Elle élabore et rend public un recueil des obligations déontologiques des magistrats »¹¹⁰³. Si l'on salue la démarche, l'on regrette toutefois, qu'aucune mention ne soit faite à l'adresse des magistrats eux-mêmes. Si la formation plénière du Conseil tend à jouer le rôle de veille déontologique, l'on ne peut qu'espérer que celui-ci évolue et puisse plus intimement toucher les magistrats dans une perspective de responsabilisation accrue.

¹¹⁰² Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Cinquième République.

¹¹⁰³ Article 12 du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution, http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=262A4999A273DDDE501C39C0F60A06B6.tpdjo10v_1?idDocument=JORFDOLE000020723012&type=contenu&id=2

CONCLUSION DU TITRE SECOND

428. La question de la responsabilisation apparaît comme le nécessaire corollaire de celle de la responsabilité juridictionnelle elle-même. Donner en amont certaines clés – juridiques, éthiques ou déontologiques – participe, en aval, à la limitation du risque de mal jugé. C’est pourquoi, il convient, dès son entrée dans la magistrature, de responsabiliser le juge au regard des fonctions impérieuses qu’il sera amené à honorer.

Aussi, et tant d’un point de vue théorique que pratique, introspectif que corporatiste, le juge doit avoir conscience des enjeux de sa mission et ne jamais défaire du sens de ses responsabilités. En cela, la responsabilisation tout au long de sa carrière mérite d’être promue. C’est ainsi que formation initiale et formation continue, en ce qu’elles seraient tournées vers les valeurs juridiques, éthiques et déontologiques des magistrats, participent à l’émergence d’une justice davantage vertueuse, d’une justice pour laquelle le régime de responsabilité juridictionnelle n’aurait idéalement pas vocation à s’appliquer.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

429. Il existe deux systèmes de sanction du comportement fautif d'un juge : celui-ci peut, en premier lieu, être pénalement condamné en cas de commission d'infraction ; en second lieu, tout manquement aux devoirs déontologiques judiciaires constitue une faute disciplinaire – au sens notamment de l'article 43 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 – passible, par conséquent, d'une sanction prononcée par le Conseil supérieur de la magistrature. Toutefois, le juge qui aurait commis une erreur dans l'énoncé d'une décision juridictionnelle – autrement dit un mal jugé – lequel constituerait un préjudice à un justiciable échappe à toute responsabilité, de même que l'Etat, exception faite de sa responsabilité devant les juridictions communautaire et européenne. Aussi, en droit interne, l'activité juridictionnelle proprement dite est-elle exclue des responsabilités disciplinaire, pénale et civile. Certes, dans ce dernier cas de figure, la responsabilité de l'Etat est admise en cas de révision d'une décision de condamnation ou en cas de détention non suivie de condamnation. Mais hors ces cas, c'est l'irresponsabilité qui domine.

430. Ce régime protecteur permet d'assurer une certaine sérénité à la justice. Au demeurant, il existe des moyens spécifiquement prévus à la prévention du risque d'erreur du juge, au sein desquels on compte, notamment, les voies de recours. C'est ainsi que certains membres de la doctrine se satisfont du régime actuel, lequel mériterait « d'être farouchement défendu »¹¹⁰⁴. Nous ne saurions être tout à fait en accord avec une telle énonciation. Il est certain qu'envisager une action directe à l'encontre d'un magistrat pour mal jugé serait « malséant »¹¹⁰⁵, cependant est-ce à dire que le système ne puisse être aucunement réformé ? Pourquoi ne pas se faire rejoindre les systèmes actuels de responsabilité, lesquels sont *in fine* tous concernés par l'atteinte au droit au respect de la légalité ? En effet, qu'est-ce que celui-ci si ce n'est le point de convergence des trois types de responsabilité nés de la fonction juridictionnelle ? Qu'il s'agisse de la méconnaissance des devoirs de son état, de la faute lourde ou du déni de justice, ou encore des infractions prévues par le code pénal à son encontre, toutes ces fautes naissent – à un moment donné – de la violation de la légalité. Au surplus, toutes pourraient se définir comme le manquement d'un magistrat, lequel soucieux de

¹¹⁰⁴ J. Pradel, « La responsabilité personnelle du juge pénal. Faut-il vraiment changer l'état du droit ? », D. 2005 p. 1953.
¹¹⁰⁵ *Ibid.*

ses devoirs, n'y eut pas été entraîné. Aussi, et au-delà des cas flagrant des motifs partagés par les trois responsabilités (en tête desquels l'on retrouve le déni de justice), nous proposons d'ouvrir le champ de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire pour atteinte au droit au respect de la légalité, tout en instaurant une passerelle entre la sphère de réparation que celle-ci constitue, et qui doit, par principe, rester à la charge de l'Etat, et la sphère de la sanction du juge fautif au cas où ce mal jugé serait la conséquence d'un comportement manifestement défaillant de sa part. Ce système de responsabilité juridictionnelle, en même temps qu'il placerait le juge à l'abri de toute action directe de la part de justiciables mécontents, permettrait néanmoins que celui-ci réponde des dommages causés par son activité juridictionnelle.

431. Si l'institution d'une responsabilité juridictionnelle peut ainsi être énoncée, celle-ci ne saurait faire l'économie d'une réflexion accrue concernant la responsabilisation du juge. Condition de la prise en compte, par ce dernier, des tenants et aboutissants de sa fonction ainsi que des impératifs liés à celle-ci, la responsabilisation des acteurs de justice doit être un élément fondamental de sa formation, non seulement initiale mais également continue.

CONCLUSION GENERALE

432. Pour certains, il serait « plus simple d'aménager éventuellement les voies de recours existantes plutôt que d'admettre une action en responsabilité à l'égard des décisions définitives »¹¹⁰⁶ en cas de mal jugé, aux fins précisément de ne pas « consacrer indirectement l'existence d'une troisième catégorie de voies de recours différente tant des voies de réformation que de rétractation, et qui pourrait ouvrir la porte à bien des abus »¹¹⁰⁷. Il nous semble également tout à fait indiqué – au regard tant de l'objectif de la responsabilité juridictionnelle que des conditions inhérentes aux éléments fondamentaux qu'elle met en jeu – de réfuter la mise en œuvre d'une action en révision de décisions passées en force de chose jugée. La responsabilité juridictionnelle ne pourra, en ce sens, concrètement s'épanouir qu'à l'aune de la reconnaissance d'un mal jugé, lequel devra être préalablement constaté par une nouvelle décision rendue par le biais de l'exercice des voies de recours. Si cette même décision a pu mettre en évidence un dysfonctionnement, consécutif à la faute manifeste d'un juge, alors devrait s'ouvrir une double action en responsabilité grâce à la nouvelle appréhension de la notion de dysfonctionnement par les dispositions de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire. Le danger que représente, indéniablement, la mise en œuvre d'une responsabilité juridictionnelle serait le détournement dont elle pourrait être victime par l'action de la vindicte populaire. En cela, l'autorité de la justice, son indépendance, et l'Etat de Droit auraient à souffrir. C'est pourquoi, si la question de la responsabilité juridictionnelle mérite d'être ouvertement posée, cela ne doit pas de faire au prix des garanties devant bénéficier *in fine* aux justiciables.

433. Le régime de la responsabilité juridictionnelle, tel qu'énoncé à travers cette étude, entend donc concilier les exigences de protection due à l'activité juridictionnelle des magistrats, tout en mettant fin à l'immunité prônée à l'encontre d'actes juridictionnels méconnaissant la légalité.

En ce sens, reconnaître la possibilité, pour un justiciable, de demander réparation pour le préjudice constitué par l'atteinte au droit au respect de la légalité participerait à l'émergence d'une justice vertueuse et à une prise de conscience davantage accrue de la part du juge du pouvoir qui est assurément le sien. « Si l'on accepte encore maintenant de lui [le juge] conférer une place particulière dans la fonction publique, chacun sent qu'il doit chaque jour reconstituer son autorité particulière par une indépendance, une impartialité, une rigueur, bref une rectitude sans faille sur laquelle il apparaît désormais naturel de pouvoir lui demander des

¹¹⁰⁶ M. Lombard, note sous CE 29 décembre 1978, *Darmont*, AJDA 1979-11, p. 47.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

explications »¹¹⁰⁸. En ce sens, le nouveau dispositif – qui tente d'évincer le sentiment d'immunité dont bénéficierait le juge – permettrait une adhésion plus certaine des justiciables à l'exercice de la justice tout en respectant l'implication et les responsabilités de chacun.

434. Par principe, la responsabilité disciplinaire est interne à une profession donnée. Elle permet ainsi au corps concerné de sanctionner celui qui commet une faute professionnelle. La sphère civile, quant à elle, vise à réparer le dommage « causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »¹¹⁰⁹. Enfin, la sphère juridictionnelle consiste à appliquer le droit, et permettre une éventuelle rectification d'erreur judiciaire (au sens large du terme) par le biais des voies de recours.

Or, ces sphères sont appelées à se rapprocher lorsqu'est en cause l'action d'un juge, mais ce n'est pas parce qu'elles peuvent converger qu'il faut les confondre. Par le biais de passerelles entre ces différentes sphères, la responsabilité juridictionnelle permettrait de préserver la spécificité de chacun des régimes de responsabilité pouvant être mis en œuvre à l'occasion du service public de la justice, sans pour autant les rendre exclusives les unes des autres.

435. L'Etat doit rester garant pour les justiciables des défaillances de l'autorité judiciaire, que celles-ci soient le fait du service ou du magistrat. Ce dernier mérite – au regard des implications de sa fonction juridictionnelle – de demeurer à l'abri d'une action directe de la part des justiciables, laquelle porterait atteinte à l'exigence d'indépendance et à son corollaire, l'impartialité. Toutefois, si le magistrat a, à l'occasion de ses fonctions, méconnu le droit au respect de la légalité, sa responsabilité disciplinaire – en ce que le respect du droit constitue le premier de ses devoirs – mériterait d'être posée.

A cet égard, admettre une responsabilité pouvant conjuguer responsabilité du juge « fautif », et responsabilité de l'Etat, maître d'œuvre de l'activité du service public de la justice, permettrait de saisir les faiblesses en jeu, de sanctionner les responsables et *in fine* de réparer le préjudice subi par le justiciable.

Tels sont les défis que se propose de relever la responsabilité juridictionnelle.

¹¹⁰⁸ Y. Desdevises, « *Quelques remarques sur la responsabilité sur la responsabilité des juges et de la justice* », *op. cit.* note n° 693, p. 169.

¹¹⁰⁹ Article 1383 C. civ.

PROPOSITIONS DE TEXTES

- **Proposition de modification de l'article L. 141-1 COJ** : « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice *ou par une atteinte fautive à la légalité* ».
- **Proposition de modification de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature** : « Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment en ces termes :
« Pour le peuple français, titulaire de la souveraineté nationale, j'accepte l'œuvre de justice dont il m'investit. Dans le respect de la loi, je jure solennellement d'être digne de la fonction de magistrat et de toujours me conformer aux principes gouvernant ma fonction. »
Il ne peut, en aucun cas, être relevé de ce serment.
Le serment est prêté devant la cour d'appel. Toutefois, pour les magistrats directement nommés à la Cour de cassation, il est prêté devant cette juridiction.
L'ancien magistrat prête à nouveau serment lorsqu'il est réintégré ».
- **Proposition de reprise de la formule énoncée par la Commission Cabannes de modification de l'article 43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature** : « Tout manquement du magistrat aux devoirs nés du serment qu'il a prêté, constitue une faute disciplinaire ».

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

- **ARDANT (P.)** et **MATHIEU (B.)**, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 22^{ème} éd., 2010, 620 pages.
- **ARDANT (P.)**, *Les institutions de la Cinquième République*, Hachette, 11^{ème} éd., 2006, 158 pages.
- **ARNAUD (J.)**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ / Montchrestien, 2^{ème} éd., 1993, 758 pages.
- **AUBY (J.-M.)**, **AUBY (J.-B.)**, **DIDIER (J.-P.)**, **TAILLEFAIT (A.)**, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2009, 8288 pages.
- **BERGEL (J.-L.)**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 374 pages.
- **BERGER (V.)**, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz-Sirey, 10^{ème} éd., 2006, 835 pages.
- **BONNARD (R.)**, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1943, 786 pages.
- **BOULOC (B.)**, **LEVASSEUR (G.)** et **STEFANI (G.)**, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, 736 pages.
- **BRAIBANT (G.)** et **STIRN (B.)**, *Le droit administratif français*, Dalloz, 5^{ème} éd., 1999, 564 pages.
- **BRUN (P.)**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2^{ème} éd., 2009, 582 pages.
- **BURDEAU (F.)**, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, 512 pages.
- **CARBONNIER (J.)**, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, 1496 pages.
- **CARBONNIER (J.)**, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, 415 pages.
- **CARRE DE MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 2 vol., t. 1, 1920, 837 pages ; t. 2, 1922, 638 pages.
- **CHANTEBOUT (B.)**, *Droit constitutionnel et science politique*, Armand Colin, 24^{ème} éd., 2007, 598 pages.
- **CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, Montchrestien, t. 1, 15^{ème} éd., 2001, 1427 pages ; t. 2, 15^{ème} éd., 2001, 797 pages.
- **COMTE-SPONVILLE (A.)**, *Dictionnaire philosophique*, PUF 2001, 646 pages.
- **CORNU (G.)** et **FOYER (J.)**, *Procédure civile*, PUF, 3^{ème} éd., 1996, 779 pages.
- **DAEL (S.)**, *Contentieux administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, 306 pages.
- **DEBBASCH (C.)**, **RICCI (J.-C.)**, *Contentieux administratif*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2001, 1040 pages.
- **DE LAUBADERE (A.)**, **VENEZIA (J.-C.)**, **GAUDEMET (Y.)**, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 1 (droit administratif général), 16^{ème} éd., 2001, 918 pages ; t. 2 (droit administratif des biens), 11^{ème} éd., 1998, 477 pages ; t. 3 (grands services publics), 6^{ème} éd., 1997, 495 pages ; t. 4 (administration de l'économie), 3^{ème} éd., 1977, 454 pages ; t. 5 (fonction publique), 12^{ème} éd., 2000, 229 pages.
- **DE LAUBADERE (A.)**, **VENEZIA (J.-C.)**, **GAUDEMET (Y.)**, *Droit administratif*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2002, 459 pages.
- **DEVOLVE (P.)**, *Le droit administratif*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2006, 160 pages.
- **DOUCHY-OUDOT (M.)**, *Procédure civile*, Gualino, 3^{ème} éd., 2008, 432 pages.

- **DUGUIT (L.)**, *Traité de droit constitutionnel*, Ed. Boccard, 5 vol., t. 1, 3^{ème} éd., 1927, 763 pages ; t. 2, 3^{ème} éd., 1928, 288 pages ; t. 3, 1930, 3^{ème} éd., 856 pages ; t. 4, 1924, 2^{ème} éd., 937 pages ; t. 5, 1925, 2^{ème} éd., 703 pages.
- **DUHAMEL (O.)**, *Droit constitutionnel et politique*, Le Seuil, 2011, 896 pages.
- **EISENMANN (C.)**, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982-83, 2 vol., t. 1, 786 pages ; t. 2, 908 pages.
- **FAVOREU (L.)**, **PHILIP (L.)**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2009, 864 pages.
- **FOYER (J.)**, *Histoire de la justice*, PUF, 1996, 128 pages.
- **FRIER (P.-L.)** et **PETIT (J.)**, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2010, 570 pages.
- **GICQUEL (J.)** et **GICQUEL (J.-E.)**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 21^{ème} éd., 2007, 791 pages.
- **GOHIN (O.)**, *Contentieux administratif*, Litec, 4^{ème} éd., 2005, 435 pages.
- **GUINCHARD (S.)**, **BANDRAC (M.)**, **LAGARDE (X.)**, **DOUCHY (M.)**, *Droit processuel. Droit commun du procès*, Dalloz, 2001, 962 pages.
- **GUINCHARD (S.)** et **BUISSON (J.)**, *Procédure pénale*, Litec, 3^{ème} éd., 2005, 1098 pages.
- **GUINCHARD (S.)**, **CHANAIS (C.)**, **DELICOSTOPOULOS (C.)**, **DELICOSTOPOULOS (I.)**, **DOUCHY-OUDOT (M.)**, **FERRAND (F.)**, **LAGARDE (X.)**, **MAGNIER (V.)**, **RUIZ FABRI (H.)**, **SINOPOLI (L.)** et **SOREL (J.-M.)**, *Droit processuel : Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, 1307 pages.
- **GUINCHARD (S.)**, **FERRAND (F.)**, **CHANAIS (C.)**, *Procédure civile, Droit interne et Droit de l'Union européenne*, Dalloz 30^{ème} éd., 2010, 1585 pages.
- **GUINCHARD (S.)** et **MONTAGNIER (G.)** (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2011, 918 pages.
- **GUYOMAR (M.)** et **SEILLER (B.)**, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2010, 460 pages.
- **HAURIOU (M.)**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, 1150 pages.
- **HAURIOU (M.)**, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 4^{ème} éd., 1938, 336 pages.
- **HERON (J.)**, par **LE BARS (T.)**, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010, 1016 pages.
- **JEZE (G.)**, *Les principes généraux du droit administratif*, Ed. Marcel Giard, 4 vol., t. 1, 1925, 3^{ème} éd., 443 pages ; t. 2, 1930, 3^{ème} éd., 848 pages ; t. 3, 1926, 3^{ème} éd., 519 pages ; t. 4, 1934-36, 3 vol.
- **JOURDAIN (P.)**, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, 175 pages.
- **LAFERRIERE (E.)**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ / EJA, 1989, 2 vol., t. 1, 670 pages ; t. 2, 675 pages.
- **LE TOURNEAU (P.)** (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2010, 1924 pages.
- **LOCHAK (D.)**, *La justice administrative*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1998, 156 pages.
- **LONG (M.)**, **WEIL (P.)**, **BRAIBANT (G.)**, **DELVOLVE (P.)** et **GENEVOIS (B.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2011, 1010 pages.
- **MATHIAS (E.)**, *La responsabilité pénale*, Gualino éditeur, 2005, 285 pages.

- **MELLERAY (F.)**, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2^{ème} éd., 2010, 400 pages.
- **MESTRE (J.)**, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985, 294 pages.
- **MERLE (R.)** et **VITU (A.)**, *Traité de droit criminel, procédure pénale*, CUJAS, 5^{ème} éd., 1997, 1180 pages.
- **MOLINIER (J.)** et **LOTARSKI (J.)**, *Droit du contentieux européen*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2009, 231 pages.
- **MOTULSKY (H.)**, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, 294 pages.
- **ODENT (R.)**, *Contentieux administratif*, Les cours du droit, 1981, 6 vol., 2245 pages.
- **PERROT (R.)**, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2006, 541 pages.
- **PLANTEY (A.)**, *La fonction publique. Traité général*, Litec, 2^{ème} éd., 2001, 826 pages.
- **RASSAT (M.-L.)**, **LEMOYNE DE FORGES (J.-M.)** et **LEMOYNE DE FORGES (P.)**, *Institutions administratives et juridictionnelles*, 2005, 390 pages.
- **RENOUT (H.)**, *Droit pénal général*, Paradigme, 15^{ème} éd., 2010, 400 pages.
- **RENUCCI (J.-F.)**, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2010, 487 pages.
- **RIVERO (J.)**, **WALINE (J.)**, *Droit administratif*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2006, 645 pages.
- **ROLAND (H.)** et **BOYER (L.)**, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, 1021 pages.
- **ROUGEVIN-BAVILLE (M.)**, *La responsabilité administrative*, Hachette, 1992, 159 pages.
- **ROUSSEAU (D.)**, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010, 592 pages.
- **ROYER (J.-P.)**, *Histoire de la justice en France*, PUF, 4^{ème} éd., 2010, 1312 pages.
- **TERRE (F.)**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, 656 pages.
- **THOMAS-TUAL (B.)**, *Droit de la fonction publique de l'Etat*, Ellipses, 2005, 182 pages.
- **SUDRE (F.)**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 10^{ème} éd., 2011, 848 pages.
- **SUEUR (P.)**, *Histoire du droit public français XV – XVIII siècles, Tome 2, Affirmation et crise de l'Etat sous l'Ancien régime*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, 601 pages.
- **VEDEL (G.)**, **DELVOLVE (P.)**, *Droit administratif*, PUF, 12^{ème} éd., 1992, t. 1, 416 pages ; t. 2, 802 pages.
- **VINCENT (J.)**, **GUINCHARD (S.)**, **MONTAGNIER (G.)** et **VARINARD (A.)**, *Institutions judiciaires : organisation, juridiction, gens de justice*, Dalloz, 2003, 7^{ème} éd., 877 pages.
- **VINCENT (J.)**, **GUINCHARD (S.)**, **MONTAGNIER (G.)** et **VARINARD (A.)**, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2007, 9^{ème} éd., 1086 pages.
- **VINEY (G.)**, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, 693 pages.
- **WALINE (M.)**, *Droit administratif*, Sirey, 9^{ème} éd., 1963, 934 pages.
- **WEBER (M.)**, *Sociologie du droit*, PUF, 2007.

II. Ouvrages spéciaux

- **ANDERSEN (R.)**, **LENOBLE (J.)**, *La crise du juge*, LGDJ, 1990, 171 pages.

- **ANGIBAUD (B.)**, *Le parquet*, PUF, 1999, 128 pages.
- **ARENDE (H.)**, *Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, 2^{ème} éd., 1997, 484 pages.
- **ARENDE (H.)**, *La crise de la culture*, Gallimard, 1989, 380 pages.
- **ARENDE (H.)**, *Juger*, Seuil, 2003, 288 pages.
- **ARNAUD (A.J.)**, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991, 304 pages.
- **ARNOULD (E.)** et **MONNIER (F.)**, *Le Conseil d'Etat, Juger, conseiller et servir*, Gallimard, 1999, 112 pages.
- **AVRIL (P.)**, *La création du droit par le juge*, Dalloz, 2006, 470 pages.
- **BADINTER (R.)** (dir.), *Une autre justice*, Fayard, 1989, 406 pages.
- **BANCAUD (A.)**, *La Haute magistrature, entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, LGDJ / Montchrestien, 1998, 301 pages.
- **BENHAMOU (Y.)**, *Les juges*, Flammarion, 2002, 125 pages.
- **BERGEL (J.-L.)** (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, 371 pages.
- **BODIGUEL (J.-L.)**, *Les magistrats, un corps sans âme ?*, PUF, 1991, 293 pages.
- **BOISSAVY (M.)** et **CLAY (T.)**, *Reconstruire la justice*, O. Jacob, 2006, 249 pages.
- **BOURETZ (P.)** (dir.), *La force du droit*, Esprit, 1991, 274 pages.
- **BOURRICAUD (F.)**, *Esquisse d'une théorie de l'autorité*, Plon, 1969, 422 pages.
- **BOYER CHAMMARD (G.)**, *Les magistrats*, PUF, 1985, 127 pages.
- **BREDIN (J.-D.)** et **SARDA (F.)**, *Le fléau de la balance*, L'Archipel, 2005, 408 pages.
- **CANIVET (G.)** et **JOLY-HURARD (J.)**, *La déontologie des magistrats*, Dalloz, 2003, 137 pages.
- **CANIVET (G.)** et **JOLY-HURARD (J.)**, *La discipline des juges*, Litec, 2007, 220 pages.
- **CAPPELLETTI (M.)**, *Le pouvoir des juges*, Economica, 1990, 402 pages.
- **CHAPUS (R.)**, *L'administration et son juge*, PUF, 1999, 426 pages.
- **CHARLIER (R.-E.)**, *L'Etat et son droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, 1984, 456 pages.
- **CHARTIER (Y.)**, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1996, 129 pages.
- **CHAUVAUD (F.)**, *Le juge, le tribun et le comptable*, Economica, 1995, 413 pages.
- **CHAUVAUD (F.)** (dir.), *Le sanglot judiciaire : la désacralisation de la justice, VIIe-XXe siècle*, Créaphis, 2006, 164 pages.
- **CHAZAL (J.)**, *Les magistrats*, Grasset, 1978, 307 pages.
- **CHEVALLIER (J.)**, *L'Etat de Droit*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2010, 158 pages.
- **COHEN-TANUGI (L.)**, *Le Droit sans l'Etat*, PUF, 2007, 273 pages.
- **COHEN-TANUGI (L.)**, *Les métamorphoses de la démocratie*, Gallimard, 1993, 244 pages.
- **COLSON (R.)**, *La fonction de juger*, Presses universitaires de Clermont-Ferrand, 2006, 350 pages.
- **COULON (J.-M.)** et **SOULEZ-LARIVIERE (D.)**, *La justice à l'épreuve*, O. Jacob, 2002, 335 pages.
- **CUBERTAFOND (B.)**, *La création du droit*, Ellipses, 1999, 125 pages.
- **DE BECHILLON (D.)**, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, O. Jacob, 1997, 302 pages.
- **DE TOCQUEVILLE (A.)**, *De la démocratie en Amérique*, Garnier/Flammarion, 1999, 569 pages.
- **DE VALICOURT (E.)**, *L'erreur judiciaire*, L'Harmattan, 2006, 490 pages.
- **DELALOY (G.)**, *Le pouvoir judiciaire*, PUF, 2005, 64 pages.

- **DELMAS-MARTY (M.)**, *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 1986, 332 pages.
- **DELMAS-MARTY (M.)**, *Pour un droit commun*, Le Seuil, 1994, 306 pages.
- **DURAND-BARTHEZ (P.)**, *Histoire des structures du ministère de la justice. 1789-1945*, PUF, 1973, 79 pages.
- **DWORKIN (R.)**, *L'empire du droit*, PUF, 1994, 480 pages.
- **ENGUELEGUELE (S.)**, *La justice en jeu*, L'Harmattan, 2001, 243 pages.
- **ETCHEGOYEN (A.)**, *La valse des éthiques*, Pocket, 1998, 244 pages.
- **EWALD (F.)**, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, 608 pages.
- **FALQUE (E.)**, *Les juges et la sanction ou l'analyse d'une crise*, Ed. Anthropos, 1980, 322 pages.
- **FRIEDBERG (E.)**, *Le pouvoir et la règle : dynamique de l'action organisée*, Le Seuil, 1998.
- **GALETTI (F.)**, *Le juge pénal, nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus ? Une manifestation d'un droit administratif en mutation*, Paris, L'Harmattan, 2000, 175 pages.
- **GARAPON (A.)**, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, O. Jacob, 1997, 355 pages.
- **GARAPON (A.)**, *Le gardien des promesses, le juge et la démocratie*, O. Jacob, 1996, 281 pages.
- **GARAPON (A.) et ALLARD (J.)**, *Les juges et la mondialisation*, Le Seuil, 2005, 95 pages.
- **GARAPON (A.) et BREYER (S.)**, *Pour une démocratie active*, O. Jacob, 2007, 229 pages.
- **GARAPON (A.) et SALAS (D.)**, *La République pénalisée*, Hachette, 1996, 140 pages.
- **GAUCHET (M.)**, *La condition politique*, Gallimard, 2005, 557 pages.
- **GAUCHET (M.)**, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, 2002, 385 pages.
- **GAUCHET (M.)**, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Gallimard, 1995.
- **GHIRARDI (O. A.)**, *Le raisonnement judiciaire*, Editions Bière, 1999, 164 pages.
- **GOUR (O.)**, *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif*, 1960.
- **GREILSAMER (L.) et SCHNEIDERMAN (D.)**, *Les juges parlent*, Fayard, 1992, 573 pages.
- **GROTRIAN (A.)**, *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 1994, 90 pages.
- **GUARNIERI (C.) et PEDERZOLI (P.) et GARAPON (A.)**, *La puissance de juger*, Michalon, 1996, 208 pages.
- **GUIGOU (E.) (dir.)**, *Le service public de la justice*, O. Jacob, 1998, 195 pages.
- **GUILLERMET (C.-J.)**, *La motivation des décisions de justice*, L'Harmattan, 2006, 106 pages.
- **HABERMAS (J.)**, *De l'éthique de la discussion*, Flammarion, 1999, 202 pages.
- **HAENEL (H.)**, **ARTHUIS (J.)**, **BREDIN (J.)**, *Justice sinistrée, démocratie en danger*, Economica 1991, 132 pages.
- **HAENEL (H.) et FRISON-ROCHE (M.-A.)**, *Le juge et le politique*, PUF, 1998, 265 pages.
- **HAMON (F.)**, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'une contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987, 300 pages.

- **HENRION DE PANSEY**, *De l'autorité judiciaire en France*, Ed. Barrois, 1818, 587 pages.
- **HILAIRE** (J.), *Histoire des institutions judiciaires*, Litec, 1994, 167 pages.
- **HOBBS** (T.), *Le Léviathan*, Sirey, 1971, 780 pages.
- **HUFTEAU** (Y.L.), *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, 158 pages.
- **JACOB** (R.), *Le serment. I. Rites et fonctions*, R. Verdier éd. 1991.
- **KELSEN** (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1977, Traduction française par Charles Eisenmann, 496 pages.
- **KERBAOL** (G.), *La responsabilité des magistrats*, PUF, 2006, 55 pages.
- **KRIEGEL** (B.), *Etat de Droit ou Empire ?*, Bayard, 2002, 233 pages.
- **KYMLICKA** (W.), *Les théories de la justice, une introduction*, La Découverte, 1999, 362 pages.
- **LACROIX** (A.) et **LETOURNEAU** (A.), *Méthodes et intervention en éthique appliquée*, Fides, 2000.
- **LAMBERT** (E.), *Le gouvernement de juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Dalloz, 2004, 276 pages.
- **LECOURT** (R.), *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 321 pages.
- **LEGENDRE** (P.), *Les enfants du texte*, Fayard, 1993, 469 pages.
- **LENOBLE** (J.), *La crise du juge*, Bruylant / LGDJ, 1998, 171 pages.
- **LEVY-BRUHL** (H.), *La preuve judiciaire*, Rivière, 1964.
- **LIPOVETSKY** (G.), *Le crépuscule du devoir. L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Paris, Gallimard, 2000, 366 pages.
- **MACINTYRE** (A.), *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, PUF, 1993.
- **MAILLARD DE** (J.) et **MAILLARD DE** (C.), *La responsabilité juridique*, Flammarion, 1999, 127 pages.
- **MALRAUX** (A.), *Les Conquérants in Œuvres complètes*, I, Gallimard, 2003, 1433 pages.
- **MATRAY** (C.), *Le chagrin des juges*, Complexe, 1999, 161 pages.
- **MASSON** (G.), *Les juges et le pouvoir*, Syros, 1977, 495 pages.
- **MATHIEU** (B.), **VERPEAUX** (M.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Congrès Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14, 15 et 16 juin 1996, Economica, 1998, 204 pages.
- **MAILLE** (M.), *L'Etat du droit*, PUG / François Maspero, 1978, 267 pages.
- **MOLFESSIS** (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, 246 pages.
- **MORET-BAILLY** (J.), *Les déontologies*, PUAM, 2001, 539 pages.
- **MORET-BAILLY** (J.) et **TRUCHET** (D.), *Déontologie des juristes*, PUF, 2010, 256 pages.
- **NEUBERG** (M.), *La responsabilité*, PUF, 1997, 286 pages.
- **OST** (F.), *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007, 206 pages.
- **OULD-BOUBOUTT** (A.-S.), *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica-PUAM, 1987, 590 pages.
- **PERELMAN** (C.) et **FORIERS** (P.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978.
- **PRAIRAT** (E.), *Sanction et socialisation : idées, résultats et problèmes*, PUF, 2001, 219 pages.

- **QUILLERE-MAJZOUB (F.)**, *La défense du droit à un procès équitable*, Bruylant, 1999, 319 pages.
- **RASSAT (M.-L.)**, *La justice en France*, PUF, 2007, 127 pages.
- **REDOR (J.-M.)**, *De l'Etat légal à l'Etat de Droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica / PUAM, 1992, 389 pages.
- **RIALS (S.)**, *La fonction de juger*, PUF, 1989, 190 pages.
- **RICOEUR (P.)**, *Le juste, la justice et son échec*, L'Herne, 2006, 76 pages.
- **RICOEUR (P.)**, *Le temps de la responsabilité. Entretiens sur l'éthique*, Pötschke, 1990.
- **RIDEAU (J.)**, *De la communauté de droit à l'Union de droit : continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, 515 pages.
- **RIGAUX (F.)**, *La loi des juges*, O. Jacob, 1997, 319 pages.
- **ROMANO (S.)**, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002, 174 pages.
- **ROSANVALLON (P.)**, *La crise de l'Etat-providence*, Le Seuil, 1992, 183 pages.
- **ROSANVALLON (P.)**, *La démocratie inachevée, histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, 2000, 440 pages.
- **ROSANVALLON (P.)**, *La légitimité démocratique*, Le Seuil, 2008, 367 pages.
- **ROUSSEAU (J.-J.)**, *Du contrat social*, Flammarion, 2006, 256 pages.
- **ROUSSELET (M.)**, *Histoire de la magistrature française*, Plon, 1957.
- **ROUSSELET (M.)**, *Les cas de conscience du magistrat*, Perrin, 1967, 411 pages.
- **SALAS (D.)**, *La justice, révolution démocratique*, Desclée de Brouwer, 2001, 235 pages.
- **SALAS (D.)**, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005, 286 pages.
- **SALAS (D.)**, *Le tiers pouvoir, vers une autre justice*, Hachette, 2000, 323 pages.
- **SARTRE (J.-P.)**, *L'être et le néant*, Gallimard, 1976, 675 pages.
- **SCHNAPPER (D.)**, *La démocratie providentielle*, Gallimard, 2002, 325 pages.
- **TIMSIT (G.)**, *Gouverner ou juger, les blasons de la légalité*, PUF, 1998, 126 pages.
- **TIMSIT (G.)**, *L'archipel de la norme*, PUF, 1997, 264 pages.
- **TIMSIT (G.)**, *Les figures du jugement*, PUF, 1993, 204 pages.
- **TIMSIT (G.)**, *Les noms de la loi*, PUF, 1991, 199 pages.
- **TERQUEM (F.)**, *Le coup d'Etat judiciaire*, Ramsay, 1998, 215 pages.
- **TROPER (M.)**, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, 334 pages.
- **TROPER (M.)**, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, PUL, 2006, 52 pages.
- **TROPER (M.)**, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 358 pages.
- **TRUCHE (P.)**, *Juger et être jugé, le magistrat face à lui-même et aux autres*, Fayard, 2001, 191 pages.
- **TUFFERY-ANDRIEU (J.-M.)**, *La discipline des juges : les Mercuriales de d'Aguesseau*, LGDJ, 2007, 194 pages.
- **VAN DER KERCHOVE (M.)**, *Actualité de la pensée de J. BENTHAM*, Publication des Facultés universitaires de St Louis, 1987, 740 pages.
- **VERDIER (R.) (dir.)**, *Le serment. 1. Rites et fonctions*, Ed. du CNRS, 1991, 457 pages.
- **VERDIER (R.) (dir.)**, *Le serment. 1. Théories et devenir*, Ed. du CNRS, 1991, 457 pages.
- **WEBER (M.)**, *Economie et société*, Pocket, 1995, 410 pages.

III. Avis, rapports, études et actes de colloques

- **Académie des sciences morales et politiques, Centre de recherches en théorie générale du droit et Association française de philosophie du droit**, *L'erreur*, Colloque, Institut de France, Paris, 25 et 26 octobre 2006, PUF, 2007, 312 pages.
- **ALLAND (D.) (dir.) et RIALS (S.) (dir.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga / Lamy-PUF, 2003, 1640 pages.
- **Archives de philosophie du droit**, *La création du droit par le juge*, t. 50, Dalloz, 2006, 470 pages.
- **Archives de philosophie du droit**, *La jurisprudence*, t. 30, Sirey, 1985, 444 pages.
- **Archives de philosophie du droit**, *La responsabilité*, t. 22, Sirey, 1977, 320 pages.
- **Archives de philosophie du droit**, *Sources du droit*, t. 27, Sirey, 1982, 536 pages.
- **Assemblée nationale**, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, n° 3125, 6 juin 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-eng/r3125.asp>.
- **Assemblée nationale**, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique, adopté par le Sénat, relatif au statut des magistrats*, n° 2857, 16 janvier 2001, <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r2857.asp>.
- **Association française pour l'histoire de la justice**, *Juger les juges : du Moyen-Age au Conseil supérieur de la magistrature*, Colloque 1998, Paris, La Documentation française, 2000, 296 pages.
- **Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français**, *L'indépendance de la justice*, Dakar, 7 et 8 novembre 2007, 229 pages.
- **BLONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.) (dir.)**, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de l'Université Paris-Sorbonne, 2001, 373 pages.
- **CADIET (L.) (dir.) et RICHER (L.) (dir.)**, *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, 2003, 288 pages.
- **CARBASSE (J.-M.) et DEPAMBOUR-TARRIDE (L.) (dir.)**, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 2000, 343 pages.
- **Centre d'études et de recherche sur l'administration publique**, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, Colloque 11 et 12 mai 1990, Paris, Economica, 1991, 259 pages.
- **Centre européen pour l'histoire de la justice contemporaine**, *Devenir juge, pourquoi, comment ?*, GIP Mission de recherche « Droit et Justice », 2006, 348 pages.
- **Centre universitaire de recherches administratives et politiques**, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, 321 pages.
- **Conseil d'Etat**, *Etudes sur les organismes à caractère juridictionnel*, Imprimerie nationale, 1975, 167 pages.
- **Conseil d'Etat**, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La Documentation française, 1995, 197 pages.
- **Conseil d'Etat**, *Responsabilité et socialisation du risque*, *Rapport d'activités 2004*, La documentation française, 2005, 400 pages.
- **Conseil d'Etat**, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *Rapport d'activités 2005*, La documentation française, 2006, 416 pages.
- **Conseil supérieur de la magistrature**, « *Avis du 20 mai 2005 sur les propositions du rapport final de la commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature* », <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/111>;

- **Conseil supérieur de la magistrature**, « *Contribution à la réflexion sur la déontologie* », Avis du 23 novembre 2003, <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/110>.
- **Conseil supérieur de la magistrature**, *Rapports annuels d'activités*, <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapports-annuels-d-activite>
- **Conseil supérieur de la magistrature**, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010, 67 pages.
- **CORNU (G.) (dir.)**, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, 986 pages.
- **Cour de cassation**, *La responsabilité, Rapport d'activités 2002*, La documentation française, 2003, 731 pages.
- **Cour de cassation**, *La vérité, Rapport d'activités 2004*, La documentation française, 2005, 430 pages, http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport_annuel_2004_couverture.pdf
- **Cour de cassation**, *L'égalité, Rapport d'activités 2003*, La documentation française, 2004, 636 pages, http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_2003_optimise.pdf
- **Cour de cassation**, *Les libertés, Rapport d'activités 2001*, La documentation française, 2002, 698 pages.
- **DE BECHILLON (D.), BRUNET (P.), CHAMPEIL-DESPLATS V.) et MILLARD (E.) (dir.)**, *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, 1028 pages.
- **DEGUERGUE (M.) (dir.)**, *Justice et responsabilité de l'Etat*, PUF 2003, 448 pages.
- **DELMAS-MARTY (M.) (dir.)**, *Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne*, PUF, 1992, 320 pages.
- **Ecole nationale de la magistrature**, *Etre magistrat dans la cité, entre attentes légitimes et tentations démagogiques*, *Les cahiers de la justice*, 2007, n° 2, 297 pages.
- **Ecole nationale de la magistrature**, *La responsabilité du juge*, Colloque Bordeaux 25 et 26 mars 1999.
- **Ecole nationale de la magistrature**, *Les nouveaux concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature*, http://www.enm.justice.fr/uses/lib/5784/nouveaux_concours_acces_ENM.pdf.
- **Ecole nationale de la magistrature**, *Programme pédagogique*, http://www.enm.justice.fr/uses/lib/5762/pp_2010.pdf.
- **Ecole nationale de la magistrature**, *Repenser l'école pour préparer la justice de demain*, http://www.enm.justice.fr/uses/lib/5757/ENM_reforme_2009.pdf.
- **GABORIAU (S.) et PAULIAT (H.) (dir.)**, *L'éthique des gens de justice*, PULIM, 2001, 228 pages.
- **GARAPON (A.) (dir.)**, *Les juges, un pouvoir irresponsable ?*, Nicolas Philippe, 2003, 235 pages.
- **Institut d'études sur la justice**, *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruylant, 2008, 244 pages.
- **Institut de Sciences criminelles et de Criminologie d'Aix-en-Provence**, *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Colloque 5 et 6 mai 2000, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, 244 pages.
- **JACOB (R.) (dir.)**, *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, LGDJ / Montchrestien, 1998, 419 pages.
- **LECOURT (D.) (dir.)**, *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, PUF, 2006, 4^{ème} éd., 1195 pages.

- **Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice**, *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Bruylant, 2007, 244 pages.
- **LOCHAK (D.)** (dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2006, 250 pages.
- *Rapport de la commission de réflexion sur la justice*, Collection des rapports officiels, La Documentation française, 1997.
- *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République*, <http://www.comite-constitutionnel.fr/actualites/?mode=details&id=48>.
- **RENOUX (T. S.)** (dir.), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, La documentation française, 1999, 319 pages.
- **ROBERT (P.)** et **COTTINO (A.)** (dir.), *Les mutations de la justice. Comparaisons européennes*, L'Harmattan, 2003, 286 pages.
- **SALAS (D.)** (dir.) et **EPINEUSE (H.)** (dir.), *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, Dalloz, 2003, 218 pages.
- **Sénat**, *Le régime disciplinaire des magistrats du siège*, Documents de travail du Sénat, n° LC 131, janvier 2004, <http://www.senat.fr/lc/lc131/lc131.pdf>.
- **SUDRE (F.)** (dir.), *Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 5^{ème} éd., 2009, 854 pages.
- **Université de Strasbourg / Cour de cassation**, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruxelles, Bruylant, 1996, 200 pages.
- **VACQUIN (M.)** (dir.), *La responsabilité*, Autrement, 2002, 287 pages.
- *La loi*, Pouvoirs 2005, n° 114, Le Seuil, 2005, 208 pages, <http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs114.pdf>
- *Les juges*, Pouvoirs 1995, n° 74, Le Seuil, 1995, 238 pages, <http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs74.pdf>

IV. Thèses

- **AMBRA d' (D.)**, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, thèse Strasbourg, LGDJ, 1994, 339 pages.
- **ARDANT (P.)**, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, thèse Paris, LGDJ, 1956, 291 pages.
- **BELAID (S.)**, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, thèse Paris, LGDJ, 1974, 360 pages.
- **BIGOT (G.)**, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration : vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, thèse Rennes, LGDJ, 1999, 516 pages.
- **BONIN (B.)**, *La discipline des magistrats*, thèse Toulouse, 1981, 368 pages.
- **BONNARD (M.)**, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, thèse Bordeaux, 1903, 164 pages.
- **BOUTY (C.)**, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, thèse Aix-Marseille 3, PUAM, 2008, 528 pages.
- **BRETTON (P.)**, *L'autorité judiciaire, gardienne des libertés essentielles*, thèse Poitiers, LGDJ, 1964, 293 pages.

- **CHAPUS (R.)**, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse Paris, LGDJ, 1957, 617 pages.
- **CHEVALLIER (J.)**, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, thèse Paris, LGDJ, 1970, 319 pages.
- **COT (P.)**, *La responsabilité civile des fonctionnaires publics*, thèse Paris, 1922, 334 pages.
- **DEGUERGUE (M.)**, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, thèse Paris 1, LGDJ, 1994, 884 pages.
- **DELFONT (J.)**, *Responsabilité pénale et fonction politique*, thèse Paris 3, LGDJ, 2006, 312 pages.
- **DELPÉREE (F.)**, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, thèse Paris, LGDJ, 1969, 250 pages.
- **DIVANACH (Y.)**, *La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français*, thèse Poitiers, Imprimeries réunies de Rennes, 1935, 360 pages.
- **DRAN (M.)**, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, thèse Montpellier, LGDJ, 1968, 655 pages.
- **FAVOREU (L.)**, *Du déni de justice en droit public français*, thèse Paris, 1964, 583 pages.
- **FINES (F.)**, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne ; de la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, thèse Bordeaux I, LGDJ, 1998, 501 pages.
- **FOYER (J.)**, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse Paris, 1954, 360 pages.
- **GUIBAL (M.)**, *L'ordre professionnel*, thèse Montpellier, 1970, 303 pages.
- **GUILLIEN (R.)**, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, thèse Bordeaux, 1931, 476 pages.
- **HOURQUEBIE (F.)**, *Sur l'émergence d'un contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse Bordeaux 4, Bruylant, 2004, 678 pages.
- **JOSSERAND (S.)**, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, thèse Grenoble 2, LGDJ, 1998, 651 pages.
- **KERNALEGUEN (F.)**, *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse Rennes, 1979, 561 pages.
- **MABILEAU (A.)**, *De la distinction des actes administratifs et des actes juridictionnels*, thèse Paris, 1943, 284 pages.
- **MAESTRE (J.-C.)**, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, thèse Alger, LGDJ, 1962, 354 pages.
- **MARTY (C.)**, *Répression pénale et répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, thèse Paris, 1947, 250 pages.
- **MORILLOT (A.)**, *La Cour de cassation, Conseil supérieur de la magistrature*, thèse Toulouse, 1910, 152 pages.
- **NEZARD (H.)**, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse Paris, 1903, 427 pages.
- **RENOUX (T.)**, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, thèse Aix-Marseille, Economica / PUAM, 1984, 606 pages.

- **RICOL (J.)**, *Les tendances du droit disciplinaire : droit disciplinaire et droit pénal*, thèse Toulouse, 1908, 167 pages.
- **ROETS (D.)**, *Impartialité et justice pénale*, thèse Poitiers, Cujas, 1997, 494 pages.
- **ROLAND (H.)**, *Chose jugée et tierce opposition*, thèse Lyon, LGDJ, 1958, 507 pages.
- **TIMSIT (G.)**, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit français*, LGDJ, 1963, 329 pages.
- **TOURNIER (C.)**, *L'intime conviction du juge*, thèse Toulon, PUAM, 2003, 451 pages.
- **TROPER (M.)**, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, thèse Paris, LGDJ, 1980, 251 pages.
- **VENEZIA (J.-C.)**, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse Paris, LGDJ, 1959, 176 pages.
- **WEISSE-MARCHAL (C.)**, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, thèse Metz, 1996, 446 pages.

V. Articles de doctrine

- **ABRAHAM (R.)**, « *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français* », RFDA 1990, p. 1055.
- **ABRAHAM (R.)**, « *Les magistrats des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel* », RFDA 1988, p. 47.
- **ADER (H.)**, « *L'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme en matière disciplinaire* », in *Mélanges Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 94.
- **ALBERTON (G.)**, « *L'applicabilité des normes communautaires en droit interne* », RFDA 2002, p. 1.
- **ALBERTON (G.)**, « *Le législateur français transgressant le droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable ?* », AJDA 2006, p. 2155.
- **AGUILA (Y.)**, « *Sur l'art de juger* », Lettre de la mission droit et justice, 2007, n° 24, p.1.
- **AMSELEK**, « *Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle* », RDP 1965, p. 801.
- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, « *Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme 1995-1996 : l'adaptation progressive au droit européen des droits de l'homme* », RFDA 1997, p. 1246.
- **ARTUR**, « *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer* », RDP 1902, p. 415.
- **ATTIAS (C.)**, « *L'erreur grossière du juge* », D. 1998, p. 280.
- **AUBIN (E.)**, « *L'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au droit disciplinaire* », AJFP 2000, p. 5.
- **AUBY (J.-M.)**, « *Autorités administratives et autorités juridictionnelles* », AJDA 1995, n° spécial, p. 91.
- **AUBY (J.-M.)**, « *La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire* », AJDA 1973, p. 4.
- **AUTIN (J.-L.) et SUDRE (F.)**, « *Juridiquement fragile, stratégiquement correct* », RFDA 2001, p. 1000.
- **AUTIN (J.-L.) et SUDRE (F.)**, « *La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat e question devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Procola contre Luxembourg du 28 septembre 1995* », RFDA 1996, p. 783.

- **AUVRET-FINCK** (J.), « *Réflexion sur la revalorisation de la fonction contentieuse du juge administratif* », LPA 1987 n° 64, p. 14.
- **AVRIL** (P.), « *A propos de la réforme avortée du Conseil supérieur de la magistrature* », in *Mélanges Pactet*, Dalloz 2003, p. 473.
- **AVRIL** (P.), « *Les conventions de la Constitution* », RFDC 1993, n° 14, p. 327.
- **AVRIL** (P.), « *Pouvoir et responsabilité* », in *Mélanges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 11.
- **BAILLEUL** (D.), « *Le juge administratif et la conventionalité de la loi : vers une remise en question de la jurisprudence Nicolo ?* », RFDA 2003, p. 876.
- **BANDRAC** (M.), « *De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 171.
- **BARAK** (A.), « *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie* », RFDC 2006, p. 227.
- **BARAV** (A.), « *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire* » in *Mélanges Boulouis*, Dalloz, 1991, 556 pages, p. 1.
- **BATJOM** (B.), « *Le contentieux administratif face à l'article 6§1 de la CEDH* », LPA 1995, n° 36, p. 11.
- **BAZEX** (M.), « *L'implosion du dualisme de juridiction* », Pouvoirs 1988, n° 46, p. 350.
- **BEAUD** (O.), « *La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants* », Pouvoirs 2000, n° 92, p. 17.
- **BEAUD** (O.), « *L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République, un constat critique* », Esprit, 2002, p. 108.
- **BEAUD** (O.), « *Michel Troper et la séparation des pouvoirs* », Droits 2003, n° 37, p. 149.
- **BECET** (J.-M.), « *L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration* » in *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 165.
- **BEIGNIER** (B.), « *Les arrêts de règlement* », Droits 1989, n° 9, p. 45.
- **BEIGNIER** (B.) et **BLERY** (C.), « *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité* », D. 2001, p. 2427.
- **BELORGEY** (J.-M.), « *L'Etat, entre transparence et secret* », Pouvoirs 2001, n° 97, p. 25.
- **BENABENT** (A.) et **GRIMALDI** (M.), « *Ecole-Palais : chacun chez soi ?* », D. 2007, p. 382.
- **BENHAMOU** (Y.), « *Brèves réflexions sur la statut des juges face à la mondialisation : contribution à l'intelligence critique de la globalisation* », D. 2003, p. 366.
- **BENHAMOU** (Y.), « *La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs* », D. 2007, p. 589.
- **BENHAMOU** (Y.), « *Le retour en grâce des juges* », Gaz. Pal. 1997, p. 1686.
- **BERGEL** (J.-L.), « *« La loi du juge » : dialogue ou duel ?* », in *Mélanges Kayser*, PUAM, 1979, t. 1, p. 21.
- **BERGER** (V.), **LABAYLE** (H.) et **SUDRE** (F.), « *Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme* », RFDA 1991, p. 101 et p. 843.
- **BERTRAND** (D.), « *Fonction publique. Régime disciplinaire* », Jcl Adm., fasc. 183, 1995.
- **BESSON** (A.), « *Le Conseil supérieur de la magistrature* », D. 1960, p. 1.
- **BIDEGARAY** (C.), « *Le principe de responsabilité, fondement de la démocratie* », Pouvoirs 2000, n° 92, p. 5.
- **BLONDEL** (P.), « *Le fait, source de droit* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 203.

- **BODIGUEL (J.-L.)**, « *Qui sont les magistrats français ? Esquisse d'une sociologie* », Pouvoirs 1981, n° 16, p. 31.
- **BOIGEOL (A.)**, « *Les transformations des modalités d'entrée dans la magistrature : de la nécessité sociale aux vertus professionnelles* », Pouvoirs 1995, n° 74, p. 27.
- **BOLARD (G.)**, « *De la responsabilité pénale du juge* », JCP 2005.I.190.
- **BOLARD (G.)**, « *L'arbitraire du juge* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 225.
- **BOLARD (G.)** et **GUINCHARD (S.)**, « *Le juge dans la cité* », JCP 2002.I.137.
- **BONICHOT (J.-C.)** et **ABRAHAM (R.)**, « *Le commissaire du gouvernement dans la fonction administrative et la Convention européenne des droits de l'homme* », JCP 1998.I.176.
- **BONNARD (R.)**, « *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle* », in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 3.
- **BONNEFOY (J.-L.)**, « *Le juge administratif, juge de la situation du magistrat judiciaire* », JCP 1978.I.2898.
- **BOTELLA (A.-S.)**, « *De la responsabilité du juge national* », RTDE 2004, p. 283.
- **BOULOC (B.)**, « *La durée des procédures, un délai enfin raisonnable* », RSC 2001, p. 55.
- **BOULOUIS (J.)**, « *Supprimer le droit administratif ?* », Pouvoirs 1988, n° 46, p. 7.
- **BRECHON-MOULENES (C.)**, « *L'impossible définition du CSM* », RDP 1973, p. 599.
- **BREDIN (J.-D.)**, « *La responsabilité des juges* », www.asmp.fr.
- **BREDIN (J.-D.)**, « *Qu'est-ce que l'indépendance du juge ?* », Justices 1996, n° 3, p. 161.
- **BREDIN (J.-D.)**, « *Secret, transparence et démocratie* », Pouvoirs, 2001, p. 5.
- **BREDIN (J.-D.)**, « *Un gouvernement des juges ?* », Pouvoirs 1994, p. 81.
- **BUFFELAN-LANORE (J.-P.)**, « *De l'indépendance de la magistrature* », LPA 1993, n° 70, p. 9.
- **BURDEAU (F.)**, « *Les crises du principe de dualité de juridictions* », RFDA 1990, n° spécial, p. 724.
- **BURGELIN (J.-F.)**, « *L'erreur judiciaire* », in *Mélanges Buffet*, Petites Affiches, 2001, p. 89.
- **BURGELIN (J.-F.)**, « *L'eupéanisation de la justice* », Les annonces de la Seine, Lundi 3 janvier 2003, n° 2, p. 2.
- **BURGELIN (J.-F.)**, « *Une justice à reconstruire* », RDP 2002, p. 117.
- **BURGELIN (J.-F.)**, « *La paille et la poutre* », D. 2004, p. 249.
- **BUSSY (F.)**, « *L'erreur judiciaire* », D. 2005, p. 2552.
- **CADIET (L.)**, « *Droit judiciaire privé, de la responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice* », JCP 1992.I.3587.
- **CADIET (L.)**, « *L'équité dans l'office du juge civil* », Justices 1998, n° 9, n° spécial, p. 104.
- **CADIET (L.)**, « *Le spectre de la société contentieuse* », in *Mélanges Cornu*, PUF, 1997, p. 27.
- **CADIET (L.)** et **GUINCHARD (S.)**, « *Les nouvelles dimensions de la justice pénale* », Justices 1998, n° 10, n° spécial p. 7.
- **CADIET (L.)**, « *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 495.
- **CADIET (L.)** et **GUINCHARD (S.)**, « *La justice à l'épreuve des pouvoirs, les pouvoirs à l'épreuve de la justice* », Justices 1996, n° 3, p. 1.

- **CANIVET (G.)**, « *Du principe d'efficience en droit judiciaire privé* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 243.
- **CANIVET (G.)**, « *La conception française de la déontologie des magistrats* », Esprit 2003, novembre, p. 5.
- **CANIVET (G.)**, « *La justice des années 2000 devra s'adapter aux attentes de la société* », JCP 2000.I.192.
- **CANIVET (G.)**, « *La question de la responsabilité des juges en France* », www.courdecassation.fr/
- **CANIVET (G.)**, « *Le droit communautaire et l'office du juge national* », Droit et Société 1992, n° 20-21, p.141.
- **CANIVET (G.)** et **BETOULLE (J.)**, « *Magistrat* », Répertoire Dalloz de procédure civile, 2005.
- **CARCASSONNE (G.)**, « *Le trouble de la transparence* », Pouvoirs 2001, p. 17.
- **CARCASSONNE (G.)**, « *Société de droit contre Etat de Droit* », in *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 37.
- **CASSIA (P.)** et **SAULNIER (E.)**, « *Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme* », AJDA 1997, p. 411.
- **CATALA (P.)**, « *A propos de l'ordre public* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 511.
- **CAYLA (O.)**, « *Les deux figures du juge* », Le Débat 1993, n° 74, p. 172.
- **CHAMPAUD (C.)**, « *Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la jurisdictio* », in *Mélanges Béguin*, Litec 2005, p. 68.
- **CHAPUS (R.)**, « *Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique* », RFDA 1990, n° spécial p. 739 et in *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 187.
- **CHAPUS (R.)**, « *Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative* », in *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265 et in *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 244.
- **CHARLIER (J.)**, « *Le juge et le service* », in *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, p. 323.
- **CHAUMONT (C.)**, « *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel* », RDP 1942, p. 93.
- **CHEVALLIER (J.)**, « *Droit, ordre, institution* », Droits 1989, n° 10, p. 19.
- **CHEVALLIER (J.)**, « *Du principe de séparation au principe de dualité* », RFDA 1990, n° spécial, p. 712.
- **CHEVALLIER (J.)**, « *Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle* », in : *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ 1974, p. 275.
- **CHEVALLIER (J.)**, « *Réflexions sur l'arrêt Cadot* », Droits 1989, n° 9, p. 79.
- **CHEVALLIER (J.)**, « *Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique* », RDP 1998, p. 674.
- **CHOLET (D.)**, « *Responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle : la réforme nécessaire* », D. 2005, p. 2540.
- **CLAY (T.)**, « *La faute du magistrat* », D. 2001, p. 2420.
- **COHEN (D.)**, « *Le droit à...* », in *Mélanges Terré*, PUF 1999, p. 393.
- **COMBARNOUS (M.)**, « *Des progrès récents du contrôle juridictionnel de l'administration en France* », RA 1999, n° spécial, p. 171.
- **COMMAILLE (J.)**, « *La sociologie et les sens du droit* », Droits 1989, n° 10, p. 23.
- **COMMAILLE (J.)**, « *L'ordre juridique comme désordre politique* », Pouvoirs 2000, n° 94, p. 75.
- **COMMARET (D. N.)**, « *A propos de la loi n° 95-884 du 3 août 1995 ou réflexions sur l'honneur du magistrat* », D. 1996, p. 197.

- **COMMARET** (D. N.), « *Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la Magistrature* » in Association française pour l'histoire de la justice, *Juger les juges, du Moyen-Age au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Colloque, 1998, Paris, La documentation française, 2000, p. 201.
- **COMMARET** (D.N.), « *Une justice distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat* », D. 1998, p. 262.
- **COSTA** (J.-L.), « *Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France* », RFSP 1960, p. 267.
- **COSTA** (J.-P.), « *Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par la Cour européenne des droits de l'homme* », AJDA 2001, p. 514.
- **COTTA** (S.), « *La question de la vérité du jugement* », in *Mélanges Terré*, PUF, 1999, p. 37.
- **COULIBAY** (A.), « *Organisation et fonctionnement du service public de la justice* », Jcl Adm., fasc. 1052.
- **COULON** et **GRUMBACH**, « *L'égalité devant la justice* », Justices 1999, p. 83.
- **COURTIAL** (J.), « *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ?* », AJDA 2004, p. 423.
- **COUTANT** (P.), « *La responsabilité pécuniaire des agents de l'Etat pour faute personnelle* », RA 1970, p. 293.
- **COUZINET** (J.-P.), « *La notion de faute lourde administrative* », RDP 1977, p. 283.
- **DALLE** (H.), « *Le recrutement et la formation des magistrats : une question de légitimité* », RFDA 1991, n° 57.
- **DALEAU** (J.), « *Justice : trois textes avant les élections* », D. 2006, p. 2622.
- **DARCY** (G.), « *Le théoricien et le droit* » in *Mélanges Troper*, Economica, 2006, p. 341.
- **DAVID** (T.-M.), « *Participation du rapporteur au délibéré et principe d'impartialité de l'article 6-1 de la CEDH : les évolutions de la jurisprudence française* », LPA 2001, n° 60, p. 8.
- **DE BECHILLON** (D.), « *De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)*, RFDA 1998, p. 226.
- **DE BECHILLON** (D.), « *Le gouvernement des juges, une question à dissoudre* », D. 2002, p. 973.
- **DE CORAIL** (J.-L.), « *Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi, observations et thèmes de réflexion* », in *Mélanges Pactet*, Dalloz 2003, p. 593.
- **DE GOUTTES** (R.), « *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge* » in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme*, Engel, 1994, p. 149.
- **DE GOUTTES** (R.), « *L'impartialité du juge : connaître, traiter et juger, quelle compatibilité ?* », RSC 2003, p. 63.
- **DEBBASCH** (C.), « *Le corporatisme judiciaire, mythe ou réalité* », in *Mélanges Decocq*, Litec 2004, p. 169.
- **DEBBASCH** (C.), « *Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ?* », in *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 127.
- **DEBBASCH** (C.), « *Le juge administratif et le juge judiciaire : vers un prochain passage de la timidité à l'audace* », D. 1962, p. 275.
- **DEBBASCH** (C.), « *L'indépendance de la justice* », in *Mélanges Dubouis*, Dalloz 2002, p. 27.

- **DEGUERGUE (M.)**, « *Jurisprudence* », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 883.
- **DEGUERGUE (M.)**, « *Mots de justice* », Droits 2001, n° 34, p. 95.
- **DEGUERGUE (M.)**, « *Sanctions administratives et responsabilité* », AJDA 2001, n° spécial, p. 81.
- **DELAPORTE (V.)**, « *L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande* », Rapport aux deuxièmes rencontres de procédure civile, Université / Cour de cassation, BICC 2005, hors série n° 3, p. 23.
- **DE LAUBADERE (A.)**, « *Réflexions sur la crise du droit administratif français* », D. 1952, p.5.
- **DELEVOYE (J.-P.)**, « *Seul le prononcé fait foi* », Les cahiers de la justice, 2007, n° 2, p. 126.
- **DELMAS-MARTY (M.)**, « *Réflexions sur le pouvoir disciplinaire* », RTDH 1995, n° spécial, p.155.
- **DELVOLVE (P.)**, « *Dualité de juridictions et autorité de la chose jugée* », RFDA 1990, n° spécial, p. 792.
- **DELVOLVE (P.)**, « *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire* », in *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 135.
- **DE FONTBRESSIN (P.)**, « *Un pacificateur par le droit* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 47.
- **DELAROY (G.)**, « *La réforme du CSM : vers un Conseil supérieur du pouvoir judiciaire ?* », RA 2000, p. 632.
- **DEPAMBOUR-TARRIDE (L.)**, « *Juge* », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003, p. 867.
- **DE SOTO (J.)**, « *La notion de juridiction* », D. 1956, p. 45.
- **DESDEVISES (Y.)**, « *Quelques remarques sur la responsabilité des juges et de la justice* », in *Mélanges Normand*, Litec 2003, p. 167.
- **DINTILHAC (J.-P.)**, « *Rôle et attributions du procureur de la République* », RSC 2002, p. 35.
- **DOKHAN (D.)**, « *Le Conseil d'Etat, garant de la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire* », RFDA 2002, p. 768.
- **DORD (O.)**, « *Une responsabilité disciplinaire accrue des magistrats implique le respect de la Constitution* », AJDA 2007, p 2273.
- **DOUMBE-BILLE (S.)**, « *La justice dans la jurisprudence du CE et du CC* », RDP 1986, p. 345.
- **DRAGO (G.)**, « *Le corps judiciaire, essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », in *Mélanges Decocq*, Litec 2004, p. 187.
- **DRAGO (R.)**, « *Le juge judiciaire, juge administratif* », RFDA 1990, n° spécial p. 757.
- **DRAGO (R.)**, « *Le problème de l'existence d'un ministère de la justice en France* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 37.
- **DRAI (P.)**, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 6 janvier 1993*,
http://www.courdecassation.fr/institution_1/occasion_audiences_59/debut_annee_60/discours_prononces_9243.html
- **DRAI (P.)**, « *Etre juges... et juger...* », RFDA 1990, p. 8.
- **DROBENKO (B.)**, « *De la pérennité du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires* », LPA 2006, n° 179, p. 3.

- **DUBOUIS (L.)**, « *La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté* », RFDA 1996, p. 583.
- **DUBOUIS (L.)**, « *Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne* », in *Mélanges Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 205.
- **DUFAU (J.)**, « *Compétence administrative et judiciaire : actes ou opérations se rattachant au service public de la justice judiciaire* », Jcl Procédure civile, fasc. 201.
- **DUFOUR (O.)**, « *Contre les chimères du système accusatoire* », LPA 2006, n° 18, p. 3.
- **DUFOUR (O.)**, « *Le CSM propose de se réformer* », LPA 2006, n° 109, p. 4.
- **DUFOUR (O.)**, « *Rentrée solennelle de la Cour d'appel de Paris : Responsabilité des juges, ne réformons pas pour réformer* », LPA 2006, n° 13, p. 3.
- **DUGRIP (P.) et SUDRE (F.)**, « *Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives* », RFDA 1990, p. 203.
- **DUGUIT (L.)**, « *L'acte administratif et l'acte juridictionnel* », RDP 1906, p. 413.
- **DUGUIT (L.)**, « *La fonction juridictionnelle* », RDP 1922, p. 165.
- **DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.)**, « *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel* », <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8785265C-1579-4321-8A2F-FA2FD37A8708/0/OlivierDutheilletteLamotheInfluencedelaCEDHsurleConseilConstitutionnel.pdf>, p. 3.
- **EISENMANN (C.)**, « *L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs* », in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 190.
- **EPINEUSE (H.)**, « *L'éthique comme instance de responsabilisation* », Séminaire de philosophie du droit de l'IHEJ, avril 2002.
- **FABRE (M.)**, « *Le droit à un procès équitable* », JCP 1998.I.157.
- **FAUGERON (C.)**, « *Justice et opinion publique, L'ère du soupçon* », Pouvoirs 1981, n° 16, p. 89.
- **FAVOREU (L.)**, « *Légalité et constitutionnalité* », Cahiers du conseil constitutionnel n° 3, www.conseil-constitutionnel.fr/
- **FAVOREU (L.)**, « *L'influence de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit* », in *Mélanges Hamon*, Economica, 1982, p. 235.
- **FAVRO (C.)**, « *Le contrôle du juge administratif sur la discipline des magistrats de l'ordre judiciaire* », RRJ 2001, p. 1693.
- **FAVRO (K.)**, « *La procédure disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire et la loi organique n°2001-539 du 25 juin 2001* », LPA 2001, n° 253, p. 6.
- **FLAUSS (J.-F.)**, « *Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française* », RTDH 1995, n° spécial, p. 201.
- **FLAUSS (J.-F.)**, « *Dualité des ordres de juridiction et Convention européenne des droits de l'homme* », in *Mélanges Waline*, Dalloz, 2002, p. 523.
- **FLECHEUX (G.)**, « *Les procédures disciplinaires et la Convention européenne des droits de l'homme* », in *Mélanges Lambert*, Bruylant, 2000, p. 363.
- **FOUCHER (B.)**, « *Tribunaux administratifs d'appel et Cours administratives d'appel, dispositions statutaires* », Jcl Justice administrative, fasc. 23.
- **FOUGERES (M.)**, « *1790-1990, 2 siècles de dualisme juridictionnel* », AJDA 1990, n° spécial, p. 579.
- **FOYER (J.)**, « *La judiciarisation en délire ou l'abus du droit en un nouveau sens* », in *Mélanges Normand*, Litec, 2003, p. 749.
- **FOYER (J.)**, « *La justice, histoire d'un pouvoir refusé* », Pouvoirs 1981, p. 17.
- **FOYER (J.)**, « *Le corps judiciaire et la loi* », Justices 1996, n° 3, p. 87.

- **FRAISSEIX** (P.), « *Le contrôle du Conseil d'Etat en matière de décisions disciplinaires et non disciplinaires des magistrats du Siège* », LPA 1993, n° 58, p. 4.
- **FRANCHIMONT** (A.), « *Loyauté, proportionnalité et procès équitable* », in *Mélanges Lambert*, Bruylant, 2000, p. 375.
- **FRISON-ROCHE** (M.-A.), « *Indépendance des juges et sécurité des personnes* », D. 2006, p. 2745.
- **FRISON-ROCHE** (M.-A.), « *La responsabilité des magistrats, l'évolution d'une idée* », JCP 1999.I.174.
- **FRISON-ROCHE** (M.-A.), « *L'erreur du juge* », RTD civ. 2001, p. 819.
- **FRISON-ROCHE** (M.-A.), « *L'impartialité du juge* », D. 1999, p. 53.
- **FRISON-ROCHE** (M.-A.), « *Les offices du juge* », in *Mélanges Foyer*, PUF 1997, p. 463.
- **FRISON-ROCHE** (M.-A.), « *Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice* », JCP 1997.I.4051.
- **FRISON-ROCHE** (M.-A.) (dir.), « *Régulateurs et juges* », Actes Colloque Paris, 15 octobre 2001, LPA 2003, n° 17.
- **GALABERT** (J.-M.) et **GENTOT** (M.), « *La notion des faits contraires à l'honneur et à la probité* », AJDA 1961, p. 333.
- **GALLET** (J.-L.), « *Compétence, éthique, responsabilité et légitimité du juge* », Gaz. Pal. 1988, p. 7.
- **GARAPON** (A.), « *La justice, point aveugle de la théorie politique française* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 53.
- **GARAPON** (A.), « *La question du juge* », Pouvoirs 1995, p. 74.
- **GARAPON** (A.) et **SALAS** (D.), « *Le droit disciplinaire des magistrats français : quis custodiet custodes ?* », RTDH 1995, n° spécial, p. 193.
- **GAUDEMET** (P.), « *La séparation des pouvoirs, mythe et réalité* », D. 1961, p. 23.
- **GAUDEMET** (Y.), « *L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi* », in *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 309.
- **GAUTIER** (P.-Y.), « *De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la CEDH* », D. 2005, p. 2773.
- **GENEVOIS** (B.), « *Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi* », RFDA 2002, p. 877.
- **GEORGEL** (J.), « *La dépendance de la magistrature en France* », in *Mélanges Velu*, Bruylant, 1992, t. 2, p. 845.
- **GEZE** (G.), « *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux* », RDP 1909, p. 667.
- **GICQUEL** (J.), « *Le CSM, une création continue de la République* », in *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999, p. 289.
- **GILTARD** (D.), « *Réflexions sur le rôle et les méthodes du juge d'appel* », AJDA 2003, p. 1801.
- **GOHIN** (O.), « *Problèmes de la hiérarchie des normes* », RFDA 2000, p. 1176.
- **GOHIN** (O.), « *Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ?* », Droits 1989, n° 9, p. 93.
- **GOUZES** (G.), « *Le recrutement et la formation des magistrats* », LPA 2000, n° 213, p. 23.
- **GOYET** (C.), « *Remarques sur l'impartialité du tribunal* », D. 2001, p. 328.
- **GRANET** (P.), « *Les systèmes judiciaires européens* », Procédures 2006, p. 2.

- **GREVISSE (F.)** et **BONICHOT (J.-C.)**, « *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres* », in *Mélanges Boulouis*, Dalloz, 1991, 556 pages, p. 297.
- **GROSHENS (J.-C.)**, « *Réflexions sur la dualité de juridictions* », *AJDA* 1963, p. 526.
- **GUARNIERI (C.)**, « *Justice et politique : le cadre institutionnel* », *Les Cahiers français* 1994, n° 268, La Documentation française, p.58.
- **GUIDICELLI-DELAGE (G.)**, « *La responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale* », *Justices* 1997, n° 5, p. 25.
- **GUILLARME (B.)**, « *Les théories contemporaines de la justice sociale : une introduction* », *Pouvoirs* 2000, n° 94, p. 31.
- **GUINCHARD (S.)**, « *La responsabilité des gens de justice, Rapport de synthèse* », *Justices* 1997, n° 5, p.109.
- **GUINCHARD (S.)**, « *Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel* », in *Mélanges Farjat*, Ed. Frison-Roche, 1999, p. 139.
- **GUINCHARD (S.)**, « *Le procès équitable : droit fondamental ?* », *AJDA* 1998, n° spécial, p. 200.
- **GUINCHARD (S.)**, « *Les responsabilités encourues pour dysfonctionnement du service public de la justice civile* », *LPA* 2007, n° 139, p. 12.
- **GUTMANN (D.)**, « *L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique* », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 115.
- **GUYOMAR (M.)**, « *Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par le Conseil d'Etat* », *AJDA* 2001, p. 518.
- **HALPERIN (J.-L.)**, « *1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le Pouvoir en France* », *Justices* 1996, n° 3p. 13.
- **HAENEL (H.)**, « *Le Conseil supérieur de la magistrature : clé de voûte de l'indépendance de l'autorité judiciaire* », *La vie judiciaire*, 24 mars 1996, p. 2.
- **HAUTEBERT (J.)**, « *Magistrat* », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003, p. 979.
- **HEBRAUD (P.)**, « *L'autorité judiciaire* », *D.* 1959, p. 81.
- **HERON (J.)**, « *Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 369.
- **HOCQUET-BERG (S.)**, « *Les juges doivent-ils payer pour leurs fautes ?* », *Responsabilité civile et assurances* 2005, p. 4.
- **HOFFE (O.)**, « *La justice qui définit le droit* », *Droits* 1989, n° 10, p. 35.
- **Institut Montaigne**, « *Pour la justice* », septembre 2004, p. 12, http://www.institutmontaigne.org/medias/documents/pour_la_justice_rapport_integral_couv.pdf
- **JARROSSON (C.)**, « *Arbitrage et juridiction* », *Droits* 1989, n° 9, p. 107.
- **JEAN (J.-P.)** et **PAULIAT (H.)**, « *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité* », *D.* 2005, p. 598.
- **JEULAND (E.)**, « *Syllogisme judiciaire* », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004, p. 1269.
- **JULIEN-LAFERRIERE (F.)**, « *La dualité de juridictions, un principe fonctionnel ?* », in *Mélanges Drago*, Economica, 1996, p. 395.
- **JUNG (P.)**, « *Les vicissitudes de la répartition des compétences entre juge administratif et juge répressif* », *JCP* 1978.I.2904.
- **KELSEN (H.)**, « *La garantie juridictionnelle de la Constitution* », *RDP* 1928, p. 197.
- **KERNALEGUEN (F.)**, « *L'excès de pouvoir du juge* », *Justices* 1996, n° 3, p. 151.

- **KLAOUSEN (P.)**, « *Réflexions sur la définition de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », LPA 1993, n° 91, p. 22.
- **KLEIN (T.)**, « *La fonction de juge* », in *Mélanges Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 507.
- **KOERING-JOULIN (R.)**, « *La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* », RSC 1990, p. 765.
- **KOERING-JOULIN (R.)**, « *L'indemnisation des victimes d'erreurs judiciaires : la réforme nécessaire de l'article 626, alinéa 2, du Code de procédure pénale* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 65.
- **KORNPROBST (B.)**, « *L'erreur manifeste* », D. 1965, p. 121.
- **KOVAR (R.)**, « *La notion de juridiction en droit européen* », in *Mélanges Waline*, Dalloz, 2003, p. 607.
- **KRIEGEL (B.)**, « *Le principe de légitimité* », in *Mélanges Terré*, PUF, 1999, p. 47.
- **KRIEGK (J.-F.)**, « *La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique* », D. 2005, p. 1592.
- **KRIEGK (J.-F.)**, « *Le délai raisonnable, office du juge et office de l'autorité publique* », LPA 2006, n° 127, p. 4.
- **KRIEGK (J.-F.)**, « *L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance* », LPA 1999, n° 137, p. 5.
- **LABETOULLE (D.)**, « *L'élaboration du droit : la jurisprudence* », RA 2001, n° spécial, p. 71.
- **LAFERRIERE (J.)**, « *Les raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire par l'Assemblée constituante* », in *Mélanges Negulesco*, Bucarest, 1935, p. 431.
- **LAGARDE (X.)**, « *Jurisprudence et insécurité juridique* », D.2006, p. 678.
- **LAMARQUE (J.)**, « *Le procès du procès* », in *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992, p. 149.
- **LAMBERT (P.)**, « *Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme* », RTDH 1995, n° spécial, p. 161.
- **LAMBERT (P.)**, « *Justice en Europe : réalités et attentes* », <http://www.relux.lu/files/0/relux/lambert.pdf>, p. 1
- **LAMPUE (P.)**, « *La notion d'acte juridictionnel* », RDP 1946, p. 5.
- **LAROQUE (M.)**, « *L'administration de l'Etat-providence* », Pouvoirs 2000, n° 94, p. 59.
- **LAURIN (Y.)**, « *La mesure des performances de nos juridictions* », D. 2006, p. 2412.
- **LAURIN (Y.)**, « *Le président de la République et l'autorité judiciaire* », D. 2007, p. 2396.
- **LAY (J.-P.) et BIGAUT (C.)**, « *Commentaire de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le CSM* », D. 1994, p. 129.
- **LE GLOAN (J.)**, « *L'influence croissante de la jurisprudence de la CEDH sur les droits nationaux* », RDP 1999, p. 1765.
- **LEAUTE (J.)**, « *Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive* », D. 1966, p. 14.
- **LEGROS (P.)**, « *Les scrupules du juge et la liberté de conscience* », in *Mélanges Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 1743.
- **LETURCQ (S.)**, « *Le fonctionnement défectueux du service public de la justice* », LPA 2005, n° 157, p. 5.
- **LIBMANN (J.)**, « *La « politisation » des juges : une vieille histoire ?* », Pouvoirs 1981, n° 16, p. 43.

- LIET-VEAUX (G.), « *Le CSM et la séparation des contentieux* », RA 1945, p. 421.
- LIET-VEAUX (G.), « *Ordres professionnels. Règles communes* », Jcl Adm., fasc. 145, 1997.
- LIET-VEAUX (G.), « *Ordres professionnels. Contrôle disciplinaire* », Jcl Adm., fasc. 146, 1997.
- LIET-VEAUX (G.), « *Réflexions sur la séparation des contentieux* », RA 1956, p. 269.
- LINOTTE (D.), « *Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif* », AJDA 1980, p. 362.
- LOMBARD (M.), « *La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle* », RDP 1975, p. 585.
- LONG (M.), « *Du Palais de justice au Palais Royal : suite à un dialogue inachevé* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 75.
- LONG (M.), « *L'état actuel de la dualité de juridictions* », RFDA 1990, n° spécial p. 7.
- LUDET (D.), « *Quelle responsabilité pour les magistrats ?* », Pouvoirs 1995, n° 74, p. 119.
- LUDET (D.) et MARTINEL (A.), « *Les demi-vérités du Conseil constitutionnel* », D. 2007, p. 1404.
- LUISIN (B.), « *Le mythe de l'Etat de Droit* », in *Mélanges Borella*, Presses universitaires Nancy, 1999, p. 249.
- LUXEMBOURG (F.), « *La Cour de cassation, juge du fond* », D. 2006, p. 2358.
- MAGENDIE (J.-C.), « *La responsabilité des magistrats* », D. 2003, p. 1177.
- MAGENDIE (J.-C.), « *La responsabilité des magistrats, contribution à une réflexion apaisée* », D. 2005, p. 2414.
- MAGNIER (V.), « *La notion de justice impartiale* », JCP 2000.I.252.
- MALAURIE (P.), « *La Cour de cassation* », in *Rapport d'activités de la Cour de cassation 1999*,
http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/xx_eme_5773.html#footnote
- MALAURIE (P.) « *La jurisprudence combattue par la loi* » in *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1964, p. 603.
- MALAURIE (P.), « *La jurisprudence parmi les sources du droit* », Répertoire du Notariat Defrénois 2006, p. 476.
- MARGUENAUD (J.-P.), « *De l'impartialité et de l'indépendance des juges de la CEDH* », Droit et procédures 2003, p. 337.
- MARON (A.), « *Des innocents d'Outreau aux innocents d'ailleurs* », Droit pénal, 2006, p. 1.
- MARTEN (A.), « *Le CSM et l'indépendance des juges* », RDP 1997, p. 741.
- MARTIN (R.), « *La justice en faute lourde ou simple* », Procédures, mai 2001, p. 8
- MARTIN (R.), « *Faut-il supprimer le ministère public ?* », RTD civ. 1998, p. 873.
- MARTIN (R.), « *Sur l'unité des ordres de juridiction* », RTDC 1996, p. 109.
- MASSIP (J.), « *L'application par la Cour de cassation de conventions internationales récentes relatives à l'enfance* », LPA 1995, n° 53.
- MATSCHER (F.), « *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle – Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne* » in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant et Nemesis, 1998, p. 15.
- MCKEE (J.-Y.), « *Le Conseil supérieur de la magistrature, siégeant comme conseil de discipline des magistrats du siège, et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 89.

- **MCKEE** (J.-Y.), « *Le recrutement et l'avancement des juges français* », Rennes le 6 mars 2007, www.courdecassation.fr.
- **MERCADAL** (M.), « *La légitimité du juge* », RIDC, 2002, p. 277.
- **MET-DOMESTICI** (A.), « *L'appréciation par le juge d'appel de l'erreur des premiers juges* », AJDA 2006, p. 858.
- **MICHAUD** (J.), « *Justice et grands débats de société* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 633.
- **MITARD** (E.), « *L'impartialité administrative* », AJDA 1999, p. 478.
- **MODERNE** (F.), « *L'extension du contrôle juridictionnel à la corrélation faute disciplinaire-mesure disciplinaire dans le droit de la fonction publique* », RA 1978, p. 634.
- **MONGIN** (P.), « *Les équivoques de la responsabilité* », Esprit, 1994, p. 5.
- **MONNER** (S.), « *Les rapports antagonistes entre la jurisprudence et la loi* », LPA 2006, n° 55, p. 6.
- **MONNIER** (F.), « *Justice administrative* », Droits 2002, n° 34, p. 105.
- **MOREAU** (J.), « *Responsabilité personnelle des agents et responsabilité de l'administration* », Jcl Adm., fasc. 806.
- **MOREAU** (J.), « *La responsabilité des magistrats et de l'Etat du fait de la justice, L'apport du droit administratif* », Justices 1997, n° 5, p. 39.
- **MOREAU** (J.) et **COMBEAU** (P.), « *Responsabilité du fait des services judiciaires et pénitentiaires* » Jcl Adm., fasc. 900.
- **MORET-BAILLY** (J.), « *Vers un code de déontologie des magistrats ?* », La lettre de la mission de recherche Droit et Justice, novembre 2002, p. 11.
- **MOTULSKY** (H.), « *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge* », D. 1964, p. 235.
- **MOTULSKY** (H.), « *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile* », D. 1968, p. 1.
- **MULLER** (G.), « *Indépendance, culture professionnelle et statut des magistrats en Allemagne et en Europe* », Les cahiers de la justice, 2007, n° 2, p. 38.
- **NGUYEN VAN TUONG**, « *La réforme du Conseil supérieur de la magistrature et la création de la Cour de justice de la République* », JCP 1993.I.3703.
- **NORMAND** (J.), « *Le domaine du principe de motivation* », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 3, 1998, p. 17.
- **ODENT** (R.), « *De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas* », EDCE 1962, p. 43.
- **OURLIAC** (P.), « *La puissance de juger : le poids de l'histoire* », Droits 1989, n° 89, p. 21.
- **PACTEAU** (B.), « *Le juge administratif français et l'interprétation européenne* » in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant et Némesis, 1998, p. 251.
- **PACTEAU** (B.), « *Vicissitudes (et vérification... ?) de l'adage « juger l'administration, c'est encore administrer »* », in *Mélanges Moderne*, Dalloz 2004, p. 317.
- **PERDRIAU** (A.), « *Le pragmatisme de la Cour de cassation* », JCP 2001.I.364
- **PICARD** (E.), « *Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique* », in *L'office du juge*, Colloque 29 et 30 septembre 2006, Paris, p. 42.
- **PICARD** (E.), « *La juridiction administrative et les exigences du procès équitable* » in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme, 1974-1992*, Engel, 1994, p. 217.

- **PIRET (J.-M.)**, « *Impartialité du juge et suspicion légitime* », in *Mélanges Velu*, Bruylant, 1992, t. 2, p. 857.
- **PLUYETTE (G.)** et **CHAUVIN (P.)**, « *Responsabilité du service de la justice et des magistrats* » Jcl Procédure civile, fasc. 74.
- **POLOCKI**, « *La formation des magistrats, plaidoyer pour une orientation* », in *Mélanges Bellet*, Litec, p. 459.
- **POMPE (W.S.)**, « *La responsabilité du juge pénal* », RSC 1960, p. 1.
- **PONS (B.)**, « *La responsabilité professionnelle disciplinaire : l'évolution des procédures disciplinaires* », LPA 2001, n° 137, p. 54.
- **PRADEL (J.)**, « *La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français* », RSC 1990, p. 682.
- **PRADEL (J.)**, « *Haro sur le juge d'instruction* », D. 2006, p.244.
- **PRADEL (J.)**, « *La responsabilité personnelle du juge pénal. Faut-il vraiment changer l'état du droit ?* », D. 2005, p. 1953.
- **PRADEL (J.)**, « *La révision pour erreur judiciaire* », Revue pénitentiaire et de droit pénal 2002, p. 667.
- **PRETOT (X.)**, « *Réflexions sur la justice administrative* », D. 1986, p. 271.
- **CADIET (L.)** et **GUINCHARD (S.)**, « *Le double degré de juridiction* », Justices 1996, n° 4, p. 4.
- **QUIRINY (B.)**, « *Actualité du principe général d'impartialité administrative* », RDP 2006, p. 375.
- **REINACH (M.)**, « *Le service judiciaire et son juge* », RDP 1993, p. 769.
- **RENARD (D.)**, « *Les trois naissances de l'Etat-providence* », Pouvoirs 2000, n° 94, p. 19.
- **RENARD-PAYEN (O.)** et **ROBINEAU (Y.)**, « *La responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative* », in Cour de cassation, *Rapport d'activités 2002*.
- **RENOUX (T. S.)**, « *Autorité judiciaire* » in L Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 87.
- **RENOUX (T. S.)**, « *La modification des procédures d'élection, de saisine et de fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature* », RFDC 2001, p. 740.
- **RENOUX (T. S.)**, « *L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France* », D. 1991, p. 169.
- **RENOUX (T. S.)**, « *Le pari de la justice* », Pouvoirs 2001, p. 87.
- **RENOUX (T. S.)**, « *Le pouvoir judiciaire en France et en Europe occidentale* », RDP 1999, p. 965
- **RENOUX (T.S.)**, « *Le président de la République, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* », Justices 1996, n° 3, p. 97.
- **RENOUX (T. S.)**, « *Le statut des magistrats, garant de la démocratie* », LPA 2003, n° 121, p. 4.
- **RENOUX (T. S.)**, « *Quelle justice pour quels magistrats ?* », RFDC 2001, p. 740.
- **RENOUX (T. S.)**, « *Séparation des pouvoirs* », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1212.
- **RIALS (S.)**, « *L'office du juge* », Droits 1989, n° 9, p. 3.
- **RICOEUR (P.)**, « *Le concept de responsabilité, Essai d'analyse sémantique* », Esprit 1994, novembre.
- **RIVERO (J.)**, « *Etat de Droit, Etat du droit* », in *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 609.

- **RIVERO (J.)**, « *Existe-t-il un critère du droit administratif ?* », RDP 1953, p. 279.
- **RIVERO (J.)**, « *Sanction juridictionnelle et règle de droit* », in *Mélanges Juliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457.
- **RIVIER (M.-C.)**, « *Juridiction* », in *L. Cadiet (dir.), Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 702.
- **ROBERT (J.)**, « *La bonne administration de la justice* », AJDA 1995, n° spécial, p. 117.
- **ROBERT (J.)**, « *La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français : bilan et réformes* », RDP 1990, p. 1255.
- **ROBERT (J.)**, « *La nation et ses juges* », RDP 2006, p. 3.
- **ROBERT (J.)**, « *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?* », RFDA 1993, p. 849.
- **ROLLAND (P.)**, « *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* », RUDH 1991, n° spécial, n° 7-9, p. 280.
- **RONDEAU-RIVIER (M.)**, « *La Convention des Nations-Unies devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu* », D. 1993, p. 203.
- **ROUHETTE (G.)**, « *L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès* », in *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 687.
- **ROURE (S.)**, « *L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public* », RFDC 2006.
- **ROUSSEAU (D.)**, « *Constitutionnalisme et démocratie* », http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080919_drousseau.pdf
- **ROUSSEAU (D.)**, « *L'Etat de Droit est-il un Etat de valeurs particulières ?* », in *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 885.
- **ROUSSEAU (D.)**, « *La légitimité du juge* », in *L'office du juge*, Colloque, 29 et 30 septembre 2006, Paris, p. 440.
- **SAADOUN (Y.)**, « *Outreau : le rapport attendu de la Commission enfin adopté* », LPA 2006, n° 115, p. 6.
- **SABOURIN (P.)**, « *Le Conseil d'Etat face au droit communautaire. Méthodes et raisonnements* », RDP 1993, p. 397.
- **SAINTE-ROSE (J.)** et **LALARDRIE (A.)**, « *Procès équitable et procédure disciplinaire* » in *Cour de cassation, Rapport d'activités 1999*, La documentation française, 2000, p. 207.
- **SALAS (D.)**, « *Juge* », in *L. Cadiet (dir.), Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 862.
- **SALAS (D.)**, « *Etre impartial, condition du bien juger* », Les cahiers de la justice, 2007, n° 2, p. 65.
- **SAVOYE (J.)**, « *La notion de « manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs* », D. 1986, p. 103.
- **SCHRAMECK (O.)**, « *Quelques observations sur le principe du contradictoire* », in *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 632.
- **SCHWARTZ (R.)**, « *Compétence administrative ou judiciaire. Responsabilité de l'Etat en raison du risque occasionnée aux tiers par la mise en œuvre du régime des permissions de sortir* », JCP 2000.II.10444.
- **SIMON (D.)**, « *Europe du droit, Europe des juges* », Europe 2007, p.1.
- **SIMON (D.)**, « *La jurisprudence récente du Conseil d'Etat : le grand ralliement à l'Europe des juges ?* », Europe 2007, p. 5.

- **SOLER-COUTEAUX** (P.), « *Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif* », in *Mélanges Waline*, Dalloz, 2002, p. 377.
- **SOYER** (J.-C.), « *La loi nationale et la CEDH* », in *Mélanges Foyer*, PUF, 1997, p. 125.
- **SPITZ** (P.-E.), « *La loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature devant le Conseil constitutionnel* », RDP 2001, p. 1211.
- **STIRN** (B.), « *Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel* », Justices 1996, n° 3, p. 41.
- **STRICKLER** (Y.), « *Après la crise de l'affaire d'Outreau : l'émotion et la procédure pénale* », LPA 2006, n° 249, p. 7.
- **SUDRE** (F.), « *L'Europe des droits de l'homme* », Droits 1991, p. 105.
- **SUDRE** (F.), « *La « perméabilité » de la Convention européenne des droits de l'homme* » in *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 687.
- **SUDRE** (F.), « *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme* », RUDH 1991, p. 257.
- **SUDRE** (F.), « *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme* », in *Mélanges Lambert*, Bruylant, 2000, p. 821.
- **TERRE** (F.), « *Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel* », AJDA 1990, p. 595.
- **TERRE** (F.), « *Sur l'image de la justice* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 121.
- **THERY** (J.), « *Compétence et fond du droit dans le contentieux de la responsabilité des fonctionnaires* », EDCE 1958, n° 12, p. 78.
- **THIRIEZ** (F.), « *Cassation, décisions susceptibles de cassation* » Jcl Justice administrative, fasc. 80-20.
- **THIRIEZ** (F.), « *L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif* », AJDA 1999, n° spécial, p. 105.
- **TROPER** (M.), « *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire* », Pouvoirs 1981, n° 16, p. 5.
- **TROPER** (M.), « *La cinquième République et la séparation des pouvoirs* », Droits 2006, p. 33.
- **TROPER** (M.), « *La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française* », in *Mélanges Velu*, Bruylant, 1992, p.829.
- **TROPER** (M.), « *Une théorie réaliste de l'interprétation* », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, p. 69.
- **TRUCHE** (P.), « *Quelle indépendance pour quel ministère public ?* », LPA 2000, n° 213, p. 10.
- **TRUCHET** (D.), « *Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?* », in *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992, p. 335.
- **TRUCHET** (D.), « *Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel* », Justices 1996, n° 3, p. 53.
- **TURPIN** (D.), « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle* », AJDA 1983, p. 653.
- **TURPIN** (D.), « *Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui* », Commentaires, Été 1992, p. 381.
- **TURPIN** (D.), « *Pouvoir ou autorité juridictionnelle* », RDP 2002, p. 383.
- **VALADOU** (P.), « *Le pouvoir de commandement du juge à l'administration* », LPA 1995, 28 juin, p. 12.
- **VAN COMPERNOLLE** (J.), « *Evolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective* », RTDH 1994, p. 429.

- **VAN COMPERNOLLE (J.)**, « *Impartialité du juge et cumul de fonctions au fond et au provisoire* », in *Mélanges Lambert*, Bruylant, 2000, p. 935.
- **VANDERMEEREN (R.)**, « *Permanence et actualité du droit au juge* », *AJDA* 2005, p. 1102.
- **VAREILLE (P.)**, « *Le pardon du juge répressif* », *RSC* 1988, p. 676.
- **VATIER (B.)**, « *La justice est-elle un service public ?* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 141.
- **VEDEL (G.)**, « *Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif* », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n° 1, www.conseil-constitutionnel.fr.
- **VEDEL (G.)**, « *La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexe ? Contexte ?* », *RFDA* 1990, n° spécial « *La dualité de juridictions en France et à l'étranger* », p. 12.
- **VEDEL (G.)**, « *Le hasard et la nécessité* », *Pouvoirs*, 1989, n° 5, p. 27.
- **VELLEY (S.)**, « *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs* », *RDP* 1989, p. 766.
- **VIALLE (P.)**, « *Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative* », *RDP* 1974, p. 1243.
- **VINCENT (J.-Y.)**, « *L'erreur manifeste d'appréciation* », *RA* 1971, p. 401.
- **VLACHOS (G.)**, « *Le pouvoir judiciaire dans l'Esprit des lois* », in *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 369.
- **WALINE (J.)**, « *La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des danaïdes ?* », in *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992, p. 347.
- **WALINE (M.)**, « *De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour les fautes personnelles et des moyens d'y remédier* », *RDP* 1948, p. 5.
- **WALINE (M.)**, « *Le critère des actes juridictionnels* », *RDP* 1933, p. 565.
- **WIEDERKEHR (G.)**, « *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice* », *Justices* 1997, n° 5, p. 13.
- **WIEDERKEHR (G.)**, « *Qu'est-ce qu'un juge ?* », in *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 583.577
- **WIEDERKEHR (G.)**, « *Sens, signifiante et signification de l'autorité de chose jugée* », in *Mélanges Normand*, Litec 2003, p. 167
- **WOOG (J.-C.)**, « *Portrait d'un juge* », in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 149.
- **YERNAULT (D.)**, « *Procession d'Echternach à Strasbourg ? Le droit des fonctionnaires à un procès équitable et l'exercice de puissance publique* », *RTDH* 1998, p. 307.
- **ZENATI (F.)**, « *La nature de la Cour de cassation* », http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2003_1615/no_575_1652/
- **ZIMMERMANN (R.)**, « *Les sanctions disciplinaires et administratives au regard de l'article 6 CEDH* », *RFDA* 1994, p. 335.
- **ZOLLER (E.)**, « *La justice comme contre-pouvoir. Regards croisés sur les pratiques américaine et française* », *RIDC* 2001, p. 559.

VI. Articles de presse

- **BREDIN (J.-D.)**, « *Intimité et transparence* », *Le Monde* 24/11/1994
- **CANIVET (G.)** et **GUIBERT (N.)**, « *Guy Canivet, un juge en première ligne* », *Le Monde* 27/09/2006, p. 18.

- **CANIVET (G.)**, « *Le juge doit-il être un bouc émissaire ?* », Le Monde 01/07/2005, p. 14.
- **COUJARD (D.)**, « *Juges et procureurs : une grande proximité* », Le Monde 19/04/2006, p.18.
- **DRAI (P.)**, « *Discours de rentrée, Audience solennelle de la Cour de cassation* », 12 janvier 1996, Le Figaro, 2/05/1996, p. 10.
- **GAILLARD (J.)**, « *La magistrature est-elle intouchable ?* », Le Monde 06/12/2001, p.16.
- **NADAL (J.-L.)**, « *Un risque pour notre justice et nos libertés* », Le Monde 02/06/2006, p. 18.
- **PRIEUR (C.)**, « *Le malaise d'une profession en mutation* », Le Monde 11/03/2001, p. 1
- **REPIQUET (Y.)**, « *Séparons le juge et l'accusateur* », Le Monde 14/06/2006, p. 19.

VII. Conclusions

- **ABRAHAM (R.)**, concl. sur CE 22 novembre 1997, *Mlle Cinar*, RFDA 1998, p. 562.
- **AGUILA (Y.)**, concl. sur CE 10 mars 1995, *M. et Mme Aoukili*, AJDA 1995, p. 332.
- **BLUM (L.)**, concl. sur CE 26 juillet 1918, *Lemonnier*, p. 761.
- **BONICHOT (J.-C.)**, concl. sur CE, 4 novembre 1994, *Korber*, LPA 1995, 23 janvier, p. 4.
- **DONDOUX (P.)** concl. sur CE, 14 mars 1975, *Rousseau*, RDP 1975, p. 823.
- **GREVISSE (S.)**, concl. sur CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, AJDA 1973, p. 37.
- **HAGELSTEEN (D.)**, concl. sur CE 11 janvie 1991, *Société Morgane*, RFDA 1991, p. 652.
- **HENRY(J.-F.)**, concl. sur CE, 11 mai 1962, *Sieur Salan*, RDP 1962, p. 542.
- **LAMY (F.)**, concl. sur CE 28 juin 2002, *Garde des Sceaux Ministre de la Justice c/ Magiera*, RFDA 2002, p. 756.
- **LEMOINE**, concl. sur Cass. civ. 2^{ème} 23 novembre 1956, D. 1957, p. 34.
- **LUPI (G.)**, concl. sur CA Paris 21 juin 1989, *Epoux Saint-Aubin c/ Etat français*, Gaz. Pal. 1989, p. 944.
- **JAGERSCHMIDT (H.)** concl. sur CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, p. 1148.
- **MARIMBERT (J.)** concl. sur CE, 13 mars 1987, *Bauhain*, AJDA 1987, p. 402.
- **MAUGÛE (C.)**, concl. sur CE 30 octobre 1998, *Sarran et autres*, RFDA 1998, p. 1089.
- **ODENT (R.)**, concl. sur CE, 7 février 1947, *D'Aillières*, RDP 1947, p. 68.
- **PICHAT (L.)** concl. sur CE 8 mars 1912, *Lafage*, p. 348.
- **PIVETEAU (D.)**, concl. sur CE, 19 mars 1997, *Syndicat de la magistrature*, JCP 1997, G, II, n° 2851.
- **ROMIEU (J.)**, concl. sur CE 21 juin 1895, *Cames*, p. 509.
- **SARGOS (P.)**, rap. sur Cass. civ. 1^{ère} 30 janvier 1996, JCP 1996.II.22608.
- **SCHWARTZ (R.)** concl. sur CE, 27 février 2004, *Mme Popin*, AJDA 2004, p. 672.
- **VIGOUROUX (C.)** concl. sur CE, 29 avril 1987, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Banque populaire de la région économique de Strasbourg*, RFDA 1987, p. 831.

VIII. Notes et chroniques de jurisprudence

- **ALLAND (D.)**, note sous CE 30 octobre 1998, *Sarran et autres*, RFDA 1998, p. 1089.
- **AUBY (J.-M.)**, note sous CE 29 décembre 1978, *Darmont*, RDP 1979, p. 1742.
- **AUBY (J.-M.)**, note sous Cass., 1^{ère} civ., 30 janvier 1996, RDP 1997, p. 235.
- **AUTIN (J.-L.)** et **SUDRE (F.)**, note sous CEDH, 28 septembre 1995, *Procola contre Luxembourg*, RFDA 1996, p. 783.
- **BEIGNER (B.)** et **MOUTON (S.)**, note sous Ass. plén. 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, D. 2001.
- **BELLOUBET –FRIER (N.)**, note sous CE, 9 novembre 1990, *Théron*, AJDA 1991, p. 546.
- **BELORGEY (J.-M.)**, **GERVASONI (S.)** et **LAMBERT (C.)**, note sous CJCE 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Republik Osterreich*, aff. C-244/01, AJDA 2003, p. 2146.
- **BLIN (H.)**, note sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, JCP 1973.II.17324.
- **BON (P.)**, note sous CE 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de St Florent*, RFDA 2001, p. 152.
- **BOUGORGUE-LARSEN (L.)**, note sous CE 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, AJDA 2005, p. 850.
- **BOULOUIS (J.)**, note sous Cass. civ. 1^{ère} 24 mai 1975, *Société des cafés J. Vabre*, AJDA 1975, p. 567.
- **BOYON (M.)** et **NAWELAERS (M.)**, chron. sous CE, Ass., 16 janvier 1976, *Dujardin*, AJDA 1976, p. 75.
- **BRECHON-MOULENES (C.)**, note sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Dlle Obrego*, AJDA 1973, p. 339.
- **BROUSSY (E.)**, **DONNAT (F.)** et **LAMBERT (C.)**, chron. sous CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson c/ Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, AJDA 2006, p. 2272.
- **CABANES (P.)** et **LEGER (D.)**, chron. sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, AJDA 1973, p. 31.
- **CADIET (L.)**, note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 février 1996, JCP 1996.I.3938.
- **CHAMBON (P.)**, obs. sous Rennes, ch. correct. 07 mai 1979, JCP 1980.II.19333.
- **CHARTIER (Y.)**, note sous Cass. civ. 1^{ère} 2 décembre 1975, JCP 1976.II.18390.
- **CLAY (T.)**, note sous CEDH 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*, D. 2000, p. 883.
- **COHEN-JONATHAN (G.)** et **FLAUSS (J.-F.)**, obs. sous CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, Justices 1997, n° 5, p. 206.
- **DE BERNARDINIS (C.)**, note sous CE, 20 juin 2003, *Stilinovic*, LPA 2004, n° 78, p. 9.
- **DE MONTECLER (M.-C.)**, note sous CE, 16 janvier 2006, *Mme B.*, AJDA 2006, p. 176.
- **DEBBASCH (C.)**, note sous CE, 13 juillet 1961, *Jobard*, D. 1962, p. 275.
- **DEBBASCH (C.)**, note sous Ass. Plén., 23 février 2001, D. 2001, p. 1752.
- **DEMICHEL (A.)**, note sous CA Bordeaux 9 mars 1967, D. 1968, p. 365.
- **DEWOST** et **DENOIX DE SAINT-MARC (R.)**, chron. sous CE, 12 juillet 1969, *L'Etang*, AJDA 1969, p. 558.
- **DJIGO (A.)**, note sous Cass. civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, JCP 1998.II.10093.

- **DONNAT (F.) et CASAS (D.)**, chron. sous CE, 28 juin 2002, *Garde des Sceaux c/ M. Magiera*, AJDA 2002, p. 596.
- **DONNAT (F.) et CASAS (D.)**, chron. sous CE 6 décembre 2002, *Maciolak*, AJDA 2003, p. 492.
- **DONNAT (F.) et CASAS (D.)**, chron. sous CE, 27 février 2004, *Mme Popin*, AJDA 2004, p. 653.
- **DORD (O.)**, note sous CC, 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, n° 2007-551 DC, AJDA 2007, 2273.
- **DOUMBE-BILLE (S.)**, note sous CE, 13 mars 1987, *Bauhain*, D.1987, p. 523.
- **DREYFUS (F.)**, note sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Delle Obrego*, GP 1973, doct., p. 211.
- **EISENMANN (C.)**, note sous CE 28 juillet 1951, *Laruelle*, JCP 1952.II.6734.
- **EISENMANN (C.)**, note sous CE, 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, D. 1953, p. 683.
- **EISMEIN (P.)**, note sous Cass. civ. 1^{ère} 10 octobre 1960, JCP 1961.II.11980.
- **EISMEIN (P.)**, note Cass. civ. 2^{ème} 23 novembre 1956, JCP 1956.II.9681.
- **ESTOUP (P.)**, note sous CA Versailles 27 juillet 1989, JCP 1990.II.21450.
- **FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)**, CC, 22 juillet 1980, *Validation d'actes administratifs*, in Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel, p. 424.
- **FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)**, CC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel, p. 714.
- **FLAUSS (J.-F.)**, note sous CE 30 octobre 1998, RDP 1999, p. 919.
- **FLAUSS (J.-F.)**, chron. sous CEDH 8 janvier 1993, *SA FL et MT c/ France*, AJDA 1995, p. 138.
- **FLAUSS (J.-F.)**, chron. sous CEDH 26 août 1997, *De Haan c/ Pays-Bas*, AJDA 1997, p. 987.
- **FLAUSS (J.-F.)**, chron. sous CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, AJDA 2000, p. 530.
- **FOURNIER et BRAIBANT**, chron. sous Cass. civ. 2^{ème} 23 novembre 1956, AJDA 1957, p. 91.
- **FRANC (M.) et BOYON (M.)**, chron. sous CE, CE, 31 janvier 1975, *Volff et Exertier*, AJDA 1975, p. 124.
- **FRANC (M.) et BOYON (M.)**, chron. sous CE, 14 mars 1975, *Rousseau*, AJDA 1975, p. 350.
- **FRANC (M.) et BOYON (M.)**, chron. sous CE, 14 mars 1975, *Lejeune*, AJDA 1976, p. 124.
- **FRISON-ROCHE (M.-A.)**, note sous TGI Paris 1^{ère} ch. 5 novembre 1997, D. 1998, p. 9.
- **GENY (F.)**, note sous Cass. civ. 8 janvier 1930, *Degas*, S. 1930.I.257.
- **GONZALES (G.)**, note sous CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, RDP 2000, p. 711.
- **GRAFFIN (T.)**, note sous CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, JCP 2000, G, II, n° 10426.
- **GRUFFY (L.) et PERRIN (B.)**, Cass. com. 30 mai 1951, JCP 1951.IV, p. 114.
- **GUETTIER (C.)**, note sous CE, 25 janvier 2006, *SARL Potchou et autres*, Responsabilité civile et assurances 2006, p. 25.
- **HAMON (F.)**, note sous CE, 5 mai 1982, *Bidalou*, D. 1984, p. 103.
- **HAUSER (J.)**, note sous Cass. civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, RTD civ. 1998, p. 347.

- **JEAN (J.-P.) et PAULIAT (H.)**, note sous CE, 4 février 2005, *Syndicat de la magistrature et M. X*, D. 2005, p. 2717.
- **JEANDIDIER (W.)**, note sous Cass. crim. 9 décembre 1981 et Cass. crim. 9 mars 1983, D. 1983, p. 352.
- **KOERING-JOULIN (R.)**, obs. sous CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, RSC 1997, p. 472.
- **LAGARDE (X.)**, note sous Ass. plén. 3 juin 1994, JCP 1994.II.22309.
- **LEMAIRE (F.)**, note sous CE, 4 novembre 1994, *Korber*, JCP 1995.II.22422.
- **LIBCHABER (R.)**, obs. sous Ass. plén. 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, RTD civ. 2000, p. 672.
- **LIENHARD (C.)**, note sous CA Paris 25 octobre 2000, D. 2001, p. 582.
- **LOMBARD (M.)**, note sous CE 29 décembre 1978, *Darmont*, AJDA 1979, p. 45.
- **JULIEN (P.)**, note sous Cass. civ. 2^{ème} 22 janvier 2004, D. 2004, p. 1204.
- **JULIEN (P.)**, note sous Cass. com. 3 novembre 1981, D. 1982, p. 168.
- **JULIEN (P.)**, note sous Cass. soc. 11 juin 1987, D. 1987, p. 358.
- **LEFEBVRE (J.)**, note sous CRD pén. 15 février 2001, JCP 2001.II.10642.
- **MALAURIE (P.)** note sous Cass. civ. 18 mars 1955, D. 1956, p. 517.
- **MARTENS (P.)**, obs. sous CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, RTDH 1996, p. 640.
- **MAYAUD (Y.)**, note sous CA Nancy 18 novembre 2004, JCP 2005.II.10158.
- **MELLERAY (F.)**, note sous CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, LPA 2000, n° 98, p. 7.
- **MENURET (L.)**, note sous Ass. plén. 23 février 2001, JCP 2001.II.10585.
- **MOLFESSIS (N.)**, note sous CE 30 octobre 1998, *Sarran et autres*, RTD civ. 1999, p. 232.
- **MORANGE (G.)**, note sous CE, 7 février 1947, *D'Aillières*, JCP 1994. II.3508.
- **MOULIN (J.-M.)**, note sous Cass. civ. 3^{ème} 6 février 2002, JCP 2003.I.10014.
- **NERAC (P.)**, note sous CE, 14 mars 1975, *Rousseau et CE*, 14 mars 1975, *Lejeune*, JCP 1976.I.18423.
- **NORMAND (J.)**, note sous Cass. civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1983, RTD civ. 1983, p. 779.
- **PERROT (R.)**, note sous Ass. plén. 7 juillet 2006, RTD civ.2006, p. 825.
- **PERROT (R.)**, note sous Cass. civ. 1^{ère} 11 juin 1991, RTD civ. 1992, p. 187.
- **PERROT (R.)**, note sous Cass. civ. 2^{ème} 25 octobre 2007, RTD civ. 2008, p. 159.
- **PERROT (R.)**, note Cass. soc. 24 mai 1995, RTD civ. 1995, p. 958.
- **PERROT (R.)**, note sous TGI Paris 1^{ère} ch. 6 juillet 1994, RTD civ. 1995, p. 957.
- **PETIT (S.)**, note sous TGI Paris 11 juillet 2001, Gaz. Pal. 2001, p. 37.
- **POUYAUD (D.)**, note sous CE 18 juin 2006, *M. Gestas*, RFDA 2008, p. 1178.
- **PRADEL (J.)**, note sous CE, 9 novembre 1990, *Théron*, RFDA 1991, p. 671.
- **PRADEL (J.)**, note sous CE, 4 novembre 1994, *Korber*, RFDA 1995, p. 817.
- **PRADEL (J.)**, note sous TGI Paris 1^{ère} ch. 8 novembre 1995, D. 1997, p. 149.
- **RAYNAUD et FOMBEUR**, chron. sous CE 30 octobre 1998, *Sarran et autres*, AJDA 1998, p. 962.
- **RIGAUX (F.) et VAN CAMPERNOLLE (J.)**, note sous Cass. belge 19 décembre 1991, *Anca*, RCJB 1993, p. 285.
- **ROBERT (J.)**, note sous Cass. crim. 21 juillet 1966, RSC 1967, p. 190.
- **ROBERT (J.)**, note sous CE, 1^{er} décembre 1972, *Demoiselle Obrego*, D. 1973, p. 190.
- **SCHOETTL (J.-E.)**, note sous CC, 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, JCP 2007.II.10044.

- **SENERIS** (F.), note sous CE, 5 octobre 2005, *Hoffer*, RFDA 2005, p. 942.
- **SERINET (Y.-M.)**, note sous Ass. plén. 13 mars 2009, JCP 2009.II.10077.
- **SUDRE** (F.), note sous CEDH, 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, JCP 1997.I.4000.
- **SUDRE** (F.), note sous CEDH 26 août 1997, *De Haan c/ Pays Bas*, JCP 1998.I.107.
- **SUDRE** (F.), note sous CEDH 19 février 1998, *Higgings c/ France*, JCP1999.I.105.
- **SUDRE** (F.), note sous CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, JCP 2001.I.291.
- **SUDRE** (F.), note sous CEDH 1^{er} août 2000, *CP c/ France*, JCP 2001.I.291.
- **SUDRE** (F.), chron. sous CEDH, 6 mai 2003, *Kleyn et autres c/ Pays-Bas*, JCP 2003.I.160, n°7.
- **TEDESCHI** (P.), note sous CE, 2 décembre 1981, *Ministre de la Justice c/ Theys*, D. 1982, p. 550.
- **THERY (P.)**, note sous Cass. civ. 2^{ème} 18 octobre 2007, JCP 2006.IV.2330.
- **THOUVENIN** (D.), note sous Ass. Plén. 31 mai 1991, D. 1991, p. 417.
- **VASSEUR** (P.), note sous CE 29 décembre 1978, *Darmont*, D. 1979, p. 279.
- **VEDEL** (G.), note sous CA Douai, 3 janvier 1962, JCP 1962.II.12560.
- **VEDEL** (G.), note sous TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, JCP 1953.II.7598.
- **VINEY** (G.), note sous Ass. plén. 23 février 2001, JCP 2001.I.340.
- **WALINE** (M.), note sous CE, 7 février 1947, *D'Aillières*, RDP 1947, p. 68.
- **WALINE** (M.), note sous CE, 12 juillet 1969, *L'Etang*, RDP 1970, p. 387.
- **WALINE** (M.), note sous Cass. civ. 2^{ème} 23 novembre 1956, RDP 1958, p. 298.
- **WALINE** (M.), note sous CE 28 juillet 1951, *Laruelle*, RDP 1951, p. 1087.
- **WALINE** (M.), note sous CE 28 novembre 1958, *Blondet*, RDP 1959, p. 982.
- **WIERDERCKER** (G.), note sous Ass.plén. 7 juillet 2006, JCP 2007.II.10070.

IX. Jurisprudences non commentées

1. Jurisprudence judiciaire

- Cass. Crim. 27 juillet 1917, Bull. n° 716.
- Cass. Crim 6 décembre 1949, Bull. n° 87.
- Cass. civ. 1^{ère} 13 octobre 1953, Bull. n° 224.
- Cass. civ. 2^{ème} 19 juin 1969, Bull. n° 225.
- Cass. civ. 3^{ème} 30 juin 1971, Bull. n° 415.
- Cass. civ. 2^{ème} 6 octobre 1976, Bull. n° 268.
- Cass. civ. 2^{ème} 28 avril 1980, Bull. n° 87.
- Cass. crim. 6 juillet 1982, Bull. n° 181.
- Cass. civ. 2^{ème} 21 juillet 1982, Bull. p. 111.
- Cass. civ. ère 2 mai 1989, Bull. n° 174.
- Cass. com. 14 novembre 1989, Bull. n° 289.
- Cass. civ. 2^{ème} 5 avril 1991, Bull. n° 109.
- Cass. civ. 1^{ère} 11 juin 1991, Bull. n° 199.
- Cass. civ. 1^{ère} 10 mars 1993, Bull. n° 103.
- Cass. civ. 1^{ère} 2 juin 1993, Bull. civ. n° 195.
- Cass. civ. 1^{ère} 15 juillet 1993, n° 259.
- Cass. civ. 1^{ère} 8 juillet 1994, Bull. n° 240.

- Cass. soc. 13 juillet 1994, Bull. n° 236.
- Cass. civ. 1^{ère} 10 mai 1995, Bull. n° 202.
- Cass. civ. 2^{ème} 7 février 1996, n° 93-12239.
- Cass. crim. 21 juillet 1996, Bull. n° 209.
- Cass. crim. 18 juin 1997, Bull. n° 244.
- Cass. civ. 2^{ème} 19 novembre 1997, Bull. n° 279.
- Cass. civ. 3^{ème} 17 décembre 1997, Bull. n° 225.
- Cass. civ. 3^{ème} 4 mars 1998, n° 9611-399.
- Cass. soc. 19 mars 1998, Bull. n° 158.
- Cass. civ. 1^{ère} 7 octobre 1998, Bull. n° 284.
- Cass. crim. 14 octobre 1998, n° 97-83877.
- Ass. plén. 6 novembre 1998, Bull. n° 4.
- Cass. crim. 16 juin 1999, n° 98-84538.
- CA Paris 8 mars 2000, n° 1999/07728.
- Cass. civ. 1^{ère} 18 avril 2000, Bull. n° 112.
- Ass. plén. 24 novembre 2000, Bull. n° 10.
- Cass. civ. 2^{ème} 11 janvier 2001, Bull. n° 2.
- Cass. crim. 25 janvier 2001, n° 98-30404.
- Ass. plén. 23 février 2001, Bull. n° 5.
- Cass. crim 5 septembre 2001, n° 00-84429.
- Cass. soc. 25 avril 2001, Bull. n° 130.
- Cass. civ. 2^{ème} 4 juillet 2002, n° 00-16526.
- Ass. plén. 24 janvier 2003, Bull. n° 1.
- Cass. civ. 1^{ère} 6 mai 2003, Bull. n° 105.
- Cass. civ. 2^{ème} 10 juillet 2003, Bull. n° 237.
- Cass. civ ; 2^{ème} 18 décembre 2003, n° 02-17.069.
- Cass. civ. 2^{ème} 22 janvier 2004, Bull. n° 14.
- Cass. civ ; 2^{ème} 12 février 2004, Bull. n° 5.
- Cass. civ. 2^{ème} 6 mai 2004, Bull. n° 213.
- Cass. civ. 2^{ème} 3 juin 2004, Bull. n° 264.
- Cass. civ. 2^{ème} 8 juillet 2004, Bull. n° 352.
- Cass. civ. 11 janvier 2005, Bull. n° 20.
- CA Aix en Provence, 15 février 2005, n° RG 146.
- Cass. civ. 2^{ème} 10 mars 2005, Bull. n° 60.
- Cass. civ. 1^{ère} 18 mai 2005, Bull. n° 212.
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 juillet 2005, Bull. n° 334.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005, n° 02-18360.
- Cass. civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, BICC n° 354.
- Cass. civ. 1^{ère} 17 janvier 2006, BICC n° 638.
- Cass. civ. 7 avril 2006, Bull. n° 195.
- Cass. soc. 24 mai 2006, n° 04-44.605.
- CA Bordeaux 16 octobre 2007, n° 06/04671.
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, Bull. n° 103.
- Cass. civ. 1^{ère} 27 mars 2007, n° 07-14301.
- Cass. civ. 19 septembre 2007, Bull. n° 286.
- CA Bordeaux, 16 octobre 2007, n° RG 06/04674.
- Cass. civ. 2^{ème} 18 octobre 2007, n° 06-13.068.

- CA Paris 18 décembre 2007, n° 06/7326.
- Cass. civ. 1^{ère} 8 octobre 2008, n° 07-15497.
- CA Aix-en-Provence 4 septembre 2009, n° 2008/514.
- Cass. civ. 1^{ère} 25 février 2009, Bull. n° 41.
- Cass. civ. 1^{ère} 25 février 2009, n° 08-18126.
- Cass. civ. 1^{ère} 25 mars 2009, Bull. n° 65.
- Cass. civ. 1^{ère} 17 juin 2009, n° 08-16861.
- Cass. crim 30 juin 2009, n° 09-80288.
- Cass. civ. 1^{ère} 8 juillet 2009, n° 08-18334.
- Cass. civ. 2^{ème} 10 septembre 2009, n° 08-14004.

2. Jurisprudence administrative

- CE 27 avril 1917, *Hoffman*, p. 336.
- CE 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, p. 110.
- CE 7 juillet 1959, *Dehaene*, p. 426.
- CE 4 janvier 1952, *Poncelet*, p. 4.
- CE 28 novembre 1958, *Blondet*, p. 600.
- CE 29 décembre 1978, *Darmont*, p. 542.
- CE 14 janvier 1987, req. n° 79960.
- CE 24 septembre 1990, *Boisdet*, p. 172.
- CE 23 octobre 1991, *Urdian Cirizar*, p. 342.
- CE 2 novembre 1992, *Kherouaa*, p. 389.
- CE 17 février 1995, *Marie et Hardouin*, AJDA 1995, p. 420.
- CE 10 mars 1995, *M. et Mme Aoukili*, AJDA 1995, p. 332.
- CE 5 mai 1995, *SARL Der*, p. 192.
- CE, 19 juin 1996, *Syndicat général CGT des personnels des affaires culturelles*, RFDA 1996, p. 850.
- CE 7 juillet 1996, *Koné*, p. 255.
- CE, 23 mai 1997, *M. Detre*, req. n° 167504
- CE 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, p. 29.
- CE 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et rassemblement des opposants à la chasse*, p. 379.
- CE, 28 juin 2002, *Garde des Sceaux Ministre de la Justice c/ Magiera*, p. 248.
- CE 30 juillet 2003, *Remli*, req. n° 252712.
- CE 12 avril 2004, *Papon*, req. n° 238689.
- CE 28 juillet 2004, req. n° 260760.
- CAA Paris 19 octobre 2004, req. n° 01PA02573.
- CE 18 juin 2008, *Gestas*, req. n° 295831.
- CE 4 septembre 2009, req. n° 311166.

3. Jurisprudence constitutionnelle

- CC décision n° 70-40 DC du 09 juillet 1970 *Loi relative au statut des magistrats*.

- CC décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des Communautés européens relatives à l'élection de l'Assemblée des Communautés au Sud*.
- CC décision n° 80-119 DC du 22 janvier 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*.
- CC décision n° 80-116 DC du 17 juillet 1980, *Loi autorisant la ratification de la Convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*.
- CC décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Loi sécurité et liberté*.
- CC décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*.
- CC décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux du Conseil de la concurrence*.
- CC décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*.
- CC décision n° 93-226 du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1994 portant réforme du code de procédure pénale*.
- CC décision n° 86-211 DC du 26 août 1996, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*.
- CC décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*.

4. Jurisprudences européenne et communautaire

- CJCE 16 décembre 1960, *Humblet c/ Etat belge*, aff. 6/60.
- CJCE 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. n° 6-64.
- CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. n° 106-77.
- CEDH 23 juin 1981, *Lecompte, Van Lewen et de Meyer c/ Belgique*, série A n° 43.
- CEDH 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, série A n° 53.
- CEDH 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, série A n° 86.
- CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, série A n° 132.
- CEDH, 6 octobre 1988 *Funke c/ France*, req. n° 10828/84.
- CEDH 9 mai 1989, *Barany c/ France*, n° 11926/86.
- CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A n° 144.
- CEDH 8 juin 1990, *Mouton c/ France*, n° 13118/87.
- CEDH 6 mars 1991, *Cunin c/ France*, n° 14238/88.
- CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, série A n° 210.
- CEDH 26 février 1993, *Padaouani c/ Italie*, série A n° 257 B.
- CEDH, 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c/ Portugal*, série A n° 286-B.
- CEDH, 23 avril 1996, *Remli c/ France* n° 16839/90.
- CEDH 19 février 1998, *Higgings c/ France*, 20124/92.
- CEDH 20 mai 1998, *Gautrin et autres c/ France*, n° 21257/93.
- CEDH, 16 novembre 2000, *Rojas Mojales c/ Italie*, n° 39676/98.

5. Jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature

- CSM Siège, 3 mars 1960.

- CSM Siège, 3 mars 1970.
- CSM Siège, 21 mars 1972.
- CSM Siège, 11 janvier 1980.
- CSM Siège 8 février 1981.
- CSM Siège, 8 juin 1988.
- CSM Siège 27 juin 1991.
- CSM Siège, 2 juillet 1992.
- CSM Siège, 5 janvier 1994.
- CSM Siège 20 juillet 1994.
- CSM Siège, 19 juin 1995.
- CSM, 28 mars 1996.
- CSM Siège 6 novembre 1996.
- CSM Siège, 6 mai 1998.
- CSM Siège, 2 avril 1999.
- CSM Siège 24 avril 2000.
- CSM Siège, 24 juillet 2000.
- CSM Siège, 15 mai 2001.
- CSM Siège, 13 juillet 2001.
- CSM Siège 9 janvier 2002
- CSM Siège, 28 février 2002.
- CSM Siège, 18 juillet 2003.
- CSM Siège, 30 avril 2004.
- CSM Siège, 27 septembre 2005.
- CSM Siège, 24 novembre 2005.

X. Sites internet

- www.assemblee-nationale.fr
- www.conseil-constitutionnel.fr
- www.conseil-etat.fr
- www.courdecassation.fr
- www.enm.justice.fr
- www.hudoc-fr
- www.legifrance.gouv.fr
- www.premier-ministre.gouv.fr
- www.senat.fr

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes

- A -

Acte juridictionnel : 14, 15, 19, 20, 22, 24, 30, 32, 34, 35, 278, 279.

Action récursoire : 262s.

Appel : 87s.

Autorité : 8, 193s., 197s, 240.

Autorité de la chose jugée : 15, 22, 30, 31, 32, 37s., 41s., 44s., 48s., 52s., 73s.

Autorité judiciaire : 8, 9, 29,., 216.

- C -

Charte européenne sur le statut des juges : 301, 368.

Chose jugée : 32, 33.

Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau : 3, 291, 292, 318.

Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature : 357, 362s., 396.

Conseil supérieur de la magistrature : 13, 146s., 285, 288, 291, 293, 364s., 370s., 426, 427.

Contrôle de conventionalité : 205s., 208s.

Conviction : 381s.

Corporatisme : 144, 149, 280s.

Cour de cassation 93, 94s.

- D -

Décret 16 fructidor An III : 6, 9.

Déontologie : 285s., 289, 290, 364s., 366s., 425s., 428.

Déni de justice : 18, 20, 255s.

Devoir de protection juridictionnelle : 324s., 329

Devoirs du juge : 284s., 288, 367, 369, 371.

Discipline : 13, 282s., 288.

Droit au respect à la légalité : 25, 307s., 310s., 329, 334.

Dualisme juridictionnel : 6, 9.

Dysfonctionnement du service public de la justice : 18, 20, 27, 250s., 339s.

- E -

Ecole nationale de la magistrature : 390, 399s., 420s.

Enregistrement des lois : 4.

Evaluation : 413s.

- F -

Faute disciplinaire : 76, 260s., 284s., 296, 318, 361s.

Faute juridictionnelle : 76s., 310s., 314s., 319, 322, 329, 334.

Faute lourde : 18, 20, 251s., 260s.

Faute personnelle : 21, 260s.

Fonction juridictionnelle : 10,13, 14, 15, 22, 24, 30, 179s., 222, 228.

Force de chose jugée : 15, 30, 31, 32.

Formation continue : 420s.

Formation initiale : 398s.

- G -

Gouvernement des juges : 177.

- I -

Impartialité : 161s., 169s., 243, 368, 371.

Imperium : 30, 31.

Imputabilité : 321s.

Inamovibilité : 138s., 142s.

Indépendance : 9, 12, 13 19, 20, 21, 29, 133s., 137s., 153s., 170, 192, 242, 243, 292, 298, 368.

Interprétation : 82, 173, 175, 179s., 181s., 185s., 191, 311.

- J -

Judiciarisation : 235s., 237s.

Juge : 4, 5, 10, 13, 202, 222, 225, 229, 238, 240, 243, 244, 332s., 347, 388s.

Jugement : 5, 30, 31, 32, 203, 377.

Juger : 10, 243, 352, 381s., 388s.

Jurisdictio : 14, 15, 24, 28, 30, 31, 171s.

Juridiction administrative : 6, 20.

Jurisprudence : 188s.

Justice : 5, 7, 8, 9, 25, 214s.

Justice administrative : 20.

Justice d'Ancien régime : 4, 214.

- L -

Loi des 16 et 24 août 1790 : 5, 6, 9, 375.

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République : 150, 216.

Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats : 23, 76, 318, 339s., 364.

Loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution : 23, 294, 298.

Légitimité : 211s., 221s., 227.

- M -

Magistrat : 10, 13, 21, 22, 25, 139, 332s., 370s., 403s., 411s., 413s.

Magistrature : 11, 12, 13, 143, 214, 298.

Mal jugé : 20, 22, 24, 47, 84s., 120, 122, 125, 253, 302s., 308s., 310s., 323.

Medium : 201s., 210, 229, 233, 234.

Ministère de la justice : 218s.

Ministère public : 11, 12.

Motifs : 74, 372, 378, 384s.

Motivation : 373s., 379s., 385s., 388.

- N -

Notation : 403s., 409s.

- O -

Opposition : 103.

Ordre de juridiction : 6.

- P -

Parlements d'Ancien régime : 4, 214.

Pourvoi en cassation : 93s., 97s.

Pouvoir judiciaire : 5.

Préjudice : 24, 307s., 314s.

Principes de Bangalore : 368.

Prise à partie : 21, 112s., 258.

Procureur : 11.

- R -

Recrutement : 392s., 394s.

Recueil des obligations déontologiques des magistrats : 289, 364, 370s.

Référé législatif : 6.

Réparation : 16,17.

Représentativité : 222s., 226s., 358.

Responsabilisation : 346, 348s., 389s., 428.

Responsable : 16, 28.

Responsabilité : 16, 17, 18, 20, 22, 27, 28, 29.

Responsabilité de l'Etat : 18, 19, 20, 22, 27, 55s., 64s., 70s., 247s., 250s., 258s., 324s., 329, 332s., 339s.

Responsabilité du juge : 21, 22, 29, 169, 192, 247s., 322s., 329, 339s.

-civile : 21, 258s.

-disciplinaire : 21, 77, 282s., 288, 291, 293s., 298, 336.

- pénale : 21, 267s., 277s.

- en tant que
dépositaire de l'autorité publique : 269s.

- en tant que magistrat :
275s.

Responsabilité juridictionnelle : 25, 28, 29, 52, 72s., 125s., 240, 241, 244, 304, 305s., 309, 319, 332s., 336s., 338, 342, 432s.

Révision : 57s., 107s.

- S -

Séparation des autorités administrative et judiciaire : 6, 9.

Séparation des pouvoirs : 4, 9.

Service public de la justice : 7, 19.

Serment : 284, 349s., 351s., 356s., 360.

Souveraineté nationale : 9, 222s.

Syllogisme juridique : 181.

- T -

Tierce-opposition : 105.

Tribunal de cassation : 6.

- V -

Vérité de chose jugée : 32, 46s.

Violation du droit communautaire : 65s

Violation du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme : 69s.

Voies de recours : 24, 32, 83, 84s., 122s., 302, 315s.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	1
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION GENERALE	4
PREMIERE PARTIE :LES OBSTACLES CLASSIQUES A LA RECONNAISSANCE D'UNE RESPONSABILITE JURIDICTIONNELLE.....	28
Titre 1 ^{er} : Les obstacles allégués tenant aux spécificités de la fonction juridictionnelle	31
Chapitre 1 ^{er} : L'autorité de l'acte juridictionnel.....	35
Section 1 : Appréciation critique de l'objection tirée de l'autorité de la chose jugée..	36
§ 1 : Du bénéfice de l'autorité de la chose jugée pour la fonction juridictionnelle..	36
A. Les conditions tenant à l'application de l'autorité de la chose jugée	37
1) La comparaison induite par le principe de l'autorité de la chose jugée.....	37
2) La remise en cause de la comparaison induite par le principe de l'autorité de la chose.....	38
B. La portée de l'autorité de la chose jugée	41
§ 2 : De la non-contrariété de principe tirée de l'autorité de la chose jugée.....	43
A. L'inefficacité de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée à l'occasion de la responsabilité juridictionnelle	43
B. La responsabilité juridictionnelle, conséquence de l'autorité de la chose précédemment jugée.....	44
Section 2 : Illustration pratique de la conciliation invoquée.....	46
§ 1 : De la stricte admission de la responsabilité étatique en matière juridictionnelle	46
A. La reconnaissance de la responsabilité étatique en cas d'erreur judiciaire	46
1) La condamnation injustement prononcée, motif de la responsabilité de l'Etat	47
2) La détention provisoire injustement subie, motif de la responsabilité de l'Etat	49
B. La reconnaissance de la responsabilité étatique pour violation du droit européen	50
1) La reconnaissance de la responsabilité étatique pour violation du droit communautaire	51
2) L'éventualité d'une responsabilité étatique fondée sur la violation du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme et/ou de ses protocoles additionnels	54
§ 2 : A l'esquisse d'une responsabilité juridictionnelle	55
A. Vers une appréciation plus stricte de l'objection tirée de l'autorité de la chose jugée	56
B. L'admission d'une faute juridictionnelle.....	58

Chapitre 2 nd : L'établissement des voies de recours	62
Section 1 : Le mal jugé appréhendé par les voies de recours.....	63
§ 1 : L'organisation de voies de recours et la censure hiérarchique du mal jugé.....	64
A. L'institution de l'appel, confession de la vulnérabilité juridictionnelle.....	65
B. Le pourvoi en cassation, garantie procédurale de bonne justice	67
1) L'enjeu du contrôle de la Cour de cassation	68
2) Les modalités d'exercice du contrôle de la Cour de cassation	69
§ 2 : La rétractation du mal jugé par le biais des voies de recours.....	72
A. Pallier l'absence de représentation à l'instance.....	72
1) L'opposition.....	73
2) La tierce opposition.....	74
B. Rectifier l'erreur	75
Section 2 : Le mal jugé non réparé par les voies de recours	77
§ 1 : La tentative échouée de la prise à partie	77
A. La procédure restrictive de la prise à partie	78
B. Un risque de confusion entre les systèmes	80
§ 2 : Pour une distinction fondamentale des mécanismes	81
A. Rectifier le mal jugé, monopole des voies de recours	82
B. Le mal jugé et l'enjeu de la responsabilité juridictionnelle.....	83
CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....	85
Titre 2 nd : Les obstacles allégués tenant aux garanties de la fonction juridictionnelle	87
Chapitre 1 ^{er} : L'indépendance du juge	89
Section 1 : L'argument tiré du privilège de l'indépendance	90
§ 1 : Le privilège mesuré de l'indépendance statut	90
A. La traduction de l'indépendance par l'inamovibilité	91
1) Une certaine garantie	91
2) Une garantie relative	93
B. La consécration de l'indépendance via l'institution du Conseil supérieur de la magistrature	95
§ 2 : Le privilège nuancé de l'indépendance vertu.....	98
A. L'exercice d'influences	99
1) Des influences professionnelles	99
2) Des influences intimes	100
B. Le devoir d'impartialité du juge	101
1) L'impartialité du juge, corollaire de l'indépendance de la justice.....	102
2) Impartialité et responsabilité du juge indépendant	106
Section 2 : L'objection tirée du pouvoir de l'indépendance	107
§ 1 : Le pouvoir juridictionnel autorisé par la liberté du juge indépendant	108
A. D'un juge « ministre du sens ».....	108
1) Un pouvoir interprétatif stigmatisé	109
a) Le mythe du gouvernement des juges	109
b) La prohibition des arrêts de règlement.....	110

2) Un pouvoir interprétatif avéré.....	111
B. A un juge « co-législateur ».....	114
§ 2 : Le pouvoir juridictionnel caractérisé par la dynamique jurisprudentielle	116
Chapitre 2 nd : L'autorité de la justice	121
Section 1 : Une autorité résultant des prérogatives du juge	121
§ 1 : Dans la protection des droits individuels	122
A. Le juge, gardien des droits fondamentaux.....	122
B. Le juge, <i>medium</i> citoyen.....	126
§ 2 : Dans le contrôle de la loi au regard du droit conventionnel	129
A. La faculté d'empêcher du juge	129
B. Le juge en tant que censeur de la loi	131
Section 2 : Une autorité confortée par la légitimité du juge.....	133
§ 1 : Une légitimité authentique originelle.....	133
A. La théorie classique d'une légitimité empruntée.....	133
1) Un lien traditionnel avec le pouvoir exécutif.....	134
2) Un lien révélé par l'existence du ministère de la justice	136
B. La théorie renouvelée d'une légitimité authentique	138
1) La légitimité des représentants par le biais électif.....	138
2) La légitimité du juge non élu	140
§ 2 : Une légitimité authentique favorisée par les mutations sociétales.....	142
A. La cause : la perte des repères	143
1) Crise de l' « Etat providence ».....	143
2) Inflexion de l'Etat de Droit	145
B. La conséquence : la judiciarisation des rapports	146
CONCLUSION DU TITRE SECOND	149
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	150
SECONDE PARTIE :VERS LA RECONNAISSANCE D'UNE RESPONSABILITE	
JURIDICTIONNELLE	152
Titre 1 ^{er} : La consécration d'une responsabilité juridictionnelle fondée sur une atteinte à la légalité	155
Chapitre 1 ^{er} : Les traditionnelles responsabilités liées à la fonction juridictionnelle.....	156
Section 1 : Une responsabilité-réparation reposant exclusivement sur l'Etat.....	156
§ 1 : La responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement.....	157
A. L'engagement pour faute lourde	157
B. L'engagement pour déni de justice.....	159
§ 2 : La responsabilité de l'Etat pour faute personnelle.....	161
A. De la notion de faute personnelle	162
B. De l'exercice de l'action récursoire.....	164
Section 2 : Des responsabilités-sanctions organisées à l'encontre du juge.....	166
§ 1 : La responsabilité pénale du juge	166

A. Une responsabilité théoriquement prévue	166
1) En tant que dépositaire de l'autorité publique	167
a) Les abus d'autorité	167
b) Les manquements au devoir de probité	168
c) Les atteintes à la confiance publique	169
2) En tant que magistrat	170
B. Une responsabilité en pratique éludée	171
1) L'esquive tirée de l'acte juridictionnel	172
2) Une immunité entretenue par le corps	174
§ 2 : La responsabilité disciplinaire du juge.....	176
A. Devoirs du juge et faute disciplinaire.....	177
B. La démocratisation de la responsabilité disciplinaire.....	182
1) De la saisine du Conseil supérieur de la magistrature par le justiciable	184
2) Du risque pesant sur l'indépendance de la magistrature.....	187
Chapitre 2 nd : L'admission d'un nouveau régime de responsabilité	189
Section 1 : Reconnaissance d'une responsabilité juridictionnelle	190
§ 1 : Les conditions de la responsabilité juridictionnelle	190
A. Le préjudice constitué par l'atteinte à la légalité.....	190
1) La reconnaissance d'un droit au respect de la légalité.....	191
2) L'étendue du droit au respect de la légalité	192
B. Le fait générateur constitué par l'atteinte à la légalité.....	194
1) La condition tenant à l'exercice des voies de recours.....	195
2) La caractérisation de la méconnaissance	196
§ 2 : L'imputabilité du préjudice.....	199
A. La faute du juge.....	199
B. Le manquement de l'Etat à son devoir général de protection des justiciables	
.....	201
Section 2 : La réalisation de la responsabilité juridictionnelle.....	205
§ 1 : La mise en œuvre de deux responsabilités distinctes.....	205
A. La « fonction réparation » de la responsabilité juridictionnelle à travers la	
responsabilité civile.....	205
B. La « fonction sanction » de la responsabilité juridictionnelle à travers la	
responsabilité disciplinaire	208
§ 2 : L'instauration d'une passerelle procédurale	209
A. Le bénéfice tiré de la loi organique du 5 mars 2007 relative au recrutement, à	
la formation et à la responsabilité des magistrats.....	209
B. L'énoncé d'un nouveau fondement de responsabilité	210
CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....	213
Titre 2 nd : La consolidation d'une responsabilité juridictionnelle fondée sur les devoirs du	
juge	214
Chapitre 1 : Une responsabilisation inhérente à ses fonctions	216
Section 1 : La responsabilisation dans l'engagement.....	216
§ 1 : L'engagement scellé par le serment.....	217

A. La prestation de serment.....	217
B. Les termes du serment	219
§ 2 : L'objectivation de l'engagement.....	221
A. L'objectivation du serment.....	221
B. L'objectivation de la déontologie	223
1) L'élaboration d'un code de déontologie	224
2) Le recueil des obligations déontologiques	227
Section 2 : La responsabilisation dans l'exigence de motivation.....	228
§ 1 : Retranscrire le raisonnement du juge	229
A. La motivation, une exigence évolutive.....	229
B. La motivation, une exigence légitime.....	230
§ 2 : Contrôler le raisonnement du juge	232
A. Le contrôle par les juridictions supérieures.....	232
1) La vérification de la conviction	233
2) La vérification des motifs de la décision	234
B. La préservation de la liberté du juge	236
Chapitre 2 : Une responsabilisation imposée par la carrière	237
Section 1 : La transmission d'une culture judiciaire	237
§ 1 : Le recrutement ou la détection du magistrat en devenir	237
A. Le recrutement par concours	238
B. L'exigence de rectitude tant juridique que morale	239
§ 2 : La formation du futur juge	242
A. Organisation de la formation	243
B. Evaluation et nomination des magistrats	246
Section 2 : La vérification de la pérennité des acquis	248
§ 1 : A travers un contrôle institutionnel.....	249
A. Le suivi de la carrière	250
B. L'évaluation du magistrat.....	252
§ 2 : A travers un soutien collectif	256
A. Par le biais de la formation continue	257
B. Par le biais d'une veille déontologique.....	260
CONCLUSION DU TITRE SECOND	262
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	263
CONCLUSION GENERALE	265
PROPOSITIONS DE TEXTES	268
BIBLIOGRAPHIE	269
INDEX	305
TABLE DES MATIERES	309

LA RESPONSABILITE JURIDICTIONNELLE

Si, juridiquement, la responsabilité s'envisage comme l'aptitude et l'obligation de répondre de ses actes, d'en assumer les conséquences ; sa reconnaissance suit, en pratique, deux objectifs distincts : la réparation d'un préjudice et la sanction de celui se trouvant à l'origine du dommage. Or, qu'il s'agisse de parvenir à l'une ou l'autre de ces finalités, l'on observera que des régimes de responsabilité ont précisément été pensés et organisés à l'occasion de l'activité judiciaire.

Toutefois, si ces systèmes prévoient la réparation du « dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice » et/ou la sanction d'un juge personnellement fautif, la reconnaissance d'une responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle, elle-même, reste diffuse, voire taboue face à la traditionnelle levée de boucliers, lesquels concernent principalement les garanties attachées à l'office juridictionnel et les qualités de l'acte juridictionnel lui-même.

Pourtant, si la fonction juridictionnelle comporte en elle-même un « facteur risque » - l'aléa judiciaire – force est de constater qu'elle s'exerce, aussi et parfois, en méconnaissance du droit objectif ; réalité, qui, mise notamment en exergue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, se révèle assurément préjudiciable non seulement pour les parties concernées, mais, au-delà, pour la collectivité toute entière.

Partant, en reconnaissant que « dire le droit et trancher les litiges » puisse s'effectuer – marginalement mais assurément – en méconnaissance d'un droit au respect de la légalité, la question de la consécration d'une responsabilité du fait de la *jurisdictio*, parallèlement aux régimes actuellement en vigueur, se poserait. Aussi, et sans pour autant considérer qu'une décision soit en elle-même fautive, il s'agirait de rechercher dans quelle mesure et selon quelles modalités pourrait émerger une responsabilité du juge, laquelle serait précisément juridictionnelle.

JURISDICTIONAL RESPONSIBILITY

Legally, responsibility is defined as the ability and the obligation to answer for one's actions and bear the consequences; in practice, establishing responsibility has two separate aims: the compensation of a loss and the sanction imposed on the party having caused the damage. We will observe that legal responsibility systems have been designed and organised for both purposes.

These systems provide for the compensation of “damage caused by the defective functioning of justice” and/or the sanction of a judge personally at fault. However, recognition of the responsibility of the jurisdictional function itself remains vague, and can still be a taboo in the face of the traditional hue and cry it triggers, which mainly result from the safeguards attached to the jurisdictional office and the very quality of the jurisdictional act.

Although the jurisdictional function itself contains a “risk factor” – legal hazard – one also has to admit it is sometimes exercised in ignorance of objective law. This is a reality which has been underlined by the European Court of Human Rights, among others, and which is surely detrimental not only to the parties involved, but also to the community as a whole.

Therefore, admitting that “judgement may be passed and disputes settled” while – rather rarely, but definitely – ignoring the right to see the law obeyed raises the question of adding the sanction of a responsibility borne by the *jurisdictio* to the systems currently in use. So without questioning the validity of the judgement itself, we would have to establish to what extent and under what terms the judge's responsibility might emerge. Such responsibility would indeed be jurisdictional.