Magistrature et Responsabilité

LA RESPONSABILITÉ DES MAGISTRATS : L'ÉVOLUTION D'UNE IDÉE (*)

Étude

par Marie-Anne FRISON-ROCHE,
Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Le principe de responsabilité des magistrats est aujourd'hui très discuté, souvent d'une façon critique à partir d'un grief d'irresponsabilité alors que leur pouvoir ne cesse de s'accroître. On songe à imposer une réforme, notamment par la mise en place d'une responsabilité personnelle. Mais le système légal actuel est satisfaisant et respecte l'esprit de l'institution judiciaire dans son rapport au justiciable, en ce qu'il met en avant la responsabilité de l'État, le juge n'agissant que comme agent de celui-ci. Vouloir établir directement une responsabilité personnelle serait favoriser un mouvement de personnalisation de la justice qui ne mérite guère approbation. Mais, il convient que la responsabilité de l'État soit aujourd'hui plus effective : pour cela, il faut notamment supprimer l'exigence d'une faute lourde.

1 - « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Tout est posé, sauf à affirmer que ce que fait un juge n'est jamais « quelconque ». Face à la puissance de l'intemporel article 1382 du Code civil, pourquoi parler du juge particulièrement ? Ou, à tout le moins, peut-on le faire sur un mode anodin, suivant un simple découpage de la responsabilité ? Ce droit spécial de la responsabilité serait alors l'une de ses infinies illustrations, parmi les diverses responsabilités professionnelles.

2 - Il semble exister au contraire une résistance à une réduction de la responsabilité du juge au droit commun, même plus spécifiquement appliqué. Il faut en tout cas supposer l'existence d'une telle réticence du fait que l'idée même d'une responsabilité du magistrat s'impose à peine aux esprits et qu'elle ne vient en tout cas que sous la forme d'une responsabilité spécifique, taillée sur mesure, qui requerrait des textes et des institutions spéciales. Et encore ne vient-elle que comme hypothèse et non pas comme support d'une réforme préparée ou comme fondement de condamnations prononcées. Lorsque M. Daniel Ludet s'autorise à poser la question *Quelle responsabilité pour les magistrats* ?, c'est dans un numéro de revue (1) que son directeur affirme dans son avant-propos comme particulièrement impertinent... (2). Le temps des questions serait encore celui des audacieux. Le temps des réponses, des textes, des condamnations, est-il même à l'horizon ? Pourquoi l'idée même d'une responsabilité des magistrats était-elle naguère en quelque sorte impensable, à tout le moins difficile à penser ?

3 - Trois explications peuvent être avancées : La première est d'ordre idéologique. Elle a trait à l'idée que le juge n'est pas cet homme quelconque de l'article 1382 du Code civil. Le juge ne serait pas un personnage comme un autre et sa théâtralisation actuelle accroît cette idée de la singularité. Le juge prendrait soit la nouvelle figure du héros (et cela est exclusif de l'idée de l'ordinaire) soit la figure retrouvée du prêtre dans nos sociétés, appelant, du fait d'une mission devenant alors quasi-divine, la règle selon laquelle on ne demande pas des comptes à Dieu et à ses ➢

(*) Cet article est issu d'une conférence faite dans le cadre d'un colloque organisé par l'École Nationale de la Magistrature les 25 et 26 mars 1999, lequel était construit sur les résultats d'un atelier de formation continue mené par Mme D. Commaret, Avocat général à la Cour de cassation. Certaines interventions sont disponibles sur le site Internet de l'École Nationale de la Magistrature (enm.justice.fr).

(1) Les juges : Rev. Pouvoirs n° 74, 1995, p. 119-137.

(2) Ibidem, O. Duhamel, p. 5.

saints. Les idéologies n'apparaissent jamais aussi purement mais ce sont des traces de leur radicalité inhérente que l'on peut retrouver dans bien des phénomènes concrètement observables.

4 - Une telle marque peut notamment être trouvée dans le fait que pour l'instant et paradoxalement, on semble retenir plus aisément la responsabilité de l'État pour l'activité de ses « quasi-magistrats » (Commission bancaire [3], COB [4]), enquêteurs de la concurrence [5]) que pour celle de ses magistrats, comme si la qualité expresse et incontestable de juge avait un effet répulsif sur l'idée de responsabilité.

5 - *A contrario*, si l'on a une conception moins mystique du juge, si on le considère plus concrètement comme un professionnel doté de pouvoirs afin de mener à bien la mission pour laquelle ceux-ci lui ont été donnés - appliquer la loi, sanctionner ses violations, trancher les litiges, trouver des solutions -, ces fonctions engendrent des obligations, pour la satisfaction desquelles des pouvoirs sont conférés. Il faut alors naturellement songer à la responsabilité des juges.

6 - La deuxième explication du fait que naguère on ne songeait pas à la responsabilité des juges est d'ordre plus sociologique. En effet, pour être responsable, il faut avoir du pouvoir. On connaît le double sens de « responsable » et la tautologie juridique qu'il engendre : seul le responsable est responsable. Or, on a martelé, dans les faits et dans les têtes, par de nombreuses variantes, que les juges n'avaient pas de pouvoir. On a pu l'affirmer sur un mode politique mettant en avant l'article 66 de la Constitution selon lequel l'autorité judiciaire n'était pas un pouvoir, dans une glose infinie de la distinction entre pouvoir et autorité, interstice dans lequel on peut glisser ce que l'on désire. Une variante dogmatique du refus de reconnaître le pouvoir des juges brandit l'article 5 du Code civil : ils ne font qu'interpréter la loi dans laquelle la totalité du pouvoir et la totalité de la légitimité du pouvoir sont contenues. Enfin, un discours politiste insinue volontiers que les juges n'ont pas de pouvoirs parce qu'ils sont soumis à d'autres pouvoirs, notamment ceux politique et économique.

7 - *A contrario*, il peut advenir, dans les faits ou dans les consciences ou dans les représentations sociales, que les magistrats obtiennent du pouvoir, par le renversement des affirmations précédemment mentionnées. On observe ainsi que le terme d'« autorité judiciaire » n'est pas sacramentel et qu'il faut compter désormais avec un triptyque constitutionnel des pouvoirs. On reconnaît que le juge dispose non seulement d'un pouvoir mais d'un devoir de créer du droit, pouvoir légitimité par le seul visa de cette obligation que lui impose l'article 4 du Code civil. Enfin, on prend acte de ce que le juge s'est forgé une indépendance, par les preuves qu'il en a données, notamment à l'égard du pouvoir politique mais également à l'égard du pouvoir économique. La légitimité du pouvoir des juges vient du principe de neutralité du droit, selon lequel on ne doit pas considérer les puissances de fait comme des normes mais comme de simples situations n'engendrant pas de pouvoirs juridiques opposables. Dans ces conditions, naturellement, il faut songer à la responsabilité des juges.

8 - La troisième explication de cette absence jusqu'à il y a peu d'une idée de la responsabilité des juges, et il faut l'évoquer, tient dans le mécanisme sociologico-économique de capture. La capture est le comportement humain le plus partagé, et le plus néfaste en ce qu'il empêche toute régulation. La capture consiste pour celui qui détient un pouvoir qui peut par ailleurs servir ou contrarier son intérêt, à en faire usage ou à ne pas l'exercer en fonction de ses intérêts. Dès l'instant qu'on veut bien admettre comme postulat théorique que l'homme est ordinairement guidé par ses intérêts, qu'il n'y pas d'héroïsme commun, celui qui est en conflit d'intérêts, l'intérêt public d'un côté et son intérêt particulier de l'autre, choisira le comportement qui sert ce dernier, sauf exception. Mais l'on ne construit pas des règles, ni des règles d'explication ni des règles juridiques sur des exceptions ; comme l'affirme le Doyen Jean Carbonnier, on ne construit pas un droit pour des héros. Or, qui doit apprécier la responsabilité des juges ? les juges. Les juges n'ont pas nécessairement intérêt à se sanctionner-eux-mêmes et/ou à le faire savoir. Il est pourtant difficile de faire autrement et le thème platonicien est récurrent : « qui gardera les gardiens ? ». Qui jugera les juges des juges ? etc.

9 - Ce cercle vicieux de la régression à l'infini et de l'étouffement du contrôle par la capture n'en est pas moins critiquable. Il entraîne en tout cas un soupçon systématique (au sens où c'est le système même qui engendre le soupçon du justiciable ou de l'observateur). Ainsi, la doctrine avait naguère protesté contre la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui, par un arrêt du 9 décembre 1981 (6), avait rendu impossible la responsabilité d'un juge dès l'instant qu'il reste dans son office juridictionnel. On y vît l'établissement par les juges d'une règle leur étant directement favorable. Le reproche pourrait alors être étendu puisque cette jurisprudence est commune à la Cour de cassation et au Conseil d'État (7).

10 - En tout cas, s'il est admissible que la responsabilité des juges prenne une forme disciplinaire et relève alors du Conseil supérieur de la Magistrature, le caractère non nécessairement public des procédures, caractéristique des régulations capturées, ne peut persister. Et puisque procès disciplinaire il y a, il doit comporter toutes les garanties pour le juge poursuivi et pour les autres. C'est d'ailleurs une conclusion très forte à laquelle ont mené les réflexions menées par l'École Nationale de la Magistrature (8).

11 - De toutes façons, cette autarcie du corps judiciaire, qui peut confiner à l'absence de responsabilité, n'est plus viable. Cela tient notamment à l'arrivée d'un tiers, car le tiers perturbe toujours la capture en ce qu'il la révèle et la conteste. L'opinion publique joue ici le rôle du tiers. Elle est certes plus ou moins habilement activée par les pouvoirs précités nouvellement contrariés par les juges mais cette pression existe désormais et oblige à songer à la responsabilité des juges.

12 - Il ne s'agit ici que de procéder à une introduction du thème général de la responsabilité du juge, en essayant de restituer un mouvement. Pour cela, on prendra des questions élémentaires : qui est responsable (le magistrat pris en tant que personne particulière ou en tant qu'agent d'une institution de l'État) ? pourquoi est-il responsable (violation d'une règle morale de comportement ou défaillance de sa mission juridique, ou dysfonctionnement de l'État) ? Des réponses aux deux premières questions, découle ce qui serait la nature de la responsabilité du juge.

13 - Le souci premier n'est pas de prendre position de telle ou telle façon mais de détecter les effets pervers dans des évolutions perceptibles mais encore disponibles. Le droit est un système : l'effet pervers y est dévastateur. Ainsi, un phénomène souhaita-

(3) Arrêt de principe : CE, ass., 29 déc. 1978, Darmont : D. 1979, p. 278, note M. Vasseur. V. aussi J. Moreau, « La responsabilité des magistrats et de l'État du fait de la justice, L'apport du droit administratif, in La responsabilité des gens de justice : Rev. Justices n° 5, 1997, p. 39-48. Sur la référence, regrettable, que l'arrêt fait à l'autorité de chose jugée, V. infra n°s 60 s.

(4) Aff. Cie diamantaire d'Anvers : Cass. com., 26 oct. 1993 : RD bancaire et bourse 1993, p. 263. - CA Paris, 6 avr. 1994 : D. 1994, p. 11. - Cass. com., 9 juill. 1996 : Bull. civ. IV, n° 203.

(5) Le Monde 13 mars 1999.

(6) D. 1983, p. 352, note crit. W. Jeandidier.

(7) CE, 29 déc. 1978, Darmont, préc. note (3).

(8) D.-N. Commaret, La responsabilité du juge, Synthèse des travaux de l'atelier de formation continue, ENM 1998/1999, p. 22 s. : Annonces de la Seine 12 août 1999.

ble peut, d'une façon inattendue, engendrer plus d'inconvénients que d'avantages : le législateur, le système juridique d'une façon plus générale, doit alors y renoncer, dans son principe (9). Par exemple, si la responsabilité personnelle du juge conduit à l'empêcher d'exercer son office, il faut rebrousser chemin (10). La responsabilité du juge serait ce que l'on peut appeler une « cause perverse », en ce qu'elle produirait un effet nocif, ici l'entrave à l'exercice de l'activité juridictionnelle. On peut aussi analyser la responsabilité du juge comme un véritable « effet pervers », c'est-à-dire se révélant être la conséquence d'un phénomène critiquable. Ainsi, si on pense de plus en plus la responsabilité du juge comme une responsabilité personnelle - et non pas en terme de responsabilité de l'État du fait de celui-ci-, cela traduit une désinstitutionnalisation du fonctionnement de la justice, qui est critiquable (11).

14 - La reconstitution d'une logique perverse est alors possible et peut par exemple prendre la forme d'une séquence suivante : les juges agissent « en personne » sans lien d'agence avec l'institution - on songe les concernant à une responsabilité de type personnel, engagée même lorsqu'ils font leur métier dans leur activité juridictionnelle - la justice se paralyse, entravée dans sa raison d'être et sa mission essentielle. C'est là que peut intervenir le politique, en brisant le déroulement mécanique des logiques perverses. Dans cet espoir, il convient de reprendre l'hypothèse de la responsabilité du magistrat pris en tant que personne (**1**) ou rechercher les contours de l'hypothétique nature de sa responsabilité (**2**).

1 L'hypothèse de la responsabilité du magistrat pris en tant que personne

A - L'hypothèse de la responsabilité du magistrat, conséquence de l'affaiblissement de la notion d'agent

B - Le risque de la responsabilité du magistrat comme conséquence de la personnalisation de son pouvoir

15 - Ce qui est en discussion aujourd'hui, comme s'il était acquis que la responsabilité de l'État n'est plus de droit ou de fait suffisante, c'est l'hypothèse de la responsabilité propre du magistrat. Elle apparaît comme la conséquence de l'affaiblissement de la notion d'agent, notion selon laquelle le magistrat était purement et simplement l'agent de l'institution judiciaire (A). Mais cela conduit parfois à une personnalisation du pouvoir du juge, dont sa responsabilité sera le prix pervers (B).

A - L'hypothèse de la responsabilité du magistrat, conséquence de l'affaiblissement de la notion d'agent

16 - Selon la conception classique, le magistrat est un agent du service public de la justice, lequel reste parfaitement inséré dans l'État, ce qui n'est pas contradictoire avec le principe de son indépendance. La conséquence en est la suffisante responsabilité de l'État du fait de ses magistrats (1°). Mais, notamment parce que de fait cette responsabilité a été si rarement engagée, parce que sous le principe de responsabilité, les textes et la jurisprudence ont tissé de telles exigences de modalités que les restrictions dans les modalités en sont venues à contredire le principe, le magistrat se met à agir « en personne » (2°).

1° Les conséquences de la conception du magistrat comme agent d'un service public

17 - Le droit positif prend acte de ce que le magistrat agit comme agent de l'institution judiciaire. C'est pourquoi, selon l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, c'est l'État qui doit d'une façon première en répondre devant le justiciable. Mais, en raison des exigences (faute lourde ou déni de justice), la doctrine a pu dénoncer un « verrouillage » conduisant à une irresponsabilité recherchée de l'État (12).

18 - Pourtant sans qu'il faille repenser encore les textes, cet état de fait a vocation à évoluer. Et l'on peut observer que le mouvement se fait vers un droit plus ordinaire, ce qui mérite en soi l'approbation. Tout d'abord, il faut relever l'usage nouvellement fait de la seconde branche de l'alternative sur la référence au « déni de justice ». En décidant que la lenteur de la justice pouvait concrètement correspondre à une hypothèse de déni de justice, le Tribunal de grande instance de Paris, par jugement du 5 octobre 1997 (13), puis la Cour d'appel de Paris par un arrêt confirmatif du 20 janvier 1999 (14), ont engagé la responsabilité de l'État du fait de son service public de la justice.

19 - En procédant ainsi, la jurisprudence concrétise cette charge essentielle de l'État qu'est la protection juridictionnelle effective (15), laquelle n'existe que si d'une part il y a un accès au juge (16) et si d'autre part, le délai d'obtention d'un jugement est prévisible et raisonnable. Comme souvent, c'est la déclaration de responsabilité qui précède l'énonciation des droits. À travers le maniement de la responsabilité, c'est une régulation de l'institution qui se met en place, par une sorte de leçon donnée à l'État par les juges eux-mêmes.

20 - Ensuite, une évolution plus globale des règles régissant la responsabilité de l'État du fait de son service public de la justice peut être attendue sur le terrain de l'appréciation de la faute, même lorsque la faute lourde reste requise par le texte. Tout d'abord, de fait, et sans doute parce qu'il s'agit d'une appréciation portée par le juge judiciaire et non pas par le juge administratif, le caractère lourd de la faute est plus aisément reconnu (17).

21 - En second lieu, plus fondamentalement, il y a potentiellement un bouleversement de la donne en raison du droit pénal qui frappe les fonctionnaires, premier phénomène qui interfère avec ce qui serait un principe de précaution dans l'action de décision et de contrôle. Ces deux mouvements aboutissent à une perspective d'une responsabilité pénale systématique des décideurs publics dont on mesure encore difficilement et l'ampleur et les conséquences.

22 - Le système juridique sera alors confronté à une contradiction née d'une responsabilité pénale du décideur, ou du conseiller, ou du contrôleur, publics, plus facilement obtenue que la responsabilité de l'État. Il faudra alors que celle-ci évolue vers une

(9) Certes, il y a dans le discours de « l'effet pervers » une certaine rhétorique d'intimidation pour entraver ou obtenir le renoncement d'adoption d'une mesure en elle-même souhaitable. Sur cet aspect, V. A. Gosselin, La logique de l'effet pervers, PUF, coll. Sociologies, 1998.

(10) Sur la question de l'activité susceptible d'entraîner une responsabilité et notamment la question de savoir si l'exercice de l'activité juridictionnelle ou l'hypothèse de la violation de la loi à l'occasion de celle-ci peut engager la responsabilité du juge, V. infra n°s 55 s. ?

(11) Sur le juge qui apparaît en personne, V. infra n°s 24 s.

(12) G. Giudicelli-Delage, La responsabilité des magistrats et de l'État en matière pénale, in La responsabilité des gens de justice, préc. note (3), p. 25-38.

(13) D. 1998, p. 9 s., note M.-A. Frison-Roche.

(14) D. 1999, Flash avr. 1999.

(15) E. Guigou, La justice au service du citoyen, in Le service public de la justice, p. 11-27, Odile Jacob, 1998.

(16) Aujourd'hui constitutionnalisé par la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1996, Polynésie française (AJDA 1996, p. 371, obs. O. Schrameck).

(17) Cass. com., 9 juill. 1996, Cie diamantaire d'Anvers, préc. note (4).

admission plus large car il n'est pas admissible qu'il soit plus facile d'obtenir la responsabilité pénale de l'agent que la responsabilité ordinaire de l'État au nom duquel il agit, sauf à risquer une sorte de krach du système juridique. Tout cela tend vers une responsabilité restant concentrée sur l'État du fait de ses juges, dans un principe conservé mais selon des modalités plus ordinaires.

23 - Mais il n'est pas sûr qu'on prenne une voie si raisonnable et l'on évoque plus souvent une responsabilité qui devrait frapper le magistrat d'une façon personnelle, que la perspective d'une recrudescence organisée de la responsabilité de l'État. Que la pensée s'oriente ainsi montre qu'on se réfère implicitement à un magistrat qui n'agit plus comme un agent du droit mais qui paraît « en personne ». Dès lors, à effet pervers, effet pervers et demi...

2° Les effets attachés aux actes d'un magistrat agissant en personne

24 - Le magistrat apparaît désormais en personne. Ou plutôt certains juges et dans quelques circonstances. Tout d'abord, et le droit s'est saisi de cela, le magistrat peut agir anormalement en personne, c'est-à-dire en se comportant comme s'il ne servait plus le service public, comme s'il ne servait plus le droit. C'est l'hypothèse d'une responsabilité d'un juge « hors de lui ». On retrouve cette idée dans l'admission par le Conseil supérieur de la Magistrature d'une action disciplinaire contre un juge parce que sous les « apparences » de l'exercice de son activité juridictionnelle, son acte y était « étranger » (18).

25 - Le juge cesse d'être juge : il devient apte à la sanction. C'est ce fait d'un juge qui se perd, ce dévoiement du comportement d'un homme qui ne se soucierait plus de son office de juge et d'agent, le ramenant au comportement de quiconque, constituant la faute même, qui le ramène mécaniquement vers le droit commun. Cela est normal mais n'a trait qu'à des comportements individuels de magistrats dont on pourrait dire qu'ils se sont oubliés.

26 - En revanche, l'on a pu affirmer que les magistrats non seulement agissent mais encore devraient agir désormais en personne. Nous n'aurions plus affaire à un écart mais à ce qui serait une nouvelle norme sociale, pourquoi pas une obligation déontologique ! Les magistrats devraient s'arracher de ce statut d'agent, cessé d'avoir un rapport à la réalité médiatisé par l'institution, pour se mettre dans un rapport direct avec notamment une idée d'équité. Cela suppose un détachement voire une opposition par rapport à l'institution judiciaire et à l'État. Il y aurait un risque de dérapage, qui se concrétiserait sur le terrain de la responsabilité : la responsabilité personnelle pourrait être évoquée, alors même que le magistrat ne serait pas sorti de sa tâche juridictionnelle. C'est l'exemple même de l'effet pervers, la responsabilité comme prix de la désinstitutionnalisation.

B - Le risque de la responsabilité du magistrat comme conséquence de la personnalisation de son pouvoir

27 - La personnalisation du pouvoir des magistrats n'est pas tant de leur fait, mais participe de l'importance dans notre société du phénomène de vedettariat auquel ils ne peuvent pas toujours résister. Cela ne signifie pas pour autant que le mouvement ne soit pas abusif et dangereux. Tout d'abord, la responsabilité peut alors traduire le fait social de brûler ce que l'on a adoré, puisque désormais l'on semble adorer les juges (1°). Par un autre choc en retour, le juge, après avoir suscité malgré lui une confiance aveugle, peut aujourd'hui être victime à son tour d'un soupçon systématique, de ceux qu'il est épuisant de combattre (2°).

1° Le risque premier d'une responsabilité engendré par l'adoration du juge

28 - On évoque volontiers le prêtre pour désigner le juge. Mais ce n'est pas parce c'est historiquement vrai qu'il faut nécessairement river un juge à une mission sacrée, un sacré dont il serait l'ultime gardien dans des sociétés sans âme ni morale. Toujours est-il que l'on développe une conception du juge à la fois si parfaite et si complète que les oscillations de la doctrine semblent se faire désormais entre la description du phénomène par référence au monothéisme ou évocation de plusieurs dieux olympiens dont le juge exprimerait les qualités réunies.

29 - Nous allons aujourd'hui vers davantage. C'est une perfection nouvelle qui est demandée au juge : il doit être non seulement parfaitement sage, parfaitement savant mais encore parfaitement humain (19). En effet, il faut non seulement que le juge ne se trompe jamais, qu'il connaisse bien sûr le droit mais encore l'équité, qu'il juge toujours juste. Mais il faut encore qu'il comprenne parfaitement l'être humain qui s'adresse à lui, qu'il éprouve ce qu'il éprouve, qu'il souffre ce qu'il souffre. Il y a de l'empathie dans la justice de proximité.

30 - Cet être à la fois entièrement Dieu et entièrement humain, correspond à une figure très précise en théologie : c'est celle du Christ. On peut tout craindre lorsqu'un tel fantasme s'empare de la société, y compris le sacrifice qu'elle peut par la suite faire du personnage. En tout cas, face à une telle attente, au lieu de constater l'incapacité naturelle de l'institution judiciaire à y faire face, la tendance sociale peut alors être de vouloir engager la responsabilité de ce juge qui se révélera nécessairement décevant au regard des miracles que certains attendent aujourd'hui de lui. La responsabilité du juge aura alors un goût de lapidation pour l'opinion publique. La nostalgie que certains expriment concernant la procédure de prise à partie (20), l'illustre. Mais, de la même façon que le juge ne doit pas admettre cette dérive de l'adoration, le droit ne doit pas prêter la main à une excessive responsabilité personnelle.

2° Le risque d'une responsabilité engendrée par un soupçon systématique à l'encontre du juge

31 - Dans ce retour à une conception charismatique, accréditant le fait que le juge ait tous les pouvoirs, après avoir été censé d'en avoir aucun (21), le magistrat est redouté, irrationnellement craint, dans des dimensions inconsidérées mais qui ont des conséquences très importantes.

32 - La réaction est politique. Elle est double, répondant au sens ambivalent de la responsabilité. Tout d'abord, on va chercher à accroître la responsabilité du juge dans le dessein de limiter l'amplitude de ses actes, l'ampleur de son pouvoir. Certes, le lien entre pouvoir et responsabilité est légitime et doit jouer pour le juge : le juge tire son pouvoir du droit, il ne peut rien hors de lui, il ne doit rien faire hors de lui, et s'il l'excède, il a agi sans légitimité et doit être sanctionné. Les sanctions pour excès de pouvoir ou détournement de procédure expriment cette vigilance.

33 - Mais l'idée politique est inverse : il s'agit de limiter les pouvoirs du juge, puisque le juge décide d'une façon que certains

(18) Cité par S. Guinchard, La responsabilité des gens de justice. Rapport de synthèse, in La responsabilité des gens de justice, préc. note (3), p. 126.

(19) V., sur ce point, les éclairantes conclusions d'un travail collectif mené par le Pr Olgierd Kuty à l'Université de Liège, sept. 1998.

(20) La procédure de prise à partie subsiste d'ailleurs pour les magistrats faisant partie des juridictions d'attribution. V. G. Pluyette et P. Chauvin, Responsabilité du service de la justice et des magistrats, J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 74, nos 169-200.

(21) V. supra n° 6.

hommes politiques estiment irresponsable. Dès lors, on ne veut pas que le juge soit « responsable », c'est-à-dire qu'il puisse exercer d'une façon autonome des pouvoirs. C'est ce qui est en train d'arriver au juge d'instruction, à travers le projet de loi sur la présomption d'innocence.

34 - Voilà l'exemple même de l'effet pervers : tout d'abord, le Parlement légifère à partir de quelques éventuels abus, ce qui est contraire aux règles de l'art législatif. Ensuite, tout au contraire, il faut que le juge monte en puissance et le politique peut et doit contribuer à cela. En effet, on observe une concentration des puissances sans équivalent, en densité et en étendue, notamment en ce qui concerne le pouvoir économique. De fait, la juridiction devient un organe de régulation, peut-être le seul, si l'on estime que l'État est affaibli par la limitation naturelle de ses pouvoirs au territoire.

35 - Il faut donc que le droit monte en puissance et son agent premier, c'est le juge. Certes, on se rapproche ainsi d'une conception anglo-saxonne de celui-ci mais l'on ne peut à la fois se plaindre de l'excessive puissance de Microsoft ou d'Intel et de ne pas donner acte du fait que c'est le juge qui actuellement les contraint. De la même façon, il a fallu juridictionnaliser l'OMC pour que les rapports économiques entre États cessent d'être de pure force.

36 - Ainsi, un juge plus puissant est requis, dans l'étendue de ses pouvoirs (coopération internationale, constitution d'urgence d'un espace judiciaire européen) et dans son office (pouvoir de contrainte plus fort - généralisation du pouvoir d'injonction-, pouvoir accru de collecte des preuves - maintien d'une organisation inquisitoire des procédures, qu'elles soient civiles ou pénales). Dans ces conditions, résoudre le problème de ce qui serait une absence de responsabilité - au sens de ce qui engendre les sanctions - du juge par une limitation de ses responsabilités - au sens de ce qui confère des pouvoirs-, c'est un contresens et c'est une faute politique.

37 - Mais le plus grave effet de la personnalisation du magistrat, c'est la montée en puissance du soupçon. L'installation de ce soupçon, s'il devient systématique, entraînera des contrôles *a priori* de l'exercice des pouvoirs et finalement l'amputation des pouvoirs. Or, la responsabilité a le mérite de n'intervenir qu'*a posteriori*, comme gage du pouvoir exercé.

38 - Dans ce cadre, l'enjeu primordial est celui de la motivation. En effet, par celle-ci le magistrat se justifie, se prête à l'appréciation et au jugement de tous. Tous les magistrats doivent s'y soumettre, doivent rechercher cette obligation de motivation, même s'il s'agit des Hauts magistrats de la Cour de cassation, même s'il s'agit des magistrats du Ministère public, notamment lorsqu'ils décident d'un classement sans suite.

39 - De cette façon, la responsabilité du magistrat prend sa juste place. Elle permet de fonder ce que doit être un juge : le professionnel qui applique le droit au nom de l'État pour assurer l'effectivité des droits des citoyens. Cette double attache, à l'État qui reste le cadre d'action du magistrat, au professionnalisme qui est la mesure d'appréciation de son activité, débouche sur ce qui pourrait être la nature de cette hypothétique responsabilité du magistrat.

2 L'hypothétique nature de la responsabilité du magistrat

A - La tentation d'une suffisante responsabilité morale du magistrat

B - La nature juridique de la responsabilité du magistrat

40 - Lorsqu'on aborde non plus le principe mais la teneur de la responsabilité du magistrat, on a immédiatement affaire à un conflit de systèmes normatifs : celui de la morale et celui du droit. Or, concernant le magistrat, on est parfois tenté de proposer la suffisance de la morale pour exprimer la juste responsabilité, ce qui a pour effet, mécanique si ce n'est recherché, d'éloigner la perspective d'une responsabilité pleinement juridique. Ici, comme dans bien d'autres domaines, il faut résister à la tentation de l'éthique (A) pour se contenter d'une conception juridique de la responsabilité, conception moins glorieuse peut-être mais dont on peut exiger une certaine effectivité (B).

A - La tentation d'une suffisante responsabilité morale du magistrat

41 - À lire certains travaux, le monde judiciaire peut être tenté par le mythe de l'autorégulation éthique (1°), lequel ne peut guère persister en raison des soupçons qui tomberont sur les juges quand leur tour sera venu (22) (2°).

1° La tentation du mythe de l'autorégulation éthique

42 - Fréquemment, on affirme qu'il serait suffisant que le magistrat réponde devant sa conscience de l'usage qu'il fait de ses pouvoirs. Mais on sait que ceux qui n'entendent répondre que devant le tribunal de leur conscience, pourquoi pas le Tribunal de la Raison, ou bien encore celui de l'Histoire, n'exercent pas nécessairement leur pouvoir dans l'intérêt de ceux qui en sont l'objet.

43 - L'on ne peut qu'être contrarié par l'ambiguïté d'une telle responsabilité morale, sans sanction extérieure. En elle-même, la sanction morale suppose une sorte de dédoublement éthique : je réponds de moi devant moi-même et cela m'affecte. Cette mauvaise conscience suffit à réguler la conduite. Mais cela requiert un héroïsme et un sens moral qu'il n'a pas de raison de présumer dans un degré de concentration plus dense chez les magistrats que chez les autres hommes. De plus, la responsabilité morale, qui ne sort pas du sujet, ne contente en rien la victime de la faute.

44 - Certes, l'obligation morale se cristallise en déontologie, ce qui accroît d'ailleurs son ambiguïté (23). En l'espèce, à la déontologie du juge correspond l'ensemble des règles disciplinaires. Quand on cherche la différence entre obligation morale et obligation juridique, ou plutôt qu'on se contente de son indice, on prête en effet attention à l'existence d'un organe répressif, composé des professionnels concernés. En cela, les magistrats appartiennent au même titre que les avocats à la « profession judiciaire » (24).

45 - C'est donc le Conseil supérieur de la Magistrature qui est au cœur de la responsabilité déontologique et reprend cette perspective moraliste. Or, cette responsabilité n'est pas suffisante. En effet, en premier lieu, on ne peut traiter à la légère le soupçon né du fait de ne rendre des comptes qu'à des pairs, à ces autres soi-même. Et si l'on fait comme si ce soupçon n'existe pas, sous prétexte qu'il n'est pas fondé - ce qui n'est pas la même chose-, on risque des chocs en retour (25).

(22) V. supra n°s 8 s.

(23) D. Gutmann, La déontologie, entre obligation morale et obligation juridique, in L'obligation, Archives de philosophie du droit, à paraître.

(24) Au sens où l'entend la sociologie anglo-saxonne des professions. V. L. Dubar, Sociologie des professions, Armand Colin, coll. U, 1998.

(25) V. notamment supra n°s 30 s.

46 - En second lieu, la responsabilité déontologique et disciplinaire est fondamentalement insuffisante en ce que cette intériorisation de la responsabilité dans le milieu professionnel, - dont la pratique du huis clos est la traduction procédurale (26) - ne correspond pas à ce qu'est la justice, par nature publique. À tout le moins, elle est en décalage avec la conception par ailleurs avancée d'un juge avant tout en contact avec la cité et le justiciable et non pas avec son corps professionnel. Il conviendrait donc de penser en termes à la fois plus juridiques et plus ordinaires, et notamment institutionnellement en « externalisant » la responsabilité des juges. Dans ce mouvement vers une certaine banalisation de la responsabilité des juges, il convient d'éviter un autre mythe, lequel pourrait engendrer une responsabilité sans mesure du juge : celui de la pure objectivité.

2° La tentation du mythe de la pure objectivité

47 - Cette autre tentation correspond à l'image héroïque que l'on se fait du juge. Elle est fausse et dangereuse et c'est le juge qui en paiera le prix. Comment le juge pourrait-il accéder à cette pure objectivité ? À trop le croire, on finirait par l'exiger. On ne peut que se méfier de la naïveté d'une telle conception d'un juge qui serait objectif, sa conscience éthique lui permettant de s'arracher à sa subjectivité. Ce n'est pas même la peine de replonger dans les débats pour savoir ce qui serait bien : il vaut mieux arrêter ici la dispute, en constatant que l'hypothèse d'un juge purement objectif, l'idée même qu'il puisse l'être parfaitement, est fausse.

48 - Ce que l'on est en droit d'attendre du juge, c'est son impartialité. Mais parce que le juge est un homme (c'est la première chose qu'il convient de rappeler, tant la tentation de contourner ce fait paraît grande aujourd'hui), il juge avec sa subjectivité. Et il est bien qu'il en soit ainsi, le juge humanisant l'institution qu'il sert et le droit qu'il applique. C'est la procédure qui garantit, par le caractère général et aveugle de ses règles, que sa subjectivité ne devienne pas néfaste. Il en sera notamment ainsi par le soin et la solidité de la motivation, principe qui trouve ici une nouvelle raison d'être respecté (27).

49 - La partialité subjective ne correspond qu'à des accidents mais l'impartialité objective est l'ordinaire qui constitue la clé de voûte du système, impliquant que le juge ne s'autorise pas à faire une application ou une interprétation des faits et du droit qu'il ne pourrait justifier. Le principe d'impartialité est ce qui justifie la confiance que l'on peut donner *a priori* à l'institution et *a posteriori* au juge particulier. L'Assemblée plénière a donné plus de conséquences au principe d'impartialité objective, tant devant le juge des référés (28) que devant la COB (29). On a critiqué ces solutions au nom du réalisme, dans le même temps qu'on continue de se bercer de l'illusion de l'objectivité : il semble exister un décalage entre l'emphase des discours sur un juge qui serait un saint, un pur esprit, un homme sans passé, sans opinion et finalement sans valeur, et le fait de mal accepter l'élémentaire exigence de l'impartialité objective. Que l'on commence à respecter l'exigence du justiciable d'être livré à des juges puissants et impartiaux, avant de croire qu'ils puissent ne se tromper jamais.

50 - Penser que le juge peut s'arracher à sa subjectivité, c'est l'assimiler à un saint : on retrouve le risque récurrent de religiosité du juge. Or, sociologiquement on comprend bien que le juge soit happé par cette place restée vacante et dont le corps social serait nostalgique, mais ce sera jusqu'au moment où la crucifixion médiatique tentera l'opinion publique.

51 - Or, ne peut-on pas, ne faut-il pas, attirer le juge vers un autre modèle de bien, qui est ce que l'on pourrait appeler le « professionnalisme » ? En effet, le rapport du juge n'est pas prioritairement au droit et au législateur, mais prioritairement au fait et au justiciable. C'est avant tout à celui-ci qu'il rend des comptes et son office est de trouver des solutions, certes conformes au droit, mais ce n'est pas la même chose de dire cela que de poser qu'il doit appliquer le droit, en espérant que cela aura des effets heureux. Dès lors, il doit connaître et comprendre les faits et les personnes, et prendre la bonne décision. Ce professionnalisme, cette référence vaut bien des vertus.

52 - Un juge responsable, au premier sens de titulaire d'un pouvoir, devient alors un juge « au fait », un juge expérimenté et spécialisé. Cette conception des pouvoirs du juge, intime de l'approche que l'on peut avoir de sa responsabilité, son fondement et sa nature, a des conséquences importantes : elle implique notamment une spécialisation des juges. En tout cas, elle requiert une responsabilité de type résolument juridique.

B - La nature juridique de la responsabilité du magistrat

53 - C'est donc avant tout en termes de droit qu'il faut poser la responsabilité. Il convient d'établir les références de la responsabilité (1°) et l'intensité de celle-ci (2°).

1° Les normes de la responsabilité

54 - C'est principalement en termes d'obligations procédurales qu'il convient de penser la responsabilité du juge. Ainsi, pour reprendre la question de la présomption d'innocence et des droits de la défense, on les présente souvent sous l'angle déontologique. Il n'est pas en effet sans inconvénient de développer de ces normes une version déontologique, selon une théorie naïve de l'homme neuf et de l'homme éternellement bienveillant. En effet, l'esprit risque d'être repu de ces considérations éthiques alors qu'il devrait encore être inquiet de règles juridiques. C'est donc en termes de techniques de charge de la preuve, et de traitement des moyens de preuve qu'il convient de penser la présomption d'innocence et non pas par référence à l'âme pure des magistrats et des journalistes, ce qui engendre par ailleurs le risque rhétorique que l'on évoque un jour l'âme noire des uns et des autres.

55 - Mais la question principale est ailleurs : le droit peut-il d'une façon générale mettre à la charge du magistrat une exigence de « bonne application » du droit, dont l'écart engendrerait la responsabilité , du seul fait de la violation de la loi ? Cela serait excessif pour la raison essentielle que le droit est fluctuant et qu'on ne peut en connaître toujours le sens (30).

56 - Certes, le droit belge a admis la responsabilité dans l'exercice juridictionnel, si la règle violée était « établie » (31). Mais tout d'abord, quel délice casuistique en perspective de distinguer la règle établie de celle qui ne l'est pas... Ensuite, comme c'est souvent la Cour de cassation qui « établit » le sens des lois, cela contredit l'interdiction française des arrêts de règlement, interdiction dont on se rit parfois mais qui demeure ; enfin, quel frein à l'évolution et l'innovation : vouloir changer la jurisprudence relèverait alors d'une sorte de martyre... Il convient donc de conser-

(26) V. supra n°s 6 s.

(27) V. supra n° 37.

(28) Cass. ass. plén., 6 nov. 1998 : D. 1999, p. 1 s., concl. J.-F. Burgelin ; JCP G 1998, II, 10198, rapp. P. Sargos.

(29) Cass. ass. plén., 5 févr. 1999 : JCP G 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou ; Petites Affiches 15 févr. 1999.

(30) « Nul n'est censé ignorer la loi » et « La Cour connaît le droit » étant deux adages qui ne reçoivent pas ce sens là mais ont des portées strictement procédurales.

(31) Cass. Belge, 19 déc. 1991 : Rev. crit. jur. Belge 1993, p. 285, note F. Rigaux et J. Van Compernolle. V., à ce propos, J. Van Compernolle, Considérations sur la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux de la justice en droit belge, in La responsabilité des gens de justice, préc., p. 49-54.

ver le principe français selon lequel la mauvaise application de la loi n'engage pas en elle-même la responsabilité du juge.

57 - L'office du juge et la perspective de la responsabilité du magistrat peuvent-ils même engendrer une exigence de « perception exacte des faits », miroir renversé de l'hypothèse de l'erreur judiciaire ? Là aussi, il convient d'être prudent et de ne pas verser dans une illusion scientiste, selon laquelle le fait se donnerait exactement à voir. L'erreur judiciaire déclenche une garantie plus qu'une responsabilité et l'on notera que la garantie est alors définitivement à la charge de l'État et non pas à celle du juge.

58 - Ainsi, pour en revenir à une défaillance dans l'office du juge, la première perspective, celle de la violation de la loi, relève d'une sorte de pouvoir disciplinaire à l'égard du système juridique lui-même et c'est la Cour de cassation qui l'exerce. C'est ainsi sans doute qu'il faut interpréter la portée de l'arrêt précité du 9 décembre 1981, excluant l'activité juridictionnelle de l'assiette de la responsabilité civile du magistrat. La seconde perspective, celle de la mauvaise reconstitution judiciaire des faits, relève de procédures d'indemnisation automatique dont le débiteur est l'État et dont le fondement est la prise en charge de l'aléa. C'est l'objet de l'article 149 du Code de procédure pénale à propos des détentions qui ne sont pas suivies de condamnation et de l'article 626 du Code de procédure pénale à propos des décisions de condamnation révisées. Il est remarquable de noter qu'il s'agit là d'indemnisation automatique, c'est-à-dire de garanties à la charge de l'État et non pas de responsabilités à la charge des juges.

59 - Il convient de cerner davantage l'importance ici de ce qu'est « l'aléa judiciaire ». En effet, le prisme du procès est nécessairement plus large que celui du jugement : cela tient au fait que la perspective d'innocence ou la perspective de débouté n'est jamais exclue dans le procès qui est équilibre des perspectives, alors que le jugement sera franchement en faveur d'une des deux branches de l'alternative. En cela, premièrement, il contient par nature l'aléa des deux plateaux de la balance : si cela n'était pas, il y aura partialité. L'aléa est donc consubstantiel au procès. Secondement, le dommage qu'il engendre est normal. C'est pourquoi, à l'aléa ne doit correspondre la garantie de l'État - comme en matière thérapeutique-, qu'au regard d'un dommage anormal, et non pas une responsabilité pour faute.

60 - Mais il convient de revenir plus avant sur le lien entre l'activité juridictionnelle et la responsabilité de celui qui l'exerce. C'est bien parce qu'il y aurait une sorte d'incompatibilité entre l'exercice de la première et le déclenchement de la seconde que l'on veut faire interférer la problématique de l'autorité de chose jugée. Elle est évoquée en doctrine (32) et dans les travaux de l'École Nationale de la Magistrature (33) ; elle a reçu application de la part du Conseil d'État qui exclut une action en responsabilité à propos d'une décision dotée de force jugée (34).

61 - Pourtant n'y a-t-il pas ici une faiblesse de raisonnement ? En effet, précisément ce n'est pas l'acte en lui-même qu'il s'agit de critiquer, lequel peut effectivement être protégé par son incontestabilité procéduralement obtenue (35), mais la personne dans ses actes. La fermeture du recours pour critiquer l'acte ne peut pas affecter la fermeture du recours pour critiquer la personne, sauf à vouloir lier les délais de prescription pour éviter les contournements, ce qui serait hasardeux. Ainsi, il faut poser que le simple exercice des offices (appréciation de la réalité des faits, qualification des faits, application du droit) ne donne pas lieu à une responsabilité. C'est l'écart dans l'office qui peut engager la responsabilité.

62 - Mais, dès lors, précisément que faire si la responsabilité est liée au contenu de l'acte, même sous l'angle de l'exercice des prérogatives procédurales ? Il faut reconnaître qu'il est difficile de faire la part entre l'exercice défectueux de l'office du juge et le cas où le juge s'est placé en-dehors de ses pouvoirs. Ainsi, lorsqu'un juge ne respecte pas les garanties procédurales de la partie, dans quelle catégorie faut-il classer ce comportement ? Enfin, quelle conséquence faut-il attacher au constat du manquement lorsque la décision est devenue en elle-même incontestable ? On pourrait songer à une solution « à l'européenne », c'est-à-dire le maintien de la décision mais une remise en état au bénéfice de la victime de la faute, pouvant d'ailleurs s'exprimer par une réparation en nature et non seulement une réparation pécuniaire.

2° L'intensité de la responsabilité et le partage des fonctions entre les types de responsabilité

63 - Il convient tout d'abord d'évoquer ce qui serait la répartition des responsabilités, puis leurs rapports possibles. On s'accordera pour réserver la responsabilité pénale en cas d'intention maligne car ce type de responsabilité ne doit pas être un outil de régulation systématique. C'est le rôle de la responsabilité comme sanction des actes immoraux ; les juges y sont soumis comme le commun des mortels.

64 - La responsabilité disciplinaire intervient pour la violation d'une norme de comportement collective. Dès lors, elle doit être distribuée par l'organe professionnel : c'est le rôle de la responsabilité comme régulation d'un corps professionnel, dont il faut conserver le principe car c'est elle qui fait de la magistrature une véritable « profession » (36), même si, par ailleurs, l'organisation de la procédure de sanction doit tendre vers plus de transparence.

65 - Mais le cœur du dispositif doit rester la responsabilité administrative de l'État du fait du dysfonctionnement préjudiciable de l'institution judiciaire. C'est la plus ordinaire des responsabilités et donc la plus importante. Pour la faire fonctionner, il n'est pas besoin de faire de nouveaux textes mais de faire vivre ceux dont on dispose et dont l'effectivité n'est encore que latente. Ainsi, on peut considérer que le phénomène selon lequel les victimes s'adressent systématiquement à l'État et non au magistrat n'est pas un dysfonctionnement, un raté du système, mais au contraire une recherche saine des intérêts primordiaux : ceux du justiciable. La justice est une relation qui se déroule entre une institution régalienne et les citoyens. La responsabilité administrative est de nature à respecter cette relation.

66 - Plus encore, c'est la garantie de l'État qu'il s'agit de mettre en jeu. C'est en ces termes - plus ici qu'en ceux de responsabilité - qu'il conviendrait de le penser (37). On en prend conscience par un constat d'une situation absurde : est difficilement justiciable l'arrêt de la Première chambre civile du 30 janvier 1996 (38) qui souligne que si les usagers du service public de la justice doivent démontrer une faute lourde et sont exclus du droit commun (39), les auxiliaires de justice peuvent en revanche engager la responsabilité de l'État sans faute, en cas de rupture d'égalité du fait de l'absence de paiement de leurs honoraires. Le reproche

(32) G. Wiederkehr, La responsabilité de l'État et des magistrats du fait de la justice, in La responsabilité des gens de justice, op. cit., p. 13-24, spéc. p. 15.

(33) Rapp. préc., p. 21 : « L'autorité de la chose définitivement jugée doit limiter toute possibilité d'assignation sur le fondement de l'article L. 781-1, sauf à saisir la Cour de Strasbourg ».

(34) CE, 29 déc. 1978, Darmont, préc. note (3).

(35) V. G. Wiederkehr qui propose en conséquence de limiter l'exclusion de l'action en responsabilité au seul dispositif de la décision (préc. note [32], p. 21).

(36) V. supra n° 43.

(37) G. Wiederkher, préc. note (32), p. 24.

(38) Gaz. Pal. 24 avr. 1997, concl. J. Sainte-Rose ; JCP G 1996, II, 22608, rapp. P. Sargos ; D. 1997, p. 83, note A. Legrand.

(39) Cass. 1re civ., 7 janv. 1992 : Bull. civ. I, n° 5.

ne doit pas être fait à l'arrêt : il applique le droit, le droit spécial de l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire et le droit général de la responsabilité administrative. C'est donc le droit qu'il conviendrait de réformer. Le progrès pourrait prendre la forme de la suppression de l'article 781-1, pour faire refleurir les solutions antérieures, la jurisprudence se contentant antérieurement de faute simple, voire imposant une responsabilité sans faute (40). L'avenir ferait ainsi boucle vers le passé. C'est une façon de progresser.

67 - Quant à la responsabilité civile, qu'il faut conserver sous la forme d'une action récursoire, si l'on tient par ailleurs à préserver - ou restaurer - la qualité du magistrat comme agent de l'institution juridictionnelle, il ne faut songer à elle que dans l'hypothèse d'une faute intentionnelle ou de négligence, telle la méconnaissance préjudiciable des règles procédurales, en référence à la distinction générale de la faute de service et de la faute personnelle, telle qu'elle trouve déjà virtuellement application (41). Si l'on évolue vers des actions plus systématiques dirigées contre l'État, du fait notamment de l'assimilation de la lenteur des procès à un cas de déni de justice (42), la perspective d'actions récursoires doit être concrètement intégrée, avec le recours possible à l'assurance qui ne serait pas plus choquante ici qu'elle peut l'être pour d'autres professionnels. L'interférence d'une assurance organisée est d'autant moins choquante que la responsabilité civile des magistrats doit, comme pour tout ce qui concerne la justice, avoir en vue la protection du justiciable et que l'assurance des responsables va dans ce sens, en assurant une capacité pécuniaire à répondre de ses actes. Dans un second temps, il conviendrait d'organiser mieux les rapports entre les sanctions pour la cohérence et l'efficacité du système, en prévoyant par avance une sorte d'opposabilité des décisions les unes sur les autres, en intégrant un principe général de proportionnalité en cas de cumul de sanctions, etc.

68 - Mais l'essentiel est que l'État satisfasse la victime. Faute de l'avoir fait dans un fonctionnement adéquat de son institution de justice, il doit la protéger encore par sa garantie. Ainsi, rebroussant le lien entre office et responsabilité, cela conduit d'une nouvelle manière à renforcer les liens entre l'État et la justice, car si la justice est au coeur de l'État par l'organisation du service public et la définition même du régalien, le mécanisme de la responsabilité met l'État au centre de la justice. C'est pourquoi à juste titre cette responsabilité de l'État a été refusée pour des arbitres, alors même que ceux-ci exercent la *jurisdictio* car ils le font au nom du droit mais pas au nom de l'État (43). Plus généralement, cela rappelle que la justice est une fonction régalienne que certains peuvent par profession ou à l'occasion exercer mais que nul ne peut s'approprier. La propriété a lien avec l'arbitraire souverain ; la responsabilité a lien avec l'usage d'un pouvoir confié. La société a confié aux juges le plus puissant des pouvoirs régaliens ; l'État doit naturellement en rendre compte aux citoyens ■

(40) M. Lombard, La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972 : RD publ. 1975, p. 618 s.

(41) G. Pluyette et P. Chauvin, Responsabilité du service de la justice et des magistrats, op. cit. note (20), n°s 153 s.

(42) V. supra n° 19.

(43) TGI Paris, 12 mai 1993 : Bull. inf. C. Cass. 1er oct. 1993, n° 1110.