

La
Responsabilité de l'Etat

du chef des actes illicites

commis par ses organes, fonctionnaires et employés
dans l'exercice de leurs fonctions
au préjudice des particuliers.

Etude de droit fédéral et cantonal comparé.

Thèse présentée à la Faculté de droit de
l'Université de Neuchâtel pour obtenir le grade de docteur

par

Hermann FREY, licencié en droit.



BERNE
IMPRIMERIE K.-J. WYSS
1916

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le professeur T. Perrin, autorise la publication de la présente thèse; elle ne donne ni approbation ni improbation aux opinions émises; ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 21 juin 1916.

Le Doyen de la Faculté de Droit :

F.-H. MENTHA.

INTRODUCTION

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

SECTION PREMIÈRE

L'Etat.

Faisant abstraction de toute définition philosophique sur la nature de l'Etat (1), nous préférons employer une définition éminemment pratique et cadrant avant tout avec les idées sociologiques modernes. Peu nous importe de savoir quelle est l'origine de l'Etat, s'il se base sur un contrat social ou s'il n'est que l'expression de faits purement dynamiques. Nous ne pensons pas que l'Etat soit une création de l'esprit humain dans laquelle la société est venue se condenser comme dans un moule. L'Etat n'est pas antérieur à la société, il n'a pas de raison d'être en soi. « La puissance politique est un fait qui n'a en soi aucun caractère de légitimité ou d'illégitimité. Il est le produit d'une évolution sociale. » (2) Nous dirons pour notre part que « l'Etat est l'expression personnifiée de faits résultant d'une association d'individus qui se sont réunis pour réaliser de cette manière une pensée commune. » Souvent il s'agira

(1) Si l'on nous demandait une définition philosophique, nous dirions avec Schopenhauer (Le monde comme volonté et comme représentation, § 62) que l'Etat est le moyen par lequel l'égoïsme pourvu d'intelligence cherche à éviter que les conséquences de ses propres actes tournent contre lui-même et par lequel chacun travaille au bien-être de tous parce que son propre bien-être est compris dans celui du groupe entier.

(2) *Duguit*: Traité du droit constitutionnel, § 13, p. 37.

pour les membres de l'Etat d'obtenir le plus grand développement de la liberté individuelle et du bien-être social dans les limites exigées par les besoins de protection et de progrès collectifs. Ce sera le cas dans les Etats démocratiques.

Pour remplir la tâche qu'elle s'est donnée, cette association d'individus doit posséder une personnalité propre. Sa volonté n'est pas égale à la somme des volontés des individus; elle représente une quintessence purifiée et socialement utilisable des volontés discordantes, cherchant à procurer aux membres de l'Etat une satisfaction individuelle dans les limites des besoins sociaux. Ce qui prévaut, c'est l'intérêt collectif. L'Etat ne peut pas se contenter de rechercher et d'apprécier cet intérêt collectif. Il doit encore l'exprimer et le porter à la connaissance des individus. L'Etat édicte les règles de droit et confère aux individus les droits individuels dont il leur garantit la jouissance.

Par cet acte l'Etat ne limite pas seulement la liberté individuelle des membres en spécifiant leurs droits, il met aussi des termes à ses propres sphères d'activité en vue de la prospérité individuelle et sociale. « La notion du droit est antérieure et supérieure à celle de l'Etat. » (1)

Ce droit supérieur à ceux des individus, puisqu'il les définit et les limite, ce moyen de contrainte dont l'Etat est investi vis-à-vis de ceux-ci, est la souveraineté, la puissance publique. Cette souveraineté n'est pas originaire, elle est limitée elle-même puisqu'elle ne s'est pas créée de sa propre volonté mais qu'elle représente la volonté d'un corps dirigée dans la direction de ce qui lui est utile.

Ce fait nous permet de comprendre que l'Etat lui-même est soumis aux règles de droit qu'il s'est données en vue de remplir sa mission. Les obligations qui en résultent pour lui sont de même nature que celles qui lient les particuliers. La sanction prévue par la loi pour ceux qui ne l'observent pas s'appliquera cas échéant à l'Etat comme aux individus. Laband s'exprime à cet égard de la façon suivante: « L'Etat

(1) *Duguit*: L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 227.

ne réalise pas ses fonctions exclusivement par l'exercice de la souveraineté. Il en fait usage seulement dans la mesure où cela lui paraît nécessaire et utile. En tant qu'il y renonce et qu'il se place au même plan que les autres sujets de droit, l'Etat se crée, en vue de son activité vers l'accomplissement de son rôle social, des règles de droit plus étroites. » (1)

Pour que l'Etat puisse accomplir sa tâche, faut-il lui attribuer la qualité d'une personne ou non ? La question a été longtemps controversée et souvent débattue entre juristes. Nous croyons qu'il faut y répondre affirmativement. M. Duguit soutient l'opinion contraire : « L'Etat est un simple fait, c'est la résultante de la contrainte exercée par les plus forts sur les plus faibles. Cette force peut être matérielle ou morale, elle se traduit toujours par une puissance de contrainte. Il n'y a de différenciation entre les gouvernants et les gouvernés que lorsque les gouvernants peuvent, en fait, imposer par la contrainte leur volonté aux gouvernés. A cette seule condition il y a « Etat ». » (2)

Ihering argumente de la manière suivante : « Des considérations pratiques exigent que les intérêts communs soient poursuivis non point par les membres isolés, mais par l'ensemble des membres représentés par une unité personnelle artificielle. La personne juridique comme telle est incapable de faire un usage des droits qu'elle semble posséder, elle n'a ni intérêts ni but, elle ne peut donc avoir de droits, car les droits ne se rencontrent que là où ils atteignent leur destination. Les véritables sujets de droit ne sont point les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés, les premières ne sont que la forme spéciale dans

(1) *Laband*: Staatsrecht des deutschen Reiches. Trad. franç., p. 63 et 64. Nous répétons ce que nous avons dit plus haut, que le droit est antérieur et supérieur à l'Etat. De la citation de Laband il semble ressortir que l'Etat serait un sujet de droit supérieur aux autres. Il n'en est cependant rien, à notre avis. La formation de l'Etat dépend en première ligne de la présence d'autres sujets et de volontés indépendantes.

(2) *Duguit*: Traité de droit const., p. 68 ss.

laquelle ceux-ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur. » (1)

Nous croyons ces deux conceptions fausses.

La première ne tient aucun compte du fait qu'il ne suffit pas de la manifestation brutale d'une force humaine que certains individus exercent sur d'autres pour établir une relation de droit entre ces deux groupes. Basée sur les principes de l'école philosophique positiviste et matérialiste elle fait abstraction de toute une série de phénomènes psychologiques qui se manifestent nécessairement lorsqu'un accord s'établit entre diverses volontés humaines.

La seconde, en ne considérant la personnalité juridique que comme une espèce de manteau dont les personnes physiques qui forment un groupe politique se recouvriraient pour exercer les attributions qui sont l'expression de leur volonté collective, ne nous paraît guère mieux répondre à la réalité que la première. En effet, si l'Etat n'est pas une personne morale distincte des personnes physiques qui le composent, ayant des intérêts et un but distincts de celui des individus pris isolément, possédant une volonté qui ne se confond pas avec la somme des volontés individuelles et représentant autre chose qu'une simple somme arithmétique, on ne conçoit pas comment il pourrait agir dans d'autres conditions que s'il réalise l'unanimité de tous les membres du groupe. Autrement tous ceux qui ne seraient pas d'accord avec la manière d'agir des individus qui, au moyen de cette personne artificielle, l'Etat, manifestent leur volonté, devraient, par ce fait même, être retranchés de l'Etat.

Nous préférons dire avec M. Esmein : « L'Etat est la personnification juridique d'une nation. Il est le sujet et le support de l'autorité publique. » (2)

M. Despagnet s'exprime de la manière suivante : « Les Etats sont des personnes morales, c'est-à-dire des entités

(1) *Ihering* : *Der Geist des röm. Rechtes*. III 1, page 325.

(2) *Esmein* : *Traité de droit constitutionnel*, p. 1.

juridiques susceptibles, comme les individus, d'invoquer des droits et d'être soumis à des obligations. » (1)

On ne conçoit en effet pas pourquoi il faudrait traiter l'Etat autrement que les sociétés de droit privé qui jouissent d'une vie propre en dehors des individus qui les composent. Une telle personne morale acquiert et vend, jouit de droits et remplit des obligations, elle est un sujet de droit. (2) En ce qui concerne l'Etat, il se produit un phénomène semblable. Les individus qui se sont réunis ont donné lieu à la naissance d'une individualité nouvelle et ils ont revêtu cet être de la personnalité juridique. Grâce à cette création seulement la personnalité morale peut survivre aux individus qui passent, en englobant d'autres et perpétuer le groupement entier, la nation, à travers toutes les générations. (3)

Nous avons insisté sur la nécessité de donner à l'Etat la qualité de personne juridique parce qu'il nous semble que la question est d'un très grand intérêt pour le sujet que nous nous sommes proposé de traiter. En effet, si l'on refuse à l'Etat cette personnalité, il ne pourra pas être question de sa responsabilité, mais uniquement de celle de ses fonctionnaires. Car seul un individu est capable d'assumer des obligations et d'exercer des droits, un véritable sujet de droit seul peut être recherché pour répondre des fautes et des actes illicites commis par ses fonctionnaires et ses organes dans l'exercice de leurs fonctions.

(1) *Despagnet* : Cours de droit internat. public, p. 82.

(2) C'est en particulier la conception qu'on trouve dans le C. C. S. art. 52 ss.

(3) Sans entrer dans davantage de développements sur la nature de l'Etat, nous citons un passage de l'Encyclopédie de Holzen-dorff (I, p. 1145) qui montre combien cette matière est complexe : « Les moyens de la jurisprudence ne suffisent jamais pour comprendre ou construire la notion de l'Etat, ni même pour la définir. . . A côté du point de vue juridique, il faut tenir compte des phénomènes historiques et politiques. C'est seulement lorsqu'on réussira à coordonner ces données que l'on aura une vision d'ensemble de l'Etat. »

Parmi les auteurs qui admettent le principe de la personnalité morale de l'Etat il faut distinguer deux groupes.

Au moyen-âge les canonistes avaient établi la théorie de la personnalité fictive pour permettre à l'Etat de vivre et d'agir. Cette théorie a été reprise et développée au siècle passé par Savigny. Les juristes qui la soutiennent ne reconnaissent en principe comme sujet de droit que l'homme seul. Ils se sont rendu compte cependant qu'il y a des biens et des ensembles de droits sans sujet réel. Comme ils estimaient cette situation impossible, ils leur créèrent un sujet grâce auquel ces biens et ces droits acquéraient la possibilité d'exercer des droits et d'exécuter des obligations, en un mot de remplir leur rôle dans la vie juridique et sociale. Ce sont les personnes fictives. L'Etat est une de ces personnes fictives. Il a été créé dans l'unique but d'exercer tous les actes, et ceux-là seulement, qui sont nécessaires pour la bonne marche de l'administration. Si les individus, chargés d'agir au nom et pour le compte de cette personne fictive qu'est l'Etat, se rendent coupables d'une faute ou d'un abus de pouvoir dans l'exercice de leurs fonctions, les victimes n'ont de recours que contre ces représentants de l'Etat. S'ils veulent s'en tenir à la personne fictive on leur répond qu'elle « n'a commis ses mandataires que pour agir dans les limites de leurs attributions. En causant un dommage sans droit ils se sont écartés de cette limite, ils n'ont plus agi en leur qualité de représentants de l'Etat et celui-ci n'a pas à répondre de leurs actes. Les délits qu'on a coutume d'imputer à la personne juridique sont toujours commis par les membres ou ses chefs, c'est-à-dire par des personnes physiques... La personne juridique ne peut commettre des délits, car elle n'agirait pas alors comme personne juridique. Cela est vrai non parce que ce mode d'action est illicite, mais parce qu'il est étranger à l'essence de la destination spéciale de la personne morale. » (1) Savigny ne stipule d'exception que pour le *dolus* ou la *culpa* com-

(1) *Savigny: System des röm. Rechtes im Mittelalter*. II, §§ 93 et 94.

mis par les représentants de la personne juridique lorsqu'il s'agit d'un contrat.

Les auteurs qui soutiennent la théorie de l'Etat-fiction se basent sur le fait qu'il est inaccessible aux sens et que par là il se distingue fondamentalement des personnes physiques qui seules sont des sujets de droit, puisqu'elles seules, disent-ils, peuvent exercer des droits. Mais le point essentiel n'est pas d'exercer des droits, mais d'être capable de les acquérir et apte à en user. En voulant créer l'Etat de toutes pièces on oubliait qu'il existait déjà avant sa proclamation puisqu'il est la représentation d'un ensemble de droits et de biens auxquels la fiction ne donna pas l'existence mais uniquement la tête, la volonté. Cette entité est capable de vouloir le licite et illicite par le moyen de ses organes ou de ses mandataires; elle est donc responsable.

Les juristes qui forment le second groupe admettent que l'Etat est une personnalité réelle et distincte des individus qui le composent, ayant une volonté propre et possédant un moyen pour la manifester et agir : ses organes. Pour notre part nous admettons cette dernière théorie.

SECTION DEUXIÈME

Les organes de l'Etat.

Toute personne morale, pour manifester sa volonté, doit recourir à l'intermédiaire de personnes physiques exprimant la volonté générale et exécutant tous les travaux, toutes les tâches qu'il incombe à l'Etat d'accomplir. C'est pour satisfaire à cette nécessité qu'ont été constitués les organes de l'Etat, les autorités et les fonctionnaires qui exercent la souveraineté, non en leur propre nom, mais, parce qu'elles ont été formées dans ce but, par délégation. Ils ne représentent pas l'Etat comme des personnalités entièrement indépendantes, ils en font partie intégrante et sont comparables pour leur nature et leurs fonctions aux organes du corps humain.

Au-dessous de ces autorités nous trouvons les fonctionnaires et employés publics. Ils se distinguent des autorités par le fait qu'ils n'ont aucune part directe à l'établissement, la promulgation, l'exécution et l'application des règles de droit. Ils sont les agents d'exécution inférieurs ne représentant plus aucune part de la souveraineté.

Cette distinction entre les autorités et les fonctionnaires s'impose pour notre étude parce que la L. R. féd. elle-même l'établit, en prévoyant une responsabilité différente et des règles de procédure diverses suivant qu'il s'agit des uns ou des autres.

La question de savoir quels rapports juridiques existent entre les autorités et les fonctionnaires d'une part et l'Etat d'autre part a été controversée longtemps. Il est important d'être fixé à cet égard avant d'aborder l'étude de la responsabilité de l'Etat du chef des actes illicites dommageables commis par ses fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions. La nécessité de résoudre cette question s'est présentée d'une manière toujours plus pressante à mesure que le nombre des fonctionnaires a augmenté et que l'Etat autocratique s'est transformé en un état de droit à tendance démocratique ou en un état démocratique. Car l'Etat risquait ainsi toujours davantage d'être pris à partie par les tiers lésés. Les légistes allemands avaient choisi la solution la plus favorable aux princes qui, au fond, étaient l'Etat, en construisant ce rapport sur la base du mandat. Le mandant n'est responsable en droit commun du dommage causé par le mandataire que s'il a commis une faute en choisissant un sujet incapable de remplir sa fonction ou s'il a omis d'exercer sur lui une surveillance assez rigoureuse (*culpa in eligendo vel in custodiendo*). Ces auteurs n'ont donc fait autre chose que de transporter la théorie du droit privé sans aucune modification sur un terrain qui ressort et doit ressortir du droit public. (1)

(1) Verhandl. VI. deutsch. Jur. Tag. I, p. 47, rapport de Bluntschli. Voir aussi *Dubs*: Das öffentl. Recht der Eidgenossenschaft. Edit. popul., p. 127.

Ce ne fut qu'au XIX^e siècle qu'on se rendit compte de l'impossibilité d'arriver à une solution satisfaisante de la question de la responsabilité de l'Etat en conservant la théorie du mandat. A la place de ce contrat de droit privé on construisit un contrat particulier de droit public. L'Etat n'eut dès lors plus de mandataires ou représentants, il eut des organes.

Le contrat de droit public se distingue de celui de droit privé par le fait qu'il intervient entre des personnes ou des sujets inégaux devant la loi. C'est la raison pour laquelle les juristes anciens ne pouvaient pas le concevoir. Ils ne comprenaient pas comment l'Etat aurait pu se lier par contrat vis-à-vis de certains de ses sujets. Ce contrat repose sur la subordination d'une des parties à l'autre. (1) Par le fait d'accepter sa nomination, le membre de l'autorité ou le fonctionnaire se trouve vis-à-vis de l'Etat dans une position toute particulière. Ce n'est pas vis-à-vis de l'Etat comme simple personne morale qu'il s'est obligé par le contrat comme par exemple l'artisan qui exécute des travaux pour l'Etat ou l'industriel qui fournit des matériaux; il a à faire à l'Etat exerçant la souveraineté. Lui-même se trouve investi d'une partie de cette souveraineté s'il est membre d'une autorité, et comme fonctionnaire il travaille dans la sphère de la souveraineté sans qu'elle émane de sa fonction. (2)

Comme tout contrat, le contrat de droit public n'est parfait que si les deux parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté, l'Etat en nommant le fonctionnaire ou le membre de l'autorité, ce dernier en acceptant sa nomination tacitement ou d'une manière expresse. Quelquefois l'entrée en fonctions dépend, en dehors de la conclusion du contrat, de la prestation du serment de fidélité. (3) D'autre part il est évident que cha-

(1) *Laband*: Op. cit. I, p. 331: Der Beamte kommt in ein Gewaltverhältnis zum Staate.

(2) *Idem* I, p. 414, 421.

(3) Par ex. Reichsbeamtengesetz (deutsches), § 3.

cune des parties contractantes peut, dans certaines circonstances et moyennant l'accomplissement de certaines conditions, résilier le contrat ou s'en retirer.

On peut se demander si tous les fonctionnaires et employés de l'Etat, même ceux qui remplissent un rôle n'ayant plus rien à faire directement avec l'exercice de la souveraineté et les attributions de l'Etat, tels que les simples commis et les huissiers par exemple, sont liés à l'Etat par un contrat de droit public. Pour ce qui concerne la Confédération il nous faut donner une réponse affirmative. Nous nous basons pour cela sur l'interprétation donnée par le C. F. (F. féd. 1865, II, 16, et 1867, I, 622) qui étend le bénéfice dont jouissent les fonctionnaires fédéraux de l'administration centrale à teneur de l'art. 6 de la L. F. sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération, bénéfice qui consiste dans la libération de l'obligation de déposer leurs papiers et d'avoir un permis d'établissement dans l'endroit où ils exercent leurs fonctions, à ces simples employés de l'administration fédérale. (A prendre en considération pour cette interprétation aussi F. féd. 1868, II, 492, arr. féd. du 12 août 1867.) Une disposition légale zurichoise contenue dans l'ordonnance concernant la position et le traitement des fonctionnaires et employés de l'administration et des tribunaux induirait plutôt à supposer le contraire, car elle prévoit l'application des prescriptions du droit commun (C. O.) en cas de maladie des fonctionnaires et employés. (1)

Certains auteurs allemands, tout en niant que les rapports entre l'Etat et les fonctionnaires soient basés sur un contrat de mandat, rejettent également le contrat de droit public et enseignent que les fonctionnaires sont liés par un acte de puissance unilatéral du souverain. (2)

(1) Dans tous les cas, certaines règles relatives au contrat de travail sont applicables aux fonctionnaires. V. Ordonnance d'exécution à la L. F. rachat des chemins de fer, art. 65, résiliation basée sur art. 352 C. O. R. Le rapport de droit public peut entraîner des conséquences de droit privé. V. E. B. G. XIII, p. 535. Lambelet c. Vaud.

(2) G. Meyer: Verwaltungsrecht, p. 358 s.

SECTION TROISIÈME

La responsabilité de l'Etat.

Nous avons dit que la tâche de l'Etat était de réaliser l'intérêt commun de ceux qui le forment. C'est vrai dans une mesure plus ou moins large dans tous les Etats de droit, et à notre avis ce sont les seuls qui méritent ce nom. Car l'intérêt commun principal est précisément le développement des règles fondamentales de droit. Il est évident que ce développement varie beaucoup entre les Etats auto-cratiques et les Etats démocratiques. Mais ce qui nous intéresse, c'est le développement du droit dans les Etats de cette dernière catégorie. Et alors nous dirons que l'Etat est institué pour protéger également tous ses membres. Il ne doit pas y avoir de considération de personne, de différence de qualité entre eux en ce qui concerne leur position vis-à-vis de l'Etat souverain, car ils sont alors tous citoyens au même degré. Dans la démocratie il existe entre tous les membres de l'Etat une égalité de droit. Mais en fait cette égalité est rompue du moment que, grâce à ces différences de capacité, d'intelligence ou d'instruction, certains hommes peuvent user davantage que d'autres de la protection offerte par la loi.

Ce droit à une protection égale de tous les membres de la part de l'Etat est lié à une distribution équitable sur tous des charges publiques. Ici non plus il n'y a pas d'égalité de fait, mais une proportionnalité basée sur les avantages que chacun retire de l'Etat. Car il est évident que le riche, le propriétaire, a plus d'intérêt à voir l'Etat fort et puissant que le pauvre hère; il est équitable par conséquent qu'il contribue dans une mesure plus large à faciliter à l'Etat les moyens d'existence. Mais tous contribuent peu ou beaucoup à maintenir l'équilibre financier de l'Etat.

Comme les citoyens prennent une double participation à l'Etat, politique et financière, l'Etat peut léser illicitement leurs droits dans une double direction. Il peut d'une part empêcher quelques-uns d'exercer les droits individuels ou

politiques reconnus à tous, d'autre part il peut rompre la proportionnalité qui doit exister entre les citoyens dans la contribution aux charges publiques ou leur causer un dommage matériel. Toutes ces lésions se font par les organes ou les fonctionnaires de l'Etat. L'Etat doit réparer ce dommage, soit moral, soit matériel. Cette conclusion s'impose à tous ceux qui admettent la personnalité réelle de l'Etat.

Mais notre conscience juridique exige souvent que l'Etat réponde d'un dommage quoiqu'il ne puisse y être tenu sur les bases juridiques de la personnalité de l'Etat et de sa responsabilité du chef des actes illicites commis par ses organes. C'est au nom de l'équité que nous demandons son intervention pour réparer les lésions causées au droit ou au patrimoine des particuliers.

L'Etat peut-il encourir une responsabilité délictuelle ? La question peut paraître absurde, elle mérite cependant d'être posée, car au cours de l'étude historique nous verrons qu'au moyen-âge les communautés devaient supporter les peines que le magistrat ou les bourgeois avaient encourues. La jurisprudence moderne n'admet plus en principe la responsabilité délictuelle de l'Etat. (1) Dans la législation suisse nous avons trouvé un seul article de loi établissant la responsabilité des cantons à raison de faits délictueux commis par des organes ou des particuliers. (2)

Nous pouvons faire abstraction dans cette étude de la

(1) *Löning*: Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen, p. 89 ss. *Hafters*: « Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände », p. 93 ss. arrive à la conclusion qu'une personnalité morale, une association, peuvent délinquer. Mais la première condition qu'il pose, que l'acte délictueux soit le produit d'une décision prise par l'unanimité des membres ou d'une résolution constitutionnelle d'une autorité instituée par la constitution, rend la commission d'un acte délictueux dont l'Etat serait responsable pénalement presque impossible.

(2) L. F. sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération, art. 8: « Les cantons sont responsables de tout dommage ou de tout enlèvement de la propriété de la Confédération occasionné par la perturbation de l'ordre public à l'intérieur. »

responsabilité contractuelle de l'Etat. Car si, étant partie dans un contrat de droit privé, l'Etat lèse les droits du co-contractant, l'Etat lui-même est soumis aux règles de droit privé puisqu'il s'est engagé comme personne morale de droit privé et non comme souverain.

La responsabilité de l'Etat à raison d'actes dommageables commis par ses fonctionnaires au préjudice des particuliers dans l'exercice de leurs fonctions peut avoir deux aspects. S'il est saisi d'une plainte ayant rapport à un acte dommageable, l'Etat peut intervenir directement en se mettant à la place du fonctionnaire. Le particulier s'en prend à l'Etat seul en lui laissant le soin, s'il l'estime utile, de se dédommager plus tard sur le fonctionnaire coupable. C'est la *responsabilité primaire ou directe de l'Etat*. L'Etat peut encore intervenir d'une autre manière. Il permet au particulier lésé de poursuivre le fonctionnaire ou l'autorité qui ont causé le dommage. Si celui-là ne peut obtenir des auteurs du dommage le dédommagement que les tribunaux lui ont accordé, il a un recours contre l'Etat pour la somme qu'il n'a pas obtenue des coupables directement. C'est la *responsabilité secondaire ou indirecte de l'Etat*.

PREMIÈRE PARTIE

PARTIE HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

La responsabilité des fonctionnaires dans l'antiquité et à Rome.

SECTION PREMIÈRE

Dans les royaumes despotiques de l'Orient et en Grèce.

Le principe moderne de la responsabilité de l'Etat du chef d'actes dommageables commis par ses fonctionnaires est de date récente (1); il n'a pas encore passé partout et dans tous les domaines dans le droit positif. Il répond à la tendance que nous pouvons observer dans toutes les disciplines du droit de dégager l'individu d'une partie de sa responsabilité qui va en augmentant au fur et à mesure que l'existence humaine se complique. Cette responsabilité de l'Etat équivaut à certains égards à l'assurance des fonctionnaires contre les accidents qu'ils éprouvent dans l'exer-

(1) Entre la responsabilité de l'Etat telle que nous la concevons et le fait historique qu'une famille, une ville, doivent assumer la responsabilité d'un crime commis par l'un des membres du groupe, il y a toute la différence qui existe entre la conception de l'Etat dans l'antiquité et au moyen-âge et la conception moderne. Il y a là un développement du principe fondamental, néanmoins il nous a semblé utile de montrer à cette place tout l'abîme qui sépare la conception moderne dont nous affirmons l'origine récente de la conception antique.

cice de leurs fonctions. (1) L'Etat assume toute responsabilité de ce chef. Cette intervention de l'Etat poursuit un double but : Elle permet en premier lieu au lésé d'obtenir satisfaction pour le préjudice qu'il a souffert sans qu'il soit obligé de rechercher par un long procès le fonctionnaire peut-être insolvable. D'autre part l'Etat, en se mettant à la place de ses organes toutes les fois que ceux-ci ont causé un dommage, les soulage d'une partie de leur responsabilité et leur permet d'accomplir leur tâche avec plus de liberté d'esprit. Pour prévenir tout abus de leur part, il suffit qu'il les poursuive toutes les fois qu'ils ont agi dolosivement ou par faute grave. Nous nous trouvons en présence d'une situation semblable à celle créée par l'article 55 C. O. révisé en vertu duquel l'employeur est responsable des fautes commises par son personnel. Rien n'empêche l'Etat, comme nous venons de le voir, d'exercer le recours prévu au deuxième alinéa de cet article. Mais il ne peut jouir de la facilité d'exculpation laissée à l'employeur pour des raisons d'ordre public.

L'antiquité se plaçait à un point de vue tout différent. L'absolutisme sans frein qui régnait partout se basait justement sur l'irresponsabilité complète qui existait déjà du haut en bas de l'échelle sociale. (2)

En Grèce et surtout à Athènes le sentiment de la responsabilité était beaucoup plus développé. Nous rencontrons son expression dans l'ostracisme, ce procédé politique qui permettait à l'assemblée du peuple de prononcer le bannissement pour une durée de dix ans des magistrats dont les actes avaient provoqué l'opposition du peuple. La réélection des magistrats arrivés au terme de leur période d'administration tenait aussi réveillée en eux le sentiment de la responsabilité. Bien qu'on ne puisse pas encore par-

(1) Loi st-galloise du 23 novembre 1906; loi giaronnaise adoptée par la landsgemeinde de 1903; ordonnance du Grand Conseil du canton de Zurich du 27 avril 1909, § 25.

(2) A cette époque on peut appliquer la citation de M. Duguit, que nous avons reproduite à page 3.

ler de la responsabilité de l'Etat, un immense progrès a été réalisé sur l'époque précédente.

SECTION DEUXIÈME

A Rome.

Les magistrats romains n'étaient pas des magistrats au sens où nous entendons ce mot. Comme en Grèce, à Athènes au moins, ils remplissaient leurs fonctions pour peu de temps, après quoi ils rentraient dans le rang des simples citoyens. Ils étaient responsables personnellement de tous leurs actes, mais on ne les poursuivait qu'une fois leur fonction terminée lorsqu'ils ne revêtaient plus aucun caractère public. (1) Pour cette raison il n'y a pas d'action spéciale dont il faut se prévaloir quand on veut leur intenter un procès et tout citoyen peut prendre en main la poursuite. L'Etat n'était jamais responsable des actes de ces fonctionnaires.

Si cette situation subsista pendant longtemps, cela tient principalement à l'indépendance dans laquelle se trouvaient les magistrats les uns vis-à-vis des autres.

Il y avait entre les magistrats une hiérarchie plutôt honorifique que réelle. Si les droits du consul passaient avant ceux du préteur il n'est pas moins vrai que ce dernier n'avait pas d'ordres à recevoir du consul et ne lui rendait pas compte de son administration. Le consul présent à Rome gouvernait de préférence au préteur (2), mais le préteur était responsable de ses propres actes. Si l'assemblée du peuple ou le Sénat étaient convoqués par le

(1) *H. St. Chamberlain*: Die Grundlagen des XIX. Jahrhunderts, I, p. 152: La représentation de la chose publique, c'est-à-dire de l'Etat, est confiée à certains magistrats (consuls, censeurs, préteurs, etc.) pour un certain temps. Ils possèdent la compétence absolue mais ils sont aussi absolument responsables.

(2) Nous croyons qu'il est plus juste de dire que le consul et le préteur avaient des attributions toutes différentes et étaient indépendants l'un de l'autre.

prêteur, si celui-ci prenait ou faisait prendre quelque décision, s'il promulguait un édit, le consul, sauf son droit de veto, n'avait pas qualité pour redresser les actes de ce magistrat indépendant. A l'inverse de ce qui se passe chez nous, à Rome il était de principe que le magistrat n'avait de compétence que pour les choses qu'il pouvait mener à terme lui-même et en vertu de sa charge, car il n'avait aucun moyen de droit à l'égard des autres magistrats qui étaient ses inférieurs, mais non ses subordonnés. L'idée de la subordination des magistrats n'est venue à l'esprit des Romains que sous l'Empire. » (1)

Il est bien vrai qu'à côté de ces magistrats véritables, pourvus de l'imperium, c'est-à-dire exerçant une partie de la souveraineté, il y en avait d'autres qui ne possédaient pas ce caractère et dont les actes étaient soumis au contrôle des magistrats supérieurs. Les édiles étaient de tels magistrats, ne possédant que la « potestas », l'exercice de la fonction, sans l'« imperium », la souveraineté.

Sous la République il y avait un seul moyen de droit pour recourir contre une sentence rendue, la « provocatio ad populum », l'appel au peuple, qu'on réservait au condamné en matière pénale. (2)

Auguste et ses successeurs modifièrent cet état de choses pour deux raisons principales. En premier lieu il s'agissait pour eux de transformer les magistratures indépendantes les unes des autres en une série graduée de fonctions subordonnées, dont le prince formait le sommet. Grâce à l'imperium sur tous les magistrats l'empereur avait la compétence d'annuler les décrets des magistrats inférieurs et de les punir s'ils n'observaient pas la loi. (3) On accordait au peuple deux nouveaux moyens de recours contre les sentences. L'un était l'« appellatio » (4), qui lui per-

(1) *Laboulaye*: Essai sur les lois criminelles des Romains. Dans : *P. Guiraud*: Histoire romaine, p. 478 ss.

(2) D. I. 2, 1, 2, § 4.

(3) D. XLVIII, 10, 1, § 3. De lege Cornelia de falsis.

(4) D. XLIV, 3, 1. Quis a quo appellatur.

mettait d'adresser un recours au magistrat ayant nommé le juge. Plus tard, au IV^e siècle après J.-C., on y ajoutait encore la « supplicatio » ou « retractatio » (1) adressées au prince contre une décision du prêteur.

En second lieu les princes tâchaient de se rendre le peuple favorable en le protégeant contre les abus des magistrats et en menaçant de pénalités ceux de ces derniers qui sortaient des limites de leurs compétences. La loi la plus caractéristique à ce point de vue est la « Lex Julia de vi publica » d'Auguste. (2)

CHAPITRE II

La responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires dans les pays germaniques.

SECTION PREMIÈRE

Le principe de la responsabilité avant l'époque de la réception du droit romain.*

§ 1. Responsabilité collective de la parentèle et de la communauté pour leurs membres.

L'ancien droit germanique fonde la responsabilité sur une conception juridique toute différente de celle du droit romain. A Rome, comme partout ailleurs, la famille se trouvait à la base de l'Etat, mais celui-ci absorbait bientôt

(1) C. 1, 19, 1. De precibus imperatori offerendis et de quibus rebus supplicare liceat vel non.

(2) D. XLVIII, 6, 7. Ad legem Juliam de vi publica. Lex Julia de vi publica teneatur qui, quum imperium potestatemve haberet, civem romanum adversus provocationem necaverit, verbaverit, jusseritve quid fieri, aut quid in coltum injecerit ut torqueatur.

l'individualité de cet organisme pour y substituer la « publica ». Ce n'est que très tard, quand l'édifice romain est en pleine époque de désagrégation, que nous rencontrons des corporations d'artisans ou des communautés religieuses dans l'Etat sous le nom de « Universitates ».

En Allemagne par contre la tribu n'était qu'une réunion de familles dont chacune gardait le caractère d'une organisation publique.

Pour se rendre compte de l'évolution du principe de la responsabilité de l'Etat dans les pays germaniques et bien la comprendre, il faut étudier la formation de l'Etat en partant de cette institution spéciale appelée la parentèle (Blutsverwandtschaft, Sippe). Dans ces groupes les hommes étaient réunis par les liens du sang. Rien d'étonnant dès lors que la communauté entière se sentit responsable du tort souffert par un de ses membres et dût assumer la responsabilité en cas de faute ou de délit commis par l'un d'eux. Nous rencontrons ici pour la première fois quelque chose qui ressemble à l'idée moderne de la responsabilité de l'Etat, avec la différence qu'il ne s'agit pas de fonctionnaires, mais de membres d'un groupe. (1) Car ces familles étaient des organisations qui n'avaient pas seulement un but économique, consistant dans l'exploitation des terres communes; la communauté possédait avant tout un caractère militaire, politique et moral. (2)

Par la suite ces parentèles s'étendirent et se transformèrent en groupements de voisins, mais ils ne perdirent pas leur caractère de sujets de droit responsables. Leur importance augmentait à mesure que diminuait l'autorité de l'Etat et que l'insécurité générale se faisait plus sensible. Le prince y voyait un avantage pour l'exercice de la justice et favorisait leur développement.

En Angleterre ces institutions avaient acquis un caractère obligatoire. Tout homme libre fut obligé de faire partie

(1) A comparer l'article 8 L. F. sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération, dont il a déjà été question.

(2) *Gierke: Rechtsgeschichte der Genossenschaft*, I, § 8, p. 72 s.

d'une « fritborga » ou corporation de garantie judiciaire. Chaque « fritborga » se composait de dix hommes. Si l'un d'eux était cité en tribunal sous l'inculpation d'avoir commis un délit, ses compagnons devaient se porter garants de sa comparution. Au cas où le coupable ne se présentait pas, ils se voyaient condamnés solidairement à payer des dommages-intérêts et une amende. Ils ne pouvaient se libérer de cette responsabilité qu'en affirmant sous la foi du serment qu'ils n'avaient ni participé au délit ni favorisé la fuite du coupable. (1)

En Allemagne ces anciennes parentèles, devenues des corporations de droit public en Angleterre, n'avaient pas de caractère officiel ou obligatoire; elles devaient néanmoins soutenir leurs membres devant les tribunaux par tous les moyens. Elles fournissaient des « conjureurs » et payaient le prix du sang. (2)

Dans les mêmes cas la corporation ou la famille intervenaient aussi activement pour la sauvegarde de leurs membres, elles prenaient la place des parents dans la poursuite des coupables et recevaient en récompense une partie du montant de l'amende ou du prix du sang. (3)

§ 2. Responsabilité de la commune pour les actes commis par ses fonctionnaires.

A côté de la responsabilité des corporations il y a celle des communes, du fait des actes dommageables commis par leurs fonctionnaires. Cette responsabilité est très ancienne.

(1) *Savigny* : Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. I, § 64 p. 227; § 82, p. 27.

(2) *Gierke* : Op. cit. II, p. 387 : Quelques bourgeois d'Oppenheim, ayant enfreint la défense de pêcher et d'abatage de bois dans le domaine appartenant à un couvent, les bourgeois de cette ville durent promettre d'obliger chacun de leurs concitoyens qui se rendrait coupable d'un pareil délit à payer une amende.

(3) *Gierke* : Op. cit. I, p. 241, note 16.

On la rencontre déjà dans les premiers capitulaires de la loi salique. (1)

A la diète de Baden de 1446 la ville de Berne se plaignait au bailli de la Forêt-Noire de ce que l'avoyer d'Aarau avait été fait prisonnier et pendu par Jean de Rechberg à Säckingen. Le bailli répondit qu'il regrettait fort, mais que la chose avait eu lieu à son insu et à l'insu de la ville. Pour cette raison il priait les Bernois de l'excuser ainsi que la ville. Les Bernois durent se contenter de ce résultat. (2)

En 1461 un jugement condamnait la ville de Bâle à assumer la responsabilité du dommage souffert par des commerçants qu'elle avait fait accompagner contre la prestation d'une certaine somme d'argent pour les protéger contre les détrousseurs des routes. (3)

Cette responsabilité d'une ville pour des faits absolument indépendants de sa volonté et ne se basant pas sur un acte dommageable commis par ses autorités ou ses citoyens ou même par des étrangers nous montre ce principe sous un nouvel aspect. Le besoin de protection était si grand que beaucoup d'hommes l'achetaient à prix d'argent comme ces marchands dont il vient d'être question. D'autres cependant sacrifiaient à cette protection même une part de leur liberté.

§ 3. La responsabilité comme source de la féodalité.

Ce besoin de protection et de garantie est la source principale de la féodalité. La puissance que le seigneur possède sur ses vassaux et ses serfs correspond à une obligation de sa part de les protéger et de répondre en leur lieu et place. Il exerçait sur eux le « mundium ». (4)

(1) Gierke cite un exemple de cette responsabilité des bourgeois d'une ville (II, p. 770). Les bourgeois de Francfort sont responsables du paiement d'une amende infligée à leurs échevins. La responsabilité mutuelle contractuelle des citoyens par contre est exclue.

(2) Chronik der Stadt Aarau, p. 68.

(3) Gierke: Op. cit. II, p. 818, note 144 in fine.

(4) Avant de devenir une institution de droit public, le « mun-

Au faite de l'édifice social l'empereur ou le roi occupait la même position vis-à-vis des seigneurs que ceux-ci vis-à-vis des sujets. L'édifice ressemble à une pyramide s'élargissant vers la base d'une manière tout à fait régulière. Le pouvoir impérial ou royal qui existe à côté du pouvoir populaire a sa racine dans le droit coercitif du souverain, comparable à l'imperium des magistrats romains. Les comtes et les autres fonctionnaires impériaux exercent ce pouvoir par délégation. Mais peu à peu ils oublient qu'ils ne sont que des « commis » et ils font usage de leur droit délégué comme s'il émanait d'eux-mêmes.

Comment ces fonctionnaires autocrates, presque toujours effectivement sans maître, seront-ils responsables ? Ils ne se réclament du prince que dans les cas où ils ont besoin d'être couverts par lui. Pour acquérir un plus grand prestige les trois principaux ordres de l'Etat se fortifièrent en s'organisant et réglèrent, chacun pour son compte, leur responsabilité. Les nobles transformés en seigneurs territoriaux presque indépendants se rattachaient à l'Empire par le « service ». Le clergé s'organisait hiérarchiquement. Les villes fondaient leur administration autonome sur l'élection des autorités. (1)

SECTION DEUXIÈME

Influence des théories de droit romain (la réception) sur la responsabilité.

§ 1. La «noxae datio» en Allemagne.

Nous avons vu la responsabilité se répartir sur les différents ordres de l'Empire. Les seigneurs cependant se las-

dium > était une institution du droit de famille. La femme, les enfants se trouvaient sous le mundium, c'est-à-dire sous la puissance du père et du mari. Le mundium impliquait déjà dans le droit de famille la présence de droits successoraux. Aussi plus tard le seigneur a-t-il les droits successoraux sur les biens du serf, mais il est aussi responsable de ses dettes.

(1) Stein: Handbuch der Verwaltungslehre. III, § 4, p. 23.

sèrent bientôt de répondre de tous les délits commis par leurs vassaux. Pour les délivrer de cette obligation les juristes leur mirent dans la main, par un raisonnement d'analogie, la faculté qu'avaient possédée les publicains romains d'échapper à toute responsabilité à raisons d'actes dommageables commis par leurs esclaves au moyen de la « noxæ datio ». (1) Le seigneur abandonnait le serf auteur du dommage à celui qui le poursuivait. Ce dernier n'avait alors aucune action contre le seigneur. (2)

Il s'agissait aussi de déterminer quelle était la responsabilité de la communauté à raison des délits commis par ses magistrats et fonctionnaires.

§ 2. La lutte des glossateurs et des canonistes autour de la « capacité de délinquer » de la communauté.

Les glossateurs admirent que la communauté pouvait être rendue responsable des faits dommageables commis par ses organes et fonctionnaires. C'était l'ancien principe de droit germanique. Ces organes et fonctionnaires étaient, selon la théorie de la glose, des mandataires dont le délit rejaillissait sur le mandant, la communauté. Car celle-ci a élu ses fonctionnaires qui agissent toujours à couvert.

Il y a deux actions distinctes contre la communauté : Une action civile fondée sur l'enrichissement illégitime s'il y a lieu, et une action pénale à raison du délit. (3)

Les canonistes s'opposèrent à cette théorie. Le principal adversaire des glossateurs était Innocent IV, qui, avant son élection au Saint-Siège, avait été professeur de droit à l'Université de Bologne. Ces savants regardaient l'Etat comme une fiction. Ils sentaient bien la nécessité de rattacher quelque part les droits des gouvernants et pour y arriver ils eurent recours à cet expédient. L'ancienne doctrine romaine qu'ils voulaient ramener et qui regardait comme

(1) D. XXXIX, 4, 1, § 6 : De publicanis et vectigalibus et commissis.

(2) Löning : Op. cit. p. 39 s.

(3) Gierke : Op. cit. IV, § 7, p. 234.

des sujets de droit uniquement les personnes physiques ne pouvait plus les satisfaire. Il s'agit maintenant de savoir si cette personne fictive qu'est l'Etat peut être rendue responsable des actes dommageables commis par ses fonctionnaires. Evidemment non ! répondent les canonistes. Car si ceux-ci sont bien des mandataires investis d'un certain pouvoir pour gérer les affaires de l'Etat, leur mandat ne s'étend pas au delà des limites de leurs compétences légales, ils n'ont pas reçu le mandat de commettre des actes délictueux ou simplement dommageables : tout acte pareil n'engage donc que la responsabilité personnelle de celui qui l'a commis. (1)

La pratique et les anciennes coutumes étaient cependant plus fortes que la nouvelle doctrine juridique. La plupart des juristes continuaient à identifier la communauté avec l'ensemble de ses membres et de voir en elle une personne réelle, agissante et consciente et partant responsable : *Universitas et ecclesia delinquere possunt*. (2) La corporation est donc responsable chaque fois qu'elle a ordonné l'acte dommageable ou qu'elle l'a ratifié soit expressément soit tacitement en tirant un bénéfice de cet acte ou en ne le désapprouvant pas par la punition du fonctionnaire coupable. Comme nous l'avons vu, elle peut encourir la sanction civile et la sanction pénale à la fois. En raison de sa responsabilité pénale on imposait à la communauté une amende ou on la privait de ses privilèges. Innocent IV avait expressément défendu de frapper les corporations d'excommunication. On maintenait cependant l'interdiction dont les effets ne touchaient l'individu qu'en sa qualité de citoyen. (3)

(1) A comparer le rapport de Bluntschli à la 6^e assemblée des juristes allemands. I, p. 45 ss.

(2) *Löning* : Op. cit. p. 36, note 3. Innocent IV dans son commentaire aux décrétales enseigne le contraire : *Universitas nihil facere potest dolo*. Cité dans *Löning* p. 32.

(3) *Gierke* : Op. cit. III, p. 8, p. 348.

§ 3. *La théorie et la pratique de la responsabilité au moyen-âge.*

Pour les légistes et les criminalistes postérieurs il s'agissait de conserver la fiction sans abandonner la théorie de la capacité de délinquer des corporations. Ils devaient donc faire des concessions à la règle établie par les canonistes ou construire des systèmes nouveaux. Bartolus de Sassoferrate enseignait que, la fiction passant pour une vérité, on pouvait juridiquement admettre pour la communauté la capacité de délinquer, puisqu'elle possédait une âme et une volonté. Mais il faut qu'une décision ait été prise par l'ensemble ou par la majorité des membres pour que l'on puisse parler de la responsabilité de la communauté. (1) Il sentait bien cependant que cette fiction ne pouvait pas agir comme une personne physique, « quia non est persona ». Il regrette que les peines atteignent les enfants et les non-consentants. La coutume invétérée est plus forte que la logique.

La communauté peut commettre un délit proprement ou improprement. Les délits propres sont ceux de commission (meurtres, pillages, etc.), et ceux qui ne se trouvent pas en rapport étroit avec les autorités légales de la communauté. Les délits impropres sont ceux commis par ses représentants. (2)

Pour cet auteur la trahison et l'hérésie sont des crimes dont la sanction comporte la peine capitale. S'ils ont été commis par une ville, elle doit être détruite de fond en comble. Frédéric Barberousse procédait de cette manière contre les villes rebelles de l'Italie septentrionale.

Selon Barthélémy de Saliceto la communauté pouvait dégager sa responsabilité en punissant les magistrats coupables et en rendant à ses légitimes propriétaires tout le profit qui correspondait à un enrichissement illégitime. (3)

(1) *Löning* : Op. cit. p. 34.

(2) *Gierke* : Op. cit. III, § 9, p. 403.

(3) *Löning* : Op. cit. p. 23.

Cette théorie prit corps lorsque les villes et communautés commençaient à posséder un véritable état de fonctionnaires et d'employés subordonnés.

SECTION TROISIÈME

La lutte en Allemagne contre l'irresponsabilité des fonctionnaires.

§ 1. La législation sur les fonctionnaires en Prusse.

Une fois la guerre de Trente ans terminée, commence en Allemagne un mouvement de reconstitution de l'autorité absolue des princes aux dépens de la souveraineté des Etats de l'Empire et des villes. C'est l'époque du régime policier, du « Polizeistaat ». Le prince absolu veut des fonctionnaires responsables parce qu'il entend faire régner l'ordre et la justice dans ses Etats. Il établit toutes sortes de garanties en faveur des sujets. Le modèle de ce régime nous est offert par la Prusse où l'organisation de l'Etat était singulièrement forte.

Avant 1611, les particuliers qui avaient souffert un préjudice, devaient adresser une plainte à l'électeur même. Les tribunaux étaient incompétents pour les recevoir et les prendre en considération. (1)

Par un décret du 11 juin 1611, c'est-à-dire déjà antérieurement à cette longue guerre, de la fin de laquelle nous avons fait partir la nouvelle période, la Chambre judiciaire de Küstrin fut investie du droit de prononcer sur toutes les plaintes dirigées contre des fonctionnaires à raison d'abus de pouvoir commis dans la Nouvelle-Marche de Brandebourg.

Cette expérience aboutit à un bon résultat et des dispositions semblables furent maintenues dans les Ordonnances de procédure de la Nouvelle-Marche des 24 septembre 1646 et 11 décembre 1700. Si l'abus de pouvoir était grave,

(1) *Gravenhorst*: Der sogenannte Konflikt, p. 17.

les conseillers électoraux devaient en être saisis; un cas plus léger pouvait être porté directement devant le gouvernement qui prenait la décision correspondante après avoir entendu dans la cause l'avis d'un tribunal d'échevins légistes.

Dans une nouvelle ordonnance du 21 mai 1713 « concernant l'amélioration du régime judiciaire » ce principe fut étendu à tout le territoire de la Marche de Brandebourg. Cette ordonnance maintint la distinction entre les plaintes pour abus grave et celles pour abus léger.

Sous le règne de Frédéric-Guillaume 1^{er}, en 1723, les Chambres judiciaires et les Commissariats de guerre ayant été réunis sous le titre de Chambres de guerre et des domaines, une nouvelle disposition renvoya devant ces tribunaux tous les fonctionnaires en cas de poursuite pour abus de pouvoir, chacun devant celui dont il ressortait.

Frédéric-le-Grand institua d'abord des tribunaux spéciaux pour ces procès, mais l'ordonnance du 26 décembre 1808 donna aux tribunaux ordinaires la compétence de procéder contre tous les fonctionnaires. (1) (2)

§ 2. *La législation sur les fonctionnaires dans les autres Etats de l'Allemagne.*

Tandis que les électeurs de Brandebourg et leurs successeurs, les rois de Prusse, établissaient nettement le principe de la responsabilité des fonctionnaires, les juriconsultes de l'époque travaillaient à réaliser le même effet par d'autres moyens. Chez eux, le souci du bien-être des sujets n'est pas la raison qui les pousse à faire tomber sur les fonctionnaires les conséquences de leurs délits; c'est le dé-

(1) *Gravenhorst*: Op. cit. p. 18.

(2) Dans le « *Miroir des princes* », un écrit de Frédéric-le-Grand destiné au duc de Wurtemberg au moment où celui-ci monta sur le trône, on lit: « Dans de nombreuses cours en Allemagne j'ai observé une coutume regrettable. Les ministres des princes possédaient le titre de conseillers impériaux, ce qui assurait leur impunité. »

sir de délivrer les princes et leurs ministres de toute responsabilité qu'ils auraient pu encourir. Ils constituaient les rapports entre le prince et les fonctionnaires sur la base du mandat. Le prince comme commettant n'était responsable que de « culpa in eligendo ». S'il n'y a pas de faute dans le choix du fonctionnaire — preuve qui, sans doute, n'est pas facile à rapporter — le savant professeur Myler de Tubingue permet encore dans la seconde moitié du XVII^e siècle aux princes de recourir à la noxæ datio. (1)

Peu à peu cependant les autres Etats de l'Allemagne suivirent l'exemple de la Prusse dans la législation et dans la jurisprudence. On allait même jusqu'à reconnaître la responsabilité civile du fisc et du prince. Dans un jugement de la Chancellerie judiciaire du Hannover, rendu vers le milieu du XVIII^e siècle, le fisc est déclaré subsidiairement responsable en cas de perte de dépôts reçus d'office.

Le tribunal impérial d'appel de Cassel décide de son côté que l'acte d'un fonctionnaire commis « vi officii » engage le prince qui répond des « facta officialium » sans pouvoir se prévaloir des règles du mandat. (2)

Pendant que la jurisprudence décide dans ce cas que le lien unissant les fonctionnaires au prince et à l'Etat ressort du droit public, la théorie qui l'assimile au mandat est encore représentée au Landrecht prussien :

« Le fonctionnaire se trouve vis-à-vis de l'Etat dans la situation d'un mandataire . . .

Un délit causant un préjudice à un tiers ne peut être commis que si le fonctionnaire a négligé son devoir. Or une telle négligence ou infraction à ses devoirs renferme nécessairement un abus de pouvoir; le mandant n'est jamais responsable à raison d'un abus de pouvoir. » (3)

(1) *Löning*: Op. cit. p. 42.

(2) Cité dans *Löning*, Op. cit. p. 45: « L'acte d'un fonctionnaire commis « vi officii » lie le prince dont ce fonctionnaire dépend sans que l'on puisse recourir, s'il s'agit d'un fonctionnaire juré et investi régulièrement de ses fonctions, aux règles du mandat privé. Le prince est responsable des « facta officialium ».

(3) Tel est le principe de la loi. Nous y trouvons cependant une

Par contre l'Ordonnance de Hesse-Cassel du 11 octobre 1776 reconnaît expressément la responsabilité de l'Etat à raison d'actes commis par les fonctionnaires au détriment d'un particulier. (1)

CHAPITRE III

La responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires en France.

SECTION PREMIÈRE

L'influence du droit germanique et du droit romain.

§ 1. Adoucissements apportés à la responsabilité collective.

En France l'influence germanique et l'influence romaine se font sentir côte à côte. D'une part nous avons la responsabilité collective; de l'autre la formation des communautés

disposition qui répond aux exigences modernes. Il est vrai qu'il n'y est pas question du mandant proprement-dit :

« Les offices postaux répondent pour leurs commis et postillons de la perte des lettres et paquets régulièrement remis. » Landrecht II, § 188.

Cette différence tient sans doute au fait que le législateur n'a pas éprouvé le besoin de protéger les offices postaux autant que le prince et au fait que la poste est une institution fiscale qu'on avait tout intérêt à rendre responsable vis-à-vis du public.

Une autre disposition du même code tient le milieu entre ces deux extrêmes :

« Le seigneur justicier d'un tribunal patrimonial n'est responsable pour ses juges coupables que pour autant qu'il a commis une culpa in eligendo sive custodiendo ». Landrecht II, 17, § 90.

(1) Löning : Op. cit. p. 45.

d'artisans ou « universitates ». Le principe romain servait à adoucir la responsabilité si étendue du droit germanique. Nous en trouvons un exemple dans la loi Gombette.

Au titre II sur les meurtres on rencontre une disposition libérant le propriétaire de l'esclave homicide et fugitif de la peine qu'il aurait encourue en payant aux parents de la victime 30 pièces d'argent comme valeur de l'esclave.

Et voici une déclaration de principe contenue dans la même loi : « Tout le peuple doit savoir que dans ces cas il faut prendre soin surtout de ce que les parents de la victime n'attaquent personne, sauf l'auteur; car si nous voulons exterminer le criminel, nous ne souffrirons pas que l'innocent soit molesté de quelque manière que ce soit. » (1)

Néanmoins le principe de la responsabilité dérivée existait encore et il fallait trouver un moyen pour libérer le prince des conséquences fâcheuses que le fait de former le centre de toute l'organisation politique du royaume pouvait avoir pour lui. On stipulait en première ligne des règles très sévères pour les fonctionnaires qui commettaient des délits ou des actes dommageables dans l'exercice de leurs fonctions.

La loi Gombette châtie par la mort les grands de la cour, les conseillers ou surveillants, les comtes romains et burgonds des campagnes et des villes, ainsi que les juges assesseurs qui accepteraient un cadeau dans un procès. La fortune du condamné devait cependant revenir à ses héritiers, car il n'est pas juste que ces derniers supportent les conséquences de l'acte délictueux commis par le condamné. (2)

Cette loi est cependant un fait isolé et son application ne s'étend qu'à une petite partie de la France et de la Suisse actuelle. Ainsi nous retrouvons des traces de ce principe de la restriction de la responsabilité à côté de dispositions contraires dans la Charte fausse qu'on prétendait octroyée

(1) *Oechsli*, Quellenbuch der Schweizergeschichte, II, p. 57 (Edit. 1893).

(2) *Oechsli*: Op. cit. I, p. 55 (Edit. 1898).

aux Bernois par l'empereur Frédéric II en 1218. Car même si c'est une falsification il n'en est pas moins vrai qu'un principe de droit devait exister dans la conscience populaire avant de pouvoir être introduit dans une loi.

« »

« Celui qui tue un homme dans les murs de la ville doit être décapité sans réplique. . . Si l'accusé s'enfuit et ne se présente pas devant le tribunal à la troisième sommation, on le tiendra pour coupable et il sera condamné. L'avoyer avec les membres du Conseil et tous les bourgeois détruiront sa maison de fond en comble. Le bois du bâtiment et les poutres resteront sur la place pendant une année et un jour sans qu'il y sera touché. Ce délai passé les héritiers pourront rebâtir la maison et la posséder librement s'ils le désirent, après avoir payé au juge une somme de trois livres. »

« Chaque bourgeois peut accuser devant le juge celui qui a tué un homme dans les murs de la ville. Si cet accusé nie avoir commis le crime, l'accusateur pourra le provoquer en duel, même si la victime n'a pas été proche parent. » (1)

Nous retrouvons dans cette disposition la restriction de la loi Gombette que la peine ne doit frapper que le coupable et non ses héritiers en même temps. D'autre part la faculté laissée à chaque citoyen de se faire l'accusateur public et le justicier répond à un principe de droit germanique.

Pour l'époque du moyen-âge ce qui a été dit à propos de l'Allemagne s'applique en général à la France aussi : Responsabilité des communes pour leurs autorités et bourgeois, des corporations pour leurs membres, des seigneurs pour leurs serfs et vassaux. (2)

§ 2. L'irresponsabilité royale.

La responsabilité d'un individu ou d'une collectivité suppose toujours une volonté indépendante. C'est dans la

(1) *Oechsli* : Quellenbuch I, p. 29.

(2) *E. Mayer* : Deutsche und französische Verfassungsgeschichte.

destruction de cette liberté, dans la centralisation entre leurs propres mains de tous les pouvoirs que les Capétiens voyaient la principale tâche. Ils se gardaient cependant d'assumer la responsabilité qui aurait dû correspondre à leur gouvernement. Ils trouvaient des auxiliaires dans les légistes, jurisconsultes savants, et dans les magistrats formant les parlements et cours souveraines. Il s'agissait avant tout d'éliminer la responsabilité du roi à raison d'actes de ses fonctionnaires.

Dans la querelle survenue entre Philippe-le-Bel et le pape Boniface VIII, les légistes Guillaume de Nogaret et Guillaume du Plessis soutiennent que « le Roi choisit de bons fonctionnaires; s'ils ont commis des actes illicites dans l'exercice de leur charge il n'est pas responsable de ce fait, il suffit qu'il les punisse »; et « le Roi ne tient son autorité que de Dieu ». (1)

Afin de pousser jusqu'au bout le principe de l'irresponsabilité du gouvernement il fallait écarter les Etats généraux qui prétendaient exercer une surveillance sur la gestion des affaires publiques. Le roi et ses magistrats s'appliquaient en conséquence à restreindre les facultés de cette assemblée et à la réunir le moins souvent possible. Commines n'oubliait pas de les en blâmer hardiment : « Quelques courtisans de petite condition et de petite vertu ont dit que c'est un crime de lèse-majesté que de parler d'assembler les Etats, que cela diminuerait l'autorité du roi; mais ils craignent les grandes assemblées de peur qu'ils ne soient connus et que leurs œuvres ne soient blâmées. » (2)

(1) Cité dans Löning : Op. cit. p. 37.

(2) *Commines* : Cité dans Maréjol : Histoire du moyen âge et des temps modernes, p. 231.

SECTION DEUXIÈME

La lutte contre l'irresponsabilité des fonctionnaires royaux.

§ 1. Richelieu. La lutte contre les parlements.

Après avoir réduit au silence la représentation des Etats du royaume, le gouvernement se tournait contre les fonctionnaires que leur indépendance rendait presque irresponsables. L'intelligence claire de Richelieu avait compris tout le danger que leur irresponsabilité représentait pour le royaume, du moment qu'ils se trouvaient complètement indépendants, tant dans leurs rapports avec le roi que dans ceux avec le peuple. Un passage de son testament politique nous révèle sa pensée : « Je crois qu'il sera très utile d'envoyer souvent dans les provinces des Conseillers d'Etat ou des Maîtres de requête bien choisis, non seulement pour faire la fonction d'intendants de justice dans les capitales, mais pour aller en tous lieux s'enquérir des mœurs des officiers de justice et de finance, voir si les impositions se lèvent conformément aux ordonnances, apprendre comment se gouverne la noblesse et arrêter le cours de toutes sortes de désordres et spécialement des violences de ceux qui, étant puissants et riches, oppriment les faibles et pauvres sujets du roi. » (1)

Dans un extrait de pouvoirs délivré en 1633 à l'intendant de la Champagne le ministre lui ordonna de « ... punir et châtier ceux qui contreviendraient à nos ordonnances exemplairement, afin que les autres ne tombent pas en même faute, soit gens de guerre, officiers de justice, finances et autres. » (2)

On cherche à établir avant tout la responsabilité pénale des fonctionnaires. Le principe d'équité dont se réclament les auteurs modernes pour étendre la responsabilité de

(1) *Lacourt-Gayet* : Histoire des temps modernes, p. 40 s.

(2) *Idem*, p. 42.

l'État dans tous les domaines pour le plus grand bien-être de tous ne joue ici qu'un rôle secondaire.

Toutes ces mesures réveillent dans le fonctionnaire l'instinct de conservation. L'Édit de Rachat de Mazarin, obligeant les magistrats de Paris à abandonner le gage de quatre années pour obtenir le renouvellement de la Paulette, provoqua en 1648 l'Union du Parlement de Paris avec les trois cours souveraines. La Chambre Saint-Louis qui siégeait du 30 juin au 9 juillet introduisait dans « l'arrêt de l'union entre les cours souveraines pour servir le public et les particuliers et réformer les abus de l'État » plusieurs mesures destinées à rendre effective la responsabilité des fonctionnaires et des magistrats, tout en proclamant leur indépendance du pouvoir arbitraire du roi et de ses ministres. Nous citons les articles suivants :

Art. 6. Aucun officier ne pourra être troublé en sa fonction et exercice de sa charge par lettres de cachet, rélévation, arrêt et détention de sa personne ou autrement, mais seulement en informant contre les officiers et faisant leur procès suivant les ordonnances.

Art. 7. Il sera établi une chambre de justice composée d'officiers des 4 cours souveraines, par elles nommés, pour connaître et juger des abus et malversations commis en l'administration et maniement des finances du roi. (1)

Cet essai d'un gouvernement parlementaire échoua. Le parlement dut entamer des négociations avec la cour et rien ne se fit. Pendant le long règne absolu de Louis XIV l'irresponsabilité des fonctionnaires arrivait à son comble. Le peuple souffrait plus que jamais des abus de toutes sortes de fonctionnaires qui s'engraissaient au dépens des biens des particuliers.

§ 2. *Lutte contre l'irresponsabilité à la fin du XVII^e et au XVIII^e siècle.*

Dans le « Mémoire des commissaires du Roi sur la misère du peuple et les moyens d'y remédier », rédigé par

(1) *Lacourt-Gayet* : Op. cit. p. 56.

d'Aguessau et d'Ormesson en 1687, on lit que « ... la multiplication de la chicane et les mangeries des petits officiers et ministres de la justice, et les frais qu'on est obligé de faire pour la soutenir ou la demander, ont aussi contribué à la ruine de bien des gens. » (1)

Quelques années plus tard Fénelon, dans le « Mémoire sur la situation déplorable de la France en 1710 », affirme que « les intendants font, malgré eux, presque autant de ravages que les maraudeurs. Ils enlèvent jusqu'aux dépôts publics ». (2)

Dans le plan de réforme que ce prélat prépara en 1771 avec le duc de Chevreuse différentes mesures étaient prévues concernant la responsabilité des fonctionnaires.

« Administration intérieure du royaume : Correction des choses faites par les états des provinces, revision générale des comptes des états particuliers sur fonds et charges ordinaires. Autorité des états pour s'assembler tous les trois ans, ... pour étendre leurs délibérations sur toutes les matières de justice, de police, de finances, de guerre ...

« Justice : Ôter peu à peu la Paulette. Laisser pour leur vie tous les juges intègres et suffisamment instruits; attribution aux juges de gages honnêtes sur les fonds publics. » (3)

On prévoyait ainsi d'une part un contrôle sévère et effectif sur toutes les branches de l'administration, d'autre part on voulait rendre les juges économiquement indépendants tout en opérant une sélection entre eux.

Rousseau comprit aussi la nécessité de baser un bon système de gouvernement sur le principe de la responsabilité des fonctionnaires; il n'emploie cependant pas ce terme dans ses écrits.

« Je crois, dit-il, que l'autorité sans bornes des ministres et des grands officiers est la première et principale cause de l'anarchie qui règne en Pologne. Pour ôter cette

(1) *Lacourt-Gayet*: Op. cit. p. 385.

(2) *Idem*, p. 391.

(3) *Idem*, p. 420.

cause je ne vois qu'un moyen : Ce n'est pas d'armer les tribunaux de la force publique contre ces petits tyrans, ... mais c'est d'armer de toute la force exécutive un corps respectable et permanent, tel que le Sénat, capable par sa consistance et par son autorité de contenir dans leurs devoirs les magistrats tentés de s'en écarter. » (1)

Dans le même ouvrage nous trouvons encore le passage suivant : « Un moyen pour prévenir le mal de la corruption, c'est d'assujettir les représentants à suivre exactement leurs instructions et à rendre un compte sévère à leurs constituants de leur conduite à la diète. » (2)

Enfin Rousseau veut lier le droit de veto que possédaient en Pologne les membres du pouvoir souverain à une responsabilité tellement sévère, que quiconque se permet d'en faire usage répond de son opposition sur sa tête, non seulement à ses constituants dans la diétine postcomitale, mais ensuite à la nation tout entière dont il a fait le malheur. (3)

THOISIÈME SECTION

La responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires pendant et après la Révolution.

La voix unanime des Français les plus éclairés et les plus illustres réclamait l'introduction du principe de la responsabilité des fonctionnaires, une administration indépendante et une justice intégrè. La Révolution réalisa en partie ce postulat. Le cahier du tiers état demandait entre d'autres réformes « la responsabilité des agents du gouverne-

(1) *Rousseau* : Gouvernement de Pologne. Chap. VII, p. 365.

(2) *Idem*, p. 367.

(3) *Idem*, p. 384. Rousseau entend renfermer les représentants du gouvernement dans une responsabilité double : d'un côté il veut les faire dépendre d'un corps supérieur ou sénat, d'un autre côté ils devront rendre compte à leurs commettants, les nobles réunis en leurs diétines et désignant les nonces qui sont les représentants proprement dits.

ment ». (1) Aussi l'article 15 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 est-il conçu dans les termes suivants : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. » (2)

L'article 24 de la déclaration de 1793 formule ce principe d'une manière particulièrement énergique : « Elle (la garantie sociale) ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi et si la responsabilité de tous les fonctionnaires n'est pas assurée. » (3) Malgré la répétition de ce principe dans toutes les constitutions il n'existe aucune loi d'ensemble de l'époque réglant cette matière. (4)

En proclamant la responsabilité on voulut garantir aux magistrats et aux fonctionnaires l'indépendance dont ils avaient besoin dans l'exercice de leur charge. Les hommes de la Révolution voulurent appliquer en premier lieu le principe de la séparation des pouvoirs préconisé par Montesquieu. La loi du 16/24 août 1790 porte que « les juges ne pourront, sous peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

« Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit. » (5)

L'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VII (13 décembre 1799) reproduit le même principe. « Les agents du gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. » (6)

(1) *Maréchal*: Histoire contemporaine. I, p. 60.

(2) *Idem*, p. 67.

(3) *Boulen*: Responsabilité des fonctionnaires envers les particuliers, p. 48.

(4) *Duguit*: Traité de droit constitutionnel § 91, p. 546.

(5) *Boulen*: Op. cit., p. 47.

(6) *Gravenhorst*: Op. cit., p. 22.

Cette disposition maintenue par toutes les constitutions jusqu'au 19 septembre 1870, rendit la poursuite des fonctionnaires souvent illusoire, le Conseil d'Etat s'inspirant de préjugés politiques quand il s'agissait de déclarer la responsabilité d'un fonctionnaire.

Nulle part comme en France l'institution du « conflit » n'a été développée.

Toutes les constitutions et déclarations de la Révolution consacrent le principe de la responsabilité des fonctionnaires. Il n'en est pas de même de la responsabilité de l'Etat. Cette idée est totalement étrangère aux hommes de la Révolution. L'Etat, dans l'exercice de sa puissance publique, est irresponsable aussi bien en ce qui concerne la fonction administrative, juridictionnelle que législative. (1)

L'article 75 cité plus haut fut abrogé par l'article 1^{er} du décret-loi du 19 septembre 1870 : « L'article 75 de la constitution de l'an VIII est abrogé. Sont abrogées aussi toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre. »

Dans aucune des dispositions visées par cette abrogation il n'est question de la responsabilité de l'Etat.

CHAPITRE IV

La théorie moderne de la responsabilité de l'Etat.

SECTION PREMIÈRE

Les théories de Sundheim et de Pfeiffer.

Nous avons trouvé en Allemagne deux théories : La première faisait dépendre la condition juridique du fonction-

(1) *Duguît* : Traité de droit constitutionnel § 39, p. 161.

naire du contrat de mandat tout en admettant qu'il était distinct en certains points du contrat de droit privé (Landrecht prussien). La seconde y voyait un contrat de droit public tout à fait étranger au droit privé (Ordonnance de Hesse-Cassel). Dans le contrat de mandat le prince, comme mandant, était en principe irresponsable ; le tribunal de Cassel au contraire avait reconnu la responsabilité du souverain quand le fonctionnaire avait commis l'acte délictueux « vi officii ».

Cette jurisprudence obligea les juristes à abandonner la théorie qui établissait les rapports entre le souverain et le fonctionnaire sur la base du mandat. Il est naturel que les initiateurs de ce mouvement se rencontraient près du tribunal de Cassel.

Sundheim, sans réussir à sortir du droit privé, construisait cependant pour l'Etat une obligation de responsabilité du chef des actes illicites commis par les fonctionnaires dans l'exercice de leur charge. Car ils exercent une partie de la souveraineté dont ils peuvent abuser sans que les sujets aient des moyens légaux pour s'en défendre. Cette responsabilité ne repose pas sur un principe de droit, mais sur le principe d'équité. (1)

Pfeiffer, conseiller à la cour de Cassel, alla plus loin. Il réussit à détacher la responsabilité de l'Etat du droit privé. Il appuya sa théorie sur les décisions des tribunaux de l'électorat de Hesse-Cassel. (2) Comme on l'a vu, ceux-ci reconnaissaient la responsabilité de l'Etat à raison des actes illicites commis par les fonctionnaires ; ils l'étendaient même au préjudice résultant d'omissions. Car l'Etat doit protéger tous ses sujets contre le dommage qu'ils peuvent souffrir par la faute ou la négligence des fonctionnaires. Pour l'appréciation de cette faute il faut tenir compte en premier lieu du fait que le fonctionnaire doit avoir en vue uniquement le progrès du bien public et le maintien de l'ordre en

(1) *Löning* : Op. cit., p. 47.

(2) *Confr.* les arrêts cités à la p. 29 ss.

général, en conséquence il a l'obligation de s'occuper des nécessités des particuliers.

Une consultation de la faculté de droit de Berlin affirme en 1848 que l'Etat est responsable s'il n'a pas pris toutes les mesures pour réaliser le bien-être individuel de ses membres au moyen des organes destinés à cela. (1)

La théorie de Pfeiffer est résumée par Löning de la manière suivante : « Si l'Etat exige de la part de ses sujets qu'ils reconnaissent dans les fonctionnaires ses représentants et qu'ils se soumettent à la puissance publique dont ceux-ci sont investis, il doit aussi prendre la responsabilité des faits résultant de l'exécution des lois, même si les compétences légales ont été dépassées par des actes contraires aux ordres reçus ou par d'autres abus de pouvoir, car les particuliers n'ont pas la compétence d'examiner si l'acte du fonctionnaire contient un abus de pouvoir; on ne leur demande que d'y obéir. L'Etat doit seulement prendre en considération si le fonctionnaire est investi d'un pouvoir assez étendu pour qu'il puisse s'en servir pour exercer sur les particuliers la contrainte qui a donné lieu à la plainte. Toutes les fois que c'est le cas, l'Etat doit assumer la responsabilité du chef de l'acte illicite et du dommage qu'il a occasionné. » (2)

SECTION DEUXIÈME

La théorie de Zachariæ.

Zachariæ, professeur à l'Université de Göttingue, dans un article publié en 1863, revint sur la théorie de Pfeiffer et voulut substituer à la responsabilité directe de l'Etat la responsabilité subsidiaire. Cette mesure répond plutôt à des exigences pratiques en rapport avec les finances de l'Etat qu'à une raison de principe. Car en fondant l'obligation de garantie de l'Etat sur les principes déjà invoqués par Pfeiffer, il reconnaît implicitement leur valeur.

(1) *Löning*: Op. cit., p. 10.

(2) *Idem*, p. 49.

Les juristes allemands se sont occupés dans leurs assemblées à trois reprises de la solution du problème de la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires.

En 1867 on avait demandé des rapports à ce sujet aux professeurs Bluntschli et Zachariæ. Le premier, restant fidèle à la vieille théorie de l'Etat fictif que Savigny avait brillamment reprise dans la première moitié du XIX^e siècle, niait la responsabilité de l'Etat. Zachariæ renvoyait simplement à son travail publié quatre années auparavant. (1)

En 1869 et en 1871 la même question fut remise sur le tapis. Dans cette dernière assemblée les thèses suivantes furent adoptées :

I. Le fisc est responsable pour un dommage causé par un fonctionnaire à des tiers par un acte ou une omission illégales :

- a) dans tous les cas où il s'est enrichi illégalement,
- b) toutes les fois que la faute du fonctionnaire se rapporte à un acte où il a agi dans l'exercice de ses fonctions, principalement lorsqu'il s'agit de sommes d'argent ou d'objets déposés d'office.

II. En ce qui concerne le préjudice causé par le fonctionnaire d'une manière illégale, mais dont le fisc n'est pas responsable, il faut écarter les nombreux obstacles qui s'opposent à l'introduction d'une action par le tiers contre le fonctionnaire fautif surtout en matière de privation de la liberté individuelle et de la presse. (2)

(1) Verhandlungen des VI. deutschen Juristentages, I, p. 45 ss.

(2) Verhandlungen des IX. deutschen Juristentages, Sten. Berichte, p. 27 ss.

CHAPITRE V

Le principe de la responsabilité de l'Etat en Suisse.

SECTION PREMIÈRE

La responsabilité avant 1798.

Avant 1798 il ne pouvait guère être question de régler d'une manière uniforme la responsabilité des magistrats et des fonctionnaires des cantons. Les uniques magistrats de la Confédération étaient les députés à la diète. Ceux-ci votaient impérativement selon les ordres reçus de leurs commettants. Ils étaient de véritables mandataires des cantons et n'avaient à assumer aucune responsabilité vis-à-vis de la Confédération.

Quant aux magistrats cantonaux ou communaux il n'y avait pas de règle légale concernant leur responsabilité. Tout au plus pourrait-on voir quelque chose ressemblant à cette responsabilité dans les mesures pénales telles que la décapitation de Waldmann à Zurich et le relèvement de l'avoyer Jean de Wattenwyl de Berne de ses fonctions en 1589. (1) Ces sanctions ne répondaient à aucune loi spéciale sur la matière, elles dépendaient uniquement des circonstances politiques.

Les patriciens de Zurich cependant, après l'exécution de Waldmann, durent accorder à leurs sujets mécontents certains droits dans les Sept lettres de Sentences. Elles contenaient entre autres des dispositions frappant l'abus de pouvoir des fonctionnaires dans l'imposition des amendes et la privation de la liberté individuelle. (2)

En 1426 le Petit Conseil et les Cents de la ville de Lucerne instituèrent les cinq « mystérieux » pour exercer

(1) *Hilty*: Polit. Jahrbuch, Vol. 9, 1894-95, p. 210.

(2) *Pfaff*: Staatsrecht der alten Eidgenossenschaft, p. 65.

une surveillance secrète sur toute l'administration communale. (1)

Une autorité de surveillance semblable exista aussi pendant quelque temps à Bâle et à Schaffhouse. (2)

SECTION DEUXIÈME

La responsabilité sous l'influence de la Révolution.

§ 1. La première constitution helvétique du 12 avril 1798.

Au commencement de 1798 les troupes françaises avaient ouvert la Suisse à l'influence des idées nouvelles; le principe de la responsabilité des fonctionnaires figurait parmi les premiers postulats populaires.

Déjà la première constitution helvétique, élaborée par Pierre Ochs sur le modèle de la constitution française et adoptée par l'Assemblée législative le 12 avril 1798 contient des dispositions relatives à la responsabilité des fonctionnaires dans les articles 51 et suivants.

Toute poursuite criminelle contre un membre de l'autorité législative doit faire l'objet d'une décision préalable du Grand Conseil pour savoir s'il sera donné suite à la plainte ou non. La poursuite accordée par cette autorité, l'affaire passe au Sénat. Celui-ci donne un nouveau préavis sur la même question. Si ces deux autorités se sont prononcées pour la poursuite, le cas est soumis finalement au Tribunal supérieur, qui décide sans appel s'il y a lieu de mettre le fonctionnaire en état d'accusation. Pour un arrêt de non-lieu il suffit du tiers des voix des juges plus une.

La même procédure doit être suivie lorsqu'une plainte a été portée contre un membre du Directoire. (3)

On voit que les précautions étaient bien prises pour

(1) *Pfaff*: Staatsrecht der alten Eidgenossenschaft, p. 61.

(2) *Idem* p. 86 et 97.

(3) *Hilty*: Vorlesungen über die Helvetik, p. 798.

rendre cette responsabilité aussi illusoire pour le peuple que douce et inoffensive pour les fonctionnaires et les magistrats. Il n'est pas facile de s'imaginer comment cette lourde machine à triple détente, une fois mise en mouvement, ira assez droit et assez vite pour atteindre le coupable.

Quant aux crimes contre l'Etat, l'article 93 détermine que toute accusation pour délit contre l'Etat ou pour négligence dans le service, détournement, prévarication directe ou indirecte, sera poursuivie devant le tribunal du lieu où le délit a été commis, ou, si ce lieu n'est pas connu, devant le tribunal du lieu du domicile de l'auteur. (1)

Il est intéressant de remarquer que la constitution prévoit deux procédures toutes différentes pour punir un fonctionnaire coupable d'avoir, par exemple, causé un dommage par une négligence dans l'exercice de sa fonction suivant que c'est l'Etat qui a souffert le dommage ou un particulier. Dans le premier cas l'article 93 trouve une application immédiate sans que l'action judiciaire soit paralysée le moins du monde. Dans le second cas la plainte doit parcourir trois instances jusqu'à ce que la décision sur la mise en état d'accusation puisse se produire.

Cette protection voilée des fonctionnaires correspond aux tendances des constitutions révolutionnaires dont la constitution helvétique n'était qu'une copie.

§ 2. *Les constitutions helvétiques de 1798 à 1802.*

Les différentes constitutions helvétiques jouirent en général d'une bien courte durée. Au commencement de 1799 on discutait un nouveau projet. Le sénateur Usteri de Zurich demandait la création d'un organe appelé « gardien de la Constitution », formé par 24 personnes élues annuellement par le peuple et choisies parmi les représentants, sénateurs, directeurs ou juges du Tribunal supérieur retirés dans la vie privée.

(1) *Hilty*: Vorlesungen über die Helvetik, p. 743.

Lorsque 100 citoyens affirmaient, en donnant leur signature, qu'un acte émané d'un des trois pouvoirs de l'État était illégal, le Tribunal supérieur devait ouvrir une enquête, si l'acte n'était pas immédiatement annulé, pour examiner s'il y avait lieu d'introduire une action criminelle. On peut trouver dans cette mesure un principe semblable à celui que l'on rencontre à la base du droit d'initiative populaire pour la revision totale ou partielle de la constitution fédérale (art. 120 et 121 de la constit. féd.) et du droit de pétition (art. 57 constit. féd.).

Le « gardien de la Constitution » devait être saisi de l'affaire lorsque le Tribunal supérieur avait reconnu l'illégalité de l'acte incriminé. Il siégeait et rendait son verdict en séance publique dans une ville située à une distance non inférieure à 8 lieues de l'endroit où se trouvait le gouvernement. Ce projet ne passa jamais à l'État de constitution. (1)

On ne peut que louer les efforts faits par les auteurs de ce projet pour éviter les fautes qu'avaient commises les rédacteurs et propagateurs de la première constitution helvétique. Il ne s'agit plus de demi-mesures destinées à tromper le public. L'institution du droit de recours des citoyens contre un acte gouvernemental qu'ils estiment illégal, et celle du « gardien de la Constitution » qui doit prononcer son verdict en séance publique et en un endroit où il n'a pas à craindre la pression du gouvernement, démontrent que l'on voulait vraiment garantir au peuple l'exercice des droits constitutionnels et le règne de la justice.

Dans le projet de la Malmaison, le sénat avait le droit d'accuser les autorités cantonales toutes les fois qu'elles empiétaient sur les droits de la Confédération. La même autorité pouvait obliger le Petit Conseil de rendre compte de son administration même en dehors des sessions de l'autorité législative. (2)

Ce projet fédéraliste ne fut pas adopté par l'assemblée législative où les unitaires formaient la majorité.

(1) *Hilty*: Op. cit., p. 324.

(2) *Idem* p. 750, dans le titre III du projet.

Les luttes entre ces deux partis politiques durèrent sans interruption pendant les années 1801 et 1802. En automne 1801 les unitaires avaient réussi à s'emparer du gouvernement. Ils s'empressèrent de présenter le projet de constitution unitaire de la diète helvétique du 24 octobre 1801. Ce projet contenait plusieurs articles relatifs à la responsabilité. L'article 38 donnait à la diète la compétence de se prononcer sur toutes les plaintes ayant trait à des dispositions anticonstitutionnelles prises par le sénat et de les annuler. (1)

Dans les cantons l'autorité législative possédait un pouvoir semblable (art. 69). Enfin l'article 89 posait le principe de l'indépendance complète du pouvoir judiciaire vis-à-vis des autres pouvoirs. Les juges ne pouvaient être poursuivis en responsabilité que dans les cas prévus expressément par la loi.

Le gouvernement unitaire eut une durée très éphémère. Au bout de trois jours déjà un nouveau coup d'état permit aux fédéralistes de reprendre le dessus. Le 27 février 1802 l'assemblée législative adoptait le projet de constitution fédéraliste élaboré par de Reding et portant son nom. L'article 29 établissait la compétence du sénat pour dénoncer à la diète les autorités cantonales qui empiétaient sur le terrain que la constitution avait réservé à la Confédération.

Les articles 61 et suivants établissaient les règles de la procédure à suivre pour trancher les questions relatives à la responsabilité des autorités et des fonctionnaires. Les plaintes contre les fonctionnaires élus par l'autorité centrale pour abus de pouvoir, pouvaient être portées en appel devant la cour de justice suprême. Il en était de même pour toute action dirigée contre un juge pour déni de justice, abus de pouvoir ou subornation. La cour suprême devait exercer une vigilance sur tous les tribunaux inférieurs et supérieurs et dénoncer au gouvernement central les abus et désordres afin qu'ils fussent corrigés par les auto-

(1) *Hilty*: Op. cit. p. 757 ss.

rités cantonales. Une loi organique spéciale devait établir la procédure à suivre pour la mise en état d'accusation et le jugement des membres du sénat helvétique et de la cour suprême concernant les délits et crimes contre l'Etat. (1)

§ 3. *La deuxième constitution helvétique du 20 mai 1802, l'Acte de Médiation du 19 février 1803 et le Pacte fédéral du 7 août 1815.*

La constitution de Reding ne dura guère plus longtemps que la précédente. Au printemps 1802 les unitaires renversèrent une fois de plus le gouvernement fédéraliste. La Constituante élaborait un projet qui fut soumis à la votation populaire le 20 mai 1802. Comme le gouvernement avait prévu qu'un grand nombre de citoyens ne prendraient pas part au vote, il avait stipulé que les voix de ceux qui s'abstiendraient de voter seraient ajoutées au nombre des voix favorables à la constitution. Grâce à cette mesure le projet fut déclaré accepté par le peuple quoique le chiffre de ceux qui lui avaient donné leur voix ne formât pas la majorité. La constitution fut promulguée sous le nom de « deuxième constitution helvétique ».

Les articles suivants réglaient la matière de la responsabilité :

Art. 13. L'administration générale comprend... la surveillance de l'administration de la justice.

Art. 38. Le sénat accuse devant la diète les autorités qui se rendent coupables d'un empiètement aux dispositions de la constitution.

Art. 55. Les secrétaires d'Etat sont responsables tant des actes de l'autorité exécutive qu'ils ont contresignés et de l'inexécution de ces ordres que de leurs propres actes.

Art. 75. La cour de justice suprême juge les accusations portées contre les secrétaires d'Etat à raison de leurs fonctions.

Art. 76. Elle prononce en dernier ressort sur le délit de

(1) *Hilty*: Op. cit., p. 771 ss.

prévarication commis par les agents de l'administration générale, après que la poursuite a été autorisée par le sénat, ainsi que sur les délits commis par les juges civils et criminels dans l'exercice de leur pouvoir. (1)

Cette constitution termine la longue série des projets et des constitutions helvétiques.

L'Acte de Médiation du 19 février 1803 ne contient aucune disposition relative à la responsabilité de l'Etat ou des fonctionnaires en matière fédérale. Cela s'explique par le fait que les députés à la diète étaient des représentants des cantons votant suivant leurs instructions, et que les uniques fonctionnaires ou organes fédéraux étaient le Landammann, le Chancelier et le Secrétaire d'Etat.

Dans le Pacte Fédéral du 7 août 1815 les mêmes raisons empêchèrent la réglementation de cette matière.

L'état de choses créé par cette constitution ne pouvait pas durer longtemps. Le réveil libéral en 1830 rendait nécessaire un mouvement en faveur d'une révision de la constitution. Entre beaucoup d'autres matières la question de la responsabilité des fonctionnaires et de l'Etat demandait à être résolue.

SECTION TROISIÈME

La lutte pour l'introduction du principe de la responsabilité de l'Etat dans la constitution.

§ 1. *Le projet de constitution fédérale de 1832.*

En 1832 la diète chargea une commission de préparer un projet de constitution fédérale. La tâche fut confiée au professeur Pellegrino Rossi à Genève. Le rapport du rédacteur s'exprime de la manière suivante sur le point qui nous intéresse : « L'article 85 pose le principe de la responsabilité. La loi déterminera les cas de cette responsabilité et ses conséquences. La diète accusera, le Tribunal fédéral jugera. » (2)

(1) Rapport Rossi, p. 116.

(2) Id. p. 774 ss.

Cet article était conçu dans les termes suivants :

Art. 85 du projet. « Les membres du Conseil fédéral sont responsables de leur gestion. Une loi fédérale déterminera tout ce qui se rapporte à cette responsabilité. » (1)

La députation du canton des Grisons demandait qu'on ajoutât à cet article un complément conçu dans ces termes : « Lorsque le gouvernement d'un canton, agissant au nom du canton même ou dans l'intérêt d'une commune ou corporation ou de quelques citoyens, croit avoir à se plaindre d'une décision du Conseil fédéral, il peut exercer un recours à la diète. Si la plainte se rapporte à un abus de pouvoir ou à une décision erronée prise par le Conseil fédéral, la diète, comme autorité fédérale suprême, jugera l'affaire souverainement. Si cependant il s'agit d'une question d'intérêt purement économique à régler entre le canton et la Confédération, une des parties peut recourir au Tribunal fédéral contre la décision de la diète. » (2)

La députation du canton de Glaris demanda que la constitution réglât aussi le mode d'élection et la durée des fonctions des fonctionnaires de la Chancellerie fédérale. Sur la proposition des députés de Fribourg il fut décidé de fixer dans le même article qui réglait la responsabilité des membres du Conseil fédéral, celle des fonctionnaires de la Chancellerie. (3)

Finalement le projet de constitution soumis aux cantons réglait le principe de la responsabilité des autorités et des fonctionnaires fédéraux dans les deux articles suivants :

Art. 81. Les membres du Conseil fédéral sont responsables de leurs fonctions. Une loi fédérale réglera toutes les questions se rapportant à cette responsabilité.

Art. 85. Une loi fédérale déterminera les fonctions et l'organisation de la Chancellerie fédérale, ainsi que le mode

(1) Le projet ne contient aucune disposition relative aux fonctionnaires de la Chancellerie fédérale et aux juges fédéraux.

(2) *Abschied der Tagsatzung 1853*, I, p. 49.

(3) *Idem* p. 49.

d'élection, la durée des fonctions et la responsabilité des fonctionnaires supérieurs de la Chancellerie.

Ces deux articles ne donnèrent lieu à aucune discussion au sein de la diète à l'occasion de la discussion du projet modifié de 1833. (1)

Dans la session d'automne de la même année la plupart des cantons qui admettaient le principe de la revision constitutionnelle déclaraient qu'une des réformes les plus importantes devrait porter sur le point « d'une activité plus étendue, mieux déterminée et plus fructueuse de la diète comme autorité législative de la Confédération, ainsi que sur l'établissement d'un pouvoir fédéral qui, émanant de la constitution même, élu et assermenté par l'autorité fédérale suprême, posséderait un champ d'activité bien délimité, combiné avec une responsabilité bien établie à l'égard de la Confédération. » (2) Il est intéressant de noter qu'il n'est point question de la responsabilité à l'égard des particuliers lésés, ni de celle de l'Etat.

Ce projet ne fut cependant pas soumis au vote du peuple et des cantons. Plusieurs cantons s'opposaient à toute revision et se placèrent au point de vue que, le Pacte fédéral de 1815 ayant été adopté par l'unanimité des cantons, il fallait la même unanimité pour l'abroger. Il ne fut plus question de revision constitutionnelle jusqu'après les événements survenus en automne 1847. La victoire des cantons radicaux et protestants rendit l'état de choses ancien insupportable à tous.

§ 2. La Constitution de 1848.

Le nouveau projet, élaboré sur la base d'un véritable Etat fédératif au lieu de maintenir une Confédération de vingt-cinq cantons souverains liés par un pacte fédéral, ne pouvait faire abstraction de la responsabilité des fonctionnaires. Voici la teneur de l'article 88 du projet :

(1) Abschied der Tagsatzung 1833. I, p. 181.

(2) Idem p. 86.

« Les membres du Conseil fédéral sont responsables de leur gestion. Une loi fédérale réglera cette responsabilité. » (1)

A l'occasion de la discussion du projet, la députation du canton de Berne demanda, comme celle du canton de Fribourg l'avait fait en 1832, que cette responsabilité fût étendue à tous les fonctionnaires fédéraux. Tout le monde était parfaitement d'accord sur le principe posé dans l'article 88, mais, ajoutait le représentant de ce canton, « il est important que tant le peuple que les fonctionnaires aient la certitude que tous les fonctionnaires rendront compte de leur gestion ». (2)

La commission de revision s'empressa d'expliquer « qu'elle n'avait pas voulu exclure la responsabilité des fonctionnaires administratifs et militaires, mais que l'article 88 devait son texte limitatif au fait qu'il était contenu dans le chapitre qui traite du Conseil fédéral. En ce qui concerne la responsabilité du Tribunal fédéral, ajouta la commission, il a été soutenu que dans quelques cas extraordinaires ses décisions devront être portées devant l'Assemblée fédérale pour être cassées. Qu'on n'oublie pas que les juges sont responsables de toute négligence ou faute dont ils se rendent coupables dans l'exercice de leurs fonctions, mais suivant le principe de la séparation des pouvoirs l'Assemblée fédérale ne peut pas étendre sa compétence sur les jugements rendus par le Tribunal fédéral ». (3)

Ces incidents nous prouvent que tout le monde n'accordait pas aux autorités à créer la confiance nécessaire. En 1832 la députation des Grisons avait demandé pour le Tribunal fédéral la compétence de casser certaines décisions de l'Assemblée fédérale. A présent on voulait établir le contraire.

Afin d'éviter toute répétition, les représentants de Zurich et Fribourg demandèrent que l'article 88 fût remplacé dans

(1) Abschied der Tagsatzung 1847, IV, Appendice C.

(2) Idem p. 140.

(3) Idem p. 143.

les dispositions générales par un article réglant la responsabilité de tous les fonctionnaires. (1)

On introduisit alors la disposition qui passa dans la constitution du 12 septembre 1848 comme article 110 et dans celle du 29 mai 1874 comme article 117, de la teneur suivante :

« Les fonctionnaires fédéraux sont responsables de leur gestion; une loi fédérale réglera cette responsabilité. »

§ 3. Le principe de la responsabilité dans la législation fédérale et au sein de l'Assemblée fédérale.

Il s'agissait maintenant de légiférer sur cette matière. Le 18 novembre 1848 le conseiller national Emile Frei de Bâle-Campagne présenta au Conseil national la motion suivante : « Le Conseil national est invité, en exécution de l'article 110 de la Constitution fédérale, suivant lequel tout fonctionnaire fédéral est responsable de sa gestion, à charger une commission spéciale ou le Conseil fédéral de l'élaboration d'un projet de loi concernant la responsabilité de toutes les autorités fédérales dans leur gestion. » La motion fut prise en considération le 25 novembre 1848 et le Conseil fédéral chargé de son exécution. (2)

Le projet fut présenté aux Chambres fédérales dans la session d'hiver de 1850; de la discussion sortit la « loi fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération » (L. R.). Elle est datée du 9 décembre 1850.

Plusieurs tentatives eurent lieu pour arriver à une révision de la loi. La première fut faite par la motion Wullschlegler du 15 octobre 1897, invitant le Conseil fédéral « à présenter un rapport sur la question de savoir si une juridiction administrative spéciale ne devrait pas être instituée pour connaître des conflits surgissant entre les fonctionnaires, employés et ouvriers de l'administration d'une part

(1) Abschied der Tagsatzung 1848, IV, p. 146.

(2) B. Bl. 1850, I, p. 144 s.

et leurs supérieurs d'autre part, juridiction qui serait exercée par des tribunaux analogues aux tribunaux arbitraux et dans lesquels le principe de la représentation des deux parties (employeurs et employés), nommant chacune ses représentants, serait introduit ». (1)

Le motionnaire prévoyait que ces tribunaux d'arbitrage ne jugeraient pas seulement les cas où les fonctionnaires et employés réclameraient une indemnité motivée par une destitution injustifiée; ils devaient même avoir compétence pour casser une décision de l'administration prononçant la peine de la destitution, si le fonctionnaire en question l'attaquait comme illégale. Tout cela aurait eu pour conséquence de rompre l'indépendance que chacun des pouvoirs doit posséder dans sa sphère d'activité. Le Conseil fédéral à l'unanimité demanda que la motion ne fût pas prise en considération, et le Conseil national l'écarta le 21 avril 1898.

Dans cette même séance le conseiller national Surbeck présenta la même motion modifiée de la manière suivante : « Le Conseil fédéral est invité à présenter un rapport sur la question de savoir si le mode de procéder de l'administration fédérale, en cas de plaintes disciplinaires, ne devrait pas être révisé dans le sens de la création d'une instance de recours indépendante de l'administration et chargée de traiter ces cas contradictoirement s'il y a lieu. » (2) La motion fut écartée par 40 voix contre 33.

Le 27 octobre 1903 le conseiller national Brüstlein présenta une nouvelle motion : « Le Conseil fédéral est invité à examiner la question de la réglementation légale des conditions de service des fonctionnaires, employés et ouvriers de la Confédération et de rendre compte de son examen. »

Le 21 décembre 1905 le Conseil national prit en considération cette motion sous la forme modifiée suivante : « Le Conseil fédéral est invité à faire rapport sur la question de savoir s'il n'y a pas lieu de créer une autorité administra-

(1) Résumé des délibérations de l'A. F., Session d'avril 1898, n° 40.

(2) Idem, Session d'août 1898, n° 40.

tive fédérale qui aurait à trancher en dernier ressort les recours pour cause de violation des droits constitutionnels ou garantis par des lois fédérales formés par des fonctionnaires ou employés de l'administration fédérale contre les décisions et arrêtés du Conseil fédéral ou d'autres autorités fédérales. » (1)

Le Conseil fédéral, en exécution de cette motion, présenta aux Chambres fédérales le 20 décembre 1911 un message concernant « la revision de la constitution fédérale en vue de la création d'une Cour administrative fédérale ».

Ces diverses motions et le message que nous venons de rappeler se rapportant spécialement à la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires et employés, qui ne fait pas l'objet spécial de cette étude, il nous suffit de les avoir mentionnés ici.

Enfin le 20 juin 1912 le conseiller national Bühler de Berne présenta une motion invitant le Conseil fédéral à élaborer un projet de loi réglant la juridiction disciplinaire des fonctionnaires fédéraux. Le Conseil fédéral y répondit le 13 juin 1913 par l'organe du conseiller fédéral Müller. Ce dernier reconnut la nécessité d'une revision de la L. R. et déclara qu'il était en train de réunir les matériaux devant servir à la confection de la nouvelle loi qui réglera tout le droit des fonctionnaires. Il prononça en particulier ces paroles : « En ce qui concerne la responsabilité civile elle devra être bien délimitée, dans la mesure où le C. C. S. ne l'a pas déjà fait. » L'interpellant se déclara satisfait et la motion fut abandonnée faute d'objet. (2)

(1) Résumé des délibérations de l'A. F., session de décembre 1905, n° 23.

(2) Le bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale est muet au sujet de cette interpellation et de la réponse donnée par le C. f. Nous en avons été réduit aux comptes rendus donnés par les journaux.

DEUXIÈME PARTIE

PARTIE DOCTRINALE

CHAPITRE PREMIER

Le fondement juridique de la responsabilité de l'État.

Lorsqu'il s'agit de rechercher le fondement juridique de la responsabilité en matière de dommage causé à autrui par l'acte d'un fonctionnaire, on rencontre deux théories fondamentales entièrement opposées. Chacune représente la pensée de toute une école juridique, la manière de voir d'un peuple. Ni l'une ni l'autre ne justifie pour elle seule la responsabilité de l'État dans sa conception moderne. Pour cette raison on a établi le principe de cette responsabilité sur une base différente. Néanmoins il est indispensable de résumer brièvement les points caractéristiques de ces théories parce qu'elles subsistent encore en droit privé, et que la première régit même la responsabilité en matière d'actes illicites.

SECTION PREMIÈRE

La responsabilité fondée sur le principe de la culpabilité.

En droit romain le problème de la responsabilité est basé sur l'élément de la faute. Celui qui a causé un dommage doit le réparer lorsqu'il s'est rendu coupable sans droit d'un empiètement sur la chose ou sur le droit d'autrui. Il ne s'agit pas tant de donner satisfaction à celui qui a subi le tort que de punir l'auteur de l'acte illicite. Parmi les dé-

lits civils donnant lieu à l'action de la Lex Aquilia le « *damnum injuria datum* » est l'un des plus fréquents. Cette action a un caractère éminemment pénal et subjectif. Le dommage et sa réparation jouent un rôle secondaire. Elle n'est accordée que s'il y a eu un acte positif de la part du coupable; l'omission dolosive ou la simple négligence ne sont pas jugées comme un indice suffisant de la manifestation de la volonté de mal faire pour donner droit à une action. Le dommage doit être réel et pouvoir être exprimé en chiffres; une lésion d'intérêt personnel ne se traduisant pas par un dommage matériel n'est pas susceptible de réparation. Celui qui porte atteinte à la propriété d'autrui dans un état de nécessité ne commet pas de délit. (1) Il a agi légitimement et ne doit rien réparer. Il en est de même lorsqu'aucune faute ne peut être découverte à la base d'un acte dommageable. Sans culpabilité il n'y a ni peine ni obligation de réparation. (2)

Le principe de la responsabilité fondée sur la culpabilité de l'auteur de l'acte dommageable a été maintenu dans la plupart des législations modernes de droit commun. (3) Mais les éléments si différents de la peine et de la réparation du dommage qui étaient confondus dans le droit romain ont été nettement séparés. La peine ne joue plus de rôle dans le droit civil moderne en ce qui concerne les actes illicites; on n'a plus en vue que la réparation du dommage. Tout au plus pourrait-on voir chez nous une telle peine dans le fait que l'article 49 C. O. R. fait dépendre l'allocation d'une somme d'argent à titre de réparation morale,

1) Comparer la solution que ce problème a trouvée à l'art. 52 C. O. R.

(2) I. 3. § 16 in fine: *Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri.* D. IX. 2. 8 concernant la mort d'un esclave. D. IX. 2. 5. § 3 concernant le droit du maître de châtier un élève.

Sohm: *Institutionen des röm. Rechts*, p. 543 ss.

(3) C. O. art. 41. C. C. franç. art. 1382. B. G. B. § 823.

lorsqu'elle se justifie par la gravité particulière du préjudice subi et « de la faute ». Mais c'est un cas isolé et il faut relever ici le fait qu'en matière de lésions corporelles ou de mort d'homme l'indemnité payée à titre de réparation morale ne dépend plus du dol ou de la faute grave commis par l'auteur du dommage, comme c'était prévu à l'article 54 C. O. anc., mais uniquement des « circonstances particulières » (art. 47 C. O. révisé). Il est vrai que la conscience populaire s'attache encore fortement à l'union de ces deux éléments, surtout si l'acte dommageable se caractérise comme ayant eu ses mobiles dans des sentiments bas et mauvais.

SECTION DEUXIÈME

La responsabilité fondée sur le principe de causalité.

Passons à l'ancien droit germanique. A une époque où les Germains appliquaient déjà en droit pénal le principe que la peine ne doit frapper que celui qui a eu conscience du délit commis (1), nous rencontrons encore une conception toute différente en matière de responsabilité civile. Pour établir le fondement juridique de cette responsabilité on n'examinait pas le rôle subjectif de l'auteur du dommage et la question de culpabilité, mais on s'en tenait au rapport tout objectif de cause à effet. Un homme peut être rendu responsable d'un dommage sans avoir agi lui-même. (2) Nous avons déjà fait la même observation dans la partie historique (voir p. 19 ss.). Nous retrouvons des traces de ce même principe juridique en droit romain. (3) C'est la responsabilité de causalité. Certains juristes allemands, Binding avant tout, cherchent la solution du problème qui nous occupe en se basant sur ce principe. Ils ne

(1) Sachsenspiegel: II, art. 65: Irresponsabilité pénale de l'enfant. II, art. 40: Irresponsabilité des animaux: Kein Tier verbühret Gewette dem Richter an seiner Tat.

(2) Idem II, art. 39: Responsabilité du propriétaire d'un ouvrage.

(3) La présence des traces de responsabilité causale pour faits d'un tiers en droit romain est contestée d'une manière ingénieuse par Burekhardt, ZSR, vol. 22, p. 534 ss.

posent plus la question : Qui a commis la faute ayant entraîné un dommage ?, mais ils demandent : Qui doit supporter les conséquences pécuniaires du dommage; qui doit le réparer; comment doit-on procéder à la « répartition du dommage » ? On ne recherche pas celui qui en est responsable, mais celui qui doit le réparer comme nous venons de le dire. « L'homme doit réparer tout dommage qu'il a causé, soit sciemment, soit par négligence, soit par imprudence. S'il a eu le malheur de léser, pendant un moment d'inconscience, les droits d'autrui, il ne peut pourtant nier qu'il soit l'auteur de l'acte dommageable, et la victime est encore bien plus innocente du dommage qu'elle souffre que l'auteur. » (1) C'est ce dernier qui représente le principe agissant, c'est celui qui est l'employeur et celui qui a la garde de l'animal ou de la chose qui doit supporter définitivement toutes les conséquences de l'acte et non celui qui a dû en souffrir les conséquences. (2)

Dans notre législation nous retrouvons le principe de la responsabilité de causalité à la base des dispositions concernant le dommage causé par des employés, des animaux ou celui occasionné par la mauvaise construction ou le défaut d'entretien d'un édifice ou d'un autre ouvrage. La responsabilité de l'employeur du propriétaire de l'animal est atténuée, parce que la loi leur offre le moyen de s'en dégager par la preuve d'expulsion (art. 55 et 56 C.O.R.). La responsabilité statuée à l'art. 58 est entièrement causale. Le propriétaire d'un ouvrage qui a occasionné un dommage ne peut pas se libérer de la responsabilité. En droit allemand (§§ 832, 833 et 838 B. G. B.) la preuve d'exculpation est accordée à tous ces sujets de droit. Le C. C. français prévoit cette preuve d'exculpation pour les père et mère, instituteurs et artisans, mais non pour les maîtres et commettants responsables du dommage causé par leurs employés et apprentis (art. 1384) ni pour le propriétaire d'un animal (art. 1385).

(1) *Binding* : Normen und ihre Uebertretung. I. p. 471.

(2) Voir aussi les auteurs français qui soutiennent cette théorie et ce système de « répartition du dommage », cités par De Felice. Z. S. R., vol. 22, p. 694 ss.

SECTION TROISIÈME

La responsabilité fondée sur le principe du risque.

Ces deux notions, celle de la responsabilité fondée sur le principe de la faute et celle qui est dérivée d'un rapport de causalité pure sans que l'élément de culpabilité y joue un rôle, ne s'excluent pas mutuellement; elles se rapportent à des cas pratiques différents et ont trouvé leur application côte à côte dans le C. O. Les Romains et les Germains s'étaient déjà rendu compte qu'il peut y avoir en outre des circonstances juridiques dans lesquelles il ne suffit pas de rendre responsable du dommage causé soit celui qui a commis une faute, soit celui qui en est la cause directe, l'auteur, au moins en apparence. (1)

En droit romain l'« *actio in factum* » contre l'affréteur, le patron de l'hôtel ou de l'écurie, à raison des actes dommageables commis par ses employés dans l'exercice de leurs fonctions, permet d'atteindre derrière l'auteur direct du dommage celui qui doit le surveiller, celui qui profite de ses services et avec lequel le lésé a traité. Le patron est tenu pour responsable, il répond « de culpa in eligendo sive custodiendo ». — « *Maxima utilitas est hujus edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiæ eorum committere* » (D. IV, 9, 1, § 1). Nous nous trouvons en présence d'une responsabilité fondée sur le principe de bonne foi commerciale et sur le principe du risque. L'affréteur, le patron de l'hôtel ou de l'écurie ne peuvent exercer leur profession qu'au moyen d'esclaves, nous dirions aujourd'hui d'employés. Mais ceux qui recourent à leur service traitent avec le maître et non avec les individus chargés par celui-ci d'exécuter les ordres. Les tiers n'ont aucun moyen légal d'exercer une surveillance sur les organes d'exécution, ils doivent s'en remettre complètement au patron. Dans cette situation il serait injuste de n'accorder à ceux qui, dans de pareilles circonstances, ont été lésés par le fait d'un de ces employés dans l'exercice de sa fonc-

(1) *Burckhardt, C. Ch.*: Op. cit., p. 520.

tion, qu'une action contre l'employé coupable. Car ils ne connaissent pas légalement l'employé, ils n'ont pas conclu de contrat avec lui, mais avec le patron. Et qu'on n'oublie pas en outre qu'à Rome ces organes d'exécution étaient en général des esclaves, c'est-à-dire qu'ils n'étaient pas des sujets de droit.

Et alors les jurisconsultes ont raisonné, comme nous venons de le voir par le passage du Digeste reproduit plus haut : Est responsable celui auquel on a confié soit sa personne, soit ses biens, celui qui reçoit le prix convenu, celui qui, en acceptant ce prix et en concluant le contrat assume des devoirs de sauvegarde vis-à-vis de son cocontractant.

En droit germain nous avons trouvé un principe semblable à la base de la responsabilité des communes pour les actes commis par leurs fonctionnaires (p. 21 ss.).

On avait en vue avant tout dans ces cas l'élément de profit qui entraînait le devoir de surveillance. Celui qui exerce une industrie doit en accepter non seulement le bénéfice, il doit aussi supporter les risques inhérents à l'exercice de cette industrie. (1)

Dans l'antiquité nous ne retrouvons que peu d'exemples de cette responsabilité du risque. Au fur et à mesure que les métiers exercés par le patron seul ou accompagné de peu d'ouvriers ou d'apprentis se sont transformés en de grandes industries où de nombreux ouvriers étaient réunis sous une surveillance moins strictement exercée et qui commençaient à utiliser les forces de la nature, au fur et à mesure que les hommes ont dû confier leur vie et leurs biens à d'autres hommes ou à des machines pour se transporter eux-mêmes ou leurs marchandises d'un lieu en un autre, la responsabilité fondée sur le principe du risque s'est développée et étendue à de nouvelles branches de l'activité humaine.

Si on jette un regard sur le développement actuel du droit on se rend facilement compte que la responsabilité fondée sur le principe du risque est devenue un des fac-

(1) Revue der Gerichtspraxis, 1908, vol. 21, p. 68 ss.

teurs les plus importants et les plus indispensables de la législation sociale. En effet, nous retrouvons ce principe à la base de la législation sur la responsabilité des chemins de fer et des entreprises de transport en général, ainsi qu'à la base de la législation sur le travail dans les fabriques et la protection ouvrière.

« C'est le caractère dangereux de l'entreprise qui provoque le dommage et il est absolument juste et équitable que l'autorisation de l'autorité ne soit accordée à une entreprise dangereuse en elle-même pour le public qu'à condition que l'entrepreneur sera responsable vis-à-vis du public, même lorsqu'une faute ne saurait lui être reprochée. » Ainsi s'exprime le message du Conseil fédéral concernant le projet de la loi sur la responsabilité des chemins de fer, du 26 mai 1874.

Ici il est question surtout du risque que courent des tiers ne se trouvant en aucun rapport de subordination ou d'emploi avec l'entreprise dangereuse. On a pensé à tous les accidents qui peuvent arriver au cours de l'exploitation des chemins de fer, non tant aux employés qu'aux voyageurs et aux simples passants. (Loi resp. chemins de fer du 28 mars 1905, art. 1^{er}.)

Le rapport de la commission du Conseil national sur le projet de loi concernant la responsabilité civile des fabricants reproduit un passage du D^r Bruns tiré de sa monographie sur le droit romain actuel, passage qui a trait à la responsabilité des entreprises de transport et confirme ce que nous venons de dire : « Si dans ces entreprises la responsabilité des patrons est restreinte à leur propre faute *in eligendo* et *in custodiendo*, suivant la mesure adoptée par le droit romain, et que, dès qu'il y a faute de la part des employés, ceux-ci sont seuls responsables; si, pour les cas fortuits, les patrons n'ont aucune responsabilité, alors les gains et les risques des entrepreneurs sont en trop grande disproportion et les risques sont presque exclusivement endossés par le public. C'est précisément pour cela que le code de commerce a déjà établi une responsabilité

générale pour les transports par terre et par eau, en particulier de la part des chemins de fer, à l'exception des cas de force majeure et qu'il a même interdit la limitation ou la suppression de cette responsabilité par des règlements » (p. 3). (1)

C'est un côté du principe de la responsabilité du risque. On pense au danger général que l'entreprise fait courir aux tiers. Il en existe encore un autre qui se manifeste surtout dans la responsabilité des fabricants. Ici il ne s'agit plus de protéger contre les dangers inhérents à ces exploitations des tiers, mais les ouvriers mêmes qui travaillent dans la fabrique. « Le contrat de louage de services n'impose pas seulement au patron l'obligation de payer un salaire en échange des services reçus. Il l'oblige de plus, lui qui en sa qualité de patron crée le risque professionnel et règle à son

(1) Il est intéressant de rappeler les débats qui eurent lieu aux Chambres fédérales lors de la discussion sur la nouvelle loi concernant la responsabilité des chemins de fer, à propos de l'assimilation des automobiles aux chemins de fer. Le Conseil national ajouta au projet présenté par le Conseil fédéral un art. 19^{bis} conçu comme suit :

« Celui qui tient une automobile est tenu de réparer le dommage causé par ce véhicule à des personnes ou à des choses, à moins qu'il ne prouve que l'accident est dû soit à une force majeure, soit à la faute de tiers, soit à la faute de celui-ci même qui a été tué, blessé ou lésé d'une autre manière. »

« L'exception de la faute de tiers ne peut être soulevée si les tiers sont au service du défendeur ou s'ils ont utilisé l'automobile de son consentement. »

Cet article est une reproduction fidèle de l'article 1^{er} de la loi sur la responsabilité des chemins de fer.

Le Conseil des Etats n'adopta pas cette disposition, mais renvoya toute la question au Conseil fédéral sous forme du postulat suivant : « Le Conseil fédéral est invité à soumettre incessamment aux Chambres fédérales le projet d'une loi spéciale sur la responsabilité des automobiles dans le sens de l'art. 19^{bis} du projet de la loi sur la responsabilité des chemins de fer voté par le Conseil national. »

Lorsque le projet revint au Conseil national, celui-ci adhéra à la décision prise par le Conseil des Etats.

Le projet de loi visé par le postulat n'a pas encore été présenté aux Chambres fédérales.

(Bull. sténogr. de l'A. F. 1903, p. 329 ss., 1904, p. 104 ss., 346.)

profit les conditions de l'exploitation, à garantir contre ce risque l'ouvrier qu'il expose dans son intérêt à lui. Il doit dès lors veiller à la sécurité de l'ouvrier, le conserver sain et sauf au cours du travail dangereux qu'il lui confie, — mais qu'il reste le maître de diriger, — de telle sorte qu'il puisse, à chaque instant, le rendre à lui-même valide comme il l'a reçu. Et s'il manque à cette « dette de sécurité », le patron devient responsable en cas d'accidents, même s'il n'a pas à se reprocher un acte à proprement parler illicite, mais simplement parce qu'il a manqué aux obligations que lui imposait le contrat de louage de services intervenu entre lui et son ouvrier. » (1)

Le message du Conseil fédéral concernant le projet de loi sur la responsabilité des fabricants s'exprime d'une manière semblable touchant la responsabilité si étendue du fabricant : « Comme règle on peut équitablement établir la présomption que c'est la nature de l'exploitation qui a causé l'accident » (p. 17). Et plus loin : « Pourquoi l'ouvrier serait-il protégé seulement contre la faute de ses supérieurs, et non point contre la faute de ses camarades, commise dans l'exécution commune des ordres reçus ? L'ouvrier n'est pas plus libre de choisir les uns que les autres; le travail de fabrique exige de la discipline non seulement vis-à-vis des supérieurs, mais aussi entre camarades; l'ouvrier n'est que la partie d'un tout qui doit concourir à un résultat donné. Si un accident se produit dans la mise en œuvre de cet ensemble, la responsabilité du fabricant ne doit-elle pas être engagée, quelle que soit la position hiérarchique de celui qui en est la cause ? » (p. 18).

C'est le caractère distinctif de la loi fédérale sur la responsabilité des fabricants d'avoir étendu la première la responsabilité du risque à un immense domaine du droit. (2)

Si nous tâchons de résumer en une formule simple ce qui caractérise cette responsabilité du risque, nous trouvons

(1) *Soldan* : Responsabilité des fabricants, p. 8. C'est ainsi que cet auteur résume la thèse de M. Saintelette.

(2) V. *H. Scherrer* : Die Haftpflicht des Unternehmers, p. 10.

que ce principe de droit exige de celui qui exerce une certaine activité et qui lui donne la forme par l'expression de sa volonté ou de son intérêt qu'il réponde de ce que cette activité ne présente pas des risques spéciaux soit pour les tiers soit pour les ouvriers ou employés de cette industrie et que, dans les cas où un dommage a été causé par cette activité, il le répare soit entièrement soit dans une mesure prescrite par la loi.

SECTION QUATRIÈME

La responsabilité fondée sur le principe de la collision des intérêts.

Dans les cas que nous venons d'étudier il y a toujours une inégalité objective entre les intérêts qui sont en jeu : La mise en activité de l'un de ces intérêts se trouve toujours accompagnée de certains dangers ou risques que doit souffrir l'intérêt opposé. Et la responsabilité spéciale de celui qui dans la poursuite de son intérêt exploite une industrie liée à de tels risques est précisément fondée sur cet élément. Mais ce risque ne se retrouve pas à la base de tous les cas où un intérêt est mis en péril par un autre intérêt. Ce n'est pas le cas, en particulier, lorsque l'Etat fait prévaloir son intérêt sur celui des particuliers. Nous pouvons nous trouver ici en présence de deux intérêts légitimes s'embarrassant mutuellement dans leur développement. L'un de ces intérêts ne peut se développer qu'en détruisant ou en lésant l'autre souvent tout aussi digne de protection. Dans ce cas deux questions sont à résoudre : 1^o Dans quelles circonstances celui qui poursuit un intérêt a-t-il le droit de le faire au détriment de l'intérêt opposé ? et 2^o Qui devra supporter le dommage résultant de cette lésion d'intérêt ?

Occupons-nous d'abord de la solution de la première question. Un principe de droit et d'équité demande que, si un dommage est inévitable pour sauver un intérêt, ce dommage soit aussi petit que possible. D'autre part, l'intérêt légitime doit toujours prévaloir sur l'intérêt illégitime. On

ne sacrifiera pas non plus l'intérêt supérieur, général, à l'intérêt inférieur, spécial, les deux étant également légitimes. Tout intérêt est doublement garanti : dans son individualité par la défense d'y porter atteinte d'une manière illégitime; dans sa valeur par l'obligation de réparation, toutes les fois qu'il a subi une lésion soit légitimement, soit illégitimement. Suivant que la lésion a été légitime ou non, celui qui l'a commise est tenu seulement civilement à réparation ou il sera aussi poursuivi pénalement.

Celui qui, volontairement ou par faute lourde, brise les vitres d'une fenêtre sans pouvoir justifier cet acte sera poursuivi sur la base de l'art. 443, ch. 8, C. P. N.

Il en est de même dans le cas suivant : Un touriste arrive dans une cabane où il veut passer la nuit. Dans un réduit accessible il trouve quelques troncs de bois et une hache. Mais afin de s'éviter la peine de fendre le bois, il brise une armoire au fond de laquelle il y a à sa connaissance du bois préparé déjà. Personne n'osera nier l'illégalité, la délictuosité de cet acte de destruction de la propriété d'autrui, à moins que l'auteur ne puisse alléguer un intérêt supérieur et plus légitime dont la conservation a impérieusement exigé qu'il agisse ainsi, par exemple le fait qu'un accident est arrivé et qu'il soit indispensable de chauffer de l'eau sans perdre du temps.

Le touriste qui arrive à la cabane sans vivres et exténué et consomme quelques aliments qu'il y trouve n'a, par contre, pas commis un acte punissable. Il sera évidemment tenu de rembourser la valeur des aliments, mais à ceux qui voudront le poursuivre pour soustraction il répondra victorieusement qu'en détruisant la propriété d'autrui pour se préserver lui-même de la mort il a sacrifié l'intérêt moindre et moins légitime du propriétaire à la conservation de son bien à l'intérêt supérieur et plus légitime de la conservation de sa vie et qu'il a remboursé la valeur de cet intérêt détruit. On se trouve ici en présence d'un cas où l'auteur s'est trouvé sans sa faute dans un état de détresse et où en conséquence il n'a pas commis de délit. (Art. 74 C. P. N.)

Jusqu'ici nous avons mis en opposition un intérêt supérieur ou plus légitime et un intérêt inférieur ou moins légitime. Mais il y a de nombreux cas où aux yeux de la loi et de l'opinion publique il n'y a aucune différence de légitimité entre eux. Il s'agit de trouver une base légale pour ces cas aussi. Le principe de la collision des intérêts y suffit amplement.

Voici le raisonnement à tenir : Mon intérêt se trouve en collision avec l'intérêt tout aussi légitime de mon voisin qui équivaut au mien. Les deux ne peuvent continuer à co-exister sans se léser mutuellement. Je puis résoudre le conflit qui en résulte de deux manières, soit en sacrifiant mon propre intérêt, soit en lésant l'intérêt de mon voisin. Si je me décide à recourir à cette dernière solution, je le fais pour m'éviter un grand sacrifice, pour sauver ma situation au détriment de celle de mon voisin. J'agis ainsi dans mon intérêt exclusif pour éviter qu'il ne subisse une grande diminution ou même sa destruction complète. Aucun texte de loi n'oblige mon voisin à tolérer un tel acte qui lui est préjudiciable sans pouvoir réclamer la réparation du dommage. Si donc j'ai le profit, j'aurai aussi à supporter son contre-poids par l'obligation de réparer le dommage.

Ainsi nous avons résolu la deuxième question posée auparavant en résolvant la première. La justice et l'équité demandent que le dommage soit supporté par le sujet actif, par l'individu qui a délibérément porté atteinte à l'intérêt d'autrui dans le but de se procurer un bénéfice ou d'éviter une perte.

La responsabilité et l'obligation de réparer un dommage sont fondées ici sur la théorie de la causalité atténuée par des éléments de volonté et d'intérêt. Mais l'élément de la culpabilité a été éliminé de cette manière du domaine de la responsabilité civile toutes les fois que les intérêts ou l'un d'eux ne sont pas illégitimes. Nous l'avons encore admis en parlant de la destruction de l'intérêt légitime au profit d'un intérêt illégitime, mais en spécifiant que ces cas de lésion appelaient une sanction pénale et ressortissaient au

domaine de la responsabilité pénale. Les considérations à propos de la collision d'intérêts également légitimes nous permettent de faire abstraction complète de cet élément. Le sujet actif sera obligé à la réparation du dommage causé parce que, pour ne pas sacrifier son propre intérêt il a sacrifié l'intérêt étranger. S'il voulait s'excuser et refuser la réparation en alléguant l'absence de faute, on lui opposerait victorieusement le raisonnement de Binding que la victime non plus n'a pas commis de faute l'obligeant à supporter un préjudice dont elle est encore bien plus innocente que l'auteur, parce qu'en définitive ce préjudice est la conséquence de l'ingérence volontaire d'un étranger dans le domaine de ses intérêts. (1)

La théorie de la collision des intérêts, telle que R. Merkel l'a développée et que nous l'avons résumée, semble satisfaire à tous les besoins de la pratique. Elle nous permet de considérer comme secondaire la question de savoir quelle personne est responsable dans un cas particulier et de fixer en premier lieu quelle est la personne qui doit supporter le dommage. Ce n'est plus l'élément de faute qui domine le débat, mais l'élément de réparation; la question de responsabilité devient une question d'équité.

Le principe selon lequel l'obligation de réparation du dommage causé en cas de collision d'intérêt incombe à celui qui a lésé l'intérêt d'autrui pour en tirer un avantage ou se préserver d'une perte ne s'arrête pas dans le domaine du droit privé. Il trouve son application en droit public, en premier lieu dans les cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Deux intérêts sont ici aussi en conflit : l'intérêt public et l'intérêt privé, les deux également légitimes mais non équivalents. L'intérêt de la communauté doit prévaloir sur l'intérêt du particulier. De cette manière le conflit est résolu en faveur du premier. Il a le droit de s'imposer, de léser les intérêts privés, mais ce droit est lié à l'obligation de réparation. Une fois que l'utilité publique

(1) R. Merkel: Kollision rechtmässiger Interessen und Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, p. 50 ss.

d'une construction sur un terrain appartenant à des particuliers a été reconnue, l'Etat a le droit d'exproprier ce terrain malgré le refus des propriétaires. Ceux-ci ont droit de leur côté à une juste réparation du dommage qu'ils ont éprouvé. Lorsque l'Etat agit par voie d'expropriation il se trouve dans un cas semblable à celui de l'individu qui se trouve en face d'un intérêt opposé. Il n'a d'autre ressource pour se garantir d'un danger qui le menace ou pour éviter la destruction d'un intérêt que celui de toucher aux intérêts, à la propriété des particuliers.

Comme les fabricants et les entreprises de transport sont responsables et tenus à la réparation du dommage lorsque des ouvriers ou des tiers ont souffert des lésions d'intérêt matériel ou moral du fait de ces exploitations, parce qu'ils ont créé à leur avantage des risques particuliers dont il convient de leur laisser toutes les conséquences, de même l'Etat doit être déclaré responsable et tenu à des dommages-intérêts du fait des lésions qu'il cause aux particuliers dans la gestion des affaires publiques. Car il ne faut pas oublier que l'Etat n'est pas une création d'essence supérieure, presque divine, mais qu'il existe uniquement pour les intérêts des particuliers. L'Etat agissant toujours par l'intermédiaire de ses organes ou fonctionnaires, doit réparer le dommage qu'ils ont causé dans l'exercice de leurs fonctions à l'instar du fabricant responsable des actes de ses employés et commis. Tel est le principe que nous voudrions voir introduit dans la législation d'une manière plus générale. Mais ainsi posé, le principe excède les limites de ce travail. Presque toutes les objections opposées à cette formule peuvent se réduire à celle-ci : L'Etat est un sujet de droit public auquel les règles de droit privé ne sont pas applicables. L'Etat doit, pour des raisons de souveraineté ou des raisons financières renoncer à la réparation de tous les dommages causés à des tiers par ses organes. Les particuliers doivent supporter ces pertes comme une espèce d'impôt.

Nous avons déjà répondu à l'objection de la souverai-

neté de l'Etat en insistant sur le fait que la souveraineté n'est pas une attribution originaire de l'Etat dont il peut se prévaloir pour léser les intérêts des citoyens pour et au nom desquels il exerce la souveraineté (p. 2). L'Etat est soumis à des règles analogues à celles de droit privé l'obligeant à réparer le dommage lorsqu'il s'agit d'expropriation. Pourquoi ne le serait-il pas pour le préjudice causé par ses organes et fonctionnaires ? L'argument financier est basé sur des raisons d'opportunité. Ce n'est jamais avec de tels arguments qu'on résoudra les problèmes de droit qui se présentent, mais par l'application de principes juridiques. On nous oppose le fait que l'Etat ne répare pas le dommage souffert par ses citoyens à l'occasion d'une guerre. S'il agit ainsi, c'est parce que pour l'Etat aussi la règle existe qu'à l'impossible nul n'est tenu. La réparation du dommage causé aux particuliers par les organes ou fonctionnaires ne présente pas de telles impossibilités. M. Duguit s'exprime comme suit : Son irresponsabilité pour faits de guerre s'explique parce qu'on considère que l'existence du groupe national lui-même est en question et que par conséquent on peut demander à chaque individu des sacrifices sans compensation. (1) Nous vivons dans une époque où le sentiment d'équité exige la réparation de tout dommage de la part de celui qui l'a causé. Que dirait-on si les compagnies de chemins de fer ou les fabricants se refusaient à remplir les obligations qui leur incombent par l'application du principe de la responsabilité fondé sur le risque en alléguant des raisons financières ? On leur répondrait sans doute qu'ils n'ont qu'un moyen de se libérer, c'est de cesser d'exercer leur industrie, mais qu'aussi longtemps qu'ils ont le bénéfice de leur activité, ils doivent aussi supporter le risque. L'Etat ne peut cesser son activité, il ne peut se dégager de l'obligation de réparer le dommage causé par ses fonctionnaires.

Il reste à examiner la nature de la responsabilité. Ressortit-elle au droit public ou au droit privé ? L'Etat est res-

(1) *Duguit* : Traité de droit constit., p. 259.

ponsable comme personne juridique exerçant ses fonctions par ses organes et fonctionnaires. Sa responsabilité du chef d'actes dommageables commis par des organes et fonctionnaires est de droit public. Par contre, le rapport de droit public qui existe entre l'Etat et ses fonctionnaires contient des éléments de droit privé. (1)

CHAPITRE II

Etendue de la responsabilité de l'Etat.

La responsabilité de l'Etat du chef d'actes dommageables commis par ses organes et fonctionnaires au détriment des particuliers peut être engagée de deux manières : Les organes, les fonctionnaires, peuvent avoir causé un dommage *sans avoir commis d'acte illicite*. Tel le fonctionnaire de police arrêtant un individu qui se trouve sous le coup d'un mandat d'arrêt, individu dont l'innocence est prouvée plus tard et qui devra être libéré ou acquitté. Mais le dommage peut aussi être *la conséquence d'un acte illicite*. Tel est le cas si l'agent de police a procédé à l'arrestation sans y être autorisé par la loi.

Pour l'Etat il y a une différence de nature entre les deux cas de responsabilité, suivant qu'il y a eu commission d'un acte illicite ou non de la part des organes ou fonctionnaires. Les deux cas de responsabilité peuvent cependant être construits sur la théorie de la collision des intérêts; et pour le lésé ils n'ont pas un aspect différent l'un de l'autre. Le lésé ne voit qu'une chose : la lésion de ses intérêts, et il ne demande qu'une chose : la réparation du dommage qu'il a souffert par celui qui doit la supporter en définitive.

(1) Journal Trib. 1915, p. 571 s. Kofmehl c. Soleure. Les arrêts cités à p. 131 sous note 2.

Holliger : Das Kriterium des Gegensatzes des öffentl. Rechtes und des Privatrechtes, p. 110 ss.

Dans le premier cas la responsabilité de l'Etat et son obligation de réparation ne devraient pas faire l'objet d'un doute. L'organe a agi dans le cercle de ses compétences, il a rempli son rôle en parfaite harmonie avec ses ordres. Si un dommage résulte de son acte, ce fait est imputable à la machine administrative. C'est en droit privé un cas d'application de l'art. 55 C. O.

L'Etat ne peut renoncer à remplir sa tâche et à le faire au moyen des organes et fonctionnaires s'il ne veut pas s'anéantir lui-même. Il devrait assimiler sa position à celle d'un employeur de droit privé ou à celle qu'a teneur de l'art. 61, al. 2, C. O. les cantons et personnes publiques de droit cantonal doivent assumer lorsqu'ils exploitent une industrie.

Dans un certain nombre de domaines l'Etat agissant comme souverain, comme personne publique, a déjà adopté cette attitude. Cela a été possible du moment où la doctrine a abandonné l'ancienne distinction entre l'Etat agissant comme souverain, comme personne de droit public d'une part et comme personne de droit civil d'autre part. Dans le premier cas il exerçait les « actes de puissance », et de ce fait il n'encourait jamais de responsabilité. Dans le second cas il exerçait des « actes de gestion », il ne se distinguait pas des personnes de droit privé et il était responsable des actes commis par ses employés. (1) Mais telle n'est plus l'opinion générale en France: « Il est donc reconnu aujourd'hui que la réparation des dommages occasionnés par les fonctionnaires dans la gestion des services publics a pour base non le droit civil, mais l'équité; dès lors il n'y a pas de motif juridique pour restreindre aux seuls actes de gestion les réclamations en responsabilité. Quelques arrêts récents ont orienté dans ce sens la jurisprudence du Conseil d'Etat. » (2)

Nous voyons ainsi qu'en France, où la distinction entre actes de puissance et actes de gestion était particulièrement

(1) *Duguit*: Le droit constitutionnel, p. 255 ss., § 50.

(2) *Berthélemy*: Précis de droit administratif, p. 77.

enracinée, on tend à l'effacer virtuellement. Il a été possible d'arriver à ce résultat du moment où la théorie de la personnalité réelle de l'Etat a été introduite et où rien de la faute commise par le fonctionnaire ou l'organe ne rejailissait plus sur le souverain. Aujourd'hui la raison d'autorité a fait place à des considérations d'équité.

Nous trouvons une application de ce principe de la responsabilité de l'Etat comme personne de droit public, comme souverain, sans que la présence d'une faute soit indispensable, dans le fait que la plupart des législations modernes reconnaissent qu'une indemnité est due à ceux qui ont été condamnés innocemment (C. P. P. neuchât., art. 508) et même à ceux qui, ayant été arrêtés, arrivent à prouver leur innocence et un dommage qu'ils ont souffert du fait de l'arrestation. (1)

Les indemnités que l'Etat s'oblige à payer en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique sont basées sur le même principe d'équité. L'Etat agit comme souverain; il aurait pu alléguer cette qualité pour refuser toute indemnité; au contraire il se soumet à des règles semblables à celles de droit privé. Il en est de même de la réparation offerte pour les dégâts causés aux cultures par les mouvements de troupes pendant les manœuvres. (2)

Mais il y a la seconde éventualité, celle où le fonctionnaire a causé le dommage par sa faute, qui nous intéresse davantage. « Élément de culpabilité entraînant la responsabilité unilatérale de l'auteur du dommage et l'obligation pour lui de réparer le préjudice causé », nous diront les partisans de la responsabilité fondée sur la culpabilité et ceux qui établissent le rapport entre l'Etat et les fonctionnaires sur la base du mandat. Ils soutiennent que l'Etat se libère de toute responsabilité comme le mandant de l'an-

(1) Pour cette matière spéciale, voir *Tobler*: Die Entschädigungspflicht des Staates etc., p. 27 ss.

(2) Dans ce domaine rentre aussi l'arrêté féd. du 5 novembre 1915 concernant le paiement d'indemnités extraordinaires en faveur de certaines communes pour les prestations qu'elles ont dû faire pour les troupes. Recueil lois féd., 1915, n° 44, p. 245.

cien droit commun, si le mandataire a causé le dommage par une faute.

Nous avons montré dans l'introduction (p. 7 s.) que cette théorie du mandat avait été remplacée par celle des organes. Tout ce raisonnement a donc perdu sa valeur. L'élément de faute ne joue plus de rôle dans les rapports entre l'Etat et le lésé, mais uniquement dans les rapports, entièrement étrangers à ce dernier, entre l'Etat et le fonctionnaire coupable. Nous avons admis que l'Etat est responsable, même comme pouvoir public, sans qu'aucune faute ne puisse être alléguée. A plus forte raison doit-il être responsable, sur la base des rapports qui le lient à l'organe ou au fonctionnaire d'une part et au lésé d'autre part, si les individus qu'il a commis pour exercer cette puissance publique, causent un préjudice par dol ou faute. C'est du reste la tendance de la législation moderne sur cette matière. Il nous suffit ici de mentionner que, sur les sept lois cantonales admettant ce principe, cinq datent de ce siècle, et que parmi elles se trouvent en particulier celles des trois cantons de Neuchâtel, Vaud et Genève.

Nous arrivons ainsi à la conclusion que le problème que nous nous sommes proposé de résoudre dans notre travail ne comporte pas d'autre solution que la suivante : **L'Etat doit assumer l'obligation de réparer tous les préjudices que ses organes ou préposés causent d'une manière illicite à des tiers, sans distinction s'il agit comme pouvoir public, ou comme personne de droit privé.**

Dans les considérations précédentes nous avons suffisamment indiqué que notre préférence va à la *responsabilité directe* de l'Etat et que nous écartons la *responsabilité subsidiaire*. En effet cette dernière n'est appliquée que dans les cas où l'on veut maintenir à tout prix la responsabilité primaire et directe de l'organe ou du fonctionnaire dont l'acte dommageable illicite émane. Elle correspond à une garantie. L'Etat est une caution simple du fonctionnaire. Le particulier doit attaquer en premier lieu le fonctionnaire. Lorsqu'il ne peut en obtenir la réparation

complète par le paiement de la somme que les tribunaux lui ont allouée, il doit intenter un second procès à l'Etat pour l'obliger d'intervenir en lieu et place du fonctionnaire insolvable, jusqu'à concurrence du montant intégral des dommages-intérêts.

On a avancé divers arguments en faveur de la responsabilité subsidiaire. « Elle est plus juste et moins coûteuse pour l'Etat. Plus juste car au fond le fonctionnaire est toujours le coupable, l'Etat n'est qu'une caution. » (1) On prétend aussi que l'obligation pour le lésé d'attaquer le coupable permet l'institution de la « prise à partie » : Le particulier ayant souffert un dommage et voulant en demander la réparation à l'auteur doit d'abord adresser sa réclamation à l'Etat. Si l'Etat couvre le fonctionnaire, l'action destinée à être dirigée contre le fonctionnaire est dirigée contre l'Etat, la responsabilité subsidiaire s'est transformée en responsabilité directe. Si dans un délai fixé par la loi l'Etat refuse de prendre la place du fonctionnaire ou ne fait parvenir aucune réponse au particulier ayant introduit la prise à partie, ce dernier peut actionner l'auteur du dommage. (2) Il ne lui reste donc éventuellement que la responsabilité subsidiaire.

Le premier argument a perdu sa valeur, l'élément de culpabilité ne jouant plus de rôle dans la détermination de l'individu qui doit réparer le dommage causé. Cela ne signifie point qu'il ne doive plus être pris en considération, mais le soin d'examiner s'il y a eu faute de la part du fonctionnaire ou non doit incomber à l'Etat, car lui seul possède les éléments nécessaires pour résoudre cette question. Quant au lésé, ce qui lui importe, c'est de savoir qui a fait prévaloir un intérêt au préjudice du sien propre. Et dans les cas où la lésion est la conséquence d'un acte d'un organe ou fonctionnaire de l'Etat exécuté dans l'exercice de ses fonctions, l'Etat seul a fait passer son intérêt avant celui des particuliers.

(1) Ziegler : Op. cit., p. 558.

(2) L. R. féd., art. 43.

Le deuxième argument tourne en faveur de la responsabilité directe et primaire de l'Etat. Si les lésés sont obligés de s'adresser à l'Etat par une prise à partie préalable, il est inutile de les renvoyer dans de nombreux cas à se diriger en définitive contre le fonctionnaire auteur du dommage. Le canton de Berne a appliqué cette prise à partie logiquement. Si dans le délai d'un mois après avoir reçu la plainte contre un fonctionnaire il ne prend pas la réparation volontairement à sa charge, le lésé introduit son action contre l'Etat directement. En refusant un arrangement amiable l'Etat contestera soit qu'il y ait eu dommage, soit le montant de la réparation demandée. Est-il juste, si l'Etat se rend compte de tels facteurs libérateurs en faveur de celui contre lequel l'action est dirigée, de laisser le fonctionnaire se débattre contre cette action injustifiée que lui-même, l'Etat, serait à même d'écarter avec plus de chances de succès et plus de facilité ?

On peut et on doit même aller plus loin et tenir compte du fait que l'institution de la responsabilité de l'Etat aura pour conséquence une diminution du nombre des procès de ce genre. Le lésé, rempli souvent d'un sentiment de rancune à l'égard de l'auteur direct du dommage, regardera un procès contre ce dernier comme une affaire d'honneur. S'il doit attaquer l'Etat à la place du fonctionnaire, cet argument en faveur du procès tombe. D'autre part le lésé se montrera certainement plus conciliant et moins exigeant vis-à-vis de l'Etat que vis-à-vis d'un fonctionnaire. (1)

Mais tous les arguments d'opportunité en faveur de la responsabilité directe de l'Etat sont soutenus par l'argument principal qui se fonde sur les rapports existant entre l'Etat et ses organes et fonctionnaires, tels que nous les avons développés dans l'introduction (p. 8). « Dans cette conception les hommes disparaissent ou, du moins, appelés à faire jouer la machine sociale, ils deviennent eux-mêmes des automates, en tant qu'ils se maintiennent dans les lignes de la fonction, telle qu'elle est définie par les lois, les cou-

(1) Ziegler : Op. cit., p. 560.

tumes, les règlements . . . Le fonctionnaire qui se tient dans la ligne de sa fonction n'est pas un homme individuel, il est une partie de la machine administrative. Quant à son activité dans la ligne de sa fonction, elle est incorporée à celle-ci et c'est comme si la fonction était une chose active. » (1)

Cela ne signifie cependant pas que l'Etat doit toujours supporter le dommage en dernier lieu. Lorsqu'il a réparé le dommage, il lui est loisible de recourir contre le fonctionnaire qui l'a causé par sa faute ou sa négligence. Il pourra parfaitement alléguer que le fonctionnaire, en manquant à ses devoirs, n'a pas eu en vue les intérêts de l'Etat, qu'il lui a porté préjudice au contraire, puisque l'Etat a été obligé de payer des dommages-intérêts de son fait.

La responsabilité de l'Etat avec le droit de recours de celui-ci contre le fonctionnaire auteur du dommage sera pour ce dernier un grand stimulant le poussant à éviter toute action pouvant entraîner sa responsabilité.

A côté de l'argument juridique des rapports de l'Etat vis-à-vis de ses organes, la responsabilité directe de l'Etat nous semble s'imposer pour ces deux raisons d'opportunité et pratiques : Elle donne toute satisfaction aux particuliers lésés dans leurs intérêts légitimes par un acte émanant de l'Etat. Elle oblige d'autre part les organes et fonctionnaires à n'agir que dans les limites de leurs compétences avec toute l'attention qu'exige une bonne marche de la gestion des affaires publiques. Le système de la responsabilité des fonctionnaires, même mitigé par la responsabilité subsidiaire de l'Etat, n'offre pas ces avantages. Il ne remplit ni le rôle éducatif ni de préservation inhérent au système de la responsabilité directe de l'Etat; d'autre part il ne répond pas comme ce dernier aux exigences impérieuses de la justice sociale.

(1) *Hauriou* : Op. cit., p. 653.

CHAPITRE III

**Le rôle de la culpabilité, de l'élément illicite,
de la causalité et du dommage dans la question
de la responsabilité de l'Etat.**

L'Etat n'agit que par l'intermédiaire de ses organes et fonctionnaires. Ce sont les individus qui, par leurs actes, peuvent engager la responsabilité de l'Etat. Il est donc indispensable de nous occuper encore du rôle qu'ils jouent dans cette question de la responsabilité. Car si le principe de la collision des intérêts appliqué à l'Etat permet de lui faire assumer toute responsabilité, même dans les cas où le dommage n'est pas une conséquence d'une faute ou négligence du fonctionnaire, les dispositions légales des lois que nous étudions dans ce travail nous obligent de nous restreindre, comme nous l'avons spécifié plus haut, à la responsabilité résultant de la commission d'un acte illicite par un fonctionnaire ou employé.

Dans ce cadre il nous faut poser un premier principe restrictif : L'Etat n'entend assumer la responsabilité que si le fonctionnaire s'est rendu coupable d'une faute et si cette faute a été la cause directe du dommage. L'Etat ne doit pas réparer le dommage parce qu'il a commis une faute lui-même; pour lui la question de culpabilité ne se pose pas directement, mais elle se pose pour son organe ou le fonctionnaire qui l'a commise dans l'exercice de sa fonction. Il ne sera pas même possible pour l'Etat d'en faire abstraction lorsqu'il sera arrivé à assumer la responsabilité de tout dommage en dehors de l'élément de culpabilité résidant dans le fonctionnaire. Car dans ce cas encore il n'aura pas abandonné probablement son droit de recours contre l'auteur coupable d'avoir causé le dommage par dol ou faute. Une telle libération de toute responsabilité des organes et fonctionnaires supposerait un changement complet des principes juridiques que se trouvent à la base de la législation actuelle.

En dehors de la culpabilité (1) l'élément illicite et la causalité jouent un rôle plus important encore pour la solution du problème qui nous occupe. Et finalement il faudra nous occuper dans cette partie doctrinaire de déterminer les éléments qui composent le dommage et les conditions de sa réparation.

SECTION PREMIÈRE

La culpabilité.

Les différentes formes sous lesquelles la culpabilité peut se présenter sont : Le dol, la faute et la négligence. L'élément de faute à son tour a été décomposé : on distingue la faute lourde de la faute légère. Voici un exemple qui fera voir la distinction existant entre ces deux conceptions de la faute : L'art. 1137 C. C. franç. oblige celui qui est chargé de livrer ou conserver une chose jusqu'à livraison d'y apporter « tous les soins d'un bon père de famille ». S'il contrevient à cette obligation il se rend coupable d'une faute lourde ou de culpa levis in abstracto. L'art. 1927 du même code stipule au contraire que le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. Nous nous trouvons en présence ici de la faute légère ou culpa levis in concreto. (2) (3)

(1) Il arrive qu'on fasse abstraction de l'élément de culpabilité pour construire la responsabilité, mais on ne peut jamais se passer de l'élément de causalité. Voir par ex. L. R. féd., art. 7 : L'action civile en dommages-intérêts suppose 1) un acte ou une omission illégale, 2) un dommage réel occasionné par cet acte ou cette omission. Nous entendons ici par causalité simplement que le dommage soit la conséquence d'un acte bien déterminé et nous ne voulons reprendre la discussion sur le point de savoir si c'est l'auteur du dommage, celui qui l'a « causé », qui devra le réparer ou celui qui a retiré le profit.

(2) *Legrand* : Dictionnaire usuel de droit, art. faute, p. 358.

(3) Suivant cette division la législation fédérale et cantonale sur la matière se présente de la façon suivante :

I. Groupe des cantons dans lesquels les fonctionnaires sont responsables de toute faute :

Cette distinction a de l'importance parce que certaines lois cantonales ne rendent les fonctionnaires et employés responsables que de culpa levis in concreto. Pourtant une telle restriction de la responsabilité est contraire à la logique. Les fonctionnaires et employés publics n'exercent pas leurs

1. Berne: L. R. § 2.
2. Lucerne: L. R. § 11, al. 3.
3. Unterwald-le-Bas: Règlement de service de la Chancellerie cantonale § 6.
Règlement du notariat § 2^{bis}.
Règlement de la Banque cantonale § 4.
4. Zoug: Constitution cantonale § 19.
5. Appenzell Rh.-Int.: Constitution cantonale § 11.
6. Bâle-Ville: Loi concernant les fonctionnaires § 7.
7. Bâle-Campagne: L. R. § 2, § 11.
8. Schaffhouse: Loi d'introduction C. C. S., art. 141.
9. Argovie: Const. cant. § 8. (La loi sur la matière n'a cependant pas été élaborée encore.)
10. Vaud: L. R., art. 3.
11. Neuchâtel: L. R., art. 2.
12. Genève: L. R., art. 3.

Ces trois dernières lois admettent expressément le droit commun.

II. Groupe des lois cantonales selon lesquelles les fonctionnaires ne sont responsables que de dol et faute lourde:

1. Unterwald-le-Haut: L. R. § 6.
2. Soleure: L. R. § 30.
3. Fribourg: L. R., art. 13. Loi organis. jud., art. 176.
4. St-Gall: L. R., art. 2.
5. Grisons: L. R., art. 4.
6. Thurgovie: L. R., § 2.
7. Tessin: Loi d'introduction C. C. S., art. 195.

III. Groupe des cantons dans lesquels la responsabilité est étendue à toute faute pour les fonctionnaires chargés de la tenue des registres publics, et restreinte à dol et faute lourde pour les autres fonctionnaires:

1. Zurich: Loi d'introduction C. C. S., § 225.
2. Schwyz: Loi d'introduction C. C. S., § 237.
3. Appenzell Rh.-Ext.: Loi d'introduction C. C. S., art. 193.

Le canton de Bâle-Ville (Loi concernant les fonctionnaires § 37) restreint la responsabilité aux actes illicites commis par dol ou faute lourde à l'égard des membres des autorités publiques qui n'en font pas partie en qualité de fonctionnaires ou employés (membres de l'autorité tutélaire, etc.).

fonctions pour leur propre compte, mais ils sont chargés d'une certaine fonction publique par l'Etat. Les personnes sont obligées d'avoir recours à eux et à leur service; ils occupent un poste de confiance, reçoivent un traitement : tous ces éléments suffiraient amplement semble-t-il pour qu'on puisse exiger d'eux qu'ils apportent dans l'exercice de leur charge les soins qu'on attend d'un bon père de famille.

Le dol se distingue de la faute en ce qu'on exige d'une personne, pour dire qu'elle se soit rendue coupable d'un dol, qu'elle se soit rendu compte que son acte ou son omission peuvent amener ce résultat. La relation entre la cause et l'effet doit apparaître clairement à son esprit au moment de la commission de l'acte dommageable. Pour le dol il y a encore une distinction à faire. Le C. O. établit une différence entre le dommage que quelqu'un cause en manquant « volontairement » aux devoirs que sa charge lui impose et celui qu'il occasionne « sciemment ». (Art. 674 : « Les membres de l'administration... sont solidairement responsables de tous dommages qu'ils ont causés en manquant *volontairement* aux devoirs que leur imposent leurs fonctions. Art. 671 : Ceux qui ont coopéré à la fondation d'une société anonyme sont responsables : 1° En formulant et en répandant *sciemment*, dans des circulaires ou des prospectus, des assertions mensongères. Art. 672 : Ils sont responsables du dommage provenant du fait qu'ils auraient *sciemment* publié ou répandu des prospectus ou circulaires contenant des assertions mensongères. ») Dans le premier cas les coupables, les membres de l'administration, ont cherché au moyen de l'action dolosive à réaliser un bénéfice particulier et non au profit de la société. Dans le deuxième cas les fondateurs ou les intéressés à une émission d'actions ou d'obligations d'une société anonyme doivent bien se rendre compte de ce que leur mesure peut causer un dommage aux tiers, mais cette mesure ne sert pas de moyen direct pour frustrer les souscripteurs. Il se peut que ceux-ci ne subissent pas de préjudice. Il y a donc une différence quantitative dans l'intention de faire subir un dommage entre

ceux qui le causent volontairement et ceux qui le causent sciemment. Aucune des lois que nous avons eu à examiner ne contient une distinction pareille. Elles parlent de la faute et du dol des employés (*böse Absicht, Arglist und Fahrlässigkeit*) si elles ne font pas dépendre la responsabilité uniquement de l'acte illicite ou de l'acte commis sans droit. Dans tous les cas une telle distinction n'a aucun intérêt pratique pour la matière de la faute des fonctionnaires publics. Car si un de ces fonctionnaires cause par dol ou par faute lourde un préjudice à un citoyen, ce sera toujours « volontairement ». Le profit qu'il réalisera n'est pas pour l'Etat, sauf dans des cas exceptionnels, mais pour l'auteur de l'acte lui-même.

SECTION DEUXIÈME

L'acte illicite.

Nous avons déjà développé plus haut, en parlant des théories du risque et de la collision des intérêts, qu'il est possible de concevoir le fondement de la responsabilité de l'Etat en dehors de tout élément de culpabilité et d'acte illicite et que dans un certain domaine cette responsabilité existe déjà. Le sujet que nous nous sommes proposé de traiter nous oblige cependant de faire abstraction de ce domaine et de nous restreindre à celui de la réparation par l'Etat du préjudice causé par des actes illicites commis par dol ou par faute des fonctionnaires et employés de l'Etat dans l'exercice de leurs fonctions.

« Est illicite tout ce qui est fait contre le droit. » (1) Il faut, selon cette théorie, que l'acte illicite lèse un intérêt étranger protégé par le droit objectif, par une disposition légale. Ainsi s'exprime la théorie objective de l'élément illicite. En partant de cette définition de l'élément illicite, il est possible de le coordonner à l'illégalité. Ceci est important pour nous, parce que la L. R. féd. ne parle pas d'actes.

(1) pr. D. 11. 47. 10, § 1. 15. D. 9. 2.

illicites, mais précisément d'un « acte illégal ». Le T. F. admet cette théorie. (1)

A côté de cette théorie il en existe une autre : la théorie subjective : « Est illicite tout ce qui est fait sans droit. » (2) Ceux qui admettent cette théorie trouvent le point saillant de la question non dans la lésion d'un droit garanti, mais dans le fait que l'acte illicite est défendu en soi. Ils examinent la question en se plaçant au point de vue subjectif de l'auteur de l'acte : Avait-il le droit d'y procéder ? Si ce n'est pas le cas, l'acte est illicite.

Si nous appliquons cette théorie qui voit l'acte illicite dans le fait de la lésion d'un droit étranger garanti par la loi à notre sujet, nous possédons un critérium qui nous permet d'établir dans quelles circonstances l'Etat est tenu à réparation ou non. Lorsque l'organe ou le fonctionnaire dépassent les limites légales dans lesquelles l'Etat a fixé sa sphère d'action sans léser un des droits dont l'Etat a garanti l'exercice et la libre jouissance à ceux qui le composent, il n'y a pas lieu à réparation parce qu'il n'y a pas eu dommage.

SECTION TROISIÈME

La causalité.

La responsabilité d'une personne dépend de la relation de causalité existant entre son acte ou son omission illicites d'une part et le dommage causé d'autre part. Tant que l'acte n'est pas la cause du dommage ou le dommage la conséquence de l'omission, il n'existe pas de relation de causalité et il ne peut être question de responsabilité. Lorsque le dommage est la conséquence visible et directe d'un acte ou d'une omission illicites d'un fonctionnaire, la responsabilité n'est pas douteuse. Mais souvent il y a toute une série d'événements intermédiaires entre l'acte initial et le dommage qu'il a occasionné et il devient difficile de dé-

(1) E. B. G. 30², p. 517; 32², p. 279.

(2) A. Ernst: Die Bedeutung des Merkmals « Widerrechtlich », p. 14 s.

terminer si la chaîne de causalité a été complètement rompue. Toute causalité ne suffit pas pour engager la responsabilité d'une personne. Il faut une causalité *adéquate*. Au lieu de poser la question au point de vue subjectif : L'acte est-il vraiment la cause directe du dommage ? dans la théorie de la causalité adéquate on se place au point de vue objectif : Le résultat aurait-il été le même si l'acte illicite ne s'était pas produit ? Si cette question peut être résolue affirmativement, la causalité fait évidemment défaut et il ne peut être question ni de responsabilité de l'auteur de cet acte illicite ni d'obligation de réparation pour l'Etat. Si au contraire il est établi que sans l'acte illicite le dommage ne se serait pas produit, il faut poser une seconde question : Attendu que l'acte illicite peut produire dans la règle le résultat obtenu, le dommage qui en est résulté pouvait-il être raisonnablement prévu ou était-il purement fortuit ? Si le préjudice souffert par le particulier est uniquement l'effet du hasard, il n'y a pas de causalité adéquate. (1)

Un arrêt récent du T. F. (2) nous servira à illustrer ce que nous venons de dire à propos de la causalité adéquate. Le tribunal cantonal vaudois avait condamné un individu à payer des dommages-intérêts de fr. 2000 dans les circonstances suivantes : Le défendeur avait acheté à son fils un flobert à air comprimé, considéré par tout le monde comme un jouet inoffensif et vendu dans les bazars et non par les armuriers. Ce fils prêta le flobert à un camarade et ce dernier blessa au moyen du jouet un autre enfant, de sorte qu'un œil fut perdu. Dans le procès qui suivit, entre le père de la victime et celui qui avait acheté le flobert, intervint la

(1) *Th. Guhl* : Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubten Handlungen, p. 71. Une application du principe de la causalité adéquate nous est offerte à l'art. 56 C. O. qui est une reproduction du § 833 B. G. B. tel qu'il a été modifié par la loi du 30 mai 1908 : En cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient est responsable si elle ne prouve pas qu'elle l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.

(2) Journal des Trib. 1915, p. 370, s. Fontannaz & Gœng.

condamnation que nous avons rapportée plus haut, le tribunal cantonal ayant jugé qu'il existait un rapport de causalité entre l'acte d'avoir acheté le flobert et la blessure. Le T. F. réforma ce jugement et acquitta le défendeur, estimant qu'il n'existe pas de relation de causalité entre l'achat du flobert et sa remise à un garçon d'une part et l'accident d'autre part. En outre le T. F. ne voulait pas voir une faute du père dans l'achat du flobert. C'est un jouet inoffensif et le garçon auquel le défendeur l'avait donné n'a pas un caractère obligeant le père à exercer sur lui une surveillance spéciale. En somme l'accident est dû à un hasard et le défendeur n'avait pas pu prévoir au moment où il acquit le flobert qu'il pourrait en résulter un tel accident.

Le T. F. a cependant jugé qu'il y avait un rapport de causalité adéquate entre le fait d'un animal et le dommage dans le cas suivant : Une personne se rend chez ses patrons pour rendre de l'ouvrage terminé. Arrivée à proximité de la porte du bureau elle est effrayée par un grand chien qui se lance à sa rencontre en aboyant; elle fait une chute par laquelle elle se fracture le col du fémur. Les défendeurs niaient leur responsabilité en insistant en particulier sur le fait que le chien n'avait pas touché la victime parce qu'on l'avait rappelé avant qu'une rencontre n'ait pu avoir lieu. « Il n'est nullement nécessaire d'ailleurs, ainsi que le soutiennent les défendeurs, qu'il y ait eu contact direct entre la personne lésée par le fait d'un animal et celui-ci pour que l'art. 65 C. O. anc. puisse trouver son application. Il suffit d'un rapport de causalité même indirect. » (1)

Dans un autre arrêt le T. F. admet qu'il existait un rapport de causalité entre l'origine d'un incendie causé par les étincelles échappées d'une locomotive et le tort que le demandeur dit avoir éprouvé dans sa santé par l'effet de la terreur. Néanmoins il estime qu'étant donné le peu de gravité de la faute imputable à la compagnie de chemin de fer il ne serait pas justifié de charger celle-ci en dehors du

(1) Dame Rochat c. J. et A. Golay, Journ. Trib. 1900, p. 504.

dommage matériel d'une indemnité particulière pour réparation de tort moral. (1) Voilà un résultat de l'application du principe de culpabilité dans la question de la réparation du dommage. Pour la jurisprudence récente voir la notice qui suit l'arrêt Fankhauser c. Gæng, Journ. Trib. 1915, p. 375 s.

Lorsque le dommage a été causé par une omission du fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu pour responsable si le lésé prouve d'une part l'existence du dommage et d'autre part la négligence du fonctionnaire. (2) C'est à ce dernier à démontrer éventuellement qu'il n'y a pas dans le cas spécial de rapport de causalité.

Souvent le dommage résultant d'un acte illicite est dû en partie à la faute concurrente de la victime. Il en est ainsi principalement lorsque le lésé n'a pas utilisé de tous les moyens légaux dont il dispose pour éviter le dommage. Son apathie vis-à-vis de l'acte illicite rompt la chaîne de la causalité. Et d'autre part l'Etat est en droit de répondre à celui qui, dans de pareilles circonstances, demanderait des dommages-intérêts qu'il n'y a pas eu collision d'intérêts, le particulier ayant prouvé, en ne défendant pas son intérêt, qu'il n'y attachait aucune importance. La responsabilité directe de l'Etat ne doit pas mener comme conséquence à une insouciance croissante des particuliers. (3) On ne peut exiger raisonnablement qu'un étranger ait plus d'égards pour la personne du lésé que ce dernier lui-même.

(1) Weiss c. comp. du Nord-Est, Journ. Trib. 1900, p. 469.

(2) E. B. G. 10, p. 358 ss. 16, p. 145 s.

(3) Plusieurs lois cantonales font dépendre le droit du lésé à l'action civile en dommages-intérêts de la condition qu'il ait fait tout ce qui était dans son pouvoir pour éviter le dommage.

Zurich: Loi d'introduction C. C. S., § 224.

Unterwald-le-Haut: L. R., art. 4.

Schaffhouse: Loi d'introduction C. C. S., art. 141.

Schwyz: Loi d'introduction C. C. S., § 234.

Grisons: L. R., art. 4.

Appenzell Rh.-Ext.: Loi d'introduction C. C. S., § 192.

SECTION QUATRIÈME

Le dommage et sa réparation.

Le quatrième élément de la responsabilité est le dommage. Tout acte illicite, pour donner lieu à une réparation, doit avoir occasionné un dommage au droit ou à la propriété d'autrui. S'il n'y a pas de dommage, il ne peut être question de dommages-intérêts, tout au plus de réparation morale. Les anciennes lois cantonales sur la poursuite pour dettes connaissaient par contre l'institution de la « Selbstschuldnerschaft » : Le fonctionnaire ayant commis une faute était responsable vis-à-vis du créancier au préjudice duquel elle avait été commise à la place du débiteur, sans qu'il n'y ait eu aucun dommage comme conséquence de la faute. (1) Dans toutes les lois que nous avons eu à examiner, le dommage seul donne lieu à une réparation.

Il est souvent difficile de déterminer si l'acte illicite a causé un dommage ou non. Il faut admettre le dommage toutes les fois que les circonstances du cas spécial permettent d'après les données générales de conclure à la présence d'un préjudice et d'en évaluer le montant. (2)

Dans le droit commun on entend par le terme de dommage la différence qu'il y a entre le montant de la fortune après que l'acte illicite est intervenu et la valeur qu'elle atteindrait si cet acte ne s'était pas produit. (3) Il com-

(1) Reichel, Das Betreibungsamt im schweiz. Recht, p. 548 s.

(2) E. B. G. 7, p. 156. Journ. Trib. 1900, p. 104. A. Egli c. Egli et Hörner.

« L'indemnité doit être calculée en principe de façon à couvrir la différence entre la position de fortune actuelle du lésé et sa position de fortune antérieure à l'événement dommageable ». (Journal des Tribunaux 1900, Weiss contre Compagnie du Nord-Est, p. 467.)

« L'art. 42, al. 2, ne vise pas uniquement le cas où l'existence du dommage est établi, son montant seul étant incertain; il s'applique également au cas où, à l'égard du dommage lui-même, il n'a pas été satisfait aux exigences indiquées en matière de fardeau de la preuve, par les art. 41, al. 1 C. O. et 8 C. C. S. » (Journal des Tribunaux 1915, Fabrique de chocolat Villars c. Egli et consorts, p. 88.)

(3) Grünr, Kommentar. C O., p. 165.

prend à la fois le « *damnum emergens* » et le « *lucrum cessans* », la perte de valeur réelle, positive, et le montant de l'intérêt ou de l'avantage que rapporterait cette valeur dont le lésé a été privé par suite de l'acte illicite. (1)

A côté du dommage proprement dit le « tort moral » et sa réparation jouent un grand rôle. La réparation morale est allouée à la victime ou à sa famille à côté des dommages-intérêts en cas de lésion ou de mort d'homme « en tenant compte des circonstances particulières » (l'anc. C. O. ajoutait : Si l'auteur a agi par dol ou faute grave) et elle peut être réclamée en outre « lorsqu'elle est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute » (C. O. art. 49).

La réparation morale, le « *Schmerzensgeld* » et le « *Quasi-Schmerzensgeld* », n'est pas plus une peine privée que la réparation du préjudice. Son but n'est pas de frapper le coupable, mais d'offrir une satisfaction au lésé en dehors et à côté de la réparation du dommage. Ce fait est très important dans la matière que nous traitons. Car si la réparation n'était pas due uniquement à raison de la gravité du préjudice dans ses intérêts personnels, mais devait atteindre celui qui a causé le dommage « par dol ou faute grave », la victime ne pourrait pas intenter à l'Etat une action destinée à lui procurer une telle réparation morale. Elle devrait l'exiger de l'auteur direct du dommage, du fonctionnaire coupable lui-même.

(1) Tandis que devant le silence de la plupart des lois cantonales sur la nature du dommage on doit appliquer les règles du droit commun dans les procès de cette nature, certaines lois sont tenues à régler cette matière. La L. R. de Thurgovie § 27 n'admet l'action civile que s'il existe un dommage positif causé par l'acte ou l'omission illicites. La L. R. de Bâle-Campagne parle d'un dommage véritable (*ein wirklicher Schaden*). La L. R. féd. base l'action civile sur un acte ou une omission illégal et « un dommage réel occasionné par cet acte ou cette omission ». La L. R. du canton de Berne § 46 exige un « dommage véritable », celle d'Unterwald-le-Haut enfin demande à l'art. 6 la réparation du « dommage entier » (*Ersatz des vollen Schadens*). Toutes ces lois sont antérieures à l'élaboration du C. O.

La nouvelle teneur des articles 47 et 49 C. O. a rendu l'allocation d'une réparation morale beaucoup plus indépendante du dol ou de la faute de l'auteur que ce n'était le cas auparavant. Elle ne dépend pas du dommage souffert. Celui-ci est réparé par l'allocation des dommages-intérêts. La réparation morale doit dédommager un individu d'un dommage moral, d'une atteinte dans ses intérêts personnels. Le T. F. a jugé dans un cas spécial « qu'un dommage économique n'est pas prouvé. Néanmoins il est prouvé que le demandeur a subi une atteinte grave dans ses intérêts personnels par les suites d'une enquête pénale. L'introduction d'une enquête pénale pour manœuvres frauduleuses et faux en écritures publiques constitue un empiètement particulièrement grave dans le domaine de l'intérêt privé du demandeur, qui a dû ébranler profondément sa position. » (1)

Le droit commun prévoit la responsabilité solidaire de toutes les personnes ayant causé ensemble un dommage (art. 50 C. O.). Dans la législation sur la responsabilité des fonctionnaires on observe la tendance de limiter cette responsabilité solidaire des membres d'une autorité au cas de dol. (2) Cette solution nous paraît équitable. Il ne serait

(1) E. B. G. 22, p. 78.

(2) Responsabilité de chaque membre d'une autorité pour sa part :

a) L. R. féd., art. 3.

b) L. R. Berne, § 4.

c) L. R. Lucerne, § 13.

d) L. R. Unterwald-le-Haut, art. 4.

e) L. R. Grisons, art. 6.

f) L. R. St. Gall, art. 8.

g) L. R. Thurgovie, § 4.

h) L. R. Bâle-Campagne, § 3.

Responsabilité solidaire de tous les membres pour dol :

a) Zurich, Loi d'introd. C. C. S., § 226.

b) Schwyz, Loi d'introd. C. C. S., § 236.

c) Appenzell Rh.-Ext, Loi d'introd. C. C. S., § 195.

d) Schaffhouse, Loi d'introd. C. C. S., art. 141.

e) L. R. Bâle-Ville, § 37.

Les cantons de Vaud, Neuchâtel et Genève admettent en cette matière le droit commun.

pas juste sans doute de rendre tous les membres d'une autorité solidairement responsables d'une simple faute commise par exemple par le fait d'avoir contresigné un document mal élaboré ou d'y avoir donné leur assentiment. Plusieurs lois prévoient donc la responsabilité de chaque membre de l'autorité pour sa part et portion seulement. La L. R. féd. même établit dans ce cas la responsabilité subsidiaire de la Confédération (art. 3).

L'action civile en dommages-intérêts dirigée contre l'Etat ou contre le fonctionnaire coupable est limitée dans le temps par une prescription généralement assez courte. On parle d'une prescription absolue lorsqu'elle court à partir du moment de la commission de l'acte ou de la réalisation du dommage, et d'une prescription relative lorsque le laps de temps utile pour intenter une action court à dater du moment où la victime a eu connaissance du dommage ou a reçu l'autorisation d'introduire une action civile. La plupart des lois sur la matière stipulent des règles relativement aux deux aspects de la prescription. (1)

Les délais relativement courts de la prescription se jus-

(1) L. R. féd.: Prescription pour le lésé par un an à partir du jour où l'Etat ou le lésé ont eu connaissance du dommage causé; 6 mois à dater du moment où il a été décidé d'autoriser la poursuite ou d'intenter une action; pour l'Etat, s'il a été intenté en même temps un procès pénal 3 mois après son jugement définitif. Dans tous les cas 5 ans après le moment de la commission du dommage (art. 10, 11, 12).

Berne: Prescription pour l'Etat: 1 an après que les comptes ont été rendus et approuvés, 6 mois après que l'Etat a accepté la responsabilité. Pour les tiers la prescription s'établit vis-à-vis de l'Etat, dès que l'Etat ne peut plus exercer de poursuites (§§ 53, 54).

Unterwald-le-Haut: Prescription pour l'Etat: dès que les comptes relatifs à l'acte illicite ont été approuvés, et 1 an après cette approbation si l'acte dommageable ressort clairement des comptes. Pour les particuliers 6 mois après qu'ils ont eu connaissance du dommage sans intenter l'action. Dans tous les cas 5 ans après que le dommage a été causé (art. 11).

Soleure: Prescription acquise 1 an après le jour où le lésé a eu connaissance du délit, dans tous les cas après 10 ans désel

tifient en présence du fait qu'il est dans l'intérêt de tous les participants de liquider au plus vite les questions relatives à la réparation d'un dommage.

moment de la commission, sauf prescription plus longue de l'action pénale (§ 32).

Bâle-Campagne: L'action n'est plus recevable une fois que les comptes relatifs au fait dommageable ont été approuvés (§ 29). L'action est prescrite en outre après 1 an dès la connaissance du dommage (§ 30).

Grisons: Prescription par 1 an à partir du moment de la connaissance du dommage; dans tous les cas par 10 ans (art. 9).

St-Gall: S'il s'agit d'une mesure d'administration: Prescription si l'action n'est pas introduite devant le préfet dans les 3 mois suivant l'approbation des comptes et du rapport de gestion.

S'il s'agit d'une mesure d'exécution elle se prescrit par 1 an dès le moment de la connaissance du dommage ou 3 mois à dater du moment de l'autorisation de poursuite. Les prescriptions plus longues du droit pénal sont réservées (art. 6).

Thurgovie: Prescription par 1 an à partir du moment où le lésé a eu connaissance du dommage, par 3 mois dès le jour où il a reçu l'autorisation de poursuite. La prescription ne court pas pendant la durée de l'action pénale (§ 35).

Prescription dans tous les cas par 5 ans à partir du moment où le dommage a été causé (§ 37).

Aucune prescription pour les erreurs de compte (§ 33).

Les autres lois sur la matière soumettent ces actions aux délais de prescription du droit commun (C. O. art. 60).

TROISIÈME PARTIE

PARTIE CRITIQUE

CHAPITRE PREMIER

Loi fédérale sur la responsabilité des autorités • et des fonctionnaires de la Confédération.

SECTION PREMIÈRE

Antécédents historiques et juridiques.

La L. R. féd. est, comme nous l'avons vu, une œuvre de la première heure de la Confédération. A vouloir la juger avec nos idées et nos sentiments modernes en dehors du cadre dans lequel elle a été conçue, nous risquerions de n'y trouver que quelques préceptes surannés. Il faut pourtant se rendre compte que cette loi représentait un grand progrès à son époque, cela découle du fait qu'elle a été demandée avec tant d'insistance lors de la discussion d'un projet de nouvelle constitution en 1832, comme nous l'avons vu dans la partie historique (p. 49 ss.).

En 1850 il n'y avait presque pas de législation sur la matière de la responsabilité des fonctionnaires, ni en Suisse ni ailleurs. Il est compréhensible, dans ces circonstances, que cette loi ne contienne pas des innovations capables de révolutionner le sentiment juridique du peuple, mais plutôt la consécration de règles tendant avant tout à protéger les autorités et les fonctionnaires contre les actions injusti-

fiées des tiers et le fisc contre tout dommage qu'il pourrait souffrir du fait de la réparation d'actes illicites dommageables commis par des fonctionnaires au préjudice des particuliers. Un abîme sépare la conception juridique exprimée dans cette loi et dans le message du Conseil fédéral y relatif des dispositions des lois cantonales modernes sur la matière. Il n'y a rien d'étonnant à cela. Rappelons-nous seulement l'immense développement qu'a pris le principe de la responsabilité en général depuis 40 ans environ.

Nous avons rencontré dans nos recherches plusieurs lois cantonales antérieures à la loi fédérale. Deux d'entre elles : celle du canton de Lucerne du 10 septembre 1842, et celle du canton de Fribourg du 5 octobre 1850, sont encore en vigueur; celles du canton de St-Gall ont été abrogées. Nous les étudierons néanmoins rapidement, parce qu'elles sont très caractéristiques.

§ 1. Lois du canton de St-Gall, de 1833.

Il y en a deux, l'une du 9 mars 1833 réglant la responsabilité du Petit Conseil, l'autre du 24 mai 1833, traitant de la responsabilité des autres fonctionnaires et employés. La première loi est basée sur les articles 55, 60 et 72 de la constitution. L'article 1^{er} prévoyait que le Grand Conseil seul était compétent pour mettre en état d'accusation une partie ou tous les membres du Petit Conseil ou Conseil d'Etat. La procédure est réglée de la manière suivante :

Dans un débat préalable le Grand Conseil traite la question de la prise en considération de la plainte. Si elle est votée il nomme une commission de sept citoyens choisis dans son sein. Les membres prévenus du Conseil d'Etat peuvent se défendre devant cette commission verbalement ou par écrit.

Une fois l'enquête terminée la commission présente un rapport au Grand Conseil qui doit se prononcer sur cette base sur la mise en accusation des prévenus. Un vote négatif sur cette question anéantit toute la procédure. Si, au

contraire, la mise en accusation est votée, le Grand Conseil nomme un procureur spécial pour soutenir l'accusation. Cette fonction ne peut jamais être remplie par un magistrat élu par le Petit Conseil.

Les membres du Petit Conseil sont responsables des actes commis dolosivement ou par faute grave et comportant violation de la constitution ou des lois, ainsi que de détournements ou mauvaise administration du patrimoine de l'Etat (art. 11). Dans ce dernier cas l'Etat, la corporation ou les particuliers qui ont souffert un dommage doivent introduire l'action civile en réparation dans les six mois à partir du moment où le Grand Conseil a décidé la mise en accusation.

En cas d'action criminelle contre un ou plusieurs membres du Petit Conseil, ces membres en état d'accusation sont suspendus dans leurs fonctions et une commission de trois membres est nommée afin de procéder à une enquête spéciale.

Le Grand Conseil peut aussi décider qu'il ne pourra être intenté contre les membres prévenus qu'une action civile en dommages-intérêts. Cette action est introduite auprès du tribunal du district de la capitale, elle peut être portée devant le tribunal cantonal et la cour de cassation.

Lorsque les prévenus sont acquittés par les juges criminels, aucune action civile ne peut plus être intentée. L'action civile se prescrit par un an à partir du jour où la plainte a été prise en considération par le Grand Conseil.

L'art. 17 de cette loi est le seul qui parle des plaintes dirigées contre l'Etat : « Les actions de droit civil intentées contre l'Etat ne doivent pas être traitées comme les actions contre les membres du Petit Conseil dont il vient d'être question. Elles suivent la procédure régulière par la sommation faite au Petit Conseil de comparaître, au nom et comme représentant de l'Etat, devant le juge de paix et le tribunal de la capitale ou, en cas d'action réelle, devant le juge dont relève la plainte. »

Il n'est sans doute pas facile de savoir ce que la loi

entendait par ces actions dirigées contre l'Etat. Ce ne sont en tout cas pas des actions pour des dommages causés par des actes illicites commis par les fonctionnaires, car il n'est nullement question que l'Etat soit responsable de tels actes. Il s'agit plutôt, à notre avis, d'actions basées sur des actes commis par l'Etat dans l'exercice de sa souveraineté et en parfaite légitimité : par exemple en cas d'expropriation publique, etc.

La loi relative à la responsabilité des autres fonctionnaires et employés publics date du 24 mai de la même année.

Le citoyen qui se prétend lésé doit adresser une demande de dommages-intérêts au Petit Conseil. Celui-ci la remet à la préfecture correspondante, afin qu'il soit procédé à une enquête. La procédure préalable terminée l'affaire retourne au Petit Conseil qui décide s'il y a lieu d'introduire une action en responsabilité devant le juge criminel pour obtenir la mise en accusation du fonctionnaire fautif. Si le Petit Conseil se détermine à agir ainsi, le procureur général est chargé d'introduire cette action. Les frais de cette action incombent à l'Etat. Une fois le fonctionnaire déclaré responsable le particulier peut introduire une action civile en dommages-intérêts.

Un rapport du Conseil d'Etat de 1873 compare cette procédure à une vieille machine très compliquée et très coûteuse. (1) En effet, c'est quelque chose d'analogue aux institutions que nous avons rencontrées dans les différentes constitutions helvétiques.

Plus loin nous étudierons la loi saint-galloise en vigueur.

§ 2. *La loi du canton de Lucerne.*

Elle est du 10 septembre 1842 et entre dans tous les détails des devoirs des autorités et des fonctionnaires.

Les autorités et les fonctionnaires sont tenus d'admi-

(1) Botschaft und Gesetzesvorschlag des Reg.-Rates du 8 juin 1873, p. 1.

nistrer la charge dont ils sont investis d'une manière impartiale, fidèle et conforme aux lois (§ 1). La personne qui souffre un dommage par le manque d'impartialité a le droit de porter plainte pour abus de pouvoir et de demander des dommages-intérêts (§ 11, al. 3). Toute plainte doit être déposée entre les mains de l'autorité supérieure dans les 20 jours à compter de la commission du dommage ou du jour où le lésé en a eu connaissance. La plainte étant déclarée fondée le coupable est poursuivi d'office et le lésé peut introduire une action civile devant les tribunaux ordinaires (§ 11).

Les fonctionnaires répondent du dommage causé par toute faute ou négligence avec toute leur fortune. La loi ne prévoit pas la responsabilité subsidiaire de l'Etat (§ 13). Mais les communes sont responsables pour leurs fonctionnaires et employés dans la mesure où ils ne peuvent pas réparer le dommage. Ces corporations se trouvent donc dans une situation moins favorable que le canton. On trouve là quelque chose d'analogue à la règle consacrée au 2^e alinéa de l'art. 61 C. O. Le canton charge les communes d'une responsabilité plus étendue que celle qu'il assume lui-même, comme la Confédération oblige les cantons à répondre des fonctionnaires et des employés publics dont les actes se rattachent à l'exercice d'une industrie aux termes de l'art. 55 C. O., tandis qu'elle-même se réserve le droit de se soustraire à cette obligation (§ 15, al. 3).

La responsabilité du Conseil d'Etat est traitée dans un chapitre spécial (§§ 26 à 37). Cette autorité est responsable vis-à-vis du Grand Conseil. Ses membres répondent de la violation de la constitution et des lois, de détournements ou mauvaise administration du patrimoine de l'Etat et de tardiveté dans l'exécution des affaires qui leur incombent (§ 26).

Toute plainte contre un ou plusieurs membres de cette autorité ou contre une commission du Conseil d'Etat doit être adressée au Conseil d'Etat lui-même. S'il la trouve fondée il doit engager le ou les membres fautifs à redresser le

tort ou à liquider l'affaire. Faute par le membre en question d'obtempérer à cet ordre, le Conseil d'Etat a le droit de faire annuler les dispositions contraires à la constitution ou aux lois et de faire liquider par une commission l'affaire restée en suspens. Lorsque le Conseil d'Etat se rend compte de la mauvaise administration des finances il doit prendre des mesures conservatrices, procéder contre l'autorité ou le fonctionnaire coupables et les renvoyer éventuellement devant le juge pénal (§ 27).

Si le Conseil d'Etat ne tient aucun compte de la plainte à lui adressée ou s'il s'est rendu coupable dans son ensemble d'un des délits prévus, le lésé peut s'adresser au Grand Conseil qui nommera une commission d'enquête. Cette commission doit exiger du Conseil d'Etat une justification écrite; elle a le droit de prendre connaissance des protocoles, des comptes et des livres de caisse et d'entendre les prévenus et d'autres personnes sur les faits relevant de la plainte.

Une fois l'enquête terminée la commission présente au Grand Conseil un rapport écrit et formule les conclusions portant sur la prise ou la non-prise en considération. Dans le premier cas les prévenus peuvent déposer un mémoire pour leur défense (§§ 28 à 30).

Si une disposition constitutionnelle ou légale a été enfreinte, le Grand Conseil annule la décision incriminée. Lorsque le fait implique en même temps un délit les membres fautifs ou le Conseil d'Etat en entier sont mis en état d'accusation et le tribunal pénal est saisi de l'affaire. Le Grand Conseil doit agir de même lorsqu'il y a détournement au préjudice du fisc. Le particulier qui a été lésé par une semblable décision peut demander à être réintégré dans ses droits ou réclamer des dommages-intérêts (§§ 31 et 32).

Chaque membre du Conseil d'Etat est responsable personnellement. Le Conseil d'Etat répond dans son ensemble de la mauvaise administration des finances publiques ou de la lésion illégale des droits ou de la fortune d'autrui. Il

peut exercer un droit de recours contre ses membres ou les fonctionnaires auteurs du dommage. Un membre ne peut dégager sa responsabilité qu'en s'opposant par une inscription au protocole à une décision anticonstitutionnelle ou illégale ou en prouvant qu'il a exigé en temps opportun des mesures qui auraient évité l'acte illicite (§ 33).

Lorsque le Grand Conseil a été saisi d'une plainte pour un retard apporté par le Conseil d'Etat dans l'exécution d'une mesure, il fixe un délai pour la liquidation de l'affaire. Une fois le délai passé sans que l'affaire soit réglée, le plaignant peut exiger qu'il soit procédé à l'exécution de la mesure demandée par une commission spéciale du Grand Conseil (§ 34).

Les membres du tribunal cantonal sont aussi responsables vis-à-vis du Grand Conseil et la procédure applicable pour donner suite à des plaintes portées contre cette autorité est celle que nous venons d'étudier (§§ 36 à 39).

Cette loi a en vue principalement de régler les rapports de compétence et de soumission des différents fonctionnaires. Elle ressemble en cela à la L. R. féd. et pour cette raison nous l'avons étudiée dans ses détails. Le caractère distinctif c'est que le particulier lésé n'a qu'un droit de plainte auprès de l'autorité exécutive ou législative, mais aucun droit de s'adresser aux tribunaux et d'introduire une action. Cela tient sans doute au fait qu'on a craint d'ériger le pouvoir judiciaire en juge sur les deux autres pouvoirs.

§ 3. *Loi du canton de Fribourg.*

Elle date du 5 octobre 1850, et ne s'applique qu'aux agents du Conseil d'Etat. La responsabilité de l'Etat y est réglée comme dans la loi bernoise sur la même matière que nous étudierons plus loin. Elle contient le principe de la responsabilité des fonctionnaires adoucie par la prise à partie de l'Etat. Avant de déposer une plainte civile ou pénale contre un agent du Conseil d'Etat le tiers qui se prétend lésé doit demander l'autorisation au Conseil d'Etat

par la prise à partie. Si dans le délai de 30 jours le Conseil d'Etat ne s'est pas opposé expressément à cette prise à partie, il est tenu pour responsable en lieu et place du fonctionnaire coupable et l'action est introduite directement contre l'Etat. Ce dernier ne répond que dans la mesure où le fonctionnaire couvert a commis une faute et serait responsable lui-même. Cette responsabilité est alternativement primaire.

La responsabilité des autorités judiciaires est réglée par le titre XXIV de la loi sur l'organisation judiciaire qui traite de la prise à partie. Les fonctionnaires judiciaires sont responsables de tout acte commis par dol, faute grave ou négligence. Pour les poursuivre il faut demander l'autorisation au Tribunal cantonal s'il s'agit de fonctionnaires judiciaires inférieurs et au Conseil d'Etat s'il s'agit de membres du Tribunal cantonal. L'Etat n'est pas responsable, même s'il refuse de donner l'autorisation de poursuite. Cette disposition est contraire au principe de responsabilité et ouvre la porte toute large aux abus.

Il avait été fait exception concernant cette irresponsabilité pour les justices de paix comme autorités tutélaires. Les lois spéciales du 16 mai 1874 et du 18 novembre 1885 stipulaient la responsabilité subsidiaire de l'Etat pour tout dommage causé à une fortune déposée à l'autorité tutélaire et gérée par celle-ci.

§ 4. Le message du Conseil fédéral concernant la L. R. fédérale.

Ce message n'a pas été publié dans la Feuille fédérale et nous n'avons pas réussi à en trouver une traduction. Pour cette raison nous avons cru utile de la faire ici. (1)

Ce message fut présenté au Conseil des Etats par le conseiller fédéral Jonas Furrer. Il est daté du 23 septembre 1850.

(1) Traduction faite d'après le texte publié dans la Z. S. R. 1912 p. 607 ss.

Voici la traduction :

« Vous nous avez chargé de vous présenter un projet de loi sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération. En vous soumettant notre travail nous avons l'honneur de faire accompagner de quelques considérations les dispositions les plus importantes du projet de loi.

L'idée de la responsabilité des fonctionnaires est inhérente à la nature d'une forme de gouvernement vraiment républicaine, et ce principe se trouve renfermé dans la plupart des constitutions cantonales postérieures à 1831. Néanmoins les cantons qui l'ont introduit dans leurs lois pendant les 20 dernières années sont fort peu nombreux. Il faut en chercher la cause sans doute dans le fait que, grâce au principe de l'égalité devant la loi, les fonctionnaires sont soumis aux lois pénales ordinaires et que celles-ci punissent les crimes et les délits commis par les fonctionnaires. Ainsi le besoin d'une législation spéciale ne s'est pas fait sentir et l'expérience a démontré que l'absence de dispositions particulières n'a pas donné lieu à de graves inconvénients. En effet il ne peut s'agir dans ces lois que de déterminer la forme en laquelle la responsabilité sera rendue effective dans chaque cas particulier. Toutes les lois relatives à cette matière et postérieures à 1831 portent cette empreinte. Elles développent d'une part l'idée de cette responsabilité et ses conséquences, d'autre part la forme de la procédure et les moyens de protection pour les fonctionnaires qui pourraient être les victimes d'intrigues et de ressentiments provoqués par la passion. Le projet qui vous est présenté est aussi élaboré suivant ce plan et nous avons suivi les meilleures lois cantonales dans la mesure où cela a été possible et en tenant compte des circonstances dans lesquelles nous nous trouvons.

Le principe fondamental du projet de loi — principe que proclament aussi les lois cantonales concernant la responsabilité des autorités et des fonctionnaires — prévoit que les fonctionnaires sont responsables de leurs actes avant

tout vis-à-vis de l'autorité supérieure et qu'il n'est pas loisible à un tiers quelconque de les citer devant les tribunaux sans autre. L'autorité compétente devra résoudre en premier lieu la question de savoir si l'acte illicite constitue une lésion de l'intérêt public permettant de saisir le tribunal pénal d'une action ou si les intérêts économiques de l'Etat ou des tiers ont subi par suite de cet acte une atteinte motivant l'introduction d'un procès civil. En ce qui concerne cette dernière action nous ne pensons cependant pas que l'autorité supérieure du fonctionnaire qui est l'objet d'une plainte puisse empêcher les tiers de poursuivre leurs prétentions par les voies civiles ordinaires, mais elle couvre par une décision négative la responsabilité du fonctionnaire attaqué et assume les suites dans le cas où le tiers lésé n'abandonnerait pas son action en réparation du préjudice causé. (1)

Ce principe sert en même temps à établir la division de la loi en ses différentes parties. Il y a trois procédures prévues suivant qu'il s'agit :

1. des membres de l'Assemblée fédérale;
2. des autorités et fonctionnaires élus par l'Assemblée fédérale;
3. des autres fonctionnaires.

En ce qui concerne les membres de l'Assemblée fédérale nous pensons que, vu leur position et les difficultés de la procédure, il n'est pas possible de les rendre responsables de leurs décisions par un article de cette loi. Les membres de l'Assemblée fédérale ne sont pas des mandataires puisqu'ils ne reçoivent ni instructions ni ordres d'une nature spéciale: ils sont les véritables représentants du peuple, ils représentent la souveraineté nationale et aucune autorité

(1) Voilà une innovation très heureuse et un des principaux avantages de cette loi sur les lois que nous venons d'étudier. Le plaignant apparaît ici vraiment comme partie et l'Etat ne peut l'empêcher de poursuivre son droit par les moyens légaux. Malheureusement, cette garantie de l'Etat en cas de refus de déclarer la responsabilité du fonctionnaire ne s'applique qu'aux véritables organes.

ne se trouve au même rang qu'eux ni au-dessus d'eux. Dans ces circonstances la Constitution fédérale s'opposerait formellement à la désignation d'une autorité qui aurait la compétence de se prononcer sur les décisions prises par l'Assemblée fédérale et il serait encore plus difficile de faire exécuter les arrêts d'une semblable autorité. L'Assemblée fédérale possède le pouvoir suprême dans les limites de la constitution et la question de savoir si par une décision qu'elle a prise la constitution a été violée sera toujours une question politique et de droit public que la constitution elle-même ne permet pas de porter devant le Tribunal fédéral. Nous n'accordons par conséquent le droit de juger les décisions prises par l'Assemblée fédérale qu'à l'opinion publique, à l'histoire, au peuple et aux cantons dans la mesure où ils possèdent le droit de manifester leur volonté par la réélection à l'occasion du terme du mandat des représentants. (1)

Si telle est notre manière de voir en ce qui concerne les décisions prises par l'Assemblée fédérale, nous n'avons cependant pas de motifs suffisants pour excepter du principe général de la responsabilité les membres de l'Assemblée fédérale individuellement, en tant qu'ils se seraient rendus coupables d'un délit dans l'exercice de leur charge. Dans ce cas le plus naturel est de remettre à l'Assemblée fédérale elle-même le soin de se prononcer sur les suites à donner éventuellement à une plainte, bien qu'elle n'ait nullement un caractère d'autorité élective ou de surveillance.

Le motif de la responsabilité doit résider d'abord, d'après la nature même des choses, dans la violation de la

(1) Cette responsabilité politique devant le pays des membres de l'A. F. nous fait comprendre mieux que toute autre disposition de cette loi la différence existant entre la Diète de l'ancienne Confédération et l'autorité législative de l'Etat fédéral tel qu'il est sorti de la crise constitutionnelle de 1847. Dans la première, les délégués des cantons souverains ne pouvaient pas prendre une libre décision; ils étaient entièrement liés par leur mandat et n'encouraient aucune responsabilité.

constitution et des lois. L'énumération des actes qualifiés de délits lorsqu'ils sont commis par des fonctionnaires doit se faire dans la loi pénale; la plupart des lois cantonales renvoient à celle-ci. Pour cette raison il semble utile d'élaborer au plus vite la loi pénale fédérale prévue par la constitution et de faire entrer en vigueur les deux lois ensemble.

Quant aux conséquences de la responsabilité elles peuvent comporter une décision de l'autorité administrative (procédure disciplinaire) ou bien une poursuite devant les tribunaux. Dans la première procédure nous avons conservé la mesure de la révocation. Sans entrer de nouveau dans une discussion sur les motifs très importants qui sont invoqués pour ou contre la révocation et qui ont été discutés aussi par la haute Assemblée fédérale nous croyons devoir soutenir ce point de vue déjà pour la raison que le principe de la révocation a trouvé sa place dans la loi sur l'organisation du Conseil fédéral par rapport aux fonctionnaires de la Chancellerie fédérale et qu'il ne serait guère concevable de traiter différemment les autres fonctionnaires. Nous avons du reste entouré ces dispositions de garanties qui devraient dissiper toute crainte relative à des abus.

Comme moyen de garantie contre les actions mal fondées nous invoquons enfin l'autorisation préalable à donner par l'autorité compétente avant l'introduction d'une plainte, la double délibération et la défense de l'inculpé devant cette autorité et les délais de prescription relativement courts. Ces dispositions se trouvent aussi contenues dans le principe de presque toutes les lois cantonales sur la matière.

En passant sous silence les différentes dispositions de la loi parce que leurs motifs sont facilement perçus, nous profitons de l'occasion, Monsieur le Président et Messieurs les Conseillers aux Etats, pour vous renouveler l'assurance de notre considération distinguée. »

Ce message nous permet de nous rendre compte du double but poursuivi par le Conseil fédéral : D'un côté on a voulu établir des règles relatives à la responsabilité des fonctionnaires et des sanctions de nature disciplinaire, pé-

nale et civile; de l'autre côté les fonctionnaires sont entourés de certaines garanties destinées à les protéger contre les plaintes mal fondées ou provoquées par des ressentiments.

Le message et le projet de loi qui l'accompagnait possèdent le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires. Le message ne parle pas de la responsabilité de l'Etat. Nous verrons, en étudiant la loi, dans quelle mesure on a tenu compte de ce principe.

Nous ne voulons plus toucher qu'un seul point du message. Le Conseil fédéral ne veut pas permettre que les décisions de l'Assemblée fédérale soient examinées au point de vue de leur constitutionnalité et éventuellement annulées par le Tribunal fédéral, comme c'est la fonction de la Cour de Justice aux Etats-Unis. (1) Il est cependant inté-

(1) Aux Etats-Unis les tribunaux ont le droit d'examiner les lois au point de vue de leur constitutionnalité et les décrets du gouvernement au point de vue de leur légalité. Toute les décisions de l'autorité exécutive que les tribunaux jugent anticonstitutionnelles ou illégales sont tenues pour nulles et n'ayant pas force de loi. Les tribunaux ne les appliquent pas. Leur activité régulatrice du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif dans la mesure où il possède des attributions législatives, est limitée à l'examen des cas qui leur sont soumis. Cette compétence des tribunaux ne résulte pas tant de la constitution même que de la jurisprudence.

Les tribunaux supérieurs des différents Etats possèdent une compétence semblable vis-à-vis des lois promulguées par les gouvernements et de la constitution particulière. Voir: *Rüttimann*, Nordamerikanisches Bundesrecht, §§ 288-290, vol. I, p. 344 ss., *J. Meyer*, Schweizerisches Bundesrecht, vol. II, p. 119.

Dans l'ordonnance du 2 novembre 1915 relative aux mesures de protection en faveur de l'industrie hôtelière, le C. F. s'est réservé le droit, à l'art. 31, de fixer la date à laquelle les dispositions de l'ordonnance cesseront d'exercer des effets. Dans son commentaire, p. 105 ss. et surtout p. 107, M. le juge fédéral Jäger combat cette disposition comme dépassant les compétences concédées au C. F. par l'arrêté fédéral du 3 août 1914 et estime que le T. F. devra annuler toute condamnation ou toute interdiction d'édification intervenue après le moment où la guerre sera terminée, comme anticonstitutionnelles. Dans un pareil cas, nous estimons cependant que le T. F. s'arrogerait un droit qui ne lui appartient pas et que l'A. F. s'est expressément refusée de lui soumettre. Car ce ne serait pas à l'autorité judiciaire, mais plutôt

ressant de rappeler le complément à l'art. 85 du projet de constitution de 1832 que la députation des Grisons avait proposé, tendant à soumettre certaines décisions du Conseil fédéral au Tribunal fédéral (p. 50). Car pour ces députés grisonnais il s'agissait aussi d'instituer un pouvoir qui aurait pu, dans certains cas, reviser et annuler une décision du pouvoir législatif.

SECTION DEUXIÈME

Etude critique de la L. F.

§ 1. Disposition générale de la matière.

Le projet de loi présenté à l'Assemblée fédérale avec le message que nous venons de traduire a reçu des modifications, assez peu importantes cependant quant au principe pour ne pas changer le caractère général de l'œuvre. Il a surtout gagné en extension. Pour cette raison nous nous dispensons de relever les changements intervenus et nous considérons seulement la loi du 9 décembre 1850 sans nous attacher au projet, avec une seule exception cependant.

Les 17 premiers articles forment les dispositions générales de la loi. Le projet ne contenait que six articles dans cette partie. Ils correspondaient aux articles 2, 3, 4, 5 et 6 de la loi.

Les articles suivants traitent de la procédure à suivre en cas de plainte ou d'action en responsabilité, selon qu'il s'agit de l'un des membres du Conseil national ou du Conseil des Etats (art. 17), des autorités ou fonctionnaires élus par l'Assemblée fédérale (art. 18 à 36) ou enfin des autres fonctionnaires fédéraux (art. 37 à 43).

Le projet contenait en outre un chapitre concernant les

à l'autorité législative de se prononcer sur la question de savoir si le pouvoir exécutif a outrepassé ou non le mandat qu'il a reçu du pouvoir législatif.

conflits; nous retrouvons les articles y relatifs dans la partie générale de la loi (art. 14 à 16).

Comme on l'aura remarqué par la lecture du message, le projet tendait à exclure des dispositions de cette loi la responsabilité des membres de l'Assemblée fédérale. En effet l'art. 1^{er} portait que « les autorités et fonctionnaires de la Confédération, à l'exception des membres du Conseil national et du Conseil des Etats, sont responsables des actes commis dans l'exercice de leur charge, suivant les dispositions de cette loi ».

Les Chambres fédérales n'ont pas maintenu cette disposition. Elles se sont soumises à ce principe de la responsabilité pour leurs membres en adoptant l'art. 1^{er} dans sa teneur actuelle. Voici l'alinéa 1^{er} de cet article : « Les crimes ou délits qui sont commis par des membres du Conseil national ou du Conseil des Etats en ce qui touche leur position d'office rentrent dans le domaine des lois pénales de la Confédération sous réserve de l'art. 17 de la présente loi. »

« Les infractions aux règlements sont traitées disciplinairement par l'autorité respective à teneur desdits règlements. »

Le nouveau texte prévoit donc expressément la responsabilité délictuelle des membres de l'A. F. tandis que l'ancien l'excluait en déclarant que tous les fonctionnaires fédéraux étaient responsables de leurs actes commis dans l'exercice de la charge, à l'exception des membres de l'A. F.

Le pouvoir disciplinaire est exercé par le président de chaque chambre, et la police intérieure du Palais fédéral par les huissiers. En ce qui concerne la procédure pour intenter une action contre un membre de l'A. F. accusé d'un crime ou d'un délit commis dans l'exercice de sa charge, elle est la même que celle prévue pour déterminer la responsabilité des autorités et des fonctionnaires élus par l'A. F. (art. 17).

Le troisième alinéa de l'article 1^{er} protège la liberté de vote des membres de l'A. F. : « Les membres du Conseil national et du Conseil des Etats ne sont pas responsables

des votes qu'ils émettent dans l'Assemblée, et il ne peut jamais être dirigé de poursuites contre eux à ce sujet. »

Notre droit public ne connaît aucune autre disposition garantissant aux représentants du peuple et des cantons la liberté de vote. On peut se demander ce qui en est de la liberté de paroles et de discussion vis-à-vis de personnes n'appartenant pas aux Chambres fédérales et prétendant avoir été lésées par des paroles prononcées en séances de ces dernières. La plupart des constitutions étrangères ont posé le principe de la liberté complète de parole pour les membres du parlement, suivant l'exemple de l'Angleterre où cette liberté fut proclamée par l'art. 13 de la « bill of rights » de 1689. (Blumer, Op. cit. III, p. 227.) Chez nous une disposition semblable fait défaut. (1) Il faut en conclure sans doute que les membres des Chambres fédérales peuvent être poursuivis devant les tribunaux ordinaires par des particuliers à raison de paroles que ces derniers prétendent être offensantes à leur égard. Nous citons à l'appui de notre manière de voir : E. B. G. 10, p. 516 s. (Löw c. Tribunal sup. de Bâle-Ville); Blumer tire la conséquence contraire de l'article 1^{er}, al. 3 L. R. Pour lui l'irresponsabilité en matière de vote comprend aussi la liberté de discussion. (2)

§ 2. Nature de la responsabilité de la L. F. Sa source et son étendue.

L'article 5 L. R. parle d'une responsabilité triple : « La responsabilité peut donner lieu à des mesures disciplinaires, à une action civile ou à une action criminelle. » Elle « résulte de la perpétration des délits dans l'exercice des fonctions, ainsi que de la violation de la Constitution fédérale, des lois et des règlements fédéraux » (art. 4).

Le responsabilité disciplinaire est réglée à trois places différentes de la loi. Le deuxième alinéa de l'article 1^{er}

(1) *J. von Muralt*: Die parlamentarische Immunität, p. 15 et ss.

(2) Muralt est de l'avis de Blumer. Op. cit. p. 68 ss. et 99 ss.

prévoit que les infractions aux règlements commises par les membres du Conseil national et du Conseil des Etats seront traitées disciplinairement par l'autorité respective à teneur desdits règlements. L'unique moyen disciplinaire prévu par ces règlements est le rappel à l'ordre par le président et la confirmation de ce rappel par l'Assemblée. (Règlement pour le C. N. du 5 juin 1903, art. 17; règlement pour le C. des E. du 27 mars 1903, art. 48 et 49.)

L'art. 23, lit. c, dispose que les conclusions de la commission d'enquête nommée par les Chambres fédérales pour se prononcer sur la prise en considération d'une plainte dirigée contre un des membres de l'Assemblée fédérale elle-même ou du Conseil fédéral sur la base de l'art. 4 précité devront porter éventuellement sur le point « d'adresser une admonestation aux fonctionnaires en défaut ». Cette admonestation est l'unique peine disciplinaire prévue à l'égard de ces autorités et organes.

En ce qui concerne les autres fonctionnaires fédéraux, les peines disciplinaires sont réglées aux articles 37 à 39 de la loi.

Les faits qui donnent lieu à l'application de ces peines sont : la négligence continue, les manquements graves aux devoirs inhérents à la charge, la commission réitérée de contraventions de peu de gravité aux lois et règlements (art. 37). Nous nous trouvons en présence d'une responsabilité qui embrasse même la faute légère lorsqu'elle se répète.

L'échelle des peines applicables est la suivante :

L'amende jusqu'à concurrence de 50 francs, la suspension et la révocation (art. 37 in fine).

La peine ne peut être infligée sans qu'il ait été procédé à une enquête sur les faits motivant la plainte et à l'audition des intéressés.

Pour prononcer la révocation, la loi exige un arrêt motivé par écrit et adopté par la majorité absolue de tous les membres de l'autorité (art. 38). C'est avec raison que le

Conseil fédéral pouvait donner l'assurance aux Chambres fédérales que l'application de la peine de la révocation était entourée de garanties qui devraient dissiper toute crainte relativement à des abus.

Le Tribunal fédéral possède les mêmes pouvoirs disciplinaires à l'égard des fonctionnaires par lui nommés (art. 39).

Au moment où la loi a été élaborée, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral étaient les uniques autorités auxquelles ces articles pouvaient trouver une application. Aujourd'hui, avec le développement des attributions fédérales, il y a de nombreuses autorités possédant ces compétences. Car plusieurs lois fédérales contiennent des règles spéciales relatives à cette matière. C'est la partie de la loi qui a été attaquée le plus souvent. Toutes les motions présentées au Conseil national que nous avons mentionnées dans la partie historique (p. 53 s.) sauf la dernière en date se rapportent à la responsabilité disciplinaire et émanent du camp socialiste.

La responsabilité civile des autorités et des fonctionnaires de la Confédération est basée sur :

1. un acte illégal ou une omission illégale dans le sens de l'article 4;
2. un dommage réel occasionné par cet acte ou cette omission (art. 7).

L'action civile peut être introduite par les tiers lésés, ou par la Confédération conformément à l'article 42 : « Le Conseil fédéral est aussi tenu, dans l'intérêt de la Caisse fédérale, d'intenter des actions au civil contre les fonctionnaires coupables, si les conditions nécessaires pour cela existent. » Nous avons déjà fait observer que la L. R. féd. fait complètement abstraction de la faute. Elle diffère en cela du droit commun (art. 41 C.O.). En outre l'art. 7 parle d'un acte ou d'une omission « illégal », tandis que le C.O. connaît un acte « illicite ». Ce dernier terme est plus large que le premier et correspond sans doute au texte allemand de l'art. 7 L. R. : Die Zivilklage auf Schadenersatz setzt voraus : 1. Eine « *rechtswidrige* » Handlung oder Unterlassung

... et non : eine « *gesetzwidrige* » Handlung oder Unterlassung. Il faut donc admettre que cette disposition doit être interprétée dans le sens plus large du terme « illicite ».

En ce qui concerne la notion de la faute, dans un jugement très ancien le T. F. a estimé qu'on ne pouvait en faire abstraction complètement : « Les fonctionnaires nommés par le Conseil fédéral sont, d'abord, responsables des négligences et fautes commises... » (E. B. G. III, p. 773. Christ-Simmener c. Confédération).

La notion du « dommage réel » occasionné par cet acte ou cette omission ne se couvre pas davantage avec le principe du droit commun. Si l'on interprétait cette disposition littéralement, le tort moral ne tomberait pas sous le dommage et ne pourrait pas être réparé. Imaginons le cas d'un fonctionnaire qui, dans l'exercice de sa charge, discrédite gravement et par faute un tiers, sans cependant lui causer aucun dommage matériel ou « réel ». Le lésé peut-il invoquer l'article 7 pour demander une réparation ? Il est certain que lors de l'élaboration d'une nouvelle loi sur la matière on devra se mettre en accord, en ce qui concerne ces facteurs, avec le droit commun, ce qui n'était pas possible en 1850.

L'art. 3 consacre une autre dérogation au droit commun. Les membres d'une autorité ne sont pas responsables du dommage causé solidairement, mais chacun seulement pour sa part et portion. Cette disposition a rendu nécessaire le troisième alinéa de l'article 3 : « La Confédération est tenue d'indemniser lorsque les membres, pris individuellement, ne peuvent réparer le dommage causé. » Nous retrouvons dans certaines lois cantonales des dispositions différentes quant à cette responsabilité des membres des autorités. (1)

Cette responsabilité subsidiaire de l'Etat ne s'étend pas aux fonctionnaires nommés par le Conseil fédéral ou le Tribunal fédéral, mais seulement aux autorités. (2) Il serait

(1) Voir dans la partie dogmatique, p. 89 s.

(2) Une commission du C. N., nommée pour rapporter sur les recours Palmi et Veillard que nous étudierons plus loin, a fausse-

intéressant de savoir si par contre les autorités fédérales dont les membres sont nommés par le Conseil fédéral et qui ont été créées postérieurement à l'élaboration de cette loi, comme les membres du Conseil d'administration des C. F. F. et d'autres encore, seront mis au bénéfice de la responsabilité subsidiaire de l'État. A notre avis, il n'y a pas lieu de faire une exception pour ces autorités nommées par le pouvoir exécutif.

Quant à présumer la participation de tous les membres d'une autorité aux actes officiels émanant de cette autorité jusqu'à la preuve du contraire, c'est une mesure qui s'impose, afin qu'on puisse obliger chaque membre individuellement à s'opposer à tout acte pouvant entraîner la responsabilité de l'autorité et à établir cette opposition par une mention spéciale au protocole ou d'une autre manière.

La prescription de l'action civile est réglée aux articles 10, 11 et 12 de la loi. Les délais, tant pour l'État que pour les particuliers sont très courts. Ils s'établissent pour l'État soit par un an à partir du moment où le dommage a été connu par l'autorité qui doit décider si une action doit être intentée, soit par six mois à partir du moment où la décision d'intenter l'action a été prise, soit, s'il a été intenté une action pénale, par trois mois après le jugement définitif du procès pénal (art. 10).

Les tiers lésés doivent intenter l'action civile dans le délai d'un an à partir du jour où ils ont eu connaissance du dommage souffert ou dans le délai de trois mois à partir du moment où l'autorisation de poursuite leur a été accordée ou refusée. Si une action pénale a été intentée contre l'auteur du dommage, les délais de prescription ne courent pas depuis la décision sur l'admission de l'action pénale jusqu'à l'arrêt définitif (art. 11).

Dans tous les cas les actions civiles sont prescrites après cinq ans à partir du moment de la commission de l'acte et de la production du dommage (art. 12).

ment conclu à l'application de l'art. 3, al. 3, dans un cas où le dommage avait été causé par un consul (*P. féd.* 1873, III. p. 612, 6d. allem.).

Le message recommanda aux Chambres fédérales l'élaboration dans un bref délai d'une loi pénale fédérale, conformément à l'article 107 de la Constitution fédérale de 1848. Le code pénal fédéral du 4 février 1853 contient dans le chapitre IV (art. 53 à 59) des dispositions concernant les « crimes commis par les fonctionnaires fédéraux dans l'exercice de leurs fonctions ». L'application des peines prévues par les lois pénales militaires est cependant réservée (art. 6).

La prescription de l'action criminelle est celle fixée par la loi fédérale (art. 9 L. R. féd., L. pén. féd. art. 34 et 35).

La procédure à suivre pour les poursuites à exercer contre les membres des Chambres fédérales pendant le temps de la réunion de l'Assemblée fédérale est réglée par la L. F. sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération.

Les fonctionnaires ayant commis des crimes ou infractions graves aux lois prévues par la législation pénale fédérale doivent être renvoyés par le Conseil fédéral au Tribunal fédéral. Cette mesure entraîne la suspension du fonctionnaire prévenu jusqu'au moment du jugement (art. 40).

§ 3. *La procédure prévue par la L. R. féd.*

La loi consacre deux procédures différentes suivant qu'il s'agit d'une action intentée contre un membre des Chambres fédérales ou contre des autorités ou fonctionnaires élus par l'Assemblée fédérale (art. 18 à 25), ou d'une plainte portée contre un fonctionnaire fédéral élu par les autorités exécutive ou judiciaire (art. 41 à 43).

Pour les membres de l'Assemblée fédérale l'article 17 ne prévoit une poursuite judiciaire que lorsqu'ils sont accusés d'un crime ou délit commis dans l'exercice de leur fonction. La procédure à suivre est la même que celle prévue pour les poursuites à diriger contre les autorités et fonctionnaires élus par l'Assemblée fédérale (art. 20 à 25).

Selon ce texte il n'est pas possible d'intenter une action civile aux représentants du peuple et des cantons pour des

faits en rapport avec leurs fonctions. Si néanmoins l'art. 23 prévoit que les conclusions de la commission d'enquête peuvent demander qu'il soit intenté une action civile ou criminelle, on n'a en vue que les actions civiles dirigées contre les autorités et fonctionnaires élus par l'Assemblée fédérale. Le législateur n'a pas jugé nécessaire de faire cette restriction du moment que toute action civile contre les membres de l'Assemblée fédérale est exclue expressément à teneur de l'article 1^{er}.

Lorsqu'il faut procéder pénalement contre un des membres de l'Assemblée fédérale, la priorité du débat appartient à celui des Conseils dont le membre prévenu fait partie (art. 17 in fine).

Les autorités et les fonctionnaires élus par l'Assemblée fédérale ne peuvent être l'objet d'une poursuite civile ou pénale sinon sur la base d'une ordonnance de l'A. F. Ils ne sont responsables qu'envers elle (art. 18). La L. R. féd. a cela de commun avec toutes les anciennes lois sur la matière. On tenait à souligner ainsi l'indépendance de cette autorité et des fonctionnaires supérieurs du peuple. On suit le principe que chacun est responsable seulement envers celui ou ceux qui l'ont élu. Les lois modernes au contraire permettent aux lésés non seulement de s'adresser directement aux fonctionnaires auteurs du dommage, mais à l'Etat (L. R. neuchât. art. 1^{er}, L. R. vaud. art. 1^{er}). Ce fait nous montre combien les idées ont changé.

En 1876 l'agent d'émigration Christ-Sinimener à Genève avait introduit une action contre le Conseil fédéral directement devant le T. F. Ce dernier débouta le demandeur par le considérant suivant : « Il ressort des dispositions précises que le T. F., bien que compétent en la cause, ne saurait s'enautir dans son état actuel, en particulier avant que le demandeur se soit pourvu devant l'Assemblée fédérale, selon le vœu formel de la loi; il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière actuellement sur les conclusions de la demande. » (1)

Lorsque l'un des membres de l'autorité exécutive a commis un crime ou un délit dans l'exercice de sa fonction, le

(1) E. B. G. II, p. 514 s.

Conseil fédéral doit convoquer l'Assemblée fédérale à une session extraordinaire, à moins qu'une session ne doive avoir lieu et ne soit déjà convoquée dans le délai d'un mois. Lorsque des juges ou des suppléants du Tribunal fédéral se sont rendus coupables d'un tel crime ou délit, le Tribunal est tenu d'en aviser immédiatement le Conseil fédéral qui doit soumettre l'affaire aux Chambres fédérales dans la session la plus rapprochée (art. 19).

Il semble logique que lorsqu'une autorité fédérale doit prendre elle-même l'initiative d'informer les Chambres fédérales du fait qu'un ou plusieurs de ses membres ont commis des actes tombant sous le coup de la loi pénale, le fait de déposer un rapport ou de convoquer l'autorité législative devra entraîner la suspension du coupable. La loi est cependant muette à cet égard aux articles 18 et 19. La disposition de l'article 25 fait dépendre la suspension dans les fonctions de l'ordonnance d'ouvrir une action criminelle. Entre le moment où l'Assemblée fédérale peut, à la suite du rapport de la commission, ordonner l'ouverture de l'action pénale, il s'écoulera toujours un délai assez long. Cette lacune peut être préjudiciable pour l'instruction de l'affaire. Car il serait facile au prévenu, grâce à son caractère de fonctionnaire, d'obstruer l'enquête ou de la rendre en tout cas très difficile. Il serait en outre contraire à toutes les règles juridiques et politiques de permettre à un fonctionnaire ainsi prévenu de continuer plus longtemps à occuper son poste.

Avant l'ouverture des débats sur la plainte ou sur le rapport de l'autorité exécutive ou judiciaire, il doit être donné connaissance aux coupables du ou des chefs de la prévention et ils doivent avoir l'occasion de faire entendre leur justification par écrit ou oralement (art. 20).

Dans un débat préalable chacun des Conseils se prononce sur la question de la prise en considération. Si l'un d'eux prend une décision dans le sens négatif et y persiste une seconde fois : « la question est vidée ». Aucune poursuite ne pourra avoir lieu dans ce cas pour les faits incriminés.

minés (art. 21). Pour que l'enquête puisse être ordonnée, il faut un vote concordant dans ce sens des deux conseils de l'autorité législative (art. 22 et 33).

Si l'on considère que les fonctionnaires haut placés peuvent être facilement victimes de sentiments de haine, si l'on tient compte de l'ardeur des passions politiques et du bruit que soulèvera nécessairement un tel procès pénal au pays et à l'étranger, on comprend que la loi demande l'assentiment des deux Conseils pour ouvrir une action contre eux. Aussi longtemps que les membres des autorités fédérales supérieures n'exercent aucune influence sur la composition de l'une et de l'autre des Chambres fédérales, il n'y a pas à craindre que celle-ci veuille protéger des magistrats véritablement coupables.

Les deux Conseils s'étant prononcés sur la prise en considération de l'accusation, chacun d'eux nomme par le sort une commission. Les deux commissions se réunissent pour former la grande commission d'enquête. Celle-ci entend les prévenus et poursuit l'instruction jusqu'au moment où elle peut soumettre un rapport à l'Assemblée (art. 22). La loi ne dit pas de combien de membres de chacun des Conseils se composera la commission.

Si la commission estime que les faits incriminés ne constituent pas un délit et ne peuvent donner lieu à une action pénale, elle peut recommander de ne pas donner suite à la plainte. Selon le texte de l'article 23 il serait impossible, toutes les fois que les éléments pour une action pénale font défaut, d'intenter une action civile au fonctionnaire coupable ou de lui adresser une admonestation.

Voici ce texte légal :

« Art. 23. Les conclusions de la commission devront porter sur les points suivants :

- a) ou de ne pas donner suite à la plainte,
- b) ou de casser l'arrêté qui forme l'objet de la plainte,
- c) ou d'adresser une admonestation au fonctionnaire en défaut,
- d) ou d'intenter une action civile ou criminelle.

Ces propositions peuvent être présentées séparément, soit en réunissant la seconde et la troisième ou la seconde et la quatrième. »

Comme on voit il n'est nulle part question de réunir la première proposition avec la troisième ou avec la quatrième.

Un délai de six jours au moins doit s'écouler entre le débat préalable et le débat sur le rapport de la commission. Le rapport de la commission doit être soumis aux intéressés, c'est-à-dire aux prévenus, au moins 24 heures avant la délibération et il leur est permis de présenter leur défense par écrit ou verbalement (art. 24).

Comme nous l'avons vu il faut l'assentiment des deux Conseils pour ouvrir l'enquête. De même il faut cet assentiment pour ordonner l'ouverture d'une action pénale et renvoyer l'affaire au Tribunal fédéral (art. 25).

L'article 26 n'est plus applicable que pour les suppléants du Tribunal fédéral. En effet l'article 108 de la Constitution fédérale détermine que les membres de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas faire partie comme membres du Tribunal fédéral. Comme la Constitution ne parle pas en même temps des suppléants il y a lieu d'admettre que ces derniers peuvent appartenir en même temps à l'autorité fédérale législative.

Il en est de même en ce qui concerne la nomination d'un procureur spécial prévue à l'article 27. Depuis l'institution définitive de la fonction du procureur fédéral cette disposition a perdu son applicabilité.

Lorsque tous les membres du Tribunal fédéral sont en état d'accusation, l'Assemblée fédérale nomme un tribunal spécial investi de toutes les attributions du Tribunal fédéral pour juger les accusés (art. 29).

Le jugement rendu est communiqué au Conseil fédéral qui le porte à la connaissance de l'Assemblée fédérale. En cas de condamnation le Conseil fédéral est chargé de l'exécution. L'acquiescement a évidemment pour effet de faire rentrer immédiatement le fonctionnaire suspendu dans ses fonctions (art. 31).

Si la procédure que nous venons d'esquisser remplit bien sa fonction en matière pénale, malgré ses complications, on n'en peut plus dire la même chose pour les actions civiles. Ici ces longueurs et ces précautions deviennent nuisibles. Pourtant la loi fait intervenir dans ce cas la même procédure.

Le particulier qui veut introduire une action civile contre des fonctionnaires nommés par l'Assemblée fédérale, action basée sur une gestion illégale, doit s'adresser en premier lieu aux Chambres fédérales.

Chaque Conseil nomme une commission au sort pour former la commission d'enquête chargée d'entendre les fonctionnaires auteurs du dommage et de préparer un rapport portant l'une des conclusions prévues à l'article 23 de la loi.

L'article 33 est le plus important pour nous dans toute la loi : « Si les deux Conseils décident qu'il y a lieu de donner suite à la demande (1), elle doit être renvoyée au Tribunal fédéral pour être traitée selon les dispositions de la loi sur la procédure civile. *Dans le cas contraire, la Confédération est garante pour le fonctionnaire et il est loisible aux plaignants de diriger contre elle leur action en dommages-intérêts.* » La loi prévoit donc ici la responsabilité directe de l'Etat.

(1) Il suffit donc qu'un des Conseils refuse de donner suite à l'action civile pour que la Confédération soit responsable. Escher (*Bundesbeamtenrecht*, p. 179) soutient une opinion opposée. Selon lui, il faut un vote concordant des deux Conseils écartant l'action civile à introduire contre le fonctionnaire pour engager la responsabilité de la Confédération si le dommage est prouvé, ainsi que la causalité. Il nous semble que le texte clair de la loi ne permet pas cette interprétation. Les termes : « Dans le cas contraire » signifient : Si l'un des deux Conseils a voté la non prise en considération. D'autre part, l'art. 32 renvoie expressément aux art. 20 à 23. L'art. 21 porte que si le Conseil national ou le Conseil des Etats se prononce pour la non prise en considération de la proposition ou de la plainte et persiste dans cette décision, la question est vidée. M. Escher base sa manière de voir sur le rôle minime que le principe de la responsabilité de l'Etat joue dans la loi.

Cette intervention de l'Etat en lieu et place du fonctionnaire après que l'Assemblée fédérale s'est opposée à ce qu'une action civile soit introduite contre lui signifie à notre avis, sans que cela soit spécifié dans la loi, que la Confédération ne pourra exercer aucun recours contre le fonctionnaire couvert. Car autrement toute la discussion devant l'Assemblée fédérale aura été en vain.

Il y a enfin les plaintes contre des fonctionnaires fédéraux subalternes nommés par le Conseil fédéral ou le Tribunal fédéral. Nous avons déjà examiné la procédure à suivre et les peines applicables en cas de responsabilité disciplinaire.

Toutes les actions criminelles contre des fonctionnaires fédéraux relativement à des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions doivent être portées devant le Conseil fédéral. Si cette autorité estime qu'il y a lieu à donner suite à la plainte, elle renvoie le fonctionnaire devant le Tribunal fédéral. En cas de refus par le Conseil fédéral de soumettre la plainte au Tribunal fédéral, le plaignant peut recourir à l'Assemblée fédérale (art. 85, ch. 12, de la Const. féd.).

Le Conseil fédéral a la compétence de renvoyer au Tribunal fédéral les fonctionnaires ayant commis des crimes ou infractions graves aux lois.

S'il s'agit d'actions civiles intentées contre des fonctionnaires pour cause de gestion illégale, le Conseil fédéral doit aussi se prononcer sur leur admissibilité. S'il refuse son adhésion le plaignant peut actionner néanmoins le fonctionnaire en fournissant un cautionnement dont le montant est fixé par le Tribunal fédéral pour garantir le paiement des frais. (1)

(1) Et si l'action civile est admise par le C. F. ? La loi ne dit rien de ce cas. Le demandeur, est-il exempté de fournir une caution ? Devra-t-il poursuivre le fonctionnaire devant le T. F. ou devant son juge naturel ? Ainsi il semble que le tiers se trouve dans une situation plus défavorable si son action est justifiée que si elle est écartée. Cette situation est monstrueuse !

La disposition de l'art. 42 n'éclaircit pas le débat. Le C. F. n'intervient que dans l'intérêt de la caisse fédérale. Il ne peut donc

La Confédération n'assume donc aucune responsabilité ni directe ni indirecte pour les actes illicites dommageables commis par ses fonctionnaires subalternes. Il nous semble en conséquence illogique qu'elle puisse refuser son adhésion à une demande de dommages-intérêts.

§ 4. Solution des conflits de compétence surgissant entre une autorité fédérale et une autorité cantonale.

De pareils conflits peuvent se présenter sous trois formes différentes.

Il peut arriver qu'un fonctionnaire fédéral soit poursuivi par les autorités d'un canton pour avoir exercé un acte délictueux. Le procureur général a ordonné une arrestation jugée illégale par les autorités du canton où elle a lieu. Le gouvernement cantonal ne pourra pas prendre des mesures comme s'il s'agissait d'un de ses propres organes à lui. Il suffit que le fonctionnaire fédéral soutienne avoir agi en vertu de ses attributions pour qu'il soit à couvert contre toute intervention directe de la part des autorités cantonales. L'autorité de laquelle il relève est seule compétente pour examiner s'il a excédé ses attributions ou non. On se trouve dans un cas d'exterritorialité analogue à celui des représentants diplomatiques accrédités auprès d'un gouvernement étranger. L'article 14 L. R. prévoit la solution à donner dans un pareil conflit. Le fonctionnaire dont l'acte a été incriminé doit s'adresser immédiatement au Conseil fédéral et l'aviser du conflit. Cet appel à l'autorité compétente suspend tous les effets de la poursuite introduite contre le fonctionnaire, à l'exception des mesures de sûreté que le gouvernement cantonal prendra dans son propre intérêt ou à la demande du Conseil fédéral.

La question de savoir devant quelle autorité le fonctionnaire sera poursuivi doit être débattue entre le Conseil fédé-

pas intervenir dans une action civile en lieu et place du tiers lésé à l'action duquel il a adhéré.

Concernant la compétence du T. F. relativement à la disposition de l'art. 43. voir plus loin à p. 128 s.

pas à s'entendre, le Conseil fédéral portera le conflit non plus devant l'Assemblée fédérale, mais devant le Tribunal fédéral. (1)

L'article 15 L. R. prévoit et règle une autre forme du conflit de compétence. Un fonctionnaire fédéral peut encourir par un seul et même acte la responsabilité prévue par la

(1) Une remarque s'impose. Le recours du C. F. se basait dans la constitution de 1848 sur l'art. 74, ch. 17, lit. a :

Art. 74. « Les affaires de la compétence des deux Conseils sont notamment les suivantes . . .

ch. 17. « Les conflits de compétence, entre autres sur la question de savoir :

a. « Si une affaire est du ressort de la Confédération ou si elle appartient à la souveraineté cantonale. »

L'art. 85 de la constitution ne reproduit pas cette disposition. Elle se trouve au contraire dans l'art. 113 qui soumet au T. F. tous les conflits de compétence entre des autorités fédérales d'une part et des autorités cantonales d'autre part (Burkhard, *Kommentar*, II^e Edit., p. 788). Il faut admettre sans doute que l'art. 14 L. R. a été modifié dans ce sens par l'art. 113 de la constitution fédérale et que ces conflits de compétence doivent être soumis aujourd'hui au T. F.

Dans le message du C. F. du 28 mai 1874 concernant la loi de l'organisation judiciaire, on lit en effet : « On peut se demander si, parmi les « droits constitutionnels » dont parle l'article 53 du projet (art. 59 de la loi du 27 juin 1874 et 189 de celle du 22 mars 1893 modifiée en partie par la loi du 6 octobre 1911) on doit compter aussi ceux qui ne résultent pas de la constitution même, mais des lois d'exécution. Nous estimons qu'il faut y répondre affirmativement vu les nombreuses dispositions de la nouvelle constitution qui appellent de telles lois Il s'agit donc dans le projet qui vous est présenté d'énumérer les attributions du C. F. en matière de recours et de laisser au T. F. la compétence de juger tous les recours ayant trait aux droits constitutionnels non mentionnés, ainsi que ceux dérivant des concordats et des traités internationaux. On procédera à cette répartition en chargeant le C. F. de connaître de tous les recours de nature politique et administrative, tandis que les affaires dans lesquelles le droit public est lié à des questions de droit civil et pénal iront au T. F. » (B. Bl. 1874, I, p. 1075 et 1077.)

Reichel dans son *Commentaire de la O. J.* ad art. 189, p. 148, estime que l'alinéa 2 entend réserver au T. F. les lois ayant un caractère de police.

Ces opinions nous fortifient dans notre manière de voir.

loi fédérale et enfreindre en même temps une loi pénale cantonale. Dans un cas semblable se trouverait le fonctionnaire fédéral qui, dans le canton de Neuchâtel, prendrait part à la fabrication de la fausse monnaie comme complice, permettant par sa qualité officielle aux coupables d'échapper aux poursuites. Les autorités fédérales le poursuivraient à teneur de l'article 53, lit. *f*, C. P. féd. et les autorités neuchâteloises sur la base des dispositions ayant trait à la fabrication de la fausse monnaie ou l'altération de monnaies (C. P. art. 215 à 225). En cas de conflit entre le Conseil fédéral et l'autorité cantonale c'est aussi le T. F., et non plus l'A. F., qui devra intervenir. La contravention la plus grave détermine la compétence, la plus légère doit être prise en considération comme circonstance aggravante. Il y a entre les dispositions de l'article 14 et de l'article 15 une petite différence qui ne nous semble pas voulue, mais ayant plutôt passé inaperçue aux législateurs. L'article 14 donne au C. F. seul le droit de porter le conflit devant l'autorité supérieure, l'A. F., jusqu'en 1874, le T. F. depuis lors. L'article 15 ne connaît pas cette restriction : « En cas de conflit entre le C. F. et le gouvernement cantonal, c'est l'A. F. (aujourd'hui le T. F.) qui tranche la question de compétence. » Il n'y a pas de raison, à notre avis, pour mettre en état d'infériorité un gouvernement cantonal. La disposition de l'article 15 nous semble plus juste, car elle permet aux deux parties de porter l'affaire devant l'autorité fédérale.

Enfin l'article 16 L. R. règle la dernière forme du conflit de compétence qui surgit lorsque un fonctionnaire a, par divers actes, enfreint simultanément ou successivement des lois pénales fédérales et cantonales. Comme ces délits doivent être poursuivis devant deux ou plusieurs juridictions différentes, il ne peut y avoir cumul de toutes les peines. L'ordre des poursuites est réglé par celui de la succession des délits. L'autorité qui aura à exercer la dernière poursuite est en droit d'exiger de celle ou de celles qui la précèdent qu'elles prennent les mesures de sûreté convenables.

§ 5. *Jurisprudence relative à la L. R. fédérale.*

Cette jurisprudence est très restreinte. Le T. F. a eu à intervenir plus souvent pour trancher des recours contre des jugements cantonaux en matière de responsabilité.

A plusieurs reprises le C. F. a dû s'occuper de la question de la responsabilité de la Confédération du chef d'actes illicites commis par des consuls dans l'exercice de leurs fonctions. La solution, au point de vue légal, ne pouvait être douteuse. Aucune disposition de la L. R. ne peut être invoquée pour permettre aux victimes d'ouvrir une action contre la Confédération. Dans deux cas pourtant, l'Assemblée fédérale, faisant abstraction des dispositions légales, s'est laissée guider par un sentiment d'équité et a alloué aux plaignants des secours. Ce fait répété parle un langage assez clair et démontre bien que la L. R. ne satisfait nullement la conscience juridique.

Le 22 avril 1858 un citoyen valaisan envoya par la poste une somme de fr. 700 à un compatriote en Algérie. Le buraliste postal exigea, soi-disant en vertu d'une instruction émanant de la direction des postes, que le pli contenant l'argent fût envoyé par l'intermédiaire du consul suisse B. à Marseille. Ce dernier détourna la somme au lieu de la faire arriver à destination. A un moment donné le consul B. dut se déclarer insolvable.

L'expéditeur de la somme détournée adressa une requête au C. F. demandant le remboursement de cette somme en faveur du destinataire se trouvant dans la misère. Le C. F. écarta cette demande. Il soutint qu'il ne pouvait « laisser poser le principe que la Confédération a l'obligation de payer des indemnités semblables; il ne peut dès lors reconnaître a priori devoir cette somme, et il ne lui est pas possible d'en faire l'avance comme on le demande à titre subsidiaire dans la requête ».

Le pétitionnaire recourut à l'A. F. contre cette décision, en demandant qu'on lui fit l'avance de cette somme ou qu'on la lui bonifiât intégralement ou partiellement, soit à

titre de restitution, soit à titre de secours. Dans son préavis le C. F. maintint sa manière de voir. Il estimait que c'est au canton et non à la Confédération qu'incombe le devoir de secourir ses ressortissants qui se trouvent dans la misère.

Le C. F. restitua ensuite gracieusement au pétitionnaire une somme de 350 francs. (1)

Il serait intéressant de savoir si le C. F. a pris des mesures contre l'employé postal, auteur indirect de la perte des 700 francs comme l'y autorisait l'article 13 de la loi du 25 mai 1849 concernant l'organisation du service postal. Cette mesure aurait dû consister sans doute dans le relèvement de ses fonctions motivé par une faute grave.

En 1872 les autorités fédérales eurent à résoudre un cas semblable. Le consul général G. à St-Petersbourg avait reçu en dépôt des titres appartenant à deux Suisses, Jean Palmi et Dame Marie Veillard. Pour le dépôt de Palmi il avait signé un reçu comme consul suisse, de manière que le déposant et ses connaissances qui l'avaient engagé à garantir par cette mesure son petit pécule, crurent que la Confédération devait éventuellement répondre de la perte de ces titres.

G. vendit les titres et employa l'argent reçu pour ses besoins. Il fit de mauvaises affaires et ne put rembourser la valeur des titres.

Le C. F. fut saisi des plaintes des victimes. Il les écarta en principe en soutenant que les déposants n'avaient eu que des relations privées avec le consul G., que ce dernier n'avait pas agi en sa qualité de consul et qu'en conséquence la Confédération ne pouvait pas être tenue à restitution des sommes détournées. Subsidiairement il objecta que les plaignants ne pourraient s'adresser à la Confédération qu'après avoir exercé des poursuites infructueuses contre les héritiers de G.

Ainsi le C. F. n'entraîna pas même dans le fond de la question.

(1) *Ulmer*: Le droit public suisse. I. O. 652, p. 601 et 602.

Palmi et Dame Veillard recoururent à l'A. F. Le gouvernement du canton des Grisons, le chargé d'affaires ad interim à St-Petersbourg, ainsi qu'un grand nombre de Suisses établis dans cette ville appuyèrent la réclamation des recourants.

La commission du Conseil des Etats s'exprime comme suit : « La question étant pendante, nous n'en pousserons pas plus loin l'examen. Nous pensons que sans doute à côté des rigueurs de la loi les considérations d'humanité et d'équité ont aussi leur raison d'être, surtout dans un domaine aussi délicat que celui de la responsabilité des fonctionnaires. » (1) Elle propose en conséquence la solution suivante :

« A notre avis ce n'est pas à l'A. F. qu'il appartient de supputer ou de marchander le secours qui doit être accordé aux pétitionnaires. C'est l'affaire du pouvoir exécutif qui pourra mieux tenir compte de toutes les circonstances et qui sera en mesure, en particulier, de s'enquérir préalablement de la conduite que les héritiers du consul G. entendent observer dans cette affaire. Nous ne pensons pas que le secours accordé aux recourants doive les indemniser pleinement, mais nous espérons avec certitude qu'il sera réellement suffisant.

« Nous proposons à l'unanimité au Conseil des Etats de prendre la décision suivante : En droit la Confédération n'est pas responsable des pertes subies par Jean Palmi et Dame Veillard dans la faillite du consul G. décédé; mais leur pétition est renvoyée au C. F. avec invitation de voir quel secours pourrait leur être accordé sur les deniers fédéraux et de prendre de son chef les mesures nécessaires, la prise en considération de la demande des recourants étant d'ailleurs recommandée. » (1)

La commission du Conseil national arriva à une solution différente en principe. Elle estime que les fonds en question ont été remis au consul en sa qualité de fonctionnaire fédéral. « Il s'agit ici d'un dépôt reçu par le consul

(1) *F. féd.* 1873, III, p. 606.

général en sa qualité de fonctionnaire et perdu pour Palmi par la faute d'un fonctionnaire ayant agi en violation des devoirs de sa charge, et non par un simple abus de confiance. Comme il y eu violation des devoirs inhérents à sa charge par le consul, la Confédération est responsable à teneur de l'article 4 L. R.; en d'autres termes, la Confédération est juridiquement tenue à la réparation du dommage souffert par Jean Palmi. » (1)

Cette solution semble parfaitement logique. Mais comme cette qualité essentielle fait défaut dans la L. R., elle est fautive. En effet, il nous semble logiquement insoutenable que l'Etat ne soit pas civilement responsable des actes illicites commis par ses organes. Mais en fait c'est bien le cas en ce qui concerne la Confédération. Le principe de la responsabilité de l'Etat du chef des actes illicites commis par ses fonctionnaires que la commission veut faire découler de l'article 4 L. R. y fait complètement défaut pour les consuls. Car ceux-ci sont des fonctionnaires élus par le C. F. La responsabilité de la Confédération établie à l'article 43, al. 2, n'est jamais encourue du fait d'actes dommageables commis par ces fonctionnaires. On ne peut davantage invoquer l'application de l'article 3, al. 3 L. R., la responsabilité subsidiaire de l'Etat ne devant intervenir que pour remédier au principe de la responsabilité non solidaire des membres d'une autorité.

Entre les deux solutions extrêmes, celle adoptée par le C. F. et celle que la commission du Conseil national tire fausement de la loi, il fallait choisir une voie intermédiaire. Si l'on ne pouvait faire dire à une loi le contraire de ce qu'expriment ses dispositions, il n'était pas possible de jeter l'alarme au milieu des nombreuses personnes ayant déposé leurs économies dans la caisse d'un consulat dans la conviction d'avoir effectué un dépôt garanti par la Confédération. La commission du Conseil national recommande donc l'adoption de l'arrêté suivant :

(1) *F. féd.* 1873, III, p. 612.

« 1. Les pétitions de Jean Palmi et de la veuve Veillard sont renvoyées au C. F. avec invitation à cette autorité d'indemniser les recourants à teneur de l'article 3 L. R. sur la caisse fédérale du montant intégral des pertes qu'ils ont subies par les actes illicites commis par le consul général de St-Petersbourg en sa qualité officielle à condition que ces pertes ne puissent être couvertes par l'actif de la succession du consul général décédé.

« 2. Le C. F. est invité à reviser le règlement du 1^{er} mai 1851 concernant les consuls suisses en précisant les cas dans lesquels les consuls sont tenus d'accepter des dépôts et en fixant la nature et la portée de leur responsabilité à cet égard. » (1)

L'Assemblée fédérale adopta enfin l'arrêté suivant :

« 1. La responsabilité de la Confédération pour les pertes subies par Jean Palmi et Dame Veillard du chef des actes illicites du consul G. n'est pas admise en droit. Les pétitions sont renvoyées au C. F. avec invitation d'examiner quel secours pourrait être accordé aux victimes sur les deniers de la Confédération et de prendre de son chef les mesures qu'il jugera convenables, la prise en considération de la pétition étant recommandée.

« 2. Le C. F. est invité à reviser le règlement du 1^{er} mai 1851 concernant les consuls suisses en précisant les cas dans lesquels les consuls sont tenus d'accepter des dépôts en fixant la nature et la portée de leur responsabilité à cet égard. » (2)

Le C. F. accorda aux victimes gracieusement une somme correspondant au 75 pour cent des pertes qu'elles avaient subies du chef des actes illicites commis par le consul G. (3)

Le règlement concernant les fonctionnaires consulaires du 1^{er} mai 1850 fut remplacé par celui du 26 mai 1875. (4)

(1) *F. féd.* 1873, III, p. 618.

(2) *F. féd.* 1873, III, p. 337.

(3) *Blumer* : *Handbuch des schweizer. Bundesstaatsrechts*, III, p. 234.

(4) *Amfl. Gesetzessammlung* 1875, vol. I^{er}, p. 528 ss.

Les articles 34 et 35 règlent toute la matière concernant les dépôts que les consuls doivent recevoir en leur qualité officielle. Pour ces cas les consuls sont soumis aux dispositions de la L. R. L'art. 35 leur interdit absolument de recevoir des dépôts d'argent ou des valeurs de la part des particuliers en dehors de leur caractère officiel. La Confédération décline toute responsabilité pouvant découler de la perte de semblables dépôts.

Les jugements rendus par le T. F. en 1876 et 1877 dans les procès intentés par un agent d'émigration à la Confédération pour réparation d'un dommage sont aussi instructifs. Comme nous l'avons déjà dit, la première fois le demandeur fut débouté parce qu'il n'avait pas recouru à l'A. F. contre la décision du C. F., écartant sa réclamation. Il procéda conformément à l'article 33 L. R. et les Chambres fédérales n'ayant pas donné suite à la demande en dommages-intérêts, le demandeur s'adressa une seconde fois au T. F.

Dès le début le C. F. contesta la compétence du T. F. en soutenant qu'il s'agissait d'une question de droit public relevant, aux termes de l'article 59 et 8 O. J. de 1874, de la compétence des autorités politiques de la Confédération. Cette disposition réservait à la compétence de l'A. F. l'application d'une loi prévue à l'article 34 Const. féd. concernant les agences d'émigration.

Le T. F. n'admit pas ce point de vue : « Ni l'article 113 de la Constitution fédérale, ni l'article 59 de la loi sur l'organisation judiciaire susvisée ne dénie d'une manière absolue la juridiction du T. F. relativement aux articles de la Constitution fédérale qu'ils énumèrent, mais ils se bornent à réserver à la connaissance des autorités politiques de la Confédération la solution des contestations *administratives* ayant trait à ces articles réservés, c'est-à-dire des contestations de *droit public*, auxquelles l'article 59 précité se rapporte d'ailleurs exclusivement. Or, comme le caractère de la présente action est incontestablement civil, il résulte que la compétence du T. F. fondée sur les articles 110 de la

Constitution fédérale et 27 de la loi sur l'organisation judiciaire précités ne saurait être altérée par les articles 113 de la Constitution et 59 de la loi susvisée. » (1) Le T. F. écarta la demande comme mal fondée, le C. F. n'étant pas sorti de ses attributions constitutionnelles en prenant les mesures sur lesquelles le demandeur se fondait pour réclamer les dommages-intérêts. (2)

L'article 43 L. R. eut besoin aussi d'une interprétation du T. F. pour ce qui a trait au for de l'action intentée par un particulier à un fonctionnaire subalterne de l'administration fédérale. Cette disposition détermine en effet que le particulier qui estime être en droit d'intenter une action civile pour gestion illégale à un fonctionnaire doit la porter en premier lieu devant le C. F. Si cette autorité refuse son adhésion, le plaignant peut actionner le fonctionnaire, mais il est tenu de fournir un cautionnement dont le montant sera fixé par le T. F. pour garantir les frais qui pourraient être occasionnés.

La teneur assez ambiguë de cette disposition a engagé Blumer à se demander quel était le texte légal investissant le T. F. de la compétence d'intervenir comme tribunal de première instance dans un semblable procès. Car il ne doutait pas de la compétence de cette autorité (Blumer-Morel, *Handbuch des Bundesstaatsrechts*, 2^e éd., II, p. 230, note 1). Cette interprétation de la disposition semble parfaitement logique, le tribunal duquel une affaire relève pour le fond étant en général seul compétent pour fixer la caution à fournir par le demandeur (C. P. C. neuch., art. 92; implicitement C. P. C. féd. du 22 nov. 1850, art. 26).

Le T. F. interpréta ce texte différemment dans l'arrêt *Weibel & Cie c. Fehr* (E. B. G. 23, I, p. 619, etc.). Les demandeurs avaient adressé au C. F. une plainte contre le directeur du premier arrondissement de douanes en réclamant des dommages-intérêts pour des pertes qu'ils prétendaient avoir souffert du chef d'un acte illicite commis par

(1) E. B. G., II, p. 514.

(2) E. B. G., III, p. 758 et ss.

le fonctionnaire à leur égard. Leur demande n'ayant pas été prise en considération par l'autorité administrative, ils saisirent le T. F. de l'action aux termes de l'article 43 L. P. Ce dernier se déclara cependant incompetent en se basant sur les considérations suivantes :

« Le demandeur a cru que la L. R. soumettait à la compétence du T. F. comme instance exclusive toutes les actions dirigées par des particuliers contre des fonctionnaires fédéraux du chef d'actes illicites commis dans l'exercice de leurs fonctions. La loi ne contient cependant pas de disposition semblable. On pourrait invoquer tout au plus le texte de l'article 43, chargeant le T. F. de fixer la caution que le demandeur doit fournir avant d'introduire sa demande. Mais la compétence de fixer le montant de la caution n'entraîne cependant pas nécessairement et logiquement la compétence pour le même tribunal de connaître l'action quant au fond. La caution de l'art. 43 L. R. est sans doute différente de la caution ordinaire prévue par l'art. 26 C. P. C. féd. qui, elle, doit être exigée par le tribunal compétent. L'article 43 charge le T. F. de fixer le montant de la caution indépendamment du degré plus ou moins grand de sûreté que le demandeur pourra offrir; elle ne doit pas tant servir comme garantie pour le paiement des frais, que plutôt pour protéger les fonctionnaires fédéraux contre toute action injustifiée introduite sur la base de la L. R. Le législateur pouvait parfaitement charger le T. F. de fixer la caution à fournir par le demandeur tout en réservant la compétence quant au fond du procès aux tribunaux ordinaires. »

Dans le cas particulier le T. F. fixa le montant de la caution à 800 francs, mais débouta les demandeurs de leur action en les invitant à l'introduire au for légal du défendeur.

D'autres considérations nous conduisent au même résultat. L'article 61 C. O. R. permet à la Confédération et aux cantons de régler toute la matière concernant la responsabilité encourue par des fonctionnaires ou employés publics pour le dommage ou le tort qu'ils causent dans

l'exercice de leur charge. L'article 43 L. R. est par contre une disposition de pure procédure et ne peut, par conséquent, être compris dans le domaine que le droit commun abandonne à la compétence de la Confédération et des cantons. Le législateur n'a plus le droit, en tout cas, depuis l'entrée en vigueur du C. O. de fixer un for spécial pour les actions dirigées contre un fonctionnaire fédéral.

Le T. F. a dû intervenir souvent comme instance unique en matière civile aux termes de l'article 27, ch. 4 O. J. du 27 juin 1874, art. 48, ch. 2 O. J. du 22 mars 1893, des corporations ou des particuliers réclamant des dommages-intérêts au fisc cantonal du chef d'actes illicites dont ils prétendaient avoir été les victimes de la part des fonctionnaires ou employés publics. S'il n'est pas surprenant que la conscience populaire réclame en toute occasion des mesures réparatrices de l'Etat (1), qu'elles soient justifiées ou

(1) Les demandeurs raisonnent souvent de la manière suivante

« Si le défendeur nie sa responsabilité en alléguant que le droit cantonal ne connaît pas la responsabilité de l'Etat du chef des délits commis par ses fonctionnaires, il y a lieu de répondre qu'il ne s'agit pas tant d'une telle responsabilité, mais plutôt du devoir de l'Etat de rendre effectif ce que ces fonctionnaires ont garanti formellement sous une forme solennelle et publique. Le droit commun établit du reste la responsabilité de l'Etat pour le dommage souffert par les particuliers du chef d'actes de l'administration publique. L'Etat ne se trouve pas avec ses fonctionnaires dans un rapport de mandat vis-à-vis des mandataires, mais dans celui d'organisme vis-à-vis de ses organes. C'est l'Etat lui-même qui agit par l'intermédiaire de ses organes et par conséquent il est responsable de leurs actes. » E. B. G. XII, p. 224.

« Le demandeur semble soutenir que la responsabilité primaire de l'Etat du chef des actes illicites commis par ses fonctionnaires est un principe de droit commun. Tel n'est cependant pas le cas. » E. B. G. VII, p. 176.

« Le demandeur soutient que la dénonciation du litige au canton n'était pas indispensable, puisqu'il ne s'agit pas d'un droit de recours, mais bien d'un droit garanti par la constitution. » E. B. G. V, p. 401.

« Les demandeurs soutiennent qu'à défaut d'une disposition de droit positif, la responsabilité de l'Etat découle des principes généraux du droit. » E. B. G. VIII, p. 1 et 7, 148.

non, il est par contre intéressant d'observer que le T. F. lui-même doit reconnaître la justification d'une pareille responsabilité sans cependant pouvoir appliquer ce principe, la loi cantonale respective ne le connaissant pas. (1)

Plusieurs fois le T. F. a été saisi de demandes dirigées contre un canton par des fonctionnaires non réélus ou révoqués. Il a toujours décidé que, comme instance civile, il était compétent pour connaître des prétentions pécuniaires des fonctionnaires, mais que sa compétence n'allait pas jusqu'à s'immiscer dans le domaine de droit public du rapport existant entre l'Etat et les fonctionnaires en discutant les motifs de la révocation ou du défaut de réélection. (2)

CHAPITRE II

La législation fédérale sur la responsabilité des fonctionnaires en matière pénale et disciplinaire.

SECTION PREMIÈRE

La législation pénale.

A l'article 6 la L. R. pose le principe que les caractères constitutifs des crimes et délits et les peines applicables aux fonctionnaires seront déterminés par les lois pénales fédérales. Il nous faut donc traiter brièvement les dispositions du Code pénal fédéral du 4 février 1853 qui s'y rapportent. Ce sont les articles 53 à 58.

(1) E. B. G. XII, p. 228. Appenzell-Ausserrhodische Kantonalbank et consorts contre Appenzell-Innerrhoden.

Depuis l'entrée en vigueur du C. C. S., une pareille demande devrait être accueillie et le canton défendeur condamné conformément à la disposition de l'art. 955 C. C. S.

(2) E. B. G. XII, p. 711, XIII, p. 534 s.

L'article 53 s'applique aux fonctionnaires et employés fédéraux en général ayant commis l'un des délits les plus fréquents en cette matière qui s'y trouvent énumérés.

Ceux que la loi poursuit avec une sévérité particulière sont les délits consistant à accepter de l'argent ou des cadeaux ou d'autres avantages auxquels les fonctionnaires n'ont pas droit ou une rémunération supérieure à celle fixée dans le tarif, et celui de s'intéresser directement ou indirectement dans une affaire que le fonctionnaire a traitée et qu'il doit surveiller en sa qualité officielle et d'en tirer un profit. Car si le profit a été supérieur à 1000 francs la peine d'emprisonnement prévue doit être transformée en celle de réclusion.

Doit être puni d'emprisonnement à côté de l'amende le fonctionnaire qui en dépassant les limites de ses fonctions et en abusant de son pouvoir porte atteinte à la liberté ou aux droits civils d'un citoyen, ainsi que celui qui commet des actes de puissance publique en dehors de sa compétence ou qui lèse les droits garantis par l'art. 5 de la Constitution fédérale.

Doit être puni de l'amende un fonctionnaire ou employé fédéral dans les cas suivants : s'il exerce une profession qu'une loi ou une ordonnance ont déclarée incompatible avec la fonction ou l'emploi; s'il viole les obligations que lui impose sa fonction de ne pas divulguer ce qu'il a appris en sa qualité officielle; s'il viole d'une autre manière les devoirs inhérents à sa fonction.

Le dernier alinéa spécifie que parmi les fonctionnaires fédéraux auxquels ces dispositions sont applicables, il faut compter le Conseil fédéral, les membres du Conseil fédéral, les représentants et commissaires fédéraux et les militaires qui se trouvent au service de l'administration militaire fédérale. Cela est important, car la L. R. ne prévoit une procédure et des peines disciplinaires que pour les fonctionnaires nommés par le Conseil fédéral; les autorités et fonctionnaires nommés par l'Assemblée fédérale sont bien régis par le principe général de la responsabilité disciplinaire (art. 5

L. R.), mais en fait ils ne sont soumis qu'au droit de critique exercée par l'Assemblée fédérale. D'autre part c'est sans doute par un oubli involontaire du législateur que le chancelier fédéral n'a pas été mentionné parmi les autorités assimilées aux fonctionnaires fédéraux en matière pénale. Car nous ne pensons pas qu'il soit possible de le faire rentrer sans autre dans cette catégorie des fonctionnaires; le fait qu'il est élu par l'Assemblée fédérale est un distinctif suffisant à cet égard. Et il n'est pas possible d'interpréter la loi pénale d'une manière si extensive qu'il tombe aussi sous le coup de cet article.

L'article 54 fait en partie double emploi avec l'article 92 de la L. F. concernant les postes fédérales du 5 avril 1910. Nous ne retenons ici que le délit de soustraction d'un objet confié à la poste. Le fonctionnaire coupable est passible de la peine de la révocation, à laquelle on joindra, dans les cas plus graves, l'amende ou l'emprisonnement.

L'article 55 concerne la violation du secret télégraphique par un fonctionnaire ou employé postal ou des télégraphes. Ce délit est réglé aussi disciplinairement à l'article 22 de la L. F. concernant l'organisation de l'administration des télégraphes et des téléphones du 18 décembre 1907. Les peines sont les mêmes que celles établies à l'article précédent.

L'article 56 traite du délit commis par un juré fédéral ou un témoin qui se laissent corrompre pour une somme d'argent, un cadeau ou un autre avantage. Les peines applicables à ces personnes, ainsi qu'à celles ayant offert ou promis le cadeau et qui doivent être traitées comme des complices, sont l'amende et l'emprisonnement.

A teneur de l'article 57, le fonctionnaire ou l'employé fédéral qui a causé un dommage important ou une perturbation considérable dans son service par la négligence des devoirs inhérents à sa fonction est passible d'amende à laquelle peut être jointe, en cas grave, la révocation.

Cet article ne devrait pas avoir sa place au milieu de ceux traitant des crimes commis par les fonctionnaires et employés fédéraux en leur qualité officielle, car il est de

droit purement disciplinaire. Dans tous ces articles du reste le droit disciplinaire se trouve mélangé au droit pénal.

Enfin à teneur de la disposition de l'art. 58 la qualité de fonctionnaire doit être considérée comme une circonstance aggravante toutes les fois qu'un employé ou fonctionnaire fédéral a commis un crime de droit commun contre la Confédération ou un crime contre la sûreté extérieure et la tranquillité de la Confédération (titre 1 du Code pén. féd.), ou un crime contre des *Etats étrangers* (titre 2) ou enfin un crime contre l'ordre constitutionnel et la sûreté intérieure de la Confédération (titre 3).

Il est évident, comme l'article 6 L. R. le spécifie déjà, que l'application des lois pénales militaires reste réservée. Cela ressort aussi de la disposition de l'art. 53 Code pén. féd. qui détermine qu'on assimilera aux fonctionnaires les personnes militaires se trouvant dans le service de l'administration fédérale. D'où il faut déduire que les militaires qui sont en service d'instruction ou en service actif sont soumis aux lois pénales militaires fédérales.

SECTION DEUXIÈME

La législation disciplinaire.

Au moment de l'élaboration de la L. R. il existait déjà des dispositions disciplinaires dans la législation fédérale. Elles étaient contenues dans la L. F. concernant l'organisation de l'administration des postes du 25 mai 1849, dans la L. R. concernant l'administration des douanes du 30 juin 1849 et dans la L. F. concernant l'organisation judiciaire fédérale du 5 juin 1849.

Sans entrer dans le détail des dispositions nous relevons que le droit de nomination et le droit de révocation incombait au Conseil fédéral. Cette autorité possédait la faculté de déléguer le droit de nomination à des autorités ou des fonctionnaires fédéraux. Ces autorités et fonctionnaires possédaient aussi certaines compétences discipli-

naires sur les fonctionnaires et employés qu'ils avaient nommés ; ils pouvaient les suspendre provisoirement et leur infliger des amendes de 1 à 50 francs. Dans le premier cas il incombait à l'autorité supérieure, c'est-à-dire dans la plupart des cas au Conseil fédéral, de prendre une décision définitive. Dans le second cas les fonctionnaires et employés frappés d'une amende pouvaient porter l'affaire par voie de recours devant l'autorité supérieure à celle qui l'avait infligée. L'administration postale avait même la compétence de révoquer un fonctionnaire coupable d'avoir employé dans un autre but que celui auquel elles étaient destinées des sommes d'argent confiées à la poste ou d'avoir mêlé la caisse officielle avec la caisse particulière. Le Tribunal fédéral, le président de ce tribunal et les juges d'instruction possédaient vis-à-vis de leurs fonctionnaires et employés subordonnés la compétence d'infliger une réprimande ou une amende disciplinaire jusqu'à concurrence de 50 francs. (1)

Ces lois ont été dès lors remplacées par d'autres contenant des dispositions disciplinaires que nous passerons en revue rapidement. Les principales sont les lois et arrêtés suivants :

L. F. sur les postes suisses, du 5 avril 1910;

L. F. sur l'organisation de l'administration des télégraphes et des téléphones du 16 décembre 1907;

L. F. sur les douanes du 28 juin 1893;

Règlement pour l'exécution de la L. F. concernant l'acquisition et l'exploitation des chemins de fer par la Confédération, ainsi que l'organisation administrative des chemins de fer fédéraux du 7 novembre 1899;

L. F. sur l'organisation judiciaire fédérale du 22 mars 1893;

Arrêté du C. F. concernant l'organisation et la marche des affaires du Conseil fédéral du 21 août 1878.

(1) *Kaufmann*: Die Revision des B. G. über die Verantw. Z. S. R. 1912, p. 629 s.

Dans cette matière touffue nous nous sommes servis comme guide du travail remarquable présenté par M. le conseiller d'Etat Kaufmann de Soleure à l'assemblée des juristes en 1912. (Z. S. R. 1912, spéc. p. 629 ss.)

Notons d'abord que ces dispositions spéciales n'ont pas eu l'effet d'abroger celles de la L. R. Au contraire, la plupart de ces lois réservent expressément les articles 37 et 38, ceux qui ont trait aux peines disciplinaires et à la procédure à suivre, de la L. R. D'autres, comme la loi sur l'organisation judiciaire et le règlement pour l'exécution concernant les chemins de fer, stipulent des garanties semblables à celles de la L. R. ou suivent la même procédure que celle observée par le Conseil fédéral. (L. O. J. art. 9, Ord. féd. art. 65, al. 3.) Il faut remarquer cependant que cette ordonnance restreint l'obligation de procéder à une enquête préalable aux cas de résiliation du contrat et de révocation, tandis que l'article 38 L. R. la prescrit dans tous les cas où l'application d'une peine disciplinaire est en question.

Quant aux fonctionnaires de chancellerie nommés par le Conseil fédéral, l'arrêté précité dispose à l'art. 35, al. 2, qu'ils peuvent être révoqués même avant le terme de la période pour laquelle ils ont été nommés en cas de manquement manifeste à leur devoir. Mais ni les garanties offertes par la L. R. ni d'autres semblables ne sont stipulées.

Les peines prévues sont généralement les mêmes que celles de la L. R. Nous ne trouvons cependant la peine de la réprimande que dans le règlement régissant la matière pour les fonctionnaires et employés des chemins de fer (art. 66). Une peine disciplinaire dont la L. R. n'a aucune connaissance, mais qui est applicable à tous les fonctionnaires et employés de la Confédération consiste dans le fait que le fonctionnaire ou l'employé qui remplit mal ses devoirs ou dont la conduite laisse à désirer sera exclu du bénéfice de l'augmentation périodique des traitements. (L. F. concernant les traitements des fonctionnaires et employés fédéraux, du 2 juillet 1897, Kaufmann, p. 643.) Le T. F. doit appliquer

la même disposition aux fonctionnaires et employés qu'il nomme (O. J. art. 9). Les lois de salaires des chemins de fer fédéraux possèdent une disposition qui se distingue de celle dont nous venons de parler en ce qu'elle laisse aux autorités la faculté de procéder ainsi au lieu de les y obliger. Enfin les ordonnances pour les postes (du 15 novembre 1911, art. 187, chiffre 3) et pour l'administration des télégraphes et des téléphones (du 6 octobre 1911, art. 4, chiffre 3, et le règlement de service des C. F. F. du 17 oct. 1901, art. 34) prévoient comme peine disciplinaire la permutation d'un fonctionnaire ou employé en un autre endroit ou dans une catégorie inférieure avec réduction correspondante du traitement. Enfin il y a encore la restriction ou la privation complète des jours de congé. (Règlement de service C. F. F.)

L'application des peines dépend de deux instances différentes. Comme le Conseil fédéral a le droit de déléguer la nomination de certaines catégories de fonctionnaires et d'employés subordonnés à des autorités ou des fonctionnaires inférieurs, il doit déléguer à ces mêmes autorités et fonctionnaires la compétence d'infliger les peines disciplinaires légères, sous réserve toutefois du droit de recours de celui qui a été frappé à l'autorité hiérarchiquement préposée à celle qui a infligé la peine. Ces peines inférieures ne sont pas toujours échelonnées d'une manière pareille.

Le chef du département des postes et des chemins de fer, le directeur général des postes et les directeurs postaux d'arrondissement ont le droit d'infliger aux fonctionnaires et employés qui se trouvent sous leurs ordres une amende disciplinaire jusqu'à concurrence de 75 francs et de les suspendre dans leurs fonctions et leur traitement. Toutes les mesures ultérieures sont réservées à l'autorité supérieure compétente (art. 93 loi postes).

Le chef du département des postes a le droit de révoquer des fonctionnaires et employés nommés par lui-même ou par le directeur général des postes sur la base des articles 37 ou 38 de la L. R. Le fonctionnaire ou employé en

question peut recourir contre cette décision au Conseil fédéral (art. 94).

Les fonctionnaires, employés et ouvriers des chemins de fer fédéraux qui par dol ou faute ont manqué aux devoirs inhérents à leur charge pourront se voir infliger par l'autorité qui leur est préposée la peine d'une réprimande ou celle d'une amende disciplinaire jusqu'à concurrence de 100 francs ou enfin celle d'une suspension provisoire dans le service et le droit au traitement (art. 66 règlement pour l'exécution rachat chemins de fer).

Pour les fonctionnaires et employés de l'administration des télégraphes et des téléphones il y a une disposition semblable à celle applicable aux fonctionnaires et employés des postes (art. 21 et 22 loi télégraphes).

Dans l'administration des douanes le chef du département des douanes (et des finances) possède la compétence d'infliger des amendes jusqu'à concurrence de 70 francs, le directeur général des douanes ou, en son absence, son remplaçant peuvent aller jusqu'à 50 francs d'amende et les directeurs d'arrondissement des douanes jusqu'à 30 francs. Les fonctionnaires et employés frappés peuvent recourir contre la peine à l'autorité ou au fonctionnaire immédiatement préposés à celui qui a infligé l'amende (art. 52 loi douanes). Les mêmes fonctionnaires ont le droit de suspendre provisoirement des fonctionnaires inférieurs (art. 53).

Le droit de révoquer des fonctionnaires et employés est toujours réservé au C. F. comme autorité administrative supérieure; au moins le C. F. juge ces cas en dernier lieu lorsque le chef de département a déjà la compétence de prononcer une révocation, comme c'est le cas pour le chef du département des postes et des chemins de fer (loi postes, art. 94, loi télégraphes, art. 21).

Nous voyons que tout ce qui a trait au droit disciplinaire, à la procédure et à l'application des peines relève de l'administration fédérale. Ces sortes de conflit ne peuvent pas être portés devant les tribunaux civils. C'est une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs. D'autre

part nous ne possédons pas encore d'instance juridique spéciale à laquelle la matière de droit disciplinaire puisse être soumise. Il en sera différemment après la création d'une cour administrative et disciplinaire fédérale. A elle devront être soumis, suivant le message du C. F., les cas qui appellent l'application des peines disciplinaires sévères, tandis que les peines légères continueront à être prononcées par les autorités administratives. (1)

Si les tribunaux civils ne peuvent s'inmiscer dans le droit disciplinaire proprement dit, il n'en est pas de même pour ce qui concerne les conséquences d'une révocation que la victime croit être injustifiée. Le cinquième alinéa de l'article 65 du règlement pour l'exécution prévue par la L. F. sur le rachat des chemins de fer réserve aux fonctionnaires révoqués le droit de réclamer du juge l'allocation d'une indemnité pour le cas où le tribunal reconnaîtrait que la révocation a été injustifiée. Mais le tribunal ne pourra pas empiéter sur le domaine de l'autorité administrative et rapporter la révocation. A notre avis la disposition citée a été introduite dans l'ordonnance dans l'unique but de faire ressortir cette réserve. Les autres lois ne contiennent pas de disposition semblable; pourtant personne ne niera que tout fonctionnaire révoqué ait le droit d'intenter une action civile basée sur les articles 41 ss. C. O. à l'administration s'il estime qu'on a procédé illicitement à son égard. (2)

Enfin nous citerons encore une disposition de droit administratif disciplinaire qui s'applique à tous les fonctionnaires et employés de l'administration fédérale: L'arrêt du C. F. du 12 novembre 1909 établit que tous les fonctionnaires et employés fédéraux qui reçoivent pour l'expédition ou pour la garde des valeurs ou des sommes d'argent sont passibles des peines d'amende disciplinaire ou de révocation s'ils confondent la caisse publique avec leur caisse privée ou

(1) Message du C. F. du 20 décembre 1911, p. 25.

(2) Voir spécialement les arrêts dans les causes Ladame contre Etat de Neuchâtel. E. B. G. XII, p. 714 ss. et Vogt contre Canton de Berne. E. B. G. XIII, p. 312 ss.

s'ils emploient les sommes reçues dans un autre but que celui auquel elles étaient destinées. Evidemment la poursuite pénale est réservée si le délit d'abus de confiance ou de détournement a été commis.

Lorsqu'on a parcouru ces dispositions multiples et pourtant presque toujours différentes les unes des autres et lorsqu'on se rend compte qu'il en existe encore d'autres sur la même matière pour des branches d'administration moins importantes on comprend l'intérêt qu'il y a tant pour les fonctionnaires que pour les administrations de voir unifiée toute cette matière.

Notons encore pour terminer que la loi sur l'administration des postes (art. 91), celle sur l'administration des télégraphes et téléphones (art. 20) et le règlement pour l'exécution prévue par la L. F. sur le rachat des chemins de fer (art. 66, al. 3) établissent la responsabilité civile vis-à-vis de l'administration des fonctionnaires et employés ayant causé un dommage vis-à-vis de l'administration.

CHAPITRE III

La responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires dans les cantons.

SECTION PREMIÈRE

La source du droit cantonal dans ce domaine.

En Suisse les compétences législatives sont partagées entre la Confédération et les cantons. Il nous mènerait trop loin de rechercher la nature de la souveraineté qui permet une telle division du droit de légiférer. Ce qui est certain, c'est qu'en Suisse, comme dans tout Etat fédératif, la démarcation des compétences a lieu par le droit fédéral qui réserve certaines parties au droit cantonal. (1)

(1) *Burckhardt*: Kommentar B. V., p. 18. *Soldan*: Le C. O. et le

La constitution fédérale procède à cette délimitation aux articles 64 et 64^{bis}. Au moment de l'élaboration du code des obligations du 14 juin 1881 la compétence du législateur fédéral en matière de droit des obligations était beaucoup moins étendue qu'elle ne l'a été lors de la revision de ce code par suite de la revision de l'art. 64 Const. féd. adoptée par le peuple et les cantons le 13 novembre 1898. Toute une série de dispositions qui réservaient certaines matières au droit cantonal n'existent plus dans le C. O. révisé du 7 juillet 1911; ainsi les articles 10, 211, al. 3, 231, 523, etc. du C. O. anc. n'ont plus retrouvé leur place dans le C. O. révisé parce que la Confédération a reçu la compétence de légiférer en cette matière. Il y a cependant d'autres matières encore que le C. O. n'a pas pu régler : tout ce qui se rattache au droit public. Ici encore il faut faire une distinction entre ce qui relève du droit public fédéral et ce qui relève du droit public cantonal. Ces réserves sont contenues dans les articles 33, 362 et 61 C. O. révisé.

Il faut noter encore une différence entre ces dispositions. Les articles 33 et 362 établissent la réserve du droit public fédéral et cantonal d'une manière obligatoire : Le pouvoir d'accomplir des actes juridiques... est réglé... (art. 33); le droit public... demeure réservé... (art. 362). L'article 61 n'est pas conçu d'une manière identique : La législation fédérale ou cantonale *peut* déroger aux dispositions du présent chapitre... Cette différence a son importance. Car si les cantons ne font pas usage de cette faculté les dispositions du C. O. sont applicables comme droit commun subsidiaire. Il n'en est pas de même pour la matière réglée par les articles 33 et 362. (1)

L'article 61 qui nous occupe spécialement est conçu dans les termes suivants :

« La législation fédérale ou cantonale peut déroger aux

droit cantonal, dans le recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne en commémoration de l'Exposition Nationale de Genève de 1896, p. 143.

(1) *Soldan* : op. cit., p. 152, s., 157.

dispositions du présent chapitre en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge. »

« Les lois cantonales ne peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires ou des employés publics et se rattachant à l'exercice d'une industrie. »

La législation sur cette matière de la responsabilité des fonctionnaires n'est donc pas seulement abandonnée aux cantons d'une manière facultative, elle leur est retirée pour une catégorie importante de fonctionnaires et d'employés. En effet le législateur n'a pas cru qu'il existait un intérêt suffisant pour concéder aux cantons une position privilégiée lorsqu'ils exploitent une industrie pour leur propre compte et dans le but de réaliser un gain. (1) Dans ce cas l'administration cantonale ne se distingue en rien de l'employeur privé qui est responsable des actes commis par ses représentants, employés de bureau et ouvriers selon la disposition de l'art. 55 C. O. R. On peut cependant se demander pourquoi cette restriction de la faculté de légiférer n'existe que pour le droit cantonal et non pour le droit fédéral aussi. Car on ne voit pas qu'il existe une différence de nature assez importante entre la Confédération d'une part et les cantons et les organismes publics de moindre importance d'autre part comme personnes juridiques pour justifier cette inégalité de traitement. A notre avis il n'y a aucune raison pour traiter toutes ces personnes de droit public autrement que les individus physiques ou les personnes juridiques de droit privé lorsqu'elles se placent sur le terrain du droit privé et exercent une industrie ou se mettent à exploiter un commerce.

(1) C'est en effet dans le gain qu'il est destiné à réaliser qu'il faut voir le caractère distinctif entre un établissement industriel et un autre qui répond à un besoin public et doit être considéré comme soumis au droit public cantonal quant à la responsabilité de ses fonctionnaires. *Gmür*: Kommentar O. R., p. 262.

Dans la matière réservée ainsi au droit public cantonal les cantons sont libres de restreindre la responsabilité des fonctionnaires et employés ou de l'écartier complètement en établissant la responsabilité de l'Etat en lieu et place de celle des fonctionnaires et employés et en réglant le droit de recours contre celui qui a causé le dommage ou le tort moral. (1) Nous rencontrerons en effet dans ce chapitre des lois cantonales dans lesquelles la responsabilité des fonctionnaires et employés n'existe plus que vis-à-vis de l'Etat lui-même, tandis que le lésé ne possède aucun moyen d'action contre lui. D'autres lois ne connaissent qu'une responsabilité subsidiaire de l'Etat tandis qu'un autre groupe encore laisse subsister entièrement la responsabilité des fonctionnaires et employés publics en principe et se contente de régler les questions relatives à la faute.

SECTION DEUXIÈME

Idées générales concernant la législation cantonale en matière de responsabilité de l'Etat.

Dans cette partie de notre travail nous étudierons la solution qu'a reçue la question de la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires dans les cantons. Il nous mènerait évidemment trop loin de vouloir entrer dans tous les détails des lois comme nous l'avons fait pour la L. R. féd. Nous nous arrêterons uniquement aux dispositions concernant directement notre sujet.

Les lois qui doivent être prises en considération sont les suivantes :

Zurich : Loi d'introduction C. C. S. du 2 avril 1911, §§ 224 à 229.

Berne : L. B. du 19 mai 1851.

Lucerne : L. R. du 10 septembre 1842.

Schwyz : Loi d'introduction C. C. S. du 29 novembre 1910, §§ 234 à 239.

(1) Si les cantons ne légifèrent pas en cette matière, l'Etat n'encourt aucune responsabilité. E. B. G. 30 II 307, 35 II 366.

- Unterwald-le-Haut : L. R. du 13 novembre 1869.
 Fribourg : L. R. du 5 octobre 1850. Loi org. jud. titre XXIV.
 Soleure : Loi sur les fonctionnaires du 27 novembre 1904,
 §§ 30 à 35.
 Bâle-Ville : Loi sur les fonctionnaires du 8 juillet 1909,
 §§ 33 à 38.
 Bâle-Campagne : L. R. du 25 novembre 1851.
 Schaffhouse : Loi d'introduction C. C. S. du 27 juin 1911,
 art. 141 à 143.
 Appenzell Rh.-Ext. : Loi d'introduction C. C. S. du 30 avril
 1911, §§ 192 à 196.
 St-Gall : L. R. du 25 novembre 1885.
 Grisons : L. R. du 16 novembre 1902.
 Thurgovie : L. R. du 25 septembre 1851.
 Tessin : Loi d'introduction C. C. S. du 12 avril 1911, art. 195.
 Vaud : L. R. du 29 avril 1904.
 Neuchâtel : L. R. du 2 décembre 1903.
 Genève : L. R. du 24 mai 1900.

Les autres cantons ne possèdent pas de dispositions sur cette matière, à l'exception du principe consacré dans toutes les constitutions cantonales sauf celle de Glaris.

La constitution d'Uri établit à l'article 17 la responsabilité des autorités et des fonctionnaires avec garantie de l'Etat jusqu'à un montant double de la caution qu'il a fournie.

Les constitutions d'Unterwald-le-Bas, de Zoug et d'Argovie établissent le principe de la responsabilité purement personnelle des fonctionnaires.

Dans le canton d'Appenzell Rh.-Int. les fonctionnaires sont tenus de réparer tout dommage qu'ils peuvent avoir causé jusqu'après l'approbation des comptes.

Dans tous ces cantons ainsi que dans celui de Glaris ce sont les règles de droit commun qui régissent le domaine de la responsabilité.

Les lois cantonales peuvent être réparties en trois groupes :

- I. Groupe de lois établissant la responsabilité directe de l'Etat en lieu et place ou à côté de celle du fonctionnaire, soit facultative, soit obligatoire.
- II. Groupe de lois établissant la responsabilité subsidiaire de l'Etat.
- III. Groupe de lois ne connaissant que la responsabilité purement personnelle des fonctionnaires.

TROISIÈME SECTION

Groupe des lois établissant la responsabilité directe de l'Etat, en lieu et place ou à côté de celle du fonctionnaire.

§ 1. Généralités.

Ce groupe se compose aujourd'hui de sept lois, celles des cantons de Neuchâtel, Vaud et Genève et celles des cantons de Fribourg, Berne, Bâle-Ville et Schaffhouse. Cette division en deux groupes, l'un romand, l'autre suisse-allemand, n'est pas arbitraire. Elle correspond à une différence de tempérament et de mentalité juridique entre les deux parties du pays. L'Etat, son but et ses fonctions y sont conçus sous un aspect tout différent. La L. R. du canton de Fribourg semble faire une exception, mais il ne faut pas oublier que c'est une des plus vieilles lois sur la matière, puisqu'elle est antérieure de deux mois à la L. R. féd., tandis que les lois des cantons purement romands sont tout à fait modernes.

La mentalité romande se fait une idée entièrement utilitaire de la fonction de l'Etat. Sans s'occuper de considérations philosophiques relativement à sa nature, elle exige de l'Etat qu'il réponde à tous les besoins de la vie pratique. Aucune réserve de nature juridique ne vient entraver le développement du principe d'équité que l'Etat est responsable de tous les actes dommageables commis par ses fonctionnaires dans l'exercice de leur charge. Peu importe s'il peut exercer un recours contre le coupable ou non; ce que

l'esprit public demande c'est la réparation du préjudice. L'Etat est le grand serviteur et le protecteur des particuliers.

Ces lois visent au pratique. Elles proclament toutes la responsabilité obligatoire de l'Etat, en lieu et place des fonctionnaires ayant causé le dommage. Cette disposition atteint même, comme nous verrons, les fonctionnaires pour lesquels les cantons ne doivent assumer que la responsabilité subsidiaire, comme les fonctionnaires aux poursuites et aux faillites (L. P. art. 6). (1)

Il en est autrement de la tendance des lois dans les cantons de la Suisse allemande. Les cantons qui établissent la responsabilité de l'Etat sont peu nombreux. Ils l'entourent encore de précautions. Dans cette partie de la Suisse la conception de l'ancien droit germanique, tel qu'il s'est développé et a été transformé au moyen âge, s'est conservée. Les scrupules philosophiques et doctrinaires jouent un grand rôle. Le sentiment de la souveraineté de l'Etat qui l'élève au-dessus des personnes physiques et morales est resté vif. C'est en Allemagne qu'a été établie la distinction entre les actes administratifs soumis à la responsabilité et les actes de souveraineté pour lesquels l'Etat n'assume aucune responsabilité (voir la législation en Allemagne, permettant la poursuite des actes dommageables commis illicitement par les fonctionnaires, mais seulement par ceux-là, p. 29 s.).

Tandis que dans la partie romande c'est la conception utilitaire et socialiste qui prime en cette matière, dans la partie allemande nous nous trouvons en présence d'une tendance individualiste. (2)

(1) Voir Exposé des motifs de la loi vaudoise, p. 6.

(2) Cette classification en « Etats à tendance individualiste » pour les cantons suisses-allemands du groupe mérite une explication. Nous avons vu dans la partie historique que si au début la famille, la communauté, assumaient en Allemagne la responsabilité directe des actes illicites commis par leurs membres, cela changea complètement ensuite de la réception du droit romain. L'Etat devient autre chose qu'une représentation d'un groupe d'individus établis fixement sur un territoire bien limité et possédant une organisation politique spéciale. Il est une fiction, une personne distincte, le sou-

Dans le groupe des cantons suisses-allemands que nous venons de citer, un seul, Schaffhouse, a prévu la responsabilité directe de l'Etat sous sa forme obligatoire. Les autres trois cantons permettent au lésé de diriger son action civile contre l'Etat ou contre le fonctionnaire coupable. A Berne et à Fribourg nous rencontrons encore l'institution de la prise à partie.

§ 2. *L. R. du canton de Neuchâtel.*

Une motion émanée de plusieurs députés radicaux avait demandé au Conseil d'Etat l'élaboration d'un projet de loi sur la responsabilité directe de l'Etat et des communes pour les actes illicites commis par les fonctionnaires. Le 22 octobre 1901 le Conseil d'Etat a présenté au Grand Conseil un rapport dont nous extrayons quelques passages intéressants:

« Parmi les cantons qui ont reconnu le principe de la responsabilité civile des fonctionnaires et employés quelques-uns n'ont pas plus admis la responsabilité subsidiaire que la responsabilité directe de l'Etat et des communes. Que l'on admette l'une ou l'autre le résultat définitif est le même, mais la personnalité lésée par un acte illicite d'un fonctionnaire ou d'un employé public aura beaucoup plus de facilité de faire valoir son droit si elle peut adresser sa réclamation à l'Etat, que si elle doit commencer par actionner un fonctionnaire ou employé insuffisamment solvable. Dans ce cas elle aura en effet deux procès à faire au lieu d'un seul. Nous pensons que lorsqu'on reconnaît un droit à une personne, il faut lui en faciliter l'exercice; c'est pour-

verain véritable. Son activité ne se confond pas avec celle des fonctionnaires qui sont de simples mandataires. L'Etat, le souverain, est au-dessus de toute responsabilité, au moins en ce qui concerne les actes de puissance, parce qu'il ne peut pas commettre des fautes.

L'Etat aux tendances socialistes est au contraire une conception moderne. Il est né en France de l'école philosophique positiviste de Comte de laquelle se réclame M. Duguît, son fidèle propagateur.

On peut enfin dire que dans la conception individualiste la responsabilité repose sur la faute, tandis que la conception socialiste a en vue la réparation du dommage causé par la faute.

« quoi nous vous proposons d'admettre dans la loi la responsabilité directe de l'Etat et des communes à raison du dommage causé par leurs fonctionnaires. » (1)

Le rapport admettait que les cantons peuvent légiférer en matière de responsabilité de l'Etat comme personne morale et administrant les biens privés. La commission législative arrive à une conclusion différente, cette matière étant réglée selon son avis par le droit fédéral.

En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat et des communes comme pouvoirs publics, le rapport du Conseil d'Etat s'exprime comme suit : « Il est des jurisconsultes qui ont soutenu l'opinion que l'Etat et les communes ne peuvent pas être responsables comme pouvoirs publics. Ils argumentent comme suit : L'Etat par lui-même ne peut pas commettre des délits, ni des quasi-délits. Si un membre de ses pouvoirs, si une des personnes qui constituent ses organes commettent des délits ou des quasi-délits, elles sont personnellement responsables. Mais l'Etat ne peut pas supporter les conséquences des erreurs ou des abus de pouvoir commis par ceux auxquels il a donné mission de respecter et de faire respecter la loi. Cette argumentation ne nous paraît pas juste. C'est précisément parce que les fonctionnaires ont mission de respecter et de faire respecter la loi qu'en ne le faisant pas ils engagent la responsabilité de l'Etat ou de la commune qui les a chargés de cette mission. » (2)

Le rapport de la Commission législative insiste sur le caractère d'équité de la responsabilité directe de l'Etat. Il est du 12 novembre 1903.

(1) Ce rapport se place carrément au point de vue utilitaire. Qu'importent toutes les réserves basées sur des théories? Ce que le peuple veut, c'est la faculté de demander réparation du dommage souffert. D'autre part nous trouvons exprimé ici l'idée que l'Etat doit être responsable de tout dommage, causé soit licitement soit illicitement par les fonctionnaires. Si la loi ne parle que du dommage causé illicitement, c'est que le dommage causé autrement doit être réparé par principe d'équité.

(2) Bulletin off. Vol. 64, p. 288 ss.

« Toute personne a droit à la protection de l'autorité; si elle est lésée par la faute d'un fonctionnaire, il est anormal que l'Etat ou la commune qui a délégué partie de ce pouvoir à ce fonctionnaire, se dérobe à sa responsabilité, et rien ne justifie la situation exceptionnelle dans laquelle les garanties que notre droit public doit accorder à la personne et à la propriété n'existent plus quand on se trouve en présence de l'Etat ou de la commune. »

« On fait encore l'objection des conséquences financières qui résulteront pour l'Etat et les communes de la loi nouvelle. Ces conséquences dussent-elles être prises en considération, que l'équité du principe de la responsabilité n'en subsisterait pas moins. » (1)

La L. R. neuchâteloise n'est composée que de quatre articles. Elle stipule à l'art. 1^{er} la responsabilité directe et obligatoire de l'Etat et des communes pour « le dommage résultant d'actes illicites ». Le recours de l'Etat et des communes contre l'auteur du dommage se prescrit par dix ans dès l'acte dommageable (art. 3).

Pour tout le reste ces actions sont soumises aux règles du C. O. (2)

§ 3. L. R. du canton de Vaud.

Le 18 février 1902 plusieurs députés déposèrent au Grand Conseil une motion invitant le Conseil d'Etat à examiner la question de la responsabilité de l'Etat envers les tiers, à raison des fautes commises par les fonctionnaires et employés de l'administration cantonale et à présenter un rapport sur cette question et éventuellement un projet de loi.

(1) Rapport de la Commission législative, p. 3 et 4.

(2) Le rapport et la loi ne vont pas aussi loin que le Conseil d'Etat. Ce dernier parlait, comme nous l'avons vu, de la réparation de tout dommage. La commission législative insiste sur le fait que l'Etat n'est responsable que des actes illicites ayant causé un dommage et renvoie au surplus aux règles du C. O. sur les obligations résultant d'un contrat (p. 6 du rapport).

Cette motion fut prise en considération et renvoyée au Conseil d'Etat avec pressante recommandation.

La responsabilité de l'Etat en pareille matière était réglée par l'article 3 de la loi du 25 novembre 1863 sur la responsabilité du Conseil d'Etat conçu de la manière suivante : « Les poursuites, tant civiles que pénales, en vertu de la responsabilité du Conseil d'Etat ne peuvent être exercées qu'au nom de l'Etat; il n'est pas dérogé par là au droit de toute personne qui s'estime lésée par un acte illégal de l'administration d'en demander la réparation conformément aux dispositions de l'article 1039 du Code civil. » Cet article 1039 réglait la responsabilité des commettants pour le dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Il avait été abrogé comme faisant double emploi avec l'article 62 C. O. ancien.

Dans son message le Conseil d'Etat passe en revue les diverses solutions de la question. Il s'arrête à celle admise par la loi neuchâteloise comme étant la meilleure. Voici comment le message s'exprime à cet égard :

« Le Conseil d'Etat écarte le système créant une responsabilité du simple fait dommageable, même en l'absence de faute. Cette solution extrême ne semble pas équitable vis-à-vis de l'Etat et des communes. Il n'a pas admis non plus le système qui permet au défendeur de se libérer en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires, cette solution ne paraissant pas donner au lésé une garantie suffisante et reprenant, dans une certaine mesure, d'une main ce qu'elle vient de donner de l'autre. »

« Le projet de loi soumis au Grand Conseil admet, sans restriction en faveur des lésés, la responsabilité de l'Etat dérivant des fautes commises par les fonctionnaires ou employés dans l'exercice de leurs fonctions. C'est aussi au fond le système de notre loi vaudoise sur la responsabilité du Conseil d'Etat du 25 novembre 1863. » (1)

Les lésés auront donc une action directe contre l'Etat ou la commune pour tout dommage causé sans droit par

(1) Message du Conseil d'Etat. p. 50 ss.

un acte ou une omission d'un fonctionnaire. L'Etat ou la commune, après avoir payé des dommages-intérêts, peuvent exercer un recours contre le fonctionnaire fautif.

Il est remarquable que le message du Conseil d'Etat rejette le système où l'Etat est responsable sans qu'il y ait faute du fonctionnaire comme ne paraissant pas équitable vis-à-vis de l'Etat et des communes. Il nous semble que c'est une préoccupation fiscale qui a fait éliminer ce système dès l'abord. En tout cas on ne pourra soutenir valablement à notre avis que ce système ne soit le plus équitable vis-à-vis des citoyens qui risquent tous de devenir une fois les victimes d'actes dommageables commis à leur égard par des fonctionnaires ou employés de l'Etat.

La procédure s'applique à tous les fonctionnaires qui concourent à un degré plus ou moins élevé à l'action des pouvoirs publics sauf aux fonctionnaires judiciaires pour lesquels les dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire sont restées en vigueur. L'exposé des motifs cite spécialement les préposés aux poursuites et aux faillites, ainsi que leurs substituts et employés. (1)

Pour le reste, l'action civile du lésé est basée sur les règles générales stipulées aux articles 41 et ss. du C. O.

Est-il juste que, comme le déclare le message, la loi permettra au lésé, s'il le préfère, d'attaquer directement le fonctionnaire coupable et de rechercher subsidiairement l'Etat ou la commune pour la somme que l'auteur du dommage et ses cautions n'ont pas pu payer ? (2) Nous ne le

(1) La loi ne fait aucune distinction entre les organes et les simples employés en ce qui concerne les conséquences des actes dommageables. L'Etat doit répondre tant du dommage causé par les uns que de celui causé par les autres, s'il y a faute de leur part.

Il y a lieu de remarquer aussi que cette loi est plus favorable pour les particuliers que la L. P. Celle-ci n'établit à l'art. 6 que la responsabilité subsidiaire des cantons dans la mesure où les fonctionnaires et employés des offices des poursuites et faillites ne peuvent réparer le dommage. Cette disposition n'empêche évidemment pas les cantons d'établir la responsabilité directe en cette matière puisque les fonctionnaires aux poursuites et aux faillites sont des fonctionnaires cantonaux.

(2) Message du Conseil d'Etat, p. 7.

croyons pas. Car la règle que l'Etat répond de tout dommage vis-à-vis des tiers est d'ordre public. Elle n'a pas seulement été introduite en faveur des tiers, mais aussi au profit des fonctionnaires eux-mêmes qui ne risquent plus d'être les victimes de haines particulières. Aussi la responsabilité subsidiaire n'est-elle pas prévue dans la loi.

La loi rend l'Etat responsable autant des faits dommageables commis sans droit par des fonctionnaires administratifs que de ceux commis par les fonctionnaires judiciaires. Il peut alors arriver que l'Etat soit responsable dans une mesure plus large que les coupables. En effet les fonctionnaires judiciaires ne sont tenus qu'en cas de dommage immédiat et direct causé par une faute grave (Loi sur l'org. jud. 126, C. P. C. art. 401 ss.), tandis que l'Etat, qui est soumis aux règles du droit commun répond de toute faute et du dommage tant médiate qu'immédiate (lucrum cessans et damnum emergens).

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi, l'Etat et les communes sont tenus de réparer le dommage causé « sans droit ». Comme en vertu de l'article 3 les actions civiles résultant de la responsabilité sont soumises aux règles du C. O., il semble qu'il eût mieux valu employer les mêmes termes et parler d'« actes commis d'une manière illicite ». La prescription est d'une année comme celle du C. O. en matière d'actes illicites. Le projet du Conseil d'Etat avait prévu une prescription de deux ans.

§ 4. *La L. R. du canton de Genève.*

Cette loi est du 2 décembre 1903. Elle est presque identique aux deux lois que nous venons de traiter longuement. Nous y trouvons cependant une distinction intéressante entre les « magistrats qui représentent l'Etat ou les communes » (art. 1^{er}) et les simples « fonctionnaires et employés » (art. 2). Il faut en chercher la cause dans la conception de la nature juridique de l'Etat et des communes. Nous

(1) Message du Conseil d'Etat, p. 8.

nous trouvons en face d'une personne réelle pensant et agissant au moyen de ses organes. Les « magistrats » sont considérés comme les organes de l'Etat, dont les actes, en tant qu'ils agissent comme tels, sont tenus comme émanant de l'Etat lui-même. Il n'y a aucune raison pour restreindre la responsabilité de ce dernier à leur égard en quoi que ce soit. Le terme de « représenter », appliqué à ces magistrats, ne nous semble pas très heureux, parce qu'il donne facilement lieu à une confusion. Il ne peut, en effet, être question ici de « mandataires » qui « représentent », mais de véritables « organes » qui « agissent au nom et pour le compte de l'Etat ».

En ce qui concerne les fonctionnaires et employés de l'art. 2, l'Etat et les communes peuvent se libérer de toute responsabilité en prouvant qu'ils ont pris toutes les précautions voulues pour prévenir ce dommage. S'ils ne réussissent pas à se justifier, ils sont évidemment soumis à la responsabilité directe établie à l'article 1^{er} de la loi. (1)

Pour les actions civiles, c'est le C. O. qui fait loi.

§ 5. La L. R. bernoise.

Elle date du 21 mai 1851. Quoique de date très ancienne, cette loi se distingue favorablement de beaucoup de celles qui l'ont suivie; elle stipule en effet la responsabilité directe de l'Etat à une époque où l'on ne connaissait en général que la responsabilité purement personnelle des fonctionnaires. Le § 51 règle cette responsabilité de la manière suivante: Le particulier qui se prétend lésé a deux voies pour demander la réparation du dommage. Il peut rechercher directement le fonctionnaire; dans ce cas la loi ne prévoit aucune décision préalable de la part de l'autorité supé-

(1) Le fait que la loi genevoise date de la même époque que les lois vandoise et neuchâteloise et qu'elle n'a pas réussi à s'affranchir entièrement de la conception individualiste de l'Etat démontre que le principe « socialiste » sur la nature de l'Etat n'est pas aussi universellement admis, même en Suisse romande, qu'on pourrait le croire.

rieure. Mais, s'il le préfère, il peut intenter une action contre l'Etat lui-même. Le tribunal ne doit pas cependant donner suite à cette action avant que le demandeur n'ait rapporté la preuve qu'il a adressé sa plainte au Conseil d'Etat et que durant un délai de trente jours à partir de ce moment il n'ait pas reçu de réponse négative, c'est-à-dire que l'Etat ait refusé d'assumer la responsabilité de l'acte dommageable commis par le fonctionnaire. Par cette disposition la loi donne à l'Etat l'occasion d'arranger l'affaire amiablement avec le lésé s'il reconnaît la culpabilité du fonctionnaire et la réalité du dommage causé par son acte. L'article ajoute que l'Etat possède dans ce cas un droit de recours contre le coupable. Si au contraire l'Etat ne fait pas de proposition d'arrangement dans les trente jours on estime qu'il entend couvrir le fonctionnaire coupable et rien ne s'oppose dès lors à ce que la plainte dirigée contre l'Etat soit prise en considération. (1)

La responsabilité de l'Etat est encore liée à une autre condition : L'Etat ne peut être recherché qu'aussi longtemps qu'il peut exercer un droit de recours contre les autorités et les fonctionnaires coupables (§ 54, al. 3). (2)

A côté de la responsabilité directe de l'Etat, réglée au § 51, la loi prévoit encore au § 4 la responsabilité subsidiaire de l'Etat vis-à-vis des tiers pour les membres des autorités que leur insolvabilité empêche de payer les dommages-intérêts auxquels ils ont été condamnés. Car, comme dans la loi fédérale sur la matière, la responsabilité des membres des autorités n'est que purement personnelle.

Toute action en dommages-intérêts doit être basée sur la double condition d'une violation des devoirs inhérents à la fonction et d'un dommage réel résultant de la violation des devoirs (§ 46).

Le fisc peut introduire une action en dommages-intérêts

(1) E. B. G. III., p. 417, cons. 3. Le T. F. a écarté la demande parce que l'autorité supérieure n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de culpabilité du fonctionnaire.

(2) Cela oblige les plaignants à procéder rapidement.

comme les tiers lésés contre les fonctionnaires ou les membres d'une autorité que les autorités administratives ou le Grand Conseil ont déclarés responsables d'un dommage que l'Etat a dû réparer (§ 49, comp. art. 42 L. R. féd.).

§ 6. *La L. R. fribourgeoise.*

Comme nous l'avons déjà dit, cette loi est antérieure à la L. R. féd.; elle date du 5 octobre 1850. Elle prévoit la responsabilité directe de l'Etat dans certains cas pour les fonctionnaires dépendant directement du Conseil d'Etat. Pour poursuivre les agents directs du Conseil d'Etat il faut demander l'autorisation à cette autorité. Faute de réponse satisfaisante dans les trente jours on peut introduire une action directement contre l'Etat. Mais comme dans le canton de Berne la responsabilité de l'Etat est limitée par celle du fonctionnaire coupable dans ce sens qu'il ne peut plus être recherché lorsque l'action contre le fonctionnaire coupable est prescrite ou inadmissible. (1) Pour rechercher les membres du Conseil d'Etat il faut obtenir l'autorisation du Grand Conseil.

§ 7. *Disposition de la loi d'introduction au C. C. S. du canton de Schaffhouse.*

Nous y retrouvons la responsabilité directe et obligatoire de l'Etat (art. 141 à 143). La restriction que le lésé doit avoir épuisé tous les moyens de droit qu'il avait à sa disposition pour éviter ou amoindrir le dommage correspond bien, psychologiquement, à la conception individualiste de l'Etat. Avant d'en appeler à l'Etat l'individu doit avoir fait tout son possible pour se défendre contre l'ingérence dans le cercle de ses droits et de sa propriété.

Voici comment s'exprime le message adressé par le Grand Conseil au peuple :

« La responsabilité des fonctionnaires et employés pu-

(1) Z. S. R. Nouv. série, vol. VII, p. 623 ss.

blics se trouve réglée de manière que la déclaration de responsabilité par l'autorité supérieure a été supprimée et l'action ne doit plus être intentée au fonctionnaire ou à l'employé; le tiers lésé recherchera l'Etat ou la commune directement. Cette innovation a l'avantage de simplifier notamment la procédure pour le lésé et de protéger le fonctionnaire ou l'employé qui a agi peut-être de bonne foi. L'Etat ou la commune doivent réparer le dommage causé; ils possèdent un recours contre le fonctionnaire si celui-ci l'a causé par dol ou faute grave. (1) Ce mode de régler la responsabilité correspond beaucoup mieux au principe moderne que celui de la loi ancienne. (2) L'Etat a toutes les facilités pour s'assurer contre le préjudice qu'il souffrira de ce chef. »

Nous retrouvons à la base de la responsabilité directe de l'Etat le principe d'équité.

Lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage dolosivement elles sont responsables solidairement; en cas de faute, chacune est tenue seulement pour sa part et portion.

D'autres lois suisses-allemandes ont prévu la même distinction entre la responsabilité solidaire et la responsabilité purement individuelle suivant le cas de dommage causé dolosivement ou par simple faute. (3)

Pour le reste, les actions civiles résultant de la responsabilité sont soumises aux règles ordinaires du C. O.

§ 8. *Loi sur les fonctionnaires et employés de Bâle-Ville.*

Elle date du 8 juillet 1909. L'exposé des motifs contient des passages intéressants sur la question de la responsabilité directe de l'Etat. La loi est basée sur le § 9 de la constitution cantonale conçu comme suit : « Les autorités

(1) En cas de faute légère, le fonctionnaire doit donc rester complètement à couvert.

(2) La loi du 30 mai 1854 était la reproduction presque textuelle de la L. R. féd.

(3) Voir p. 89, note 2.

et les fonctionnaires publics sont responsables de leurs actes et du dommage qu'ils causent selon les dispositions de la loi. Les lésés peuvent intenter leur action en dommages-intérêts à l'Etat directement, lorsque celui-ci possède un moyen de recours contre les fautifs. »

L'exposé des motifs s'exprime comme suit :

« Malgré le silence de la loi à cet égard, la responsabilité se base toujours sur une violation des obligations inhérentes à la fonction. »

« La situation légale était régie auparavant par le C. O. S'il s'agit d'introduire des dispositions nouvelles en exécution d'une disposition constitutionnelle il n'est pas possible d'abandonner la base fixée par le droit des obligations. Mais dans plusieurs directions nous sommes liés par la constitution elle-même. Elle exprime la volonté manifeste que la responsabilité des fonctionnaires soit conservée; il n'est donc pas possible de l'abandonner. D'autre part on ne peut pas faire supporter aux fonctionnaires la réparation d'un dommage qu'ils n'ont pas causé. Nous estimons qu'il est justifié de maintenir la responsabilité illimitée des fonctionnaires pour tout dommage causé par dol ou faute grave, et qu'une limitation n'est justifiée qu'en cas de faute légère. »

« En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat lui-même, elle dépend de celle des fonctionnaires. La constitution n'exige pas de l'Etat la réparation de tout dommage, mais seulement de celui dont le fonctionnaire est responsable lui-même. (1) Lorsque le tribunal est saisi d'une demande de dommages-intérêts dirigée contre l'Etat pour réparer le dommage causé par un fonctionnaire, il doit examiner en premier lieu si le fonctionnaire pouvait être tenu à cette réparation lui-même. Si cela n'est pas le cas, l'Etat ne peut évidemment pas être condamné. » (2)

(1) Voir déjà ce principe E. B. G. III, p. 147 ss., L. R. bernoise et fribourgeoise.

(2) Ratschlag und Entwurf, p. 28 s., 32 s.

Nous sommes loin ici du principe socialiste proclamé par certaines lois de la Suisse romande.

Examinons rapidement les dispositions de la loi.

Les autorités, fonctionnaires et ouvriers sont responsables du dommage qu'ils causent sans droit. S'il est la conséquence d'une faute légère ils ne sont tenus dans chaque cas que jusqu'à concurrence de la moitié du salaire annuel. En cas de dol ou faute grave ils doivent réparation pour tout le dommage sans limitation de la somme (§ 33).

Le lésé peut, à son choix, actionner soit le fonctionnaire fautif, soit l'Etat, pour obtenir la réparation du préjudice (§ 34).

Si l'Etat a réglé le dommage il a un droit de recours contre le coupable. Le directeur du département duquel celui-ci relève ou l'autorité judiciaire supérieure devront adresser un rapport relatif à cette question au Conseil d'Etat dans chaque cas particulier. Celui-ci décidera si le droit de recours doit être exercé contre le coupable et éventuellement dans quelle mesure (§ 35).

Les membres des autorités publiques qui ne sont pas des fonctionnaires ou employés sont responsables seulement s'ils ont causé un dommage par dol ou faute grave (§ 37). Cette disposition s'appliquera aux citoyens faisant partie des autorités tutélaires, scolaires, etc. Elle a pour but d'amoindrir la responsabilité de ceux de la part desquels on n'exige pas des connaissances spéciales et qui n'ont pas des devoirs particuliers à remplir comme les fonctionnaires.

Une question se présente encore : L'Etat est-il responsable subsidiairement lorsque le tiers lésé qui a actionné le fonctionnaire ne peut pas en obtenir la réparation pleine et entière à laquelle il a droit par suite d'insolvabilité du coupable ? La loi ne dit rien à cet égard. Nous estimons donc qu'il faut répondre négativement faute de disposition spéciale ressemblant à celle de l'article 3, al. 3 L. R. féd. et § 4 L. R. bernoise.

SECTION QUATRIÈME

Groupe des lois cantonales stipulant la responsabilité subsidiaire de l'Etat comme caution pour les fonctionnaires insolvables.

Deux lois cantonales seulement prévoient cette responsabilité pour l'Etat. Le tiers lésé par un acte du fonctionnaire ne peut actionner directement l'Etat. Il doit demander réparation du dommage au coupable. S'il ne peut obtenir de ce dernier ce qui lui est dû il est obligé d'introduire un second procès contre l'Etat comme caution du fonctionnaire pour le reste. La responsabilité de l'Etat ne se base ici ni sur la culpabilité ni sur un rapport de causalité avec le dommage causé, mais uniquement sur le rapport de dépendance existant entre l'Etat et le fonctionnaire coupable. Nous ne nous trouvons ni en présence du principe de la personnalité morale de l'Etat (responsabilité directe de l'Etat), ni du principe de l'Etat-fiction (responsabilité purement individuelle du fonctionnaire).

Dans ce groupe nous rencontrons la *L. R. du canton des Grisons* du 16 novembre 1902.

Dans la mesure où les autorités, fonctionnaires et employés publics responsables ou leurs cautions ne peuvent réparer le dommage causé par un acte illicite, le canton, les districts, les arrondissements, les communes et les autres corporations publiques sont garants de cette réparation. Ils ont le droit d'exiger des cautions de la part de leurs fonctionnaires et employés.

Le dommage, pour donner lieu à une action en réparation, doit avoir été causé par un acte illicite commis dolivement ou par faute grave. Le lésé doit avoir épuisé tous les moyens de droit pour éviter ou amoindrir le dommage.

Les membres d'une autorité sont responsables solidairement pour le dommage causé par des actes délictueux ou criminels, dans tous les autres cas chacun n'est tenu que pour sa part et portion.

La prescription est acquise au bout d'une année à partir

du jour où le lésé a connu le préjudice causé ou dans tous les cas par 10 ans du moment où l'acte dommageable a été accompli.

La seconde loi établissant une responsabilité subsidiaire de l'Etat est la *loi sur les fonctionnaires et employés publics du canton de Soleure*. Elle date du 27 novembre 1904. Le § 30 énonce le principe suivant : Tous les fonctionnaires et employés publics sont responsables de leurs actes et doivent réparer le préjudice que par leurs actes ou omissions ils ont causé intentionnellement ou par négligence. Lorsque les moyens pécuniaires du fonctionnaire ou de l'employé fautif ne suffisent pas pour réparer le préjudice, l'Etat doit intervenir comme caution.

SECTION CINQUIÈME

Groupe des lois cantonales ne connaissant ni la responsabilité directe ni la responsabilité subsidiaire de l'Etat.

§ 1. Groupe de lois cantonales antérieures à l'introduction du C. C. S.

La disposition de ces lois en deux groupes, l'un comprenant les lois antérieures à l'introduction du C. C. S., l'autre se composant de dispositions contenues dans les lois d'introduction au C. C. S. s'impose par suite de la ressemblance des lois appartenant à un groupe ou à l'autre.

La plus ancienne des lois du premier groupe est la *L. R. du canton de Thurgovie*. Elle date du 25 septembre 1851. L'action civile en dommages-intérêts se fonde sur un acte ou une omission illégale et sur un dommage positif (§ 27). Comme dans la L. R. féd., dont la loi thurgovienne est une reproduction en grande partie, il semble qu'on ait fait abstraction de l'élément de faute.

Toute action civile à intenter contre un fonctionnaire fait l'objet d'une décision préalable de l'autorité de surveillance compétente. Si cette dernière refuse de donner l'auto-

risation de poursuivre le fonctionnaire, parce qu'à son avis il n'y a pas eu lésion des devoirs inhérents à la charge, le plaignant peut intenter l'action au fisc en fournissant une caution en garantie des frais.

Il ne faut pas confondre cette action contre le fisc avec la responsabilité directe de l'Etat, parce que l'Etat ne paie jamais quand il estime que le fonctionnaire est coupable, mais seulement lorsqu'il n'a pas commis d'acte illégal (§ 30). Cette disposition ne correspond pas à celle de l'article 33 L. R. féd., car la loi cantonale dit expressément que le procès peut être intenté au fisc *si l'autorité compétente trouve mal fondée la plainte pour inobservation des devoirs inhérents à la charge.* (1)

Lorsque l'autorité compétente a admis la responsabilité du fonctionnaire, cette décision peut permettre, tant au fisc qu'aux tiers lésés, de poursuivre le fonctionnaire en réparation du dommage devant les tribunaux ordinaires (§ 31).

Parmi les dispositions relatives à la prescription nous remarquons celle mettant le fonctionnaire à l'abri de toute action tant de la part du fisc que de la part des tiers lorsque les comptes ou le rapport de gestion ont été approuvés et que le poste concernant le dommage causé y est contenu. La prescription s'établit de même si le fisc ou le tiers lésé laissent s'écouler un délai de plus de six mois dès la date de la décision de l'autorité compétente prononçant la responsabilité du fonctionnaire sans introduire l'action civile.

(1) Dans cette disposition nous trouvons réalisé en partie le principe que nous avons préconisé comme la solution désirable dans le domaine de la réparation de tout dommage souffert par les particuliers par le fait d'un acte dommageable commis par un fonctionnaire ou employé dans l'exercice de ses fonctions : Responsabilité de l'Etat lorsqu'il n'y a pas d'acte illicite. Le même principe se trouve encore consacré d'une manière plus claire par le § 25 de la L. R. de Bâle-Campagne dont il est question ci-après. (Voir page 74 de cette étude). Mais comme nous l'avons dit, ce n'est pas la responsabilité directe de l'Etat pour l'employé fautif. Lorsqu'il y a eu faute, ces deux lois ne prévoient aucune responsabilité de l'Etat. Pour cette raison il a fallu traiter ces deux lois dans la section consacrée aux groupes des lois cantonales ne connaissant que la responsabilité des fonctionnaires.

La loi cantonale sur le notariat du 20 septembre 1850 renfermait une disposition intéressante au § 13, disposition abrogée par suite de l'introduction du C. C. S. Lorsqu'un particulier avait souffert un dommage par suite de dol ou de faute du notaire public dans la tenue du registre immobilier et que ce dernier et ses cautions ne pouvaient pas réparer entièrement le dommage, le découvert devait être remboursé de la manière suivante : L'Etat en payait la moitié, les contribuables du district notarial un quart, et le dernier quart était réparti de manière à ce que tous les habitants du même district en supportassent une portion égale. C'était une espèce de punition pour une « culpa in eligendo » (Z. S. R. VII, p. 533). Il est évident que ce procédé n'est applicable que dans les cantons où les notaires sont des fonctionnaires publics élus par le peuple.

La *L. R. du canton de Bâle-Campagne*, du 25 novembre 1851, a beaucoup de ressemblance avec celle que nous venons de traiter. Lorsque le fonctionnaire a lésé un droit sans qu'il en soit résulté un préjudice, le tiers lésé peut porter plainte à l'autorité supérieure. En cas de dommage souffert il peut intenter une action civile en dommages-intérêts devant les tribunaux ordinaires (§ 9).

Comme dans le canton de Thurgovie l'Etat doit réparer le dommage lorsqu'aucune infraction aux obligations inhérentes à la charge n'a été commise (§ 25).

L'action civile se base sur une violation des devoirs et un dommage réel souffert par le plaignant (§ 24).

En cas d'insolvabilité du fonctionnaire et de ses cautions l'Etat est responsable subsidiairement jusqu'à concurrence de la caution qu'il a obtenue du fonctionnaire coupable (§ 27).

L'action en dommages-intérêts n'est plus recevable lorsque l'autorité a donné décharge au fonctionnaire de l'acte illicite et dommageable par l'approbation des comptes ou du rapport de gestion (§ 29).

La *L. R. du canton d'Unterwald-le-Haut*, du 13 novembre 1869, établit à l'article 1^{er} la responsabilité des auto-

rités, fonctionnaires et employés pour tous les actes commis dans l'exercice de leur charge.

Les membres d'une autorité ne sont responsables que pour leur part et portion (art. 4). La responsabilité des fonctionnaires est engagée par la commission d'un crime ou délit dans l'exercice des fonctions ainsi que par l'inobservation de la constitution et des lois (art. 2).

Le lésé peut introduire une action en dommages-intérêts s'il n'a pas négligé d'employer tous les moyens légaux mis à sa disposition pour éviter le dommage (art. 6).

La *L. R. du canton de St-Gall*, du 4 janvier 1886, appartient aussi à ce groupe. L'article 2 prévoit pour les autorités et les fonctionnaires l'obligation de réparer le préjudice qu'ils ont causé par la violation ou la négligence des devoirs inhérents à leurs fonctions s'il y a eu de leur part dol ou faute grave. Chaque membre d'une autorité est tenu seulement pour sa part et portion sauf en cas de dommage causé intentionnellement ou si l'acte illicite a entraîné un jugement pénal (art. 3).

Rappelons encore, pour être complet dans ce groupe, ce que nous avons dit concernant la *L. R. du canton de Lucerne* du 10 septembre 1842 (voir p. 95 ss.).

§ 2. Dispositions relatives à la responsabilité des fonctionnaires contenues dans les lois d'introduction au C. C. S.

Nous trouvons dans ce groupe les lois des cantons de Zurich, Appenzell Rh.-Ext. et Schwyz.

La *loi d'introduction du canton de Zurich* date du 2 avril 1911. Le message du Conseil d'Etat contient le passage suivant :

« La responsabilité des fonctionnaires cantonaux et communaux, du canton et des communes, continue à être régie par les cantons dans la mesure où le C. C. S. n'établit pas des règles spéciales. Sous réserve des lois spéciales (loi sur le notariat, etc.) nous avons repris dans les §§ 219 et ss.

(du projet) relativement à la responsabilité des fonctionnaires les principes que le C. C. zurichois avait consacré dans les §§ 416 et ss. » (1)

Le Grand Conseil n'a mis en discussion qu'une seule de ces dispositions et encore ne se rapporte-t-elle pas directement au sujet que nous traitons, mais plutôt à la responsabilité de l'Etat fondée dans le droit public. En effet les trois lois contiennent une disposition prévoyant la responsabilité de l'Etat pour le dommage souffert par des particuliers par l'exercice du pouvoir public causant un dommage pour des raisons de salut public, dans la mesure où le droit à la réparation naît de l'application du principe qui se trouve à la base du système d'expropriation. Il n'y a donc là ni acte illicite ou illégal ni faute du fonctionnaire ou de l'Etat. Le projet avait prévu la responsabilité du fonctionnaire dans ce cas aussi s'il avait agi dolosivement ou par faute grave. Le Grand Conseil biffa cette restriction de la responsabilité entière de l'Etat en cette matière. (2) Pareille disposition sur la matière du dommage causé dans l'exercice licite, nécessaire, de la puissance publique se trouvant au milieu des dispositions sur la responsabilité des fonctionnaires du chef des actes dommageables illicites, prouve bien la ressemblance des deux domaines que nous avons rapprochés déjà dans la partie doctrinaire. L'élément de culpabilité est tout à fait superflu ici où le dommage est le résultat d'une collision d'intérêts également justifiés tous deux.

La responsabilité personnelle est plus étendue pour les fonctionnaires chargés de la tenue de livres publics dans l'intérêt privé et autorisés à procéder à des actes notariaux. Ils répondent aussi du dommage causé par faute légère tandis que les autres fonctionnaires judiciaires et adminis-

(1) Einführungsgesetz mit Weisung, p. 95. A remarquer que le code civil zurichois était l'œuvre de Bluntschli, l'adversaire tenace comme nous l'avons vu, de la responsabilité de l'Etat.

(2) Cette disposition existait déjà dans les lois cantonales sur la responsabilité des autorités et fonctionnaires du 20 novembre 1842 (Z. S. R. nouv. série VII, p. 526).

tratifs ne répondent que du dommage causé par dol ou faute grave (§§ 224 et 225).

Les membres d'une autorité sont responsables solidairement en cas de dol et seulement personnellement en cas de faute grave (§ 226).

Les mêmes dispositions s'appliquent aux fonctionnaires et employés communaux (§ 228).

La *loi d'introduction au C. C. S. du canton d'Appenzell Rh.-Ext.*, du 30 avril 1911, contient dans les articles 192 à 196 presque textuellement les mêmes dispositions que la loi zurichoise.

Nous pouvons en dire autant de la *loi d'introduction au C. C. S. du canton de Schwyz*. Elle date du 14 mai 1911 et traite de cette matière aux §§ 234 à 238.

La loi d'Appenzell contient encore la disposition que le Grand Conseil de Zurich a biffée relativement à la responsabilité des fonctionnaires en cas de dommage causé par l'exercice de la puissance publique. La loi de Schwyz libère l'Etat de cette responsabilité s'il a pris des mesures causant un dommage à des particuliers en temps d'épidémie ou de catastrophe naturelle.

Les autres cantons ne possèdent pas de dispositions légales spéciales sur la matière.

Il est évident que les règles édictées par le C. C. S. sont toujours réservées.

CONCLUSION

Il devient indispensable de mettre en harmonie notre législation sur la matière de la responsabilité civile de l'Etat et des fonctionnaires du chef d'actes illicites ayant causé un dommage à des particuliers avec les exigences de la science juridique moderne et de la conscience populaire. Celles-ci demandent que l'Etat assume la garantie de la réparation de toute perte subie par des particuliers par le fait de l'exercice du pouvoir public et du rôle privé de l'Etat. Cette obligation de l'Etat découle d'une part de sa qualité de personne morale et d'autre part du fait que la théorie juridique de la collision des intérêts, qui porte comme corollaire le devoir de réparation de l'intérêt détruit par celui qui a fait prévaloir le sien au préjudice de l'autre, a fait son chemin dans le domaine du droit public comme dans celui du droit privé.

Les thèses suivantes expriment notre pensée à cet égard; elles constituent en quelque sorte un bref résumé des idées que nous avons exprimées dans ce travail.

Thèses.

I.

L'Etat est une personnalité morale ayant une existence propre, différente de celle de ses organes. Il exerce ses droits et remplit ses devoirs par l'intermédiaire de ses autorités, fonctionnaires et employés.

II.

Les organes de l'Etat (autorités, fonctionnaires et employés) se trouvent vis-à-vis de ce dernier dans un rapport

de subordination, de manière à ce que, toutes les fois qu'ils agissent dans les limites de leurs compétences, et dans l'exercice de leurs fonctions, ils n'engagent pas leur propre responsabilité, mais celle de l'Etat.

III.

Même lorsqu'ils commettent un acte illicite dans l'exercice de leurs fonctions, acte causant un dommage quelconque à un particulier, c'est à l'Etat au nom duquel ils ont agi qu'incombe la tâche de réparer ce dommage.

IV.

En conséquence de cette règle juridique, l'Etat est directement responsable de ce dommage vis-à-vis des tiers lésés. Ceux-ci n'ont pas affaire aux organes exécuteurs, avec lesquels ils ne se sont trouvés préalablement dans aucun rapport juridique, mais à l'Etat.

V.

La responsabilité directe de l'Etat ne libère pas les organes de l'obligation de réparation s'ils ont causé le dommage par dol ou faute; mais c'est à l'Etat qu'elle laisse le soin d'exercer un recours contre eux s'il le juge à propos.

VI.

La responsabilité directe de l'Etat a été introduite dans la législation sur la matière par plusieurs cantons, notamment par ceux de Neuchâtel, Vaud, Genève et Schaffhouse.

VII.

En établissant cette responsabilité directe de l'Etat, ces cantons ont poursuivi un double but :

1. La responsabilité directe permet aux tiers lésés d'obtenir la réparation du dommage souffert le plus rapidement

et avec le moins de frais possible. Les lésés savent sans équivoque à qui intenter leur action.

2. Elle est une garantie pour les fonctionnaires en les préservant de toute action injustifiée, basée sur la haine ou l'animosité que certains citoyens peuvent nourrir à leur égard.

Ce double but ne peut être atteint que si l'on écarte tout autre système de responsabilité et ne laisse pas aux lésés la faculté d'intenter d'abord une action en réparation au fonctionnaire coupable en se réservant de s'adresser éventuellement à l'Etat en vertu du système de la responsabilité subsidiaire.

VIII.

La responsabilité directe de l'Etat doit s'étendre aux actes de tous les organes de l'Etat. Il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les autorités supérieures d'une part et les fonctionnaires subalternes et les employés d'autre part, comme c'est le cas pour la L. R. fédérale.

IX.

Une loi fédérale sur la matière introduisant le système de la responsabilité directe de l'Etat pourra être élaborée sur le modèle offert par les lois neuchâteloise et vaudoise sur la responsabilité civile de l'Etat. A notre avis il sera avantageux de ne traiter dans cette loi que la responsabilité civile de l'Etat. La responsabilité pénale des fonctionnaires pourra être réglée dans le Code pénal suisse et la responsabilité disciplinaire dans une loi spéciale à élaborer à l'occasion de la création de la Cour administrative fédérale.

BIBLIOGRAPHIE

- Assemblée fédérale, résumé des délibérations, avril 1898, août 1898, décembre 1905.
- Assemblée fédérale, bulletin sténographique 1903, 1904.
- Binding, Die Normen und ihre Uebertretung.
- Blumer, Handbuch des schweiz. Staatsrechtes.
- Boulen, La responsabilité des fonctionnaires envers les particuliers.
- Bailby, De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers.
- Burekhardt, C. Ch., Die Revision des schweiz. O. R. in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht. Z. S. R. 1903, Vol. 22.
- Burekhardt W., Kommentar der Bundesverfassung.
- Despagnet, Cours de droit international public.
- Dubs, Das öffentliche Recht der Eidgenossenschaft.
- Duguit, Le droit constitutionnel.
- Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive.
- Ernst, Die Bedeutung des Merkmals « widerrechtlich ».
- Escher, Bundesbeamtenrecht.
- Esmain, Traité de droit constitutionnel.
- De Felice, Du principe de la responsabilité causale en matière d'actes illicites. Z. S. R. 1903, vol. 22.
- Geser, Civilrechtliche Verantwortlichkeit des Staates.
- Gierke, Rechtsgeschichte der Genossenschaft.
- Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht.
- Gravenhorst, Der sogenannte Konflikt.
- Guhl, Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubten Handlungen.
- Guirod, Histoire romaine.
- Hafter, Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände.
- Hauriou, Principes de droit public.
- Herzog, Beiträge zur staatlichen Entschädigungspflicht für unverschuldete Haft.

- Hilty, Vorlesungen über die Helvetik.
- Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Rechte und dem Privatrechte.
- Holtzendorff, Juristische Encyclopädie.
- Juristentag, deutscher, Verhandlungen des I., VI. und IX.
- Kaufmann, Das B.G. betreffend die Verantwortung der Bundesbeamten und Angestellten. Z. S. R. 1912, Vol. 31.
- Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches.
- Lacourt-Gayet, Histoire des temps modernes.
- Löning, Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten.
- Mayer, Deutsche und französische Verwaltungsgeschichte.
- Maréchal, Histoire des temps modernes.
- Maréjol, Histoire du moyen âge.
- Meier, J., Schweizerisches Bundesstaatsrecht.
- Merkel, A., Juristische Encyclopädie.
- Merkel, R., Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen.
- Meyer, G., Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts.
- von Muralt, Die parlamentarische Immunität.
- Oechsl, Quellenbuch der Schweizergeschichte. II.
- Ott, La responsabilité de l'Etat. Z. S. R. 1912, vol. 31.
- Pfaff, Staatsrecht der alten Eidgenossenschaft.
- Rümelin, Gründe der Schadenzurechnung.
- Rüttimann, Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht.
- Rousseau, Gouvernement de Pologne.
- Reichel, Kommentar zum Organisationsgesetz betr. Bundesrechtspflege.
- Savigny, System des römischen Rechts im Mittelalter. Vol. 2.
- Sachsenspiegel.
- Scherrer, V. E., Die Haftpflicht des Unternehmers.
- Söhm, Institutionen des römischen Rechts.
- Stein, Handbuch des Verwaltungsrechts. Vol. 3.
- Soldan, De la responsabilité des fabricants.
- Soldan, Le C. O. et le droit cantonal. Dans le recueil de la Faculté de Droit de Lausanne à l'occasion de l'Exposition Nationale de Genève.

- Tagsatzung, Abschiede der, 1833, Vol. I; 1847, Vol. IV; 1848, Vol. IV.
- Tobler, Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber schuldlos Verfolgten.
- Ullmer, Droit public suisse.
- Ziegler, Haftung des Staates und der Gemeinden aus Verschulden ihrer Beamten und Angestellten. Z. S. R. 1888, Vol. 7, nouv. série.
- Ziegler, Z. S. R. 1903 dans la discussion sur le travail de Burekhardt, p. 716.
- Les recueils officiels du T. F. (E. B. G.).
- Journal des tribunaux.
- Revue der Gerichtspraxis.
- Feuille fédérale.
- Recueil officiel des lois.
- La L. F. et les lois cantonales sur la responsabilité de l'Etat ou des fonctionnaires et employés publics.
- Les L. F. touchant le droit disciplinaire concernant les fonctionnaires et employés fédéraux.
- Les L. F. concernant la responsabilité des chemins de fer et des fabricants avec les messages et les rapports y relatifs.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Notions préliminaires

	Page
<i>Section première.</i> L'Etat	1
<i>Section deuxième.</i> Les organes de l'Etat	7
<i>Section troisième.</i> La responsabilité de l'Etat	11

PREMIÈRE PARTIE

Partie historique

CHAPITRE I. La responsabilité des fonctionnaires dans l'antiquité et à Rome	15
<i>Section première.</i> Dans les royaumes despotiques de l'ouest et en Grèce	15
<i>Section deuxième.</i> A Rome	17
CHAPITRE II. La responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires dans les pays germaniques	19
<i>Section première.</i> Le principe de la responsabilité avant l'époque de la réception du droit romain	19
§ 1. Responsabilité collective de la parentèle et de la communauté pour leurs membres	19
§ 2. Responsabilité de la commune pour les actes commis par ses fonctionnaires	21
§ 3. La responsabilité comme source de la féodalité	22
<i>Section deuxième.</i> Influence des théories de droit romain (la réception) sur la responsabilité	23
§ 1. La « noxæ datio » en Allemagne	23
§ 2. La lutte des glossateurs et des canonistes autour de la « capacité de délinquer » de la communauté	24

	Page
§ 3. La théorie et la pratique de la responsabilité au moyen âge	26
<i>Section troisième.</i> La lutte en Allemagne contre l'irresponsabilité des fonctionnaires	27
§ 1. La législation sur les fonctionnaires en Prusse	27
§ 2. La législation sur les fonctionnaires dans les autres Etats de l'Allemagne	28
CHAPITRE III. La responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires en France	30
<i>Section première.</i> L'influence du droit germanique et du droit romain	30
§ 1. Adoucissements apportés à la responsabilité collective	30
§ 2. L'irresponsabilité royale	32
<i>Section deuxième.</i> La lutte contre l'irresponsabilité des fonctionnaires royaux	34
§ 1. Richelieu. La lutte contre les parlements	34
§ 2. Lutte contre l'irresponsabilité à la fin du XVII ^e et au XVIII ^e siècle	35
<i>Section troisième.</i> Le responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires pendant et après la Révolution	37
CHAPITRE IV. La théorie moderne de la responsabilité de l'Etat	39
<i>Section première.</i> Les théories de Sundheim et de Pfeifer	39
<i>Section deuxième.</i> La théorie de Zachariæ	41
CHAPITRE V. Le principe de la responsabilité de l'Etat en Suisse	43
<i>Section première.</i> La responsabilité avant 1798	43
<i>Section deuxième.</i> La responsabilité sous l'influence de la Révolution	44
§ 1. La première constitution helvétique du 12 avril 1798	44
§ 2. Les constitutions helvétiques de 1798 à 1802	45
§ 3. La deuxième constitution helvétique du 20 mai 1802. L'Acte de Médiation du 19 février 1803 et le Pacte fédéral du 7 août 1815	48
<i>Section troisième.</i> La lutte pour l'introduction du	

	Page
principe de la responsabilité de l'Etat dans la constitution	49
§ 1. Le projet de constitution fédérale de 1832	49
§ 2. La constitution de 1848	51
§ 3. Le principe de la responsabilité dans la législation fédérale et au sein de l'Assemblée fédérale	53

DEUXIÈME PARTIE

Partie doctrinale

CHAPITRE I. Le fondement juridique de la responsabilité de l'Etat	56
<i>Section première.</i> La responsabilité fondée sur le principe de la culpabilité	56
<i>Section deuxième.</i> La responsabilité fondée sur le principe de causalité	58
<i>Section troisième.</i> La responsabilité fondée sur le principe du risque	60
<i>Section quatrième.</i> La responsabilité fondée sur le principe de la collision des intérêts	65
CHAPITRE II. Etendue de la responsabilité de l'Etat	71
CHAPITRE III. Le rôle de la culpabilité, de l'élément illicite, de la causalité et du dommage dans la question de la responsabilité de l'Etat	78
<i>Section première.</i> La culpabilité	79
<i>Section deuxième.</i> L'acte illicite	82
<i>Section troisième.</i> La causalité	83
<i>Section quatrième.</i> Le dommage et sa réparation	87

TROISIÈME PARTIE

Partie critique

CHAPITRE I. Loi fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération	92
<i>Section première.</i> Antécédents historiques et juridiques	92
§ 1. Lois du canton de St-Gall, de 1833	93

	Page
§ 2. Loi du canton de Lucerne	95
§ 3. Loi du canton de Fribourg	98
§ 4. Message du Conseil fédéral concernant la L.R. féd.	99
<i>Section deuxième.</i> Etude critique de la L.F.	105
§ 1. Disposition générale de la matière	105
§ 2. Nature de la responsabilité de la L.F. Sa source et son étendue	107
§ 3. La procédure prévue par la L.R. féd.	112
§ 4. Solution des conflits de compétence surgis- sant entre une autorité fédérale et une auto- rité cantonale	119
§ 5. Jurisprudence relative à la L.R. féd.	122
CHAPITRE II. La législation fédérale sur la respon- sabilité des fonctionnaires en matière pénale et dis- ciplinaire	131
<i>Section première.</i> La législation pénale	131
<i>Section deuxième.</i> La législation disciplinaire	134
CHAPITRE III. La responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires dans les cantons	140
<i>Section première.</i> La source du droit cantonal dans ce domaine	140
<i>Section deuxième.</i> Idées générales concernant la lé- gislation cantonale en matière de responsabilité de l'Etat	143
<i>Section troisième.</i> Groupe des lois établissant la res- ponsabilité directe de l'Etat, en lieu et place ou à côté de celle du fonctionnaire	145
§ 1. Généralités	145
§ 2. La L.R. du canton de Neuchâtel	147
§ 3. La L.R. du canton de Vaud	149
§ 4. La L.R. du canton de Genève	152
§ 5. La L.R. bernoise	153
§ 6. La L.R. fribourgeoise	155
§ 7. Disposition de la loi d'introduction du C.C.S. du canton de Schaffhouse	155
§ 8. Loi sur les fonctionnaires et employés de Bâle-Ville	156

	177
	Page
<i>Section quatrième.</i> Groupe des lois cantonales stipulant la responsabilité subsidiaire de l'Etat comme caution pour les fonctionnaires insolvables . . .	159
<i>Section cinquième.</i> Groupe des lois cantonales ne connaissant ni la responsabilité directe ni la responsabilité subsidiaire de l'Etat	160
§ 1. Groupe des lois cantonales antérieures à l'introduction du C. C. S.	160
§ 2. Dispositions relatives à la responsabilité des fonctionnaires contenues dans les lois d'introduction au C. C. S.	163
CONCLUSION	166
<hr style="width: 10%; margin: 10px auto;"/>	
Bibliographie	169
Table des matières	173