Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 72 (1953)

Artikel: La responsaibilité des fonctionnaires et de l'Etat pour le dommage causé à des tiers, en droit fédéral et en droit cantonal

Autor: Graff, Pierre

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896115

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

La responsabilité des fonctionnaires et de l'Etat pour le dommage causé à des tiers, en droit fédéral et en droit cantonal

Rapport présenté par

Pierre Graff

Docteur en droit, Avocat à Lausanne

TABLE DES MATIÈRES

page

Introduction 383a

Partie générale

Chapitre I. Délimitation du problème 385a

Chapitre II. Nature des rapports juridiques entre l'Etat, ses fonctionnaires et le justiciable 387a
§ 1. Les rapports entre l'Etat et les fonctionnaires. . . 388a
§ 2. Les rapports entre l'Etat ou les fonctionnaires et le justiciable 389a

Chapitre III. Les données de la responsabilité en droit public 399a
§ 1. La responsabilité du fait d'autrui 400a
§ 2. Le rôle de la notion de faute 402a
§ 3. La responsabilité du fait des choses 403a
§ 4. Mode d'appréciation de la responsabilité 404a

Chapitre IV. De l'irresponsabilité de la puissance publique en raison de la nature de certains de ses actes . . 404a
§ 1. Actes d'autorité et actes de gestion 405a
§ 2. Actes de gouvernement 406a
§ 3. Actes se rattachant à l'exercice de la fonction juridictionnelle 410a
§ 4. Actes parlementaires 416a
§ 5. Actes législatifs 419a

page

Chapitre V. De l'inutilité de la distinction entre le dommage causé par l'activité régulière ou illicite de l'administration 422a

Chapitre VI. Fondement de la responsabilité extracontractuelle en droit public 428a
§ 1. La faute n'est jamais le fondement de la responsabilité en droit public 429a
§ 2. Exposé sommaire des théories actuelles sur le fondement de la responsabilité de la puissance publique . 430a

Chapitre VII. La mesure de l'obligation de sécurité de la puissance publique et le dommage 433a

Chapitre VIII. Le dommage 435a
§ 1. Généralités 435a
§ 2. Lien de causalité 437a
§ 3. Influence du comportement du lésé 437a

Chapitre IX. Conclusions 439a

Partie spéciale

Chapitre X. Généralités 440a

Chapitre XI. Les divers systèmes de la responsabilité en droit suisse 442a
§ 1. Introduction 442a
§ 2. Le système de la responsabilité personnelle des fonctionnaires 443a
§ 3. Le système de la responsabilité subsidiaire de l'Etat 445a
§ 4. Le système de la responsabilité primaire de l'Etat 450a

Chapitre XII. Les rapports entre le droit privé et le droit public fédéral et le droit cantonal 457a
§ 1. Le droit applicable 457a
§ 2. Portée de l'article 61 CO 459a
§ 3. Les articles 55, 59 CCS et 55 CO 463a

Chapitre XIII. Examen critique des solutions du droit suisse 465a
§ 1. Critiques d'ordre théorique 465a
§ 2. Les corrections apportées par le Tribunal fédéral au système de la loi fédérale de 1850 sur la responsabilité 466a
§ 3. Critiques d'ordre pratique 469a
§ 4. Remarques finales 470a

Chapitre XIV. Conclusions générales 471a

Introduction

Le développement des rapports sociaux et les progrès de la technique ont multiplié les causes de dommages aux personnes et aux biens des justiciables dans une mesure considérable. Malgré les efforts constants du législateur et des tribunaux d'accorder la réparation la plus large possible à la victime d'un préjudice, la conscience juridique éprouve un sentiment de malaise devant les cas encore fort nombreux où l'individu lésé dans ses droits et intérêts ne peut obtenir satisfaction.

Le droit positif et les solutions jurisprudentielles n'ont pu suivre l'évolution rapide de la vie et des idées actuelles qui, dans le domaine qui nous occupe, se traduisent par un profond désir de sécurité. L'homme d'aujourd'hui éprouve le besoin impérieux de pouvoir se réaliser et donner libre cours à ses aspirations; comme la vie en société a augmenté les risques et les dangers qui forment autant d'obstacles à ce désir, il faut voir dans ces circonstances la raison des profondes transformations du régime de la responsabilité extracontractuelle, dont la tendance très nette est de protéger l'individu dans sa personne et ses biens, tant en droit public qu'en droit privé.

C'est là une des raisons de la prolifération des lois répressives (d'où découle la responsabilité pénale) qui répriment les atteintes les plus graves portées à l'ordre social.

D'autre part, la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle fondée essentiellement sur la faute directe de l'individu auteur du dommage (art. 41 et s. CO) s'est révélée impropre à satisfaire le besoin de justice dans toute une série de cas de responsabilités (du chef de famille, art. 333 CCS; du propriétaire foncier, art. 679 CCS; de l'employeur, art. 55 CO; du détenteur d'animal, art. 56 CO; du propriétaire d'un bâtiment, art. 58 CO; du détenteur de véhicule automobile, art. 37 LA; de l'exploitant d'aéronef, art. 64 LNA; des entreprises de chemins de fer,

de bateaux à vapeur, des postes et des entreprises de transport concessionnaires, de l'exploitant d'une installation électrique; du chef d'entreprise soumis à la loi fédérale sur les fabriques). L'institution du système de la responsabilité causale procède du besoin de faciliter la réparation du préjudice subi par le lésé.

Il ne nous appartient pas de porter ici un jugement de valeur sur le courant très net des idées actuelles visant à faire endosser à un responsable, proche ou lointain, l'obligation de réparer toutes les atteintes souffertes par un individu, celui-ci se refusant à porter seul le poids de son infortune. Le développement des assurances sous toutes leurs formes est une manifestation caractéristique de cette tendance. Comme le remarque Savatier[1], «c'est seulement parce que le poids de la responsabilité, en apparence individuelle, se répartit, en définitive, sur tout le corps social, que le domaine de la responsabilité tend à s'accroître indéfiniment».

On constate le même phénomène en droit public, dans les relations entre l'individu et l'Etat, à l'étranger et en Suisse, tant sur le plan fédéral que cantonal. L'ampleur prise actuellement par le droit administratif rend encore plus sensible la nécessité éprouvée de tout temps par le justiciable d'être protégé contre l'activité de la puissance publique, car les moyens de défense de l'individu n'ont pas suivi l'accroissement des compétences de l'Etat, sinon avec un retard plus ou moins considérable selon les systèmes juridiques.

La solution du problème a été fournie en France d'une façon satisfaisante par le Conseil d'Etat; au moyen de sa jurisprudence esquissée en 1855 déjà dans l'arrêt Rothschild et consacrée de façon constante depuis l'arrêt Blanco rendu en 1873, en l'absence de texte légal, il a créé de toutes pièces la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique.

[1] Savatier, Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels.

En Belgique, les rapports entre l'individu et l'Etat sont soumis au contrôle des tribunaux ordinaires, qui ont le pouvoir de connaître des actes des gouvernants.

Le retard est en revanche très considérable en Suisse, en droit fédéral et en droit cantonal (sauf quelques exceptions). Nous en étudierons les causes, mais il nous paraît indispensable, avant toutes choses, de définir un certain nombre de notions fondamentales, étant donné qu'une des raisons de ce retard réside dans la confusion des mots et des notions qu'ils expriment. L'excès de verbalisme, l'emploi de formules-clefs et la transposition de notions du droit privé en droit public sans tenir compte des différences spécifiques des institutions comptent en effet parmi les plus graves obstacles à l'avancement de la science du droit.

Partie générale

Chapitre I

Délimitation du problème

Les termes définissant notre sujet — la responsabilité des fonctionnaires et de l'Etat pour le dommage causé à des tiers — sont très généraux et très précis à la fois. Il convient donc de situer les questions à étudier par rapport aux notions voisines, afin d'en connaître les éléments propres.

1. Il s'agit d'un contentieux de l'indemnité, tendant à la réparation du préjudice subi par le lésé. Il s'ensuit qu'une des conditions nécessaires est l'existence d'un dommage, d'où nous tirons les conséquences suivantes:

a) Les droits ou intérêts de l'individu, violés ou compromis par un acte illégal ou inopportun de la puissance publique ne provoquant pas la naissance immédiate d'un préjudice, peuvent faire l'objet selon les cas soit des contrôles administratifs internes (recours gracieux, recours

hiérarchique formel) soit d'une action portée devant les tribunaux chargés de la juridiction administrative. Si le maintien de la décision incriminée entraîne un dommage pour le justiciable, nous verrons si et dans quelle mesure celui-ci peut alors exiger réparation.

Lorsque l'action administrative ne peut, de par sa nature, ni être réformée, ni annulée (par exemple en cas de retard d'un train ou d'un service postal qui fait manquer une correspondance, de perte d'une lettre, d'un mandat, de blessures provoquées à un tiers par un agent de la force publique lors de l'arrestation d'un malfaiteur, de détention illégale), les voies de recours sont exclues, et seule celle du contentieux de la réparation reste ouverte au lésé.

b) Si l'acte incriminé est réformé ou annulé, il reste encore à réparer les conséquences dommageables qu'il a pu entraîner, question qui échappe à la compétence des organes judiciaires chargés du contentieux administratif.

c) Notre étude portera sur la responsabilité de l'Etat sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les cas où le dommage a été causé au tiers par l'exercice régulier ou irrégulier de la puissance publique.

2. Il s'agit d'une responsabilité administrative extracontractuelle

Si le droit public et le droit privé ont des domaines d'application propres, des voies distinctes et des moyens particuliers, ils ont aussi des points communs et leurs secteurs s'interpénètrent, spécialement en matière de responsabilité, où les notions du droit civil, dans notre pays en particulier, jouent encore un rôle considérable.

Les rapports entre l'individu et l'Etat relèvent du droit public, sauf lorsque la communauté traite d'égal à égal avec le justiciable en matière contractuelle.

La responsabilité dont nous nous occuperons vise à la réparation du préjudice causé en dehors de tout contrat, au sens de ce terme selon le droit civil.

La notion de responsabilité délictuelle et quasi-délic-

tuelle de droit privé n'englobe pas tous les cas où la puissance publique peut être tenue à réparation, car sa responsabilité peut être engagée en dehors de toute faute ou quasi-délit. Cette responsabilité administrative extracontractuelle doit donc être comprise dans un sens large.

3. Il s'agit d'une responsabilité externe

Selon les solutions adoptées par le droit positif ou par la jurisprudence, le tiers lésé peut actionner l'auteur de son dommage ou la collectivité publique.

Il faut distinguer cette responsabilité externe de celle dite interne, qui a trait au recours de l'Etat contre l'auteur du préjudice tendant au remboursement total ou partiel des prestations versées par la collectivité publique au lésé. Le fonctionnaire fautif pourra, dans ce même ordre d'idées, faire l'objet de mesures disciplinaires ou être puni pénalement en cas de commission d'une infraction, mais cet aspect de la question sera laissé de côté dans notre étude, consacrée aux seules relations entre l'individu et l'Etat. La responsabilité de l'agent à l'égard de la collectivité publique doit faire l'objet d'une réglementation spéciale, le statut des fonctionnaires. Ces deux aspects de la responsabilité doivent être séparés; les législations les traitant ensemble, faisant dépendre la responsabilité externe de la responsabilité interne, limitant le montant des prestations de l'Etat envers le lésé au montant du cautionnement déposé par l'agent ou à une partie déterminée de son traitement, ne correspondent plus aux idées actuelles.

Chapitre II

Nature des rapports juridiques entre l'Etat, ses fonctionnaires et le justiciable

Les cas de responsabilité, telle que nous l'avons sommairement délimitée, vont se présenter dans trois hypo-

thèses selon les personnes en cause: dans les relations entre le fonctionnaire et la puissance publique, entre celle-ci et le tiers lésé, entre ce dernier et le fonctionnaire. Il faudra examiner chaque fois à quelle règle obéit la responsabilité, si c'est le droit public qui régit ces rapports, ou le droit privé, applicable comme tel ou par analogie; en d'autres termes, l'analyse de la nature juridique de ces liens déterminera quel droit leur est applicable.

Au point de vue de la responsabilité à l'égard du lésé, il est théoriquement possible d'assimiler et de traiter sous le même régime les rapports entre le tiers et l'Etat ou ses fonctionnaires. En effet, la puissance publique n'agit qu'au moyen de ses organes; leur responsabilité peut être engagée vis-à-vis des tiers, ou au contraire l'Etat peut être tenu directement de l'activité de ses organes; dans ce cas, sa responsabilité résulte toujours en réalité du fait d'autrui.

Si le justiciable est lésé par la puissance publique, laquelle se manifeste par l'intervention (ou la non-intervention) de ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, que ce soit le fonctionnaire ou l'Etat qui puisse être tenu à réparation, le fondement de cette responsabilité est le même.

§ 1. Les rapports entre l'Etat et les fonctionnaires

Il convient tout d'abord de préciser ces deux termes: nous entendons par Etat tout sujet de droit public autonome, toute collectivité publique indépendante, tout patrimoine administratif habile à répondre d'un dommage causé (Confédération, cantons, communes, établissements et corporations de droit public dotés de la personnalité juridique).

La notion de fonctionnaire est plus délicate à définir, parce que l'Etat a le choix, pour accomplir les tâches qui lui sont dévolues, de recourir à plusieurs catégories d'agents dont le statut — de droit public ou de droit privé — peut différer selon les fonctions, le mode de nomination, la

rémunération, notamment. Nous laisserons de côté cet aspect de la question qui est sans pertinence pour notre sujet. Il est en effet dénué d'intérêt, pour le justiciable qui a subi un dommage, de savoir quels sont les liens juridiques qui unissent l'agent à la collectivité. On sait que ces rapports sont régis exclusivement par le droit public[2]. Nous assimilerons pour l'instant aux fonctionnaires toutes les personnes qui, titulaires ou intérimaires, chargées d'une tâche officielle déterminée, à titre permanent ou provisoire, de près ou de loin, concourent à un degré plus ou moins élevé à l'action de l'un des pouvoirs publics. C'est la même notion large qui est appliquée en droit pénal (art. 110, ch. 4 CP).

§ 2. Les rapports entre l'Etat ou les fonctionnaires et le justiciable

1. En droit français

Ce sont les règles du droit civil qui, en France, s'appliquent à la responsabilité de l'Etat du fait de la gestion du domaine privé, à la responsabilité des services industriels et commerciaux, et à la responsabilité des services publics en général à l'occasion de tous les actes de gestion privée[3]. Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne donnent une justification satisfaisante de ce système; tantôt l'on se fonde sur la nature des services publics, classés en services publics administratifs proprement dits et régis par le droit public, et services industriels et commerciaux obéissant aux règles du droit privé, étant précisé que l'administration, pour tous les services publics, a la liberté d'opter entre ces deux procédés. Il faudrait donc, dans chaque cas, rechercher cette volonté de l'Etat d'après l'ensemble des circonstances

---

[2] Cf. p. 391a et 392a.

[3] Cornu, Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, p. 14; Duez et Debeyre, Traité de droit administratif, p. 466 et s., 805 et s.; Duez, La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat), p. 268 et s.

pour déterminer le droit applicable, ce qui, on l'avouera, n'est guère facile pour le justiciable qui doit analyser les aspects extérieurs de la gestion du service public pour en connaître la nature et savoir s'il devra porter sa réclamation devant les tribunaux administratifs ou devant les juges civils.

Il y a là une importante exception au système logique et harmonieux du droit français, qui a créé des solutions extrêmement satisfaisantes en fondant la responsabilité de l'Etat sur les notions de faute du service public et du risque administratif. Ce contentieux, régi par les principes du droit public, forgé en dehors de tout texte légal par le Conseil d'Etat, est de nature à protéger efficacement l'individu contre les atteintes de la puissance publique.

2. En droit belge

Les tribunaux ordinaires sont appelés à connaître des contestations entre l'administration et le justiciable et appliquent les règles du droit civil, en tenant compte de la nature particulière des services publics[4]. Les différents projets de créer un contentieux administratif autonome ont été critiqués par Cambier, qui donne la préférence à une proposition visant à déférer aux tribunaux administratifs tous les litiges mettant en cause la puissance publique[5].

3. En droit allemand

La doctrine et la jurisprudence admettent que le droit privé est applicable tant à l'action du lésé contre le fonctionnaire fautif (art. 839 BGB) qu'à celle dirigée contre l'Etat pour les actes dommageables de ses agents; ce sont les tribunaux civils qui sont compétents pour connaître du contentieux de la réparation[6]. La responsabilité de l'Etat

---

[4] Cambier, La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, p. 147.

[5] Cambier, p. 520 et s., 533.

[6] Mottier, De la responsabilité de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires en droit positif allemand, p. 65 et s.

est très étendue, et la puissance publique a substitué sa propre responsabilité à celle de tous ses agents.

4. En droit suisse

L'ancienne théorie du fisc a laissé des traces profondes dans notre droit, qui a longtemps considéré les litiges soulevés par l'application du droit administratif comme de nature civile[7]. L'absence en droit public de moyens propres à sauvegarder les droits de l'individu explique également les raisons qui ont poussé les tribunaux à construire la responsabilité des collectivités sur le terrain du droit privé. La loi d'organisation judiciaire fédérale, du 16 décembre 1943, à son art. 110, a heureusement remédié partiellement à l'illogisme du système, et a permis au Tribunal fédéral d'abandonner son ancienne jurisprudence[8].

A propos de l'application du droit administratif, l'influence du droit civil se manifeste encore dans la forme des moyens de protection du justiciable, la compétence des tribunaux ordinaires pour connaître de la plupart des cas du contentieux administratif et le dualisme des choses publiques.

A. La théorie du sujet

La doctrine dominante, ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral, se fondent sur la théorie du sujet, ou théorie de la puissance publique, pour déterminer le champ d'application du droit public et du droit privé; si l'Etat agit en sa qualité de souverain, en vertu de son imperium, manifestant une volonté et une puissance supérieures à celles du justiciable, leurs rapports sont régis par le droit

---

[7] Voir encore dans ce sens l'arrêt du TF du 10 novembre 1942 Pfister c. Confédération suisse, RO 68 II 212 = JdT 1943 I 78; et la jurisprudence récente TF 2 avril 1952 Egli c. canton de Zurich, RO 78 II 21 = JdT 1953 I 367.

[8] TF 20 mai 1949 Kesselring, non publié; TF 16 février 1951 Walker-Hauser c. Confédération suisse, RO 77 I 93 = JdT 1951 I 376; TF 19 octobre 1951 Rüegg c. Confédération suisse, RO 77 I 255 = JdT 1952 I 279.

public. En revanche, si l'Etat agit comme un simple particulier, traitant d'égal à égal avec l'individu, on admet que ces relations relèvent exclusivement du droit privé.

Notre droit est en pleine évolution sur ce point, et nous ne pouvons nous satisfaire des solutions théoriques apportées à ce sujet. Voici quelques exemples qui illustrent les défauts de ce dualisme:

a) On a primitivement considéré la situation juridique des fonctionnaires comme relevant du droit privé, puis on a admis que seul le droit public était applicable, exception faite des prétentions pécuniaires du fonctionnaire à l'égard de l'Etat, régies encore par le droit privé[9]. Aujourd'hui, cette évolution est achevée et en droit fédéral tout le contentieux des fonctionnaires est soumis à la juridiction administrative du Tribunal fédéral (art. 110, al. 1, litt. a, art. 117 et s. OJF), parce que l'on a enfin reconnu la nature publique des droits en cause.

Nous ne comprenons pas comment la première cour civile du Tribunal fédéral, dans son arrêt Commune de Coire c. Haltmeyer, du 23 mars 1950[10], a pu considérer que le fonctionnaire, révoqué sans droit avant l'expiration de sa période de nomination, qui réclame en même temps le paiement de son salaire et une réparation morale, fait valoir simultanément une action contractuelle fondée sur le droit public cantonal et une action délictuelle fondée sur le droit civil fédéral (art. 49 CO). L'interprétation donnée sur la même question par la chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois dans son arrêt A.D. c. Commune de ***, 29 janvier et 5 février 1941[11], nous paraît infiniment préférable par sa logique: ces deux actions relèvent exclusivement du droit public, et l'art. 49 CO n'est applicable

---

[9] Giacometti, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweiz. Bundesgerichts, p. 2 et s., 11 et s.

[10] RO 76 II 107 = JdT 1951 I 73 (avec une remarque de M. Thilo).

[11] JdT 1941 III 99, 125.

par analogie qu'à défaut de norme spéciale de droit administratif.

b) En matière de droit de voisinage[12], donc dans le cadre de la responsabilité quasi-délictuelle, l'Etat agit en vertu de son imperium quant il règle l'usage d'une eau publique, et le propriétaire riverain ne peut invoquer les règles du droit privé pour s'opposer à l'agrandissement de bains publics en prétendant qu'il subit une atteinte abusive à son droit de propriété[13].

Tout ce qui concerne l'usage commun des routes relève du droit public (cantonal), et les règles du code civil ne peuvent être invoquées pour faire cesser les immissions de poussière[14], ou la projection d'eau et de boue contre un bâtiment provoqués par le passage des véhicules[15]. Une indemnité peut être accordée sur la base des art. 679 et 684 CCS à la condition que le dommage causé ait sa source dans le mode de construction de la route, l'Etat agissant alors dans l'exercice de son droit de propriétaire[16].

Les mêmes considérants ont été repris et développés récemment, non sans hésitation, le Tribunal fédéral ayant admis que le plus simple, pour protéger les droits du particulier contre les atteintes de la puissance publique, était «de soumettre la communauté aux principes ordinaires de responsabilité du droit civil»[17]. Notre haute Cour a cependant déclaré dans le même arrêt: «Ce serait une question législative, ressortissant au législateur fédéral, que de savoir s'il se justifie de soumettre la communauté à des

---

[12] de Buren, La notion de domaine public en droit vaudois, p. 47 et s.

[13] TF 14 mars 1917 Schindler c. commune de Zurich, RO 43 II 268 = JdT 1917 I 610, 613.

[14, 15] TF 27 avril 1934 Aufdermaur c. Etat de Schwytz, non publié, cité RO 61 II 326 = JdT 1936 I 295 et article de Guisan eod. loc. p. 302.

[16] TF 13 novembre 1935 Felder et Portmann c. Etat de Lucerne, RO 61 II 323 = JdT 1936 I 290.

[17] TF 11 mai 1944 commune de Berne c. Confédération Suisse, RO 70 II 85 = JdT 1944 I 523.

règles de responsabilité spéciales, plus sévères ou plus douces».

Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a confirmé expressément qu'en matière d'utilisation du domaine public «le droit public fédéral et le droit public cantonal n'ayant pas de disposition applicable à la question, on ne peut lui trouver une solution qu'en appliquant les normes de responsabilité posées par le droit civil»[18]. Le Tribunal fédéral en déclarant «le droit civil ne s'occupe pas de l'obligation d'indemniser les propriétaires quand c'est *conformément au droit* que l'usage du domaine public fait sentir ses effets sur un immeuble privé. Car ce qui serait alors à décider, c'est si une telle action constituerait — en vertu des principes du droit public — une atteinte à un droit privé comparable à une expropriation entraînant par conséquent l'obligation d'indemniser»[19], ne reprend-il pas la même idée que c'est faute d'une disposition légale applicable à la question qu'il est obligé de faire cette distinction artificielle, selon que c'est conformément ou contrairement au droit que l'atteinte est porté au particulier, afin que celui-ci soit protégé?

Pourquoi le droit public serait-il applicable dans le premier cas, qui est le plus normal, et non dans le second, qui ne constitue qu'une exception? Le problème est unique dans son essence.

c) Le Tribunal fédéral a admis depuis longtemps et de façon constante que la collectivité publique encourt la même responsabilité qu'un propriétaire privé en matière de vices de construction ou de défaut d'entretien de routes (art. 58 CO)[20]; il faut tenir compte des circonstances

---

[18] TF 8 juin 1950 Steck et consorts c. commune de Reinach et consorts, RO 76 II 129 = JdT 1951 I 133.

[19] Même arrêt.

[20] RO 53 II 313 = JdT 1928 I 148; RO 56 II 90 = JdT 1930 I 277; RO 58 II 356 = JdT 1933 I 407; RO 59 II 171 = JdT 1933 I 489; RO 76 II 215 = JdT 1950 I 420; RO 78 II 151 = JdT 1952 I 419.

particulières pour adapter cette responsabilité à ce qu'il est raisonnablement permis d'exiger de l'Etat en fait de mesures de sécurité.

d) Le même principe se trouve dans un autre arrêt relatif à la responsabilité d'une commune suite d'un accident provoqué par l'emploi d'un treuil qu'elle mettait à la disposition des particuliers, dans le cadre des mesures d'économie de guerre tendant à la culture obligatoire des terres[21]. Le Tribunal fédéral a relevé qu'en principe la responsabilité d'une commune peut être engagée en vertu des art. 55 et 58 CO lorsqu'elle entre «en relation avec des personnes privées non pas comme autorité douée des attributs de la souveraineté, mais comme une personne privée égale en droit».

e) Dans le cadre de la responsabilité délictuelle, le Tribunal fédéral a également consacré la théorie du sujet en précisant qu'il fallait déterminer, préalablement à toute application de l'art. 41 CO, ou de l'art. 59 al. 1 CCS, si le rapport juridique en cause était de nature publique ou privée[22].

Dans une autre espèce, où les victimes d'un accident reprochaient à l'Etat de n'avoir pas fait barrer les chemins aboutissant à une route affectée à des essais d'automobiles, le Tribunal fédéral a déclaré les recours irrecevables par le motif que l'Etat avait exercé son pouvoir de police sur les routes (art. 28 al. 4 LA), et qu'en conséquence sa responsabilité éventuelle relevait du droit public. Dans ce cas, la collectivité n'était pas entrée en rapport avec le citoyen comme le ferait une simple personne privée, égale en droit[23].

---

[21] TF 18 septembre 1951 commune de Teufen c. Solenthaler, RO 77 II 308 = JdT 1952 I 303.

[22] TF 20 juin 1923 Widmer c. canton de Glaris, RO 49 II 254, 266 et s. = JdT 1924 I 41, 52.

[23] TF 28 mars 1939 Vonnez et consorts c. Etat de Genève, RO 65 II 38.

B. Critique

Notre éminent et regretté maître François Guisan, dans deux notes de jurisprudence[24], a soumis cette théorie à une critique serrée, relevant notamment que le Tribunal fédéral ne donne pas de critère pratique pour distinguer les cas où l'Etat agit dans l'exercice de son droit de propriété ou de sa souveraineté.

Selon cet auteur, la distinction entre ces deux notions ne joue pas de rôle, car l'action de voisinage du demandeur lésé se fonde sur un droit privé; il y a atteinte à un droit subjectif privé, et en conséquence le juge appelé à en connaître tranchera une question de droit civil.

Ce raisonnement ne nous paraît pas convaincant. Les effets dommageables de l'activité de l'Etat sur la personne ou les biens de l'individu, qu'ils aient été causés conformément ou contrairement à la norme légale, soulèvent des problèmes de droit public, identiques à ceux posés par l'expropriation ou la quasi-expropriation, quelle que soit la nature du droit lésé.

Avec la doctrine dominante (Méan[25], de Buren[26], Borter[27], Seiler[28], Hämmerli[29], Guhl[30], Oftinger[31]) et le Tribunal fédéral lui-même[32], nous pensons qu'il ne sera

---

[24] François Guisan, Le domaine public et le droit de voisinage, JdT 1936 I 298; Droit de voisinage et domaine public, JdT 1951 I 139.

[25] La responsabilité du propriétaire de bâtiment ou de tout autre ouvrage, p. 36.

[26] Op. cit. p. 50 et s.

[27] Die Haftung des Gemeinwesens für Werkschaden, p. 72, 78.

[28] Die Haftpflicht des Gemeinwesens für Verkehrssicherheit öffentlicher Straßen, p. 68.

[29] Die Haftung des Flugplatzhalters im schweizerischen Recht, p. 92 et s.

[30] ZBJV 1936, p. 541.

[31] Schweizerisches Haftpflichtrecht, tome II p. 470, note 445.

[32] RO 70 II 85 = JdT 1944 I 523; RO 76 II 129 = JdT 1951 I 133.

possible de sortir des difficultés théoriques et pratiques inextricables qui caractérisent la situation actuelle du droit suisse qu'en établissant une réglementation légale générale déterminant les principes, les conditions et les modalités de la responsabilité de l'Etat pour le dommage causé au justiciable.

Cette solution a le mérite de la logique et elle satisfait l'équité.

1. Mérite de la logique

Le droit privé a été conçu pour régler les droits et les intérêts de personnes égales en fait, quant à leur puissance et leur autonomie. Ces éléments font généralement défaut lorsque l'individu entre en relation avec l'Etat.

Sur le plan extracontractuel, l'équilibre des forces et l'autonomie des sujets que suppose l'application du droit privé n'existe plus. Toutes les relations entre l'individu et l'Etat doivent alors être régies par les règles du droit public, et par elles seules. Il n'y a pas de raison de soumettre un même état de fait à deux régimes juridiques différents comme notre jurisprudence l'admet notamment en matière de rapports de voisinage, selon que l'activité de la communauté est celle d'un propriétaire ou d'un souverain. Cette distinction, arbitraire et artificielle, doit être abandonnée.

Cette solution s'impose non seulement quant l'Etat et le citoyen sont en présence, mais encore plus impérieusement en cas de conflit de voisinage, par exemple, opposant deux collectivités publiques; le problème est rigoureusement le même, et il est certain que le Tribunal fédéral renoncerait aux distinctions établies dans les arrêts indiqués ci-dessus entre les cas d'application du droit public et du droit privé.

Il n'est pas sans intérêt de relever que nos conclusions étaient celles du droit vaudois il y a 86 ans; la Cour de cassation civile en effet admettait que: «la construction, le maintien et l'entretien des routes sont des actes de haute administration en vue de l'utilité générale, lesquels ne peuvent point être gênés par des règles de droit civil qui

concernent essentiellement les rapports des propriétés privées entre elles»[33].

Cette opinion est aussi celle de de Buren[34]; les conclusions de cet auteur, qui ne traite que du problème du droit public et du droit de voisinage, sont valables non seulement sur ce point, mais également pour toute la question du droit applicable aux relations extracontractuelles entre l'individu et l'Etat. Nous disons que si les dispositions du droit civil en matière de voisinage règlent les rapports entre particuliers pour des fonds qui se touchent et dont la destination est du même genre, il en est autrement des choses affectées à l'usage de tous, qui «constituent «un pont» entre les immeubles des particuliers. L'Etat est moins un voisin qu'un intermédiaire.» Il s'agit moins d'un conflit de limites entre individus que d'un problème d'expropriation, comme le Tribunal fédéral le laisse entendre dans de nombreux arrêts.

En définitive, la question cruciale est le respect des droits subjectifs des individus, et la mesure dans laquelle l'intérêt public autorise qu'il y soit porté atteinte, avec ou sans réparation. De par la nature des choses, il n'est pas possible d'adopter de critère plus précis, le rôle du juge étant, dans ce cadre général, d'apprécier les circonstances et de rétablir par l'octroi d'une indemnité, suivant les cas, cet équilibre de forces qui peut être rompu au préjudice du particulier, lorsque l'intérêt public l'exige. En résumé, toutes les relations entre l'individu et l'Etat ne peuvent relever logiquement que du droit public, sauf en matière contractuelle.

2. Mérite de l'équité

Le principe de la légalité régit notre droit: la puissance publique ne peut encourir une responsabilité qu'en vertu d'une base légale. Comme nous le verrons dans notre partie spéciale, la réglementation dans ce sens est tout à fait

---

[33] TC 14 novembre 1867 Etat de Vaud c. Mottaz, JdT 1868 101.
[34] Op. cit. p. 51 et 52.

insuffisante, sauf quelques exceptions. Nos tribunaux, enserrés par des textes qui aujourd'hui heurtent le sens le plus élémentaire de la justice, ont fait des efforts louables pour combler non seulement les lacunes de la loi, mais pour chercher à construire des systèmes permettant de s'écarter des solutions inéquitables que leur imposait l'application du texte légal[35].

Le Tribunal fédéral s'est demandé à plusieurs reprises s'il pouvait imposer à la communauté le devoir de réparer un dommage uniquement pour des considérations générales d'équité et d'égalité[36], mais il n'a pu franchir ce pas.

En revanche, les autorités administratives fédérales se sont parfois senties tenues de réparer certains dommages, pour des motifs d'équité, sans obligation légale[37].

L'introduction d'une nouvelle réglementation générale fixant la responsabilité de l'Etat mettra fin à une situation intolérable, que la doctrine critique à juste titre[38].

En France, le Conseil d'Etat, qui n'était gêné par aucun texte légal, a pu créer son admirable jurisprudence en la fondant entièrement sur des principes généraux. On voit ainsi le danger que représente le maintien d'une législation désuète telle que la nôtre et la nécessité d'adapter le droit à la vie avec le moins de retard possible.

Chapitre III

Les données de la responsabilité en droit public

Les éléments constitutifs de toute responsabilité — un acte initial, un dommage et un lien de causalité — sont suffisamment connus pour que le cadre limité de notre

[35] Cf. notamment le célèbre arrêt Wäffler, infra p. 464a, 466a et s.

[36] Cf. RO 31 II 543; 47 II 71, 81 et s. et 497, 516 = JdT 1921 I 226 et 583; RO 68 II 212 = JdT 1943 I 78, 83.

[37] Burckhardt, Le droit fédéral suisse, t. II, n° 553 I; n° 555 IV; n° 556 II; JAAC 1941 p. 23, n° 6.

[38] Guhl, ZBJV 1936 p. 541; Oftinger II p. 408 note 97, p. 470

étude nous autorise à ne pas les analyser en détail. Au surplus, la position que nous adoptons rendra inutile un examen approfondi de certaines notions et distinctions controversées.

Il convient cependant d'apporter quelques précisions importantes pour l'intelligence de notre sujet.

§ 1. La responsabilité du fait d'autrui

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent à l'Etat la qualité d'un sujet de droit, tant en France[39] qu'en Suisse, mais contestent à juste titre qu'il puisse, comme tel, commettre des actes illicites. Le Tribunal fédéral s'exprime à ce propos comme suit:

«La Cour de droit public ne saurait d'ailleurs admettre une responsabilité propre de l'Etat, indépendante d'une faute d'un de ses organes. Une telle responsabilité est inconcevable. On ne peut penser à «une faute» de l'Etat qui ne soit pas une faute d'un de ses fonctionnaires. Une «responsabilité de l'Etat lui-même en sa qualité de personne morale de droit public», si elle a pu être défendue en doctrine, est contraire au système du droit suisse, tel qu'il résulte notamment par analogie de l'art. 55 CC ainsi que de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral...»[40]

L'Etat ne peut être tenu à réparation qu'en raison du fait d'autrui, que le dommage ait été causé par un de ses agents, par un service public ou par une chose maniée par un homme dont il répond. Le préjudice allégué par le lésé pourra provenir soit de ce que le service public a mal fonctionné, n'a pas fonctionné ou a fonctionné tardivement, soit encore de l'exercice régulier de la puissance publique, en matière d'expropriation ou de quasi-expropriation par exemple. Le plaideur actionnera l'administration directement et celle-ci pourra être déclarée immé-

---

note 445; Huber, ZBJV 1953 p. 65; cf. aussi les auteurs cités p. 396a, notes 25 à 31.

[39] Cornu p. 39 et s., 42 et s., 52, 217 et s.; Duez p. 10, 21.

[40] TF 24 mars 1937 Uldry c. Etat de Fribourg et Confédération suisse, RO 63 II 28, 33.

diatement responsable, pour des raisons d'ordre pratique, sans que cela signifie que l'Etat comme tel et en raison de son propre fait puisse endosser une responsabilité primaire.

Celle-ci suppose que la cause du dommage soit le fait d'un fonctionnaire qui aura agi ou n'aura pas agi:

a) dans l'exercice ou à l'occasion de sa fonction: on parle alors de faute de service si l'agent a commis une faute[41];

b) dans l'exercice de sa fonction, mais sans qu'il ait commis de faute; on a alors une faute du service.

Si la faute est étrangère à la fonction, on est en présence d'une faute personnelle (ou faute personnelle détachable)[42], qu'on peut définir par tout acte qui objectivement ne se rattache pas à l'exécution du service, a été fait en dehors des besoins du service[43]; il y a aussi faute détachable chaque fois qu'un acte excède la moyenne des négligences d'un fonctionnaire normal admises ou tolérées en service[44].

Le Conseil d'Etat français a constamment déclaré la communauté responsable dans tous ces cas, sauf en matière de faute détachable lorsque l'acte était entièrement dépourvu de tout lien avec le service[45].

Ce système, qui assure au justiciable des garanties très étendues, est d'autant plus généreux que le droit français ignore en principe l'action récursoire de l'Etat contre ses fonctionnaires.

En Suisse, la question de savoir si l'agent a agi ou non dans l'exercice de sa charge a été traitée essentiellement à propos de la responsabilité personnelle du fonctionnaire

---

[41] Cornu p. 42 et s., 57; Duez p. 92; Duez et Debeyre p. 694 et s.

[42] Cornu p. 54 et s.; Duez p. 15, 92 et s.

[43] Cornu p. 55.

[44] Cornu p. 56.

[45] Duez et Debeyre p. 699.

fautif[46], et les solutions qui ont été données sont plus restrictives qu'en droit français. Il est désirable que la nouvelle réglementation de la responsabilité de l'Etat s'inspire du système extrêmement satisfaisant mis au point par nos voisins.

§ 2. Le rôle de la notion de faute

En droit français, la faute du service public qui est la condition de la mise en œuvre de la responsabilité de la collectivité ne présuppose pas que le lésé rapporte la preuve de la faute de tel ou tel agent. Il suffit d'établir le fonctionnement défectueux du service public comme tel; le Conseil d'Etat ne nomme jamais le fautif dans ses considérants, seul le caractère anonyme de la faute du service public entre en ligne de compte. C'est dans ce sens, dépouillé de toute relation avec la personne du fonctionnaire, qu'il faut comprendre le terme de faute, qui sous-entend toujours ceux de «service public» après lui.

L'élément essentiel en matière de responsabilité de l'Etat est non pas comme en droit civil l'auteur du dommage et son comportement — notion qui ne peut que conduire à des difficultés inextricables étant donné la complexité du problème, ce qui rend tout essai de synthèse impossible — mais bien la réparation du préjudice subi par la victime. La responsabilité de la puissance publique prise sous l'angle de l'indemnisation de l'atteinte portée aux droits subjectifs de l'individu est la seule façon de poser correctement le problème. La notion de faute au sens civil de ce terme passe ainsi au second plan; elle ne se conçoit du reste que dans le système désuet de la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Elle gardera en revanche toute son importance dans l'exercice du droit de recours de l'Etat contre l'auteur du dommage mais, comme nous l'avons déjà dit, cette question sort du cadre de notre travail.

---

[46] Zwahlen, Responsabilité civile de l'Etat et des fonctionnaires, FJS n° 371 p. 3.

Il importe de rappeler enfin que la notion de faute a disparu en droit civil dans toute une série de cas de responsabilités où l'individu est plus particulièrement exposé à subir un dommage. La conduite de son auteur reste souvent complètement étrangère à la discussion relative à la réparation du préjudice subi par la victime.

§ 3. La responsabilité du fait des choses

Cette donnée de la responsabilité se retrouve naturellement en droit public, comme en droit privé, et nous avons déjà constaté que leurs points communs sont nombreux[47]. Il convient de distinguer, en droit public également, les choses dangereuses des non-dangereuses, l'administration devant être responsable de plein droit des dommages causés par les premières, et en cas de faute du service public (c'est à dire de défaut de fonctionnement régulier du service public) seulement de ceux causés par les secondes. Une autre distinction s'impose, entre d'une part les usagers du service public, entrant en contact régulier et constant avec les choses dont la collectivité répond et, d'autre part, les tiers: les usagers tirent profit du service public, contrairement aux tiers[48].

«Les choses dangereuses appellent et créent une obligation de sécurité à la charge de l'administration et cette obligation de sécurité est nuancée selon que les victimes ont profité ou non des choses dommageables[49].»

Le cadre limité de notre travail nous oblige à nous référer à la doctrine et à la jurisprudence suisses en la matière[50] (postes, chemins de fer, installations électriques, détenteur de véhicule à moteur, exercices militaires, etc.), ainsi qu'aux solutions nuancées du Conseil d'Etat français[51].

---

[47] Cf. supra p. 397a et s.
[48] Cf. Cornu p. 69 et s., 143 et s.
[49] Cornu p. 143.
[50] Cf. Oftinger I p. 14, II passim.
[51] Duez p. 64 et s.; Cornu p. 69 et s.

§ 4. Mode d'appréciation de la responsabilité

Dans tous les cas, la responsabilité de la communauté doit être appréciée in concreto:

1. selon la nature et les caractères propres de chaque service public (il faudrait qu'une faute lourde ait été commise — sans qu'il soit nécessaire d'en identifier l'auteur — pour que l'Etat réponde du fonctionnement défectueux de ses services essentiels, maintien de l'ordre public, lutte contre l'incendie; la faute simple du service suffira pour les activités commerciales et industrielles; les critères seront analogues à ceux du droit privé dans l'appréciation des diverses fautes professionnelles);
2. selon les circonstances de temps et de lieu (période normale ou de troubles, sablage des routes et lutte contre le verglas en ville ou en montagne);
3. selon les ressources et les charges dont le service dispose pour faire face à ses obligations;
4. selon la situation de la victime au regard du service (usager ou tiers)[52].

Chapitre IV

De l'irresponsabilité de la puissance publique en raison de la nature de certains de ses actes

Les actes juridiques comme les faits matériels peuvent engendrer la responsabilité de l'Etat. Mais toutes ses activités peuvent-elles donner lieu à une action en indemnité — extracontractuelle s'entend — lorsque le justiciable s'en estime lésé? Il nous faut examiner si la nature de certains actes de la puissance publique lui permet d'échapper à toute réparation du dommage causé. Cette question se pose à propos des catégories suivantes: actes d'autorité et

[52] Duez p. 40 et s.; Duez et Debeyre p. 427 et s.; Cornu p. 226, 234, 235.

actes de gestion, actes de gouvernement, actes se rattachant à l'exercice de la fonction juridictionnelle, actes parlementaires et actes législatifs.

§ 1. Actes d'autorité et actes de gestion

Cette distinction s'explique par des raisons historiques. En 1896, Laferrière écrivait que «le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans compensation». Cette règle de l'irresponsabilité de la puissance publique a subi une première atteinte lors de la différence faite entre les actes où l'Etat agissait en vertu de son droit de souveraineté (actes d'autorité) et où l'ancien principe de son irresponsabilité pécuniaire subsistait, et ceux où il intervenait dans le cadre de la gestion des services publics dans les mêmes conditions qu'un simple particulier.

a) *En droit français*, cette division a été abandonnée définitivement au début du siècle à cause de son imprécision et de la part de puissance publique que comprend chaque action de l'Etat[53].

b) *En droit suisse*, sur le plan fédéral et cantonal, cette distinction a subsisté jusqu'à nos jours, malgré les mêmes écueils que son application avait suscités en France. La survivance de la théorie du fisc, la compétence des tribunaux civils pour connaître de ce genre de litiges et sa consécration législative[54] en expliquent le maintien.

---

[53] Duez p. 38 et s., citant les conclusions du commissaire du gouvernement Teissier dans l'arrêt Feutry du 29 février 1908: «La police et la gestion ne sauraient être ventilées, elles se pénètrent sans cesse; tout fonctionnement d'un service public implique l'exercice de pouvoirs de police, et inversement, un très grand nombre de commandements, pris en forme d'arrêtés de police, n'ont d'autre objet que d'assurer la gestion d'un service. Quand on examine les uns après les autres, les actes administratifs que les auteurs ou les tribunaux classent arbitrairement dans l'une de ces deux catégories, on se rend compte qu'on le pourrait tout aussi bien comprendre dans l'autre.»

[54] Art. 61 CO: «La législation fédérale ou cantonale peut déroger aux dispositions du présent chapitre en ce qui concerne la responsa-

Nous reprendrons en détail l'examen critique de cette question dans notre partie spéciale en démontrant pourquoi, pour les mêmes raisons qu'en droit français, il est nécessaire d'abandonner cette division artificielle qui n'a plus sa raison d'être.

§ 2. Actes de gouvernement

Il n'est pas inutile de rappeler ici la controverse relative à la compétence des tribunaux administratifs, appelés le plus souvent à connaître uniquement de la légalité des actes de la puissance publique, la question de leur opportunité étant réservée à l'appréciation de l'administration active. On peut aussi se demander, en matière de contentieux de la réparation, si certains actes de l'Etat peuvent échapper à tout contrôle et à toute responsabilité, si le pouvoir discrétionnaire de l'administration l'autorise à prendre des décisions soustraites à toute critique.

Cette exception à la règle commune tend à se restreindre progressivement sous l'influence de l'esprit de légalité qui est un des traits caractéristiques de la conscience juridique actuelle.

a) *Le droit français*[55], après avoir abandonné dès 1872 à cause de ses dangers pour la liberté et la légalité, la théorie dite du mobile (selon laquelle tout acte administratif est susceptible de devenir un acte de gouvernement à raison du mobile qui l'a poussé) et la théorie de la nature de l'acte (acte de gouvernement et acte administratif) à

---

bilité 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, s'il s'agit d'actes commis par des fonctionnaires ou des employés publics et se rattachant à l'exercice d'une industrie.»

Cf. Oser-Schönenberger, Commentaire V 1 p. 419 et s.; von Tuhr I p. 338; Becker, Commentaire p. 324 et s.

[55] Cf. Duez p. 220 et s.; Duez et Debeyre p. 486 et s.; Cornu p. 202.

cause de son imprécision s'en tient encore à la notion d'acte de gouvernement, en renonçant à la définir autrement qu'en dressant une série d'actes répondant à cette étiquette, cette énumération subissant sans cesse des amputations. On considère actuellement en France comme tels les actes touchant aux rapports du pouvoir exécutif avec le législatif, les mesures prises par le gouvernement pour assurer le fonctionnement constitutionnel des pouvoirs publics, les actes se rattachant au fonctionnement du service diplomatique, les mesures générales de sûreté publique intérieure.

La doctrine semble consacrer la théorie de la responsabilité de l'Etat pour risque administratif comme correctif de l'application de la notion d'acte de gouvernement.

La jurisprudence admet la responsabilité de la puissance publique en cas de refus d'exécution d'une sentence judiciaire devant la crainte des troubles qui en résulteraient (expulsion des indigènes établis sans droit sur les terres d'un particulier, expulsion des grévistes de l'usine qu'ils occupent).

b) *En droit belge*, les tribunaux ordinaires de Belgique connaissent de tous les actes de l'administration, y compris ceux dits de gouvernement, notion qui est inconnue dans ce pays[56].

c) *En droit suisse*. La question ne se pose pratiquement pas maintenant dans notre droit qui est régi par le principe de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, sauf les quelques exceptions que nous examinerons dans notre partie spéciale.

Dans un tel système en effet, il sera très difficile, de par la nature des choses, d'établir l'existence d'une faute à la charge d'un agent ou d'une autorité collégiale appelés à prendre une décision se rattachant à la notion d'acte de gouvernement, selon la définition du droit français et que nous pouvons reprendre chez nous. En matière diplo-

[56] Cambier p. 387.

matique, le Tribunal fédéral a estimé, à juste titre selon nous, que la protection des intérêts particuliers des individus à l'étranger par la Confédération pouvait donner lieu à réparation suivant les cas[57]. Cette opinion a été critiquée par certains[58] par le motif qu'il s'agit là d'une pure question d'opportunité devant échapper à tout contrôle judiciaire et que l'on est donc en présence d'un acte de gouvernement, ce qui est faux.

L'introduction de la responsabilité de la communauté obligera le législateur à se déterminer sur cette question difficile, mais sa solution sera compliquée du fait de la tendance très nette de notre droit d'exclure, sur le plan de la juridiction administrative déjà, le contrôle par les juges de l'activité des autorités fédérales (art. 84, 85, 86, 87 OJF) ou de la limiter à celles des départements et services subordonnés, les décisions du Conseil fédéral ne pouvant être portées devant le Tribunal fédéral (art. 102 OJF).

Sprecher von Bernegg[59], à propos des actes de gouvernement, estime à juste titre que l'on peut séparer le contentieux de la réparation du contentieux administratif ordinaire, parce qu'ils reposent sur des bases bien distinctes. Nous souhaitons avec lui que la responsabilité de l'Etat s'étende aux actes de gouvernement, mais nous craignons que les exceptions à ce vœu soient nombreuses, pour les raisons qui viennent d'être indiquées, l'administration active affirmant qu'elle ne doit répondre de sa gestion que devant les autorités législatives[60].

Sur le plan cantonal, la Cour de Justice de Genève (ce canton connaît la responsabilité primaire de l'Etat) a rendu deux arrêts relatifs au refus de l'Etat de prêter

---

[57] TF 14 octobre 1932 Gschwind c. Confédération suisse RO 58 II 463; cf. infra p. 464a, note 208.

[58] Cf. Feldscher, Über die Rechtsnatur des diplomatischen und konsularischen Schutzes, ZBJV 66 p. 289 et s., 304.

[59] Über die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, p. 170 et s.

[60] Feldscher p. 304/305.

main-forte à l'exécution d'un jugement d'évacuation d'un locataire.

Dans le premier cas[61], le gouvernement soutenait le moyen pris de son devoir supérieur d'assistance aux chômeurs, auquel doit céder l'intérêt privé du bailleur pour la sauvegarde de l'ordre public. La Cour de justice a condamné l'Etat à réparer le préjudice subi par le propriétaire du fait de la non-exécution du jugement, en déclarant que l'Etat devait

«pourvoir aux obligations qui peuvent lui incomber de ce chef sur ses propres ressources, et non en imposant à un particulier des obligations qu'aucune loi ne met à sa charge» et que «l'obligation imposée arbitrairement aux propriétaires d'immeubles devrait avoir en tous cas pour contre-partie un moratoire des intérêts hypothécaires et des impôts et la constitution d'un organisme chargé dans chaque cas d'examiner si ce moratoire est applicable. Sinon l'on pourrait aboutir à des résultats tout aussi dangereux pour l'ordre public que ceux que l'Etat dit vouloir éviter».

Ces mêmes principes ont été confirmés récemment[62].

Comme en France, dans des cas semblables, la communauté a été condamnée à réparer le préjudice subi par le bénéficiaire d'un jugement qui ne pouvait en obtenir l'exécution par l'Etat qui invoquait des raisons supérieures pour refuser son concours; l'attitude de la puissance publique pouvait être parfaitement fondée et conforme à l'intérêt général. Les juges de l'indemnité ont cependant constaté que l'atteinte ainsi portée aux droits subjectifs du particulier, compte tenu de l'ensemble des circonstances, devait être réparée, ce qui n'implique nullement une critique de l'administration par les tribunaux. Ces exemples montrent bien que les actes de gouvernement peuvent faire l'objet du contentieux de la réparation, sans que l'Etat soit soumis indirectement à un contrôle judiciaire portant sur l'opportunité de son action.

[61] 5 mars 1937, Etat de Genève c. dame Lohmann, Sem. jud. 1937 p. 298.

[62] 17 octobre 1941, Etat de Genève c. dame Truchis de Lays, Sem. jud. 1942 p. 129.

§ 3. Actes se rattachant à l'exercice de la fonction juridictionnelle

Le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique du fait des juges a été consacré en France[63], en Belgique[64], et en Suisse[65]. Les cas où une réparation peut être accordée au tiers lésé par le fonctionnement défectueux de l'administration de la justice ont fait dans la plupart des pays l'objet de lois spéciales. Le fait est assez symptomatique pour qu'il vaille la peine de le relever, si l'on songe que les autres atteintes aux droits et intérêts des justiciables à la suite de l'activité étatique sont laissés — sauf rares exceptions — sans réparation prévue par la loi et qu'en France le contentieux de la réparation a été créé en dehors de tout texte légal.

L'individu est exposé à subir des dommages provenant d'erreur judiciaire, en droit civil, pénal ou administratif, d'arrestation ou de détention préventive injustifiées, d'erreurs ou de fautes commises par un juge dans le cadre de l'instruction du procès (perte d'un dossier, omission de fixation d'un délai à une partie pour se déterminer sur un acte de procédure).

Le législateur a éprouvé le besoin de préciser les cas dans lesquels l'Etat devait une réparation, et ceux où le lésé n'avait que la faculté d'agir contre l'auteur de son préjudice.

A ce sujet, il convient de distinguer entre l'activité proprement juridictionnelle du juge, soumise à une réglementation spéciale, et celle qu'il accomplit en dehors du jugement, comme un autre magistrat ou fonctionnaire, activité régie par le droit commun de la responsabilité. Nous ne traiterons ici que des actes juridictionnels stricto sensu.

---

[63] Duez p. 246 et s.; Duez et Debeyre p. 462 et s.; Waline, Traité élémentaire de droit administratif, p. 129, 606.

[64] Cambier p. 343.

[65] Stadlin, Die zivilrechtliche Haftung des Richters für Schäden aus Amtspflichtverletzungen.

Dans les systèmes juridiques où seul le fonctionnaire fautif peut être mis en cause, comme dans ceux qui sont régis par le principe de la responsabilité de l'Etat mais où précisément la puissance publique, par exception, n'est pas tenue des conséquences dommageables provenant d'actes se rattachant à l'exercice de la fonction juridictionnelle, les juges ont été mis à l'abri des réclamations des plaideurs. Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire ne peuvent en effet être recherchés que dans des cas déterminés, après que le lésé ait obtenu l'autorisation de les poursuivre ou selon une procédure particulière dont la plus fréquente est celle de la prise à partie[66].

Quel est le fondement de cette importante exception à la règle commune? Selon certains auteurs, l'acte juridictionnel, qui a force de vérité légale en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée, ne peut être remis en discussion, de par la volonté du législateur; celui-ci, après avoir multiplié les garanties d'une bonne administration de la justice par les lois de procédure et d'organisation judiciaire, entend à un certain stade mettre un point final à la querelle judiciaire. Dans ces conditions, il ne serait pas possible d'admettre une action en responsabilité qui supposerait préalablement prouvé le vice entachant l'acte incriminé.

Cette opinion n'est pas partagée par d'autres qui estiment, à juste titre selon nous, qu'elle s'applique seulement à certains actes juridictionnels. Une personne bénéficiant d'un jugement d'acquittement se fondera sur cette décision, qui est revêtue de l'autorité de la chose jugée, pour réclamer la réparation de son dommage. Un jugement condamnatoire — civil, pénal ou administratif — ne peut servir de fondement à une action en indemnité à cause du principe de la chose jugée, mais si une procédure de révision met ce jugement à néant, le principe de la chose jugée ne fera plus obstacle à la réclamation du lésé.

---

[66] Pour l'exposé complet de la question, voir Stadlin p. 95 et s.

D'autre part, les actes de poursuite ou d'instruction ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée et ne donnent lieu à une indemnité s'ils se révèlent entachés d'erreur que dans les cas expressément prévus par la loi.

Cela signifie que ce principe ne saurait être invoqué de façon générale pour justifier le régime de faveur dont bénéficient les fonctionnaires judiciaires.

Le problème n'est pas d'ordre juridique, mais relève de considérations d'opportunité politique[67]. Il ne se pose pratiquement que sur le terrain du droit pénal, alors qu'il n'y a pas de raisons théoriques de l'écarter du plan de la justice civile ou administrative. Il s'agit de réaliser un équilibre entre les exigences de l'individu victime d'une erreur judiciaire et l'indépendance des organes judiciaires qui ne doivent pas être entravés dans l'accomplissement de leur tâche par la crainte d'être exposé à des indemnités qu'eux-mêmes ou la communauté seraient appelés à verser.

Il ne faut pas assimiler la fausse application du droit aux cas pouvant donner lieu à indemnité, sinon chaque fois qu'un recours serait admis, les juges de l'instance inférieure ayant donné tort au recourant seraient exposés à une réclamation pécuniaire, alors que le système universellement admis consiste à dédommager (théoriquement) le recourant en lui accordant des frais et dépens mis à la charge de l'intimé succombant en recours.

Même en cas de changement de jurisprudence, le juge ne saurait être exposé à des dommages-intérêts. L'autorité de la chose jugée est limitée aux parties et à la cause, elle ne lie ni les tribunaux inférieurs, ni même l'instance qui a prononcé.

Il convient de ne pas instaurer une responsabilité de l'Etat trop étendue en matière d'actes juridictionnels. Si on appliquait à l'activité des juges les mêmes principes de responsabilité qu'aux autres magistrats ou fonctionnaires, on permettrait une révision nouvelle de chaque prononcé

---

[67] Duez p. 255.

judiciaire en plus de la révision légale; il suffirait en effet au plaideur d'alléguer qu'il est victime d'un acte contraire au droit lui ayant causé un préjudice pour qu'il puisse sans cesse attaquer, par la voie du contentieux de la réparation, l'acte ou le jugement rendu contre lui. Il est indispensable de limiter le nombre des instances où le justiciable peut porter sa réclamation, tout comme le législateur exclut, en matière pénale, civile ou de droit public, une seconde révision.

Enfin, seule la faute grave du juge pourrait donner lieu à l'ouverture d'une demande en réparation. Nous ne pensons pas que le magistrat qui violerait le droit, par exemple en refusant d'entrer en matière sur une action[68], commette une faute d'une gravité suffisante pour engager sa responsabilité.

a) Le droit français connaît deux lois en la matière. La première, de 1895 sur la révision des procès criminels et correctionnels et les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires, permet à la victime d'une erreur judiciaire, après révision, d'exiger réparation de son dommage; cette loi se fonde sur le risque social, sur le fonctionnement dommageable du service de la justice sans qu'il soit nécessaire qu'il ait été défectueux. La seconde, de 1933, sur les garanties de la liberté individuelle, ajoute aux cas où la prise à partie du juge est autorisée, la faute lourde professionnelle; en cas de succès de l'action du lésé, la responsabilité de l'Etat est substituée à celle des magistrats.

b) En droit suisse, la loi fédérale sur la procédure pénale, du 15 juin 1934, prévoit dans diverses dispositions l'octroi d'une indemnité par la Confédération:

— à l'inculpé mis au bénéfice d'une ordonnance de non-lieu pour préjudice résultant de la détention préventive ou d'autres actes de l'instruction, l'indemnité pouvant être refusée lorsque l'inculpé a provoqué ou entravé les

---

[68] Arrêt de la 3ème Zivilkammer du canton de Berne, 25 mai 1936, S. c. St., ZBJV 1938 p. 47.

opérations de l'instruction par son attitude répréhensible ou par sa légèreté; le dénonciateur ou le lésé qui ont provoqué la poursuite par dol ou négligence grave peuvent être condamnés à rembourser, en tout ou en partie, l'indemnité à la Confédération (art. 122);

— à l'accusé acquitté (art. 176, 206);

— à l'accusé, au condamné ou au lésé dont le pourvoi en nullité est déclaré fondé (art. 228);

— au condamné acquitté suite de révision, lequel peut réclamer que l'arrêt soit publié aux frais de la Confédération, cette indemnité passant, en cas de décès du condamné, aux personnes qu'il était tenu d'assister ou qui ont subi un tort particulier du fait de sa condamnation (art. 237);

— à l'accusé, au lésé, à l'accusateur privé ou au plaignant lorsque son pourvoi en nullité est déclaré fondé ou celui de la partie adverse mal fondé (art. 278).

Sans avoir expressément tranché le point de savoir si l'art. 122 PPF présuppose une action *illégale* de l'Etat, le Tribunal fédéral a cependant laissé entendre que cette notion n'était pas nécessaire en déclarant: «Ces termes (préjudice résultant de la détention préventive ou d'autres actes de l'instruction) paraissent viser une détention et des actes *légaux*, mais que les circonstances, après coup, auraient révélés injustifiés *en fait*[69].» C'est à juste titre, selon nous, que le Tribunal fédéral semble avoir ainsi définitivement abandonné son ancienne jurisprudence[70] aux termes de laquelle il fallait distinguer selon que l'acte de l'autorité avait été légal ou illégal. Cette division était contraire au système général prévoyant dans chaque cas la notion d'illicéité, alors que l'art. 122 PPF est rédigé de façon beaucoup plus large; la nouvelle interprétation du Tribunal fédéral tient compte d'autre part du véritable fondement du contentieux de la réparation, tel qu'il a été

---

[69] TF 17 mai 1938, X. c. Confédération suisse, RO 64 I 138, 142.

[70] Cf. Thilo, Notes sur la responsabilité de l'Etat en cas d'arrestation illégale, JdT 1930 I p. 227 et s.

défini en droit français. Clerc[71] estime que cette responsabilité est causale, civile. Nous pensons qu'elle découle du risque administratif, qu'elle relève typiquement du droit public, et qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon que l'acte incriminé est légal ou non ou que le fonctionnaire a commis une faute ou pas[72].

D'autre part, le particulier peut réclamer réparation d'un dommage causé par le fonctionnement défectueux de la justice civile ou administrative, ou encore en matière pénale, invoquer un cas autre que ceux énumérés par la législation spéciale prévoyant la responsabilité de la puissance publique, par exemple la violation par le juge des devoirs essentiels de sa fonction (dol, concussion, lourde faute professionnelle). Le lésé peut alors ouvrir action selon les art. 18 et s. de la loi fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération, du 9 décembre 1850, après avoir obtenu l'autorisation de poursuite de l'Assemblée fédérale s'il s'agit de juges élus par elle. Les autres organes judiciaires fédéraux sont soumis au même régime que les fonctionnaires ordinaires, ce qui est certainement une lacune du législateur, lequel n'avait en vue à l'époque que les juges fédéraux.

En droit cantonal, le système est généralement le même qu'en droit fédéral, et l'on retrouve la tendance à restreindre ou même à exclure toute action en indemnité contre l'Etat ou le juge, du fait des actes se rattachant à l'exercice de la fonction juridictionnelle[73].

---

[71] Clerc, De l'indemnité pour détention injustifiée en droit neuchâtelois, SJZ 1950 p. 269 et s.

[72] Sprecher von Bernegg, p. 114 et s., est du même avis, à propos du droit bernois. Même solution en droit vaudois où l'inculpé libéré par non-lieu qui a subi une détention préventive peut s'adresser par requête au tribunal d'accusation, à l'exclusion de toute autre instance judiciaire. C'est à l'autorité de jugement de statuer sur les demandes d'indemnité réclamées par l'accusé reconnu non coupable.

[73] Cf. Stadlin p. 102 et s.

Il y a lieu de soumettre à ce régime particulier non seulement l'activité proprement juridictionnelle des magistrats composant un tribunal ou statuant comme juge unique, mais aussi tous les agents de l'Etat collaborant au fonctionnement du service public de la justice (juges, magistrats enquêteurs, agents de la police judiciaire).

Les raisons d'ordre théorique et pratique qui viennent d'être indiquées sont suffisamment impérieuses pour justifier le maintien du système généralement adopté à propos des actes se rattachant à l'exercice de la fonction juridictionnelle[74]. Elles nécessitent une réglementation spéciale — contenue le plus souvent dans les lois d'organisation judiciaire ou les codes de procédure — qui doit être réservée dans la loi générale sur la responsabilité de l'Etat. Le recours de la puissance publique contre le juge auteur du dommage qu'elle a été appelée à réparer doit aussi faire l'objet de dispositions particulières, de même que tout ce qui a trait à l'immunité civile et pénale des juges.

§ 4. Actes parlementaires

On admet aussi que ces actes sont régis par le principe de l'irresponsabilité de l'Etat.

La question présente beaucoup d'analogie avec celle relative aux actes de gouvernement. Pour des raisons historiques et politiques, les actes parlementaires échappent à tout contrôle juridictionnel, d'une façon générale. Il faut faire exception pour notre recours de droit public, qui permet au Tribunal fédéral d'examiner in casu si telle décision parlementaire cantonale est arbitraire ou non.

On entend par acte parlementaire «tout acte, quel qu'en soit le contenu juridique, accompli par le Parlement, ses organes ou ses membres dans l'exercice de leurs fonctions»[75],

---

[74] Opinion contraire: Stadlin p. 129 et s.

[75] Duez p. 191.

à savoir le vote des lois et des résolutions prises par les chambres (réglements, mesures de police intérieure), les actes juridiques et matériels accomplis par les organes de chaque chambre (commissions diverses, bureaux, présidence), toute activité des députés accomplie dans l'exercice de la fonction parlementaire (discours, opinions exprimées en séance publique, en commission, votes, rapports)[76].

L'immunité parlementaire, qui concerne l'irresponsabilité personnelle du député, ne doit pas être confondue, ici aussi, avec l'irresponsabilité de l'Etat, lequel peut être tenu à réparation même si le député ne l'est pas grâce à son immunité. Celle-ci doit être réglée dans d'autres textes que ceux qui traitent de la responsabilité de la puissance publique à l'égard des tiers.

Les actes législatifs sont des actes parlementaires, mais leur importance est telle que nous les étudierons au paragraphe suivant.

Les parlements déploient fréquemment une activité administrative, par exemple en établissant le budget, en approuvant la gestion des services publics, en fixant les traitements et indemnités de certains fonctionnaires, en créant des fonctions permanentes (art. 85 Cst. féd.). L'activité des députés, comme celles des juges, peut donc être de nature administrative; dans ce cas, il faudra appliquer les règles ordinaires en matière de responsabilité, et réserver le régime d'exception aux actes parlementaires proprement dits à cause de leur nature particulière.

En France, la théorie de l'irresponsabilité de la puissance publique en raison des actes parlementaires a été battue en brèche par la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a admis en 1934 le principe du recours contre eux[77]. L'obstacle essentiel à l'instauration de cette jurisprudence résidait dans le fait que ces actes ne peuvent, de par leur nature, faire l'objet d'un recours portant sur leur légalité,

---

[76] Duez p. 191/192.

[77] Duez p. 196 et s., 200 et 201.

contrairement aux autres actes de la puissance publique susceptibles de donner lieu au contentieux de la réparation.

Cet obstacle n'existe pas en Suisse, car le recours de droit public permet au Tribunal fédéral d'examiner la légalité d'actes parlementaires cantonaux. Si le principe n'est pas poussé dans toutes ses conséquences logiques, puisque les décisions des autorités fédérales échappent au recours de droit public, il n'en reste pas moins que le droit fédéral suisse doit plus facilement instaurer la règle de la responsabilité de l'Etat en matière d'actes parlementaires de nature administrative.

Citons deux exemples tirés au hasard dans la législation fédérale, où l'Assemblée fédérale est tenue de prendre une décision purement et strictement de nature administrative, susceptible de causer un dommage à celui qui en est l'objet:

— la loi fédérale du 23 décembre 1872 concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse autorise le Conseil fédéral à rendre obligatoires certains travaux d'amélioration ou d'agrandissement d'installations ferroviaires, et à en ordonner l'exécution immédiate en cas d'urgence. Si la compagnie n'est pas d'accord, elle peut s'adresser à l'Assemblée fédérale, qui doit se prononcer.

— la loi fédérale sur les brevets d'invention du 21 juin 1907, à son art. 23, autorise l'Assemblée fédérale, lorsque l'intérêt général l'exige, à prononcer le retrait ou l'expropriation d'un brevet.

Dans ces deux exemples, lorsque les parties sont en désaccord sur le montant de l'indemnité à verser par la Confédération à celui qui est l'objet de ces décisions parlementaires, le législateur a désigné le Tribunal fédéral comme instance chargée de trancher ce contentieux de la réparation. L'art. 111 OJF règle d'autres cas semblables.

Notre droit positif, depuis fort longtemps, connaît donc le principe de la responsabilité de l'Etat en matière d'actes parlementaires et se trouve en ce domaine en très nette avance sur le système français, ce qu'il convient de relever.

§ 5. Actes législatifs

Les mêmes considérations générales émises à propos des actes parlementaires s'appliquent naturellement aux actes législatifs.

Au sens matériel de ce terme, il faut entendre «tout acte, quel qu'en soit l'auteur, qui pose une règle de droit, qui crée une situation juridique générale, objective, abstraite, impersonnelle»[78].

La question sera de savoir si, comment et dans quelle mesure les justiciables, ou certaines catégories d'entr'eux, lésés directement par un tel acte, peuvent obtenir réparation du préjudice subi, lequel peut se présenter de diverses manières[79]: le législateur interdit la fabrication ou l'emploi de certaines substances pour protéger la santé publique (absinthe, allumettes), ou établit un monopole à son profit. Le particulier se trouve ainsi directement lésé *du fait de la promulgation de la loi*, et non pas à raison de son application, hypothèse que nous ne traiterons pas ici.

Si le texte légal règle avec précision la réparation du dommage causé, la question est résolue d'avance. En revanche, dans le cas de silence ou d'imprécision de la loi, le juge pourra-t-il condamner la communauté à réparer le dommage causé par l'émission de l'acte législatif?

a) *En droit français*, durant cent ans, jusqu'en 1938, la jurisprudence a été très nette et a constamment consacré le principe de l'irresponsabilité de l'Etat. Sa justification résidait dans l'idée ancienne de la non-responsabilité de la souveraineté.

Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt La Fleurette, de 1938[80],

---

[78] Duez p. 201; Duez et Debeyre p. 458.

[79] Cf. Duez p. 202.

[80] Cf. Duez p. 206; il s'agissait d'une loi relative à la protection des produits laitiers interdisant la fabrication et le commerce de produits destinés aux mêmes usages que la crème et ne provenant pas exclusivement du lait. La société La Fleurette qui fabriquait un succédané dut cesser son exploitation et demanda une indemnité.

après avoir recherché l'intention du législateur d'après les travaux préparatoires, constatant que, dans les circonstances de la cause, il n'avait pas voulu écarter l'idée d'une indemnité, l'accorde à la requérante en se fondant sur le principe de l'égalité des individus devant les charges publiques. La jurisprudence a précisé dès lors cette position, en exigeant que l'intérêt frappé par l'acte législatif soit licite, le dommage devant être non seulement certain, actuel et évaluable en argent, mais encore anormal, spécial et direct [81].

Nous verrons ce qu'il y a lieu de penser du principe de l'égalité des individus devant les charges publiques lors de l'étude du fondement de la responsabilité de la puissance publique [82].

b) *Le droit suisse*, nous l'avons déjà dit, obéit à la théorie de la légalité. Le chapitre suivant traitera des cas où l'activité de l'Etat, découlant d'un acte législatif, donne lieu à réparation du préjudice causé lorsque le principe de cette indemnisation est expressément prévu par la loi. Mais comment résoudre la question de la réparation du préjudice causé non par l'exécution d'une loi, mais du fait de sa promulgation?

Sprecher von Bernegg [83] estime qu'il y a là une lacune de notre droit, et que l'Etat a une obligation naturelle de réparer le dommage; cet auteur et His [84] à sa suite se rattachent à la théorie française de l'égalité des individus devant les charges publiques dont ils retrouvent le principe à l'art. 4 Cst. féd.

Cette même idée est celle qui a inspiré le législateur lors de l'interdiction de l'absinthe. L'arrêté fédéral du 22 octobre

---

[81] Cf. les cas cités par Duez et Debeyre p. 461 et 462.

[82] P. 430a.

[83] Op. cit. p. 167-170.

[84] Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen, ZSR t. 42 n. s. p. 25, 26, 42 et s.

1910 garantit un dédommagement partiel aux sphères professionnelles lésées directement et dans une mesure sensible du fait de l'entrée en vigueur de la loi[85]. Il est intéressant de savoir que l'ordonnance d'exécution du 7 février 1911 prévoyait qu'à défaut d'entente amiable sur le montant de l'indemnité, des commissions d'estimation devaient la fixer, le recours au Tribunal fédéral étant réservé, et que *la procédure à suivre était celle de la loi fédérale sur l'expropriation* (art. 30).

Il vaut la peine de comparer la solution que nous venons d'indiquer avec celle du droit positif français et du Conseil d'Etat, également à propos de l'interdiction de la vente et de la circulation de l'absinthe (loi du 16 mars 1915 et arrêt du Conseil d'Etat du 29 avril 1921, Société Prenier et Henry)[86]: la loi n'accorde d'indemnité qu'aux petits cultivateurs détenant des stocks de plantes devenues inutilisables et aux débitants pour leurs stocks de liqueur, mais prévoit simplement que les industriels pourront déclarer les leurs, en vue d'une indemnisation éventuelle qui pourrait être consacrée par une loi ultérieure, qui n'a jamais été votée. La société requérante, qui avait dû fermer son usine, s'est vue refuser toute indemnité par le Conseil d'Etat, qui a consacré le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique dans le silence de l'acte législatif.

Nous pensons que la puissance publique a l'obligation de réparer le dommage créé par la promulgation d'un acte législatif chaque fois que l'atteinte aux droits subjectifs de l'individu est telle que l'on se trouve en présence d'une

---

[85] Cf. Message du Conseil fédéral FF 1910 III p. 333, 334: «Des motifs d'équité militent en faveur du dédommagement partiel des personnes ayant souffert de l'interdiction. Nous considérons comme l'un des plus sérieux d'entr'eux le fait que le dommage se concentre essentiellement sur une seule partie du pays, le Val-de-Travers... Nous estimons que la majorité qui, dans l'intérêt général, a décidé la suppression, doit fournir voies et moyens pour réparer les pertes subies.» Cf. Panchaud, A propos de la responsabilité extracontractuelle de la Confédération, Sem. jud. 1951 p. 457, 476.

[86] Duez p. 205.

expropriation ou d'une quasi-expropriation, et qu'il faut en conséquence rejeter dans cette mesure le principe de l'irresponsabilité de l'Etat en cette matière également.

Chapitre V

De l'inutilité de la distinction entre le dommage causé par l'activité régulière ou illicite de l'administration

Le législateur s'en remet de par la force des choses à l'administration du soin de décider si et dans quelle mesure il est nécessaire de porter atteinte aux droits du justiciable pour réaliser, dans l'application de la loi, le but qu'elle se propose qui est de concourir au bien commun.

En d'autres termes, il s'agit pour la puissance publique d'apprécier de cas en cas si l'intérêt général commande de sacrifier des droits subjectifs des individus. Le problème ressortit à la conception de l'Etat, à son rôle, notions qui débordent largement le cadre de notre travail, mais qu'il importe cependant de rappeler pour situer la question.

Le législateur s'est préoccupé dans une série de textes des conséquences de l'application normale de la loi et de ses effets à l'égard des droits subjectifs des individus. Des raisons d'ordre historique et pratique ont présidé à la naissance de dispositions protégeant la propriété privée immobilière dans les lois sur l'expropriation, et le même principe a été repris dans d'autres domaines.

Il va de soi que tous les empiètements et toutes les ingérences de l'Etat dans la sphère des individus ne peuvent donner lieu à indemnité: les impôts, les innombrables restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie, toutes les règles de police administrative au sens large ne donnent lieu par définition à aucune indemnité, parce que leur application est tout à fait générale, n'a rien d'exceptionnel ni d'anormal.

Le législateur a fait des exceptions, dont nous donnerons quelques exemples tirés du droit fédéral, et dont nous devrons ensuite chercher le fondement. Il convient de préciser que ces cas sont essentiellement différents de ce que nous avons dit à propos des actes législatifs, l'hypothèse que nous envisageons maintenant ayant trait exclusivement au dommage causé par l'application (et non la promulgation) de la loi:

— LF du 20 juin 1930 sur l'expropriation (art. 5, 16 et 41, al. 1, litt. c);

— LF 23 décembre 1872 concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse (art. 14, 15 travaux d'agrandissement et d'améliorations rendus obligatoires, art. 19, 24, 30, 33);

— LF 2 juillet 1886 concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général (art. 5 droit des personnes dans le besoin soumises à certaines mesures sanitaires à l'entretien et au traitement médical gratuits, droit des personnes dans le besoin non atteintes, délogées ou internées, à réparation des pertes subies dans l'exercice de leur profession, compétence des autorités administratives cantonales);

— LF 13 juin 1917 sur les mesures à prendre pour combattre les épizooties (art. 21, indemnités à verser par les cantons aux propriétaires dont les animaux sont atteints de certaines maladies);

— LF 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (art. 11 et 17);

— LF 12 avril 1907 sur l'organisation militaire de la Confédération (art. 27 à 29 responsabilité de la Confédération en cas d'accidents de personnes ou dégâts matériels suite d'exercices militaires; art. 203 réquisition de la propriété mobilière et immobilière contre indemnisation intégrale);

— LF 21 juin 1907 sur les brevets d'invention (art. 23 indemnité en cas de retrait ou d'expropriation d'un brevet);

— LF 21 juin 1932 sur l'alcool (art. 25, 26, rachat par la Confédération des appareils à distiller; lorsque la commission de taxation est saisie, la vente est censée conclue et le prix fixé par la commission est obligatoire tant pour le propriétaire que pour la régie);

— LF 1er avril 1938 tendant à assurer l'approvisionnement du pays en marchandises indispensables (art. 7: la Confédération doit une indemnité pleine et entière en cas d'expropriation par le

Conseil fédéral et une indemnisation équitable en cas de séquestre);

— LF 21 décembre 1948 sur la navigation aérienne (art. 41: pouvoirs accordés au Conseil fédéral d'arrêter des prescriptions sur les obstacles au vol, la législation fédérale sur l'expropriation étant applicable à la suppression totale ou partielle d'obstacles au vol qui existaient avant la promulgation de ces prescriptions; art. 42: la Confédération et les bénéficiaires d'une concession d'aérodrome ont le droit d'user gratuitement des propriétés publiques ou privées pour des installations du service de sécurité à la condition de ne pas gêner l'usage normal de ces biens-fonds, de ces bâtiments ou de ces installations, tout dommage résultant cependant de la construction et de l'entretien des installations du service de sécurité doit être réparé; art. 43: pouvoirs accordés au Conseil fédéral d'apporter des restrictions au droit de bâtir pour assurer la sécurité de la navigation aérienne, la loi fédérale sur l'expropriation étant applicable au dépôt des plans, à la procédure d'opposition et aux prétentions des intéressés à une indemnité; art. 50: pour la création et l'exploitation d'aérodromes, le Conseil fédéral peut exercer le droit d'expropriation conformément à la législation fédérale ou le conférer à des tiers, ce même droit pouvant aussi être exercé ou conféré pour des installations du service de sécurité si les droits prévus par les art. 42 et 43 sont insuffisants; voir également les art. 73, 75 et 82 du règlement d'exécution du 5 juin 1950);

— LF 27 mars 1953 complétant celle qui concerne la police des eaux (art. 3bis mesures ordonnées par le Conseil fédéral aux propriétaires d'ouvrages de retenue ou d'autres installations hydrauliques des usines hydroélectriques; indemnisation par la Confédération du tiers du coût des mesures de protection contre des faits de guerre, versement d'une indemnité «équitable» s'élevant au plus à la moitié du dommage causé au propriétaire du fait de l'abaissement commandé du niveau de l'eau, le propriétaire n'étant pas tenu de réparer le dommage subi par des tiers; versement par la Confédération d'une indemnité équitable aux tiers subissant des dommages d'une certaine importance par suite de l'écoulement de l'eau).

Il n'est pas sans intérêt de noter que certaines de ces dispositions excluent parfois expressément toute indemnisation du lésé: l'art. 15 de la loi sur les chemins de fer de 1872 précise qu'en cas de croisement de chemins, conduites d'eau ou de gaz avec les chemins de fer, la compagnie ne peut pas réclamer des indemnités pour atteintes portées à

sa propriété. La loi sur les épidémies de 1886 fait dépendre de la situation de fortune des lésés la réparation du préjudice subi du fait de l'exécution de la loi. La loi sur la police des eaux de 1953 va encore plus loin en faisant supporter au propriétaire de l'ouvrage les frais des mesures de sécurité complémentaires imposées par le Conseil fédéral, le cas échéant les inconvénients pouvant en résulter, et en l'obligeant à réparer les dommages que l'exécution de ces mesures peut directement causer à des tiers, à l'exception des cas où, du fait de l'abaissement du niveau de l'eau, ces tiers sont privés d'énergie électrique (ils sont alors seuls à supporter ce préjudice, la loi dégageant complètement le propriétaire) ou subissent un dommage par suite de l'écoulement de l'eau (la Confédération doit leur verser alors une indemnité équitable). On se réfère en outre aux art. 42 et 43 précités de la loi sur la navigation aérienne.

Dans le même ordre d'idées, les art. 3 et 8 du règlement pour les fonctionnaires du musée national suisse excluent expressément la responsabilité du musée national quant à l'exactitude des renseignements donnés par les fonctionnaires du musée et quant à l'exactitude des expertises qui lui sont confiées et pour toutes les conséquences juridiques pouvant résulter d'erreurs ou d'autres motifs. L'art. 14 du règlement d'exécution de la loi sur la navigation aérienne précise aussi que la Confédération, par le fait du contrôle de la navigabilité, n'assume aucune responsabilité pour les défauts et dommages pouvant provenir des matériaux employés ou de la construction, même si les organes de contrôle n'ont élevé aucune objection.

Notre législation reconnaît donc dans de nombreux domaines le droit du justiciable lésé par l'action régulière des services publics de réclamer réparation du préjudice subi; il faut admettre a fortiori qu'il en sera de même si l'activité de l'administration est illégale. Ces divers éléments sont la manifestation d'un principe général consacré par notre droit positif, qui y déroge parfois expressément.

L'étude sommaire de la jurisprudence sur la responsa-

bilité de la communauté en matière de droit de voisinage et de droit applicable aux relations entre l'individu et l'Etat[87] nous a amené à la conclusion que, là aussi, la question de l'activité régulière ou irrégulière de la puissance publique était sans pertinence. Le seul critère applicable pour déterminer si la responsabilité de l'Etat est engagée ou pas doit être recherché non dans le caractère licite ou illicite de l'activité administrative ou dans le comportement de l'auteur du dommage, mais dans la personne de la victime, dans l'importance et la nature du dommage qu'il subit.

Le Tribunal fédéral lui-même, en sa qualité de gardien des libertés constitutionnelles de la garantie de la propriété et de l'égalité devant la loi, apprécie, dans le recours de droit public, les règles de droit cantonal en se fondant sur l'atteinte portée aux droits des individus, et non pas sur l'activité licite ou illicite de l'Etat. Une décision cantonale est taxée d'arbitraire, une loi cantonale est déclarée anticonstitutionnelle ou contraire aux principes posés par la jurisprudence fédérale en matière de garantie de la propriété, en dehors de toutes considérations sur le fait que l'acte incriminé a été pris dans le cadre de l'activité régulière ou illicite de la puissance publique.

A d'autant plus forte raison cette distinction doit elle être considérée comme sans pertinence dans le contentieux de la réparation. Peu importe au justiciable que l'acte de l'Etat dont il se plaint ait été pris conformément au droit, soit le produit d'une faute grave ou d'une négligence infime d'un fonctionnaire, ou la conséquence du fonctionnement défectueux d'un service public. Il lui est indifférent de savoir que le dommage qu'il subit provient de tel ou tel fonctionnaire, de telle autorité collégiale, que la décision a été prise à telle majorité ou qu'un ensemble de services publics y a coopéré, chacun dans une part variable et qu'il sera impossible au lésé de déterminer.

---

[87] Cf. supra p. 397a et s.

Ainsi que l'a démontré Petitpierre[88], une restriction de droit public à la propriété doit être légale, d'intérêt public et ne pas créer d'inégalités entre les justiciables, ou alors être liée à une compensation pour être conforme à la garantie constitutionnelle de la propriété. Sprecher von Bernegg[89] et His[90], eux aussi, avaient vu juste en renonçant à distinguer les «rechtmässigen Staatsakte» de ceux qualifiés de «widerrechtlich».

Ces notions proviennent du droit civil, pour autant qu'il soit régi par le principe de la responsabilité personnelle fondée sur la faute, et n'ont rien à faire dans le contentieux de la réparation du droit public. La question de la faute de l'agent n'intéresse que l'Etat, dans son action récursoire contre le fonctionnaire fautif en dédommagement de ce qui a été payé au lésé, et dans l'application des sanctions pénales ou disciplinaires. Ces notions doivent figurer dans les lois régissant le statut des fonctionnaires.

Souvent le juge de la réparation n'aura pas à se prononcer sur le fonctionnement défectueux du service public, sur l'existence d'une faute de service à la charge d'un agent déterminé ou resté inconnu. Il en est ainsi dans les conflits en matière de droit de voisinage, de responsabilité du fait des choses et dans l'application des lois énumérées en tête du présent chapitre.

Les cas où il y a faute de service, faute du service public ou dommage résultant du risque administratif ne sont que des épisodes de l'activité étatique, laquelle doit tendre à la réalisation de l'intérêt général, quitte à empiéter sur les droits du particulier. Que l'activité de la puissance publique soit conforme au droit — ce qui est le cas normal — ou que, par accident, elle ne le soit pas — cas réservé à la connaissance de la juridiction administrative dite d'annu-

---

[88] Restrictions légales de droit public à la propriété et expropriation, p. 45 et s.

[89] Op. cit. p. 6 et s., 111 et s.

[90] Op. cit. p. 24 et 25.

lation — le contentieux de la réparation a un fondement propre qu'il convient de dégager et de définir à la lumière de son objet, de sa nature et de sa fonction propres.

Chapitre VI

Fondement de la responsabilité extracontractuelle en droit public

Il ressort des considérations précédentes que si la question de la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires a été et est encore résolue de façon peu satisfaisante, c'est qu'elle a été mal posée; il est sans intérêt de faire dépendre l'indemnisation du lésé de conditions étrangères au problème telles que la légalité ou l'illicéité de l'action administrative, de l'existence d'une faute d'un agent ou du service public.

Les notions empruntées au droit privé et transplantées dans le domaine du droit public sont la cause des obscurités et des contradictions qui caractérisent la situation actuelle de notre contentieux de la réparation.

Le vrai problème en droit public est celui de l'équilibre entre les exigences de l'Etat dans l'accomplissement de sa tâche et le respect des droits subjectifs du justiciable, tout comme le vrai et même problème, en droit privé, dans son stade actuel, est celui de la réparation du dommage causé à la victime en violation de ses droits.

Nous ne pouvons mieux faire que de reprendre ici, en les adaptant à notre droit, les conclusions du remarquable ouvrage de Cornu [91], qui s'est attaché à comparer les éléments et à rechercher le fondement de la responsabilité en droit public et en droit privé.

---

[91] Op. cit. p. 253 et s.

§ 1. La faute n'est jamais le fondement de la responsabilité en droit public

L'indemnisation du lésé en vertu de la théorie du risque administratif s'applique à l'activité législative, judiciaire ou gouvernementale de l'Etat, parce que la notion de faute est incompatible avec la notion de souveraineté qui caractérise ces activités; l'Etat peut en outre être déclaré responsable en dehors de toute faute, en matière de rapports de voisinage, par exemple, ou lorsque son activité crée des risques qu'il doit équitablement prendre à sa charge (dommage causé par des exercices militaires).

La notion de faute n'est pas non plus le fondement de la théorie de la faute du service public. La responsabilité de la communauté ne peut jamais être que du fait d'autrui, même si on la qualifie de directe parce que la collectivité est attaquée comme telle et condamnée à réparation comme s'il s'agissait d'un responsable primaire; la faute et la responsabilité pour autrui sont incompatibles en droit public. Le lésé ne peut pas opposer à la puissance publique une culpa in eligendo, in instruendo et in custodiendo. D'autre part, la faute du service public doit naturellement être dépouillée de tout élément subjectif — conscience, imputabilité — pour ne conserver que l'élément objectif, la violation d'une règle juridique.

En droit privé, dit Cornu[92], lorsqu'il y a égalité de puissance et d'intérêts entre deux particuliers, en l'absence de faute, il n'y a pas de raison de préférer la victime à l'auteur du dommage. La faute de l'auteur, en revanche, le rendra responsable. Mais la faute n'est pas le fondement de la responsabilité dans toute une série de cas — dits de responsabilité causale — où les intérêts et les forces en présence des parties sont d'inégale valeur. On retrouve ici les mêmes conditions qu'en droit public, où précisément le justiciable est seul en face de l'énorme puissance de l'Etat

---

[92] Op. cit. p. 258 et s.

et de la multiplicité de ses moyens susceptibles de léser ses droits; la conscience juridique exige alors de préférer la victime à l'auteur du dommage, et de l'en rendre responsable.

Il reste maintenant à exposer et à critiquer les opinions de la doctrine et des tribunaux sur le fondement de la responsabilité en droit public.

§ 2. Exposé sommaire des théories actuelles sur le fondement de la responsabilité de la puissance publique

1. Théorie de l'égalité des citoyens devant les charges publiques

Le dommage causé au justiciable par l'activité étatique apparaît comme une charge publique dès qu'il est anormal, exceptionnel et dépasse les gênes et les sacrifices courants qu'exige la vie en société, d'où naît l'obligation pour la puissance publique de le réparer [93]. Ce principe a été admis en droit suisse, tant par la doctrine [94] que dans la jurisprudence [95].

Nous pensons avec Cornu [96] et les auteurs qu'il cite que l'on ne peut qualifier de «charge publique» tous les dommages causés par l'activité étatique, tels les accidents, les dommages temporaires, et il faudrait prouver que «l'indemnité est un rétablissement réel de l'égalité» [97].

Ce principe n'est pas le fondement de la responsabilité, mais une des mesures de la responsabilité de la puissance publique dans la réparation du dommage subi par le lésé [98].

---

[93] Cf. Duez p. 10, 71, 313; Duez et Debeyre p. 419; Waline p. 594 et s.

[94] Sprecher von Bernegg p. 125 et s.; His p. 42 et s.; Panchaud p. 474 et s.

[95] Cf. TF 8 novembre 1943, Muller c. commune et Etat de Soleure, RO 69 I 234 = JdT 1944 I 312; TF 10 novembre 1942, Pfister c. Confédération suisse, RO 68 II 212 = JdT 1943 I 78, 83.

[96] Op. cit. p. 264.

[97] Ibidem.

[98] Op. cit. p. 264, 271.

2. Nous pouvons laisser de côté la «*théorie de l'anormal*» de la doctrine française[99] qui n'a pas été reprise chez nous, en vertu de laquelle la responsabilité de l'Etat serait engagée du fait de l'anormalité du dommage ou de l'acte. Ce caractère dépend en réalité de l'objet auquel cette notion s'applique, et il s'agit là aussi d'un élément de mesure de la responsabilité, mais nullement de son fondement.

3. La théorie de la sécurité

Comparer ou transporter une institution juridique d'un pays dans un autre est toujours délicat, et des adaptations multiples s'imposent pour tenir compte des circonstances historiques, politiques et sociales propres à chaque système. En revanche, les théories expliquant la nature commune des institutions peuvent être confrontées plus librement.

Les pages qui précèdent ont été consacrées à définir certaines notions de droit public, à rechercher le droit applicable à notre matière, à isoler des éléments que des raisons historiques, pratiques ou d'équité avaient réunis contrairement à toute logique. Il était nécessaire de découper les contours du droit privé et du droit public, de bien marquer leurs différences spécifiques dans la mesure où nous le permettait le cadre de notre travail.

Ce n'est pas sans motifs que la responsabilité extracontractuelle présente la plus grande confusion et la plus large interpénétration des deux droits. La synthèse faite par Cornu des domaines de la responsabilité des droits privé et public l'amène à conclure que l'élément social, le fondement de la responsabilité, est la sécurité:

a) en droit privé:

«Ainsi se dessinent nettement en droit privé deux sphères centrées autour de deux principes antinomiques:

Celle de la responsabilité individuelle, de pur droit privé entre deux individus à égalité de forces qui coïncide avec la faute.

---

[99] Op. cit. p. 268 et s.

Celle de la sécurité, où l'on rend responsable un individu vis-à-vis des autres parce que sa puissance et sa capacité de nuire appellent sur sa tête une obligation de sécurité en même temps qu'elles créent chez les autres un droit à la sécurité.»[100]

b) En droit public, la puissance de l'Etat, dont la mission est d'agir dans l'intérêt général, crée à sa charge une obligation de sécurité, du fait de l'inégalité des forces en présence.

«On peut même préciser que l'obligation de sécurité est ici directement fonction de l'étendue de l'activité de l'Etat et de l'extension de son intervention dans tous les domaines.

On peut donc dire de façon générale que l'obligation de sécurité est le fondement de la responsabilité des collectivités publiques vis-à-vis des tiers.

L'Etat apparaît comme un vaste «débiteur de sécurité» et cette dette sociale affecte une multiplicité d'aspects: sécurité dans la confection des lois, dans l'administration de la justice ou l'exécution des travaux publics, sécurité au voisinage des biens de l'Etat, sécurité intérieure dans la cité et à la limite sécurité extérieure. C'est une obligation qui suit la puissance publique dans toutes ses activités.»[101]

Cette notion de sécurité, nous l'avons déjà relevé dans notre introduction, est universelle, elle traduit un besoin qui s'affirme dans tous les aspects de la vie juridique actuelle.

Nous pouvons faire nôtres les idées de Cornu, non seulement parce qu'elles sont générales et l'expression de la réalité, mais qu'elles trouvent leur correspondance dans notre droit, et même en tête de la Constitution fédérale, à son art. 2:

«La Confédération a pour but d'assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger, de maintenir la tranquillité et l'ordre à l'intérieur, de protéger la liberté et les droits des confédérés et d'accroître leur prospérité commune.»

Si cette disposition ne garantit pas un droit individuel, elle indique quels sont les devoirs et le but de la Confédération[102], indication suffisante à justifier ce qui précède.

---

[100] Cornu p. 274.

[101] Cornu p. 275.

[102] TF 11 mai 1905, Fatzer et Gasser c. Conseil d'Etat de Thurgovie, RO 31 I 297, 301; Burckhardt, Commentaire, p. 10.

Il vaut la peine de relever que Soldan-Burckhardt parlaient de «dette de sécurité» à la charge du patron, dans le cadre du contrat de louage de services, et au profit de l'ouvrier, en justifiant également cette notion par l'inégalité des forces et des intérêts en présence, sans que celle de faute intervienne, en cas d'accident, pour fonder la responsabilité du patron[103]. Ces auteurs relevaient que la loi civile seule était insuffisante à assurer cette protection, qui nécessitait des mesures de police administrative et certaines sanctions pénales. Si cela était vrai en 1881 déjà, qu'en est-il aujourd'hui?

L'Etat moderne, en reconnaissant les droits subjectifs de l'individu, a reconnu envers lui sa dette de sécurité dont la source se trouve dans la règle de droit, ainsi que l'admet Duguit, et dans notre propre constitution fédérale.

Le Tribunal fédéral, condamné par la théorie de la légalité à refuser toute indemnité en cas de silence de la loi, obéit au même sentiment et il est prêt à admettre que l'Etat peut être tenu à réparation pour des considérations générales d'équité et d'égalité[104], comme le font les autorités administratives lorsqu'elles indemnisent bénévolement la victime d'un dommage[105].

Chapitre VII

La mesure de l'obligation de sécurité de la puissance publique et le dommage

Si en droit privé tout dommage extracontractuel doit être réparé — cas de force majeure réservé — il n'en est pas de même en droit public où l'Etat, pour réaliser l'inté-

[103] La responsabilité des fabricants et autres chefs d'exploitations industrielles, d'après les lois fédérales des 25 juin 1881 et 26 avril 1887, p. 8 à 10.

[104] TF 10 novembre 1942, Pfister c. Confédération suisse, RO 68 II 212 = JdT 1943 I 78, et les arrêts cités au considérant 4.

[105] Cf. supra p. 399a.

rêt général, doit naturellement empiéter sur les droits subjectifs des individus.

La nature des choses et l'infinie diversité de l'action administrative empêchent de donner une solution unique à la question de savoir quels seront les dommages qui doivent être réparés, et dans quelle mesure, et lesquels ne le seront pas. Les secteurs de la responsabilité, ses divers degrés sont autant d'obstacles à tout essai de schématisation. Comme en droit privé, il faut se contenter de poser des règles très générales et laisser au juge le soin de les appliquer de façon nuancée et souple à chaque cas concret, en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Le juge de la réparation doit avoir toujours présentes devant lui les exigences de la puissance publique, l'intérêt général, et d'autre part les droits subjectifs de l'individu. Chaque fois le juge devra se demander si l'équilibre entre ces deux domaines peut être rompu moyennant indemnité ou sans réparation.

Certains auteurs tracent deux grandes catégories selon l'importance des droits de l'individu lésés[106] et distinguent les droits absolus et les droits relatifs à la sécurité. Les premiers comprendraient les droits fondamentaux de la personne (droit à la vie, à la sécurité corporelle, à la sécurité de son travail, à la protection de la justice) et appelleraient automatiquement la responsabilité de la puissance publique. Les seconds comprendraient tous les autres droits, l'obligation de sécurité de la collectivité s'appréciant selon les notions de normalité (d'après les activités de l'Etat, la nature de ses différents services ou l'importance du dommage subi) et d'égalité (d'après la situation de la victime à l'égard du service, les avantages qu'elle en a retirés et le préjudice causé).

A notre avis, cette distinction est artificielle et inutile, et il est préférable de laisser toute latitude au juge d'apprécier la mesure de la réparation en cas d'atteinte aux droits subjectifs.

[106] Cornu p. 278.

La solution de cette question est de même nature que celle en matière d'expropriation, dont les principes pourront servir d'exemple au législateur chargé d'établir les règles sur la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés à des tiers. On pourra s'inspirer de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui déclare que l'«on est en présence d'une mesure analogue à l'expropriation obligeant la collectivité publique à payer des dommages-intérêts lorsque des interdictions ou injonctions administratives ou de police restreignent le droit du propriétaire de disposer de son bien ou de l'utiliser et que, de la sorte, on lui impose des sacrifices excessifs en faveur de la communauté»[107].

Chapitre VIII

Le dommage

§ 1. Généralités

Le lésé aura le fardeau de la preuve de l'existence, de la nature et du montant de son dommage dont nous avons déjà indiqué les éléments essentiels[108].

De plus, le dommage doit être certain et actuel, car, dans l'hypothèse où il serait futur ou hypothétique, le contentieux de l'annulation serait la seule voie ouverte au justiciable (recours hiérarchique simple ou formel, recours porté devant les tribunaux chargés de la juridiction administrative).

La nature du dommage réparable est la même qu'en droit privé. On peut se demander si la réparation du tort moral incombe à l'Etat. La jurisprudence française est restrictive en cette matière[109], et les tribunaux suisses

---

[107] TF 2 juin 1948, B. c. Conseil d'Etat de Bâle-Campagne, cité par Thilo, La route et la circulation routière, JdT 1949 I 454.

[108] Cf. p. 430a.

[109] Cf. Duez p. 106; Duez et Debeyre p. 447.

également, à tort selon nous, en matière d'indemnité à la suite d'arrestation injustifiée lorsque la victime n'est pour rien dans ce qui lui arrive[110]. En revanche, nous souscrivons sans réserve à la solution du Tribunal cantonal vaudois dans son arrêt A.D. c. Commune de ***[111], où, s'agissant d'un fonctionnaire révoqué sans droit réclamant de ce chef une indemnité pour tort moral, les juges ont considéré:

«que l'on doit, pour examiner cette prétention, s'inspirer de l'art. 49 CO, applicable par analogie à défaut de norme spéciale de droit administratif, en relevant toutefois que si les conditions rigoureuses auxquelles est subordonnée l'allocation d'une indemnité pour tort moral, exigeant une gravité particulière du préjudice subi et de la faute commise, sont justifiées en droit privé, on ne saurait faire preuve de la même rigueur en droit public;

que la gravité de la faute, notamment, doit s'apprécier avec plus de sévérité de la part d'une autorité, qui doit connaître l'importance de ses décisions et qui doit par conséquent agir avec plus de pondération et de réflexion, que de la part d'un simple particulier.»

En l'espèce, une indemnité pour tort moral de fr. 5000.— a été allouée au demandeur.

La réparation ne peut être accordée que sous forme d'indemnisation lorsque le litige est tranché par un organe judiciaire, les tribunaux ne pouvant donner des ordres à l'administration[112]. Elle sera semblable à celle du droit privé, en ce sens qu'elle tendra à la compensation intégrale du préjudice, sauf disposition contraire de la loi[113], ses modalités dépendant de la nature du dommage et de la situation de la victime.

---

[110] Sem. jud. 1939 p. 124. Cour de Justice civile, Genève 10 juin 1938, Hug c. Etat de Genève.

[111] JdT 1941 III 99, 125.

[112] Cf. cependant l'art. 18 LF sur l'expropriation, qui prévoit la réparation en nature, mais en précisant qu'elle ne peut remplacer l'indemnité en argent que dans des cas exceptionnels par exemple pour sauvegarder l'exploitation d'une entreprise agricole.

[113] Cf. LF du 27 mars 1953 de la police des eaux et supra p. 422a.

§ 2. Lien de causalité

Le dommage doit être direct, en ce sens qu'il doit exister un rapport de cause à effet entre l'atteinte aux droits du justiciable et l'action administrative, qui ne doit pas être seulement l'occasion du préjudice[114].

En droit fédéral[115] et cantonal[116], c'est la notion de causalité adéquate qui fait règle comme pour la responsabilité civile.

§ 3. Influence du comportement du lésé

Il faut appliquer également le principe commun à tous les systèmes de responsabilité que le préjudice imputable en tout ou partie à la faute de la victime ne sera pas réparé, ou ne le sera que proportionnellement à son comportement fautif[117]. On peut se référer à l'art. 44 CO en tenant compte de la nature particulière de la matière.

Un point mérite d'être examiné: faut-il considérer comme une faute concurrente le fait pour le justiciable de ne pas épuiser les voies de recours administratives ou judiciaires propres à lui permettre d'obtenir l'annulation de la décision qui lui cause un préjudice, avant d'ouvrir action en responsabilité? Le Tribunal fédéral répond affirmativement à cette question en matière de responsabilité des fonctionnaires de poursuites et faillites; il considère que

---

[114] Duez p. 16, 104; Duez et Debeyre p. 446.

[115] Sprecher von Bernegg p. 174; Sager, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen dem Bunde und den Dritten gegenüber (thèse Zurich 1941), p. 113; Oftinger II p. 679, 771, 1074.

[116] Zehntner, Die Haftung des Staates für seine Funktionäre nach der Gesetzgebung der schweizerischen Kantone (thèse Zurich 1952), p. 38 et s., 49.

[117] Duez p. 105; Duez et Debeyre p. 446; art. 122 al. 1 PPF; TF 17 mai 1938, X. c. Confédération suisse, RO 64 I 138, 143.

le lésé qui n'a pas utilisé la voie de la plainte commet une faute qui compense celle du fonctionnaire[118]; la loi schaffhousoise d'introduction au CCS, du 27 juin 1911, à son art. 141, et la loi grisonne du 26 mai 1944 sur la responsabilité des autorités, fonctionnaires et employés publics, à son art. 15 de même que la jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois[119], posent comme condition de recevabilité de l'action en réparation l'épuisement des instances de recours. C'est aussi la solution du droit allemand (art. 839 al. 3 BGB)[120]. Selon certains, le lésé devrait même attirer l'attention du fonctionnaire en cause sur les conséquences dommageables de sa décision[121].

Cette opinion nous paraît erronée; elle repose sur la confusion entre contentieux de l'annulation et de la réparation, et bien souvent, comme nous l'avons relevé[122], l'acte ou l'omission de l'administration consomme en lui-même le dommage. L'activité étatique peut parfaitement être légale et opportune, échapper donc à toute critique, et donner lieu à réparation si elle lése les droits subjectifs dans une mesure anormale. Les services publics sont censés travailler dans l'intérêt commun et correctement, et on ne saurait exiger du justiciable qu'il soit en mesure d'apprécier — mieux que l'Etat — si l'activité de l'administration peut être critiquée ou non par les autorités de recours[123]. L'optique du juge de l'annulation et celle du juge de la réparation sont essentiellement différentes.

En outre, on risquerait de se heurter à des difficultés et d'aboutir à des régimes divergents et inéquitables selon

---

[118] TF 26 mai 1905, Stienen c. Hofmann, RO 31 II 342, 349.

[119] TC Vaud 20 novembre 1945, Griesser c. commune de St-Prex, JdT 1946 III 54.

[120] Schütz, Die Ersatzpflicht des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt rechtswidrig verursachten Schaden im schweizerischen Recht, p. 63.

[121] Schütz p. 64 et les auteurs allemands cités.

[122] Cf. supra p. 386a.

[123] Zehntner p. 38.

que l'autorité de recours est l'administration ou un tribunal; la décision administrative permettrait l'ouverture d'une action en responsabilité, alors que le principe de l'autorité de la chose jugée y ferait obstacle en ce qui concerne l'arrêt sur recours (quoique cet argument, à nos yeux, soit dénué de pertinence, les décisions judiciaires cantonales, définitives et exécutoires, pouvant dans certains cas faire l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral).

Chapitre IX

Conclusions

Avant d'aborder notre partie spéciale, il convient de résumer les notions que nous venons d'analyser et de définir, et de voir quelles en sont la portée et les conséquences. La question de la responsabilité de la puissance publique se pose chaque fois qu'il y a lésion des droits subjectifs d'une personne juridique. Le fondement de cette responsabilité est la notion de sécurité, qui est l'un des premiers buts de l'Etat. Peu importe que ses services publics aient fonctionné de façon réglementaire et opportune, ou qu'en revanche il y ait eu faute du service ou de service, ou encore que le dommage soit la conséquence du risque administratif.

Le seul critère déterminant est celui de l'obligation pour l'Etat de réparer in casu le préjudice du lésé, compte tenu de l'intérêt public et des droits subjectifs du justiciable. S'agissant d'une responsabilité extracontractuelle, seul le droit public est applicable au contentieux de la réparation.

Celui-ci est déjà parfaitement organisé en matière d'expropriation et de réquisitions. Nous pensons qu'il y a lieu d'étendre ces cas particuliers de l'obligation générale d'indemniser incombant à l'Etat à l'ensemble de la matière où sa responsabilité extracontractuelle peut être engagée, en faisant les adaptations nécessaires pour tenir compte de la

nature particulière et de l'activité de chaque service, des droits et intérêts du justiciable, en un mot de l'intérêt général in abstracto et in concreto.

Partie spéciale

Chapitre X

Généralités

C'est la troisième fois que la Société suisse des juristes met notre sujet à l'ordre du jour; le rapport de 1888 de M. Ziegler portait sur «die (direkte oder subsidiäre) Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten»[124]; en 1912, les deux rapporteurs, MM. Kaufmann et Ott ont traité de la revision de la loi fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération, du 9 décembre 1850[125].

De nombreux auteurs ont étudié le droit fédéral et cantonal, et critiqué certaines solutions jurisprudentielles. Sager a décrit en détail le système de la loi fédérale de 1850, Zehntner a fait la synthèse des législations cantonales en la matière, et Oftinger[126] dans son second volume a analysé les principales lois fédérales contenant une réglementation spéciale de la responsabilité de la Confédération ou des services publics fédéraux.

Il est donc inutile de reprendre ici l'étude approfondie d'un sujet qui a été largement traité. Tout le monde reconnaît les insuffisances de la loi de 1850, et il est sans intérêt de rapprocher les solutions du droit cantonal qui, trop

---

[124] ZSR n. s. 7, p. 481 et s.

[125] ZSR n. s. 31 p. 601 et s., 745 et s., 803 et s.

[126] Schweizerisches Haftpflichtrecht I, II p. 649 et s.

souvent, n'offrent aucun dénominateur commun. Toute la matière de la responsabilité de la puissance publique doit être repensée et faire l'objet d'une refonte complète. La question présente un caractère d'urgence sur le plan fédéral, et nous nous attacherons spécialement à rechercher, à la lumière des principes généraux qui ont été exposés dans notre première partie, dans quelle direction et sur quels points notre droit fédéral doit être revisé.

M. Tell Perrin a déposé le 19 septembre 1944 le postulat suivant au Conseil national:

«Le Conseil fédéral est invité à examiner s'il serait opportun de reviser la loi fédérale du 9 décembre 1850 sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération, pour l'harmoniser avec les conceptions juridiques actuelles, et tout spécialement en vue d'instituer la responsabilité de la Confédération en cas d'acte illicite commis par un fonctionnaire.»

Le Conseil fédéral avait accepté ce postulat, mais son auteur, constatant qu'aucune suite n'y avait été donnée, a déposé une motion dans le même sens le 17 décembre 1951, qui a été prise en considération par le Conseil national et par le Conseil des Etats. Chargé par le Conseil fédéral d'étudier la question, M. J. Hablützel, ancien juge au Tribunal fédéral, a présenté en août 1952 un avant-projet d'une nouvelle loi fédérale sur la responsabilité des fonctionnaires fédéraux qui est actuellement examiné par les services de la Confédération.

Lorsque la législation fédérale nouvelle aura été créée, les cantons qui attendent logiquement de voir quelle sera la solution apportée au problème sur le plan fédéral adapteront à leur tour leur droit positif au nouveau système de la Confédération, s'ils éprouvent le besoin de reviser leur réglementation. Une motion a été déposée le 4 février 1953 au Grand Conseil fribourgeois invitant le Conseil d'Etat à étudier tout le problème de la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires vis-à-vis des tiers et de prévoir un réglement clair, précis et uniforme de cette responsabilité, la loi

fribourgeoise du 5 octobre 1850 sur la matière étant considérée comme largement dépassée par les événements[127].

Sur la plan international enfin, le Congrès de droit comparé de la Haye en 1932 a émis le vœu que, pour développer le domaine d'application de la responsabilité de l'Etat en droit interne, il importait que le principe de cette responsabilité soit général en matière administrative.

Chapitre XI

Les divers systèmes de la responsabilité en droit suisse

§ 1. Introduction

Reprenant textuellement les termes de l'art. 110 de la Constitution de 1848, l'art. 117 de notre chartre nationale établit la règle suivante:

«Les fonctionnaires de la Confédération sont responsables de leur gestion. Une loi fédérale détermine ce qui tient à cette responsabilité.»

Cette disposition a pour objet essentiel de poser le principe de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'Etat, de préciser leur obligation de rendre compte de leur gestion à l'autorité de surveillance et de permettre à la puissance publique de poursuivre le fautif civilement, pénalement et sur le plan disciplinaire. Burckhardt[128] relève que la responsabilité à l'égard des tiers est une autre question, dont la solution législative est indépendante du principe posé par la Constitution. Le législateur n'est nullement bridé par elle pour organiser la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires. Preuve en soit les diverses lois fédérales instaurant la responsabilité de la Confédération comme telle, en dérogation au principe traditionnel de la

---

[127] Motion de M. Lucien Nussbaumer.

[128] Commentaire p. 806/807.

responsabilité personnelle des fonctionnaires. Ces lois ne sont nullement contraires à la Constitution.

En outre, il s'agissait à l'époque avant tout de protéger la situation juridique des fonctionnaires et de les soustraire à la juridiction des autorités cantonales dont l'Etat fédéral se méfiait. C'est dans ce même ordre d'idées que la loi sur les garanties du 23 décembre 1851 a été conçue[129].

Le législateur fédéral peut ainsi organiser comme il l'entend la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires, et, sauf exceptions qui seront précisées, il laisse également aux cantons la compétence de régler la matière selon les divers systèmes existant et qui sont les suivants:

a) la responsabilité personnelle des fonctionnaires;
b) la responsabilité subsidiaire de l'Etat;
c) la responsabilité primaire de l'Etat.

§ 2. Le système de la responsabilité personnelle des fonctionnaires

Au siècle dernier, on admettait que les fonctionnaires agissaient comme des personnes physiques distinctes de l'Etat, lequel ne pouvait commettre des actes délictueux ou quasi-délictueux. Les fonctionnaires sont alors personnellement et seuls responsables de leur gestion et des dommages qu'ils ont causé de manière illicite à autrui, intentionnellement ou par négligence ou imprudence, selon les art. 41 et s. CO, tout comme les particuliers.

Il est donc évident que l'agent ne saurait être tenu du préjudice qu'il cause en exécutant correctement ses fonctions; seule la collectivité publique pourrait voir sa responsabilité engagée dans ce cas. Le critère déterminant pour le système de la responsabilité personnelle du fonctionnaire est donc sa propre faute, alors que le seul élément logique qui doit être pris en considération est celui de la

---

[129] His, Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts, III p. 423 et s.

réparation du dommage subi par le justiciable. Cette conception erronée de base suffit à condamner ce système suranné[130], dont le champ d'application est encore très vaste.

A. Droit fédéral

1. La loi fédérale du 9 décembre 1850 sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération (LR) règle la responsabilité disciplinaire, pénale et pécuniaire, en mélangeant ces trois notions qui devraient faire l'objet de textes distincts. La loi pose le principe de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, sans dire à l'égard de qui — Etat ou tiers lésé — elle est engagée, à son art. 2, dont la teneur est la suivante:

«Les membres des autorités fédérales exécutives ou judiciaires ainsi que les autres fonctionnaires sont responsables de leur gestion, conformément aux dispositions de la présente loi. Il en est de même des personnes qui sont provisoirement investies de fonctions ou qui se chargent de fonctions temporaires.»

Sauf les deux exceptions prévues aux art. 3 et 33 que nous examinerons plus loin, la Confédération n'encourt selon la LR aucune responsabilité pour le dommage causé à des tiers par ses fonctionnaires.

2. Le principe posé par la loi de 1850 a été repris par l'art. 61 al. 1 CO, qui permet au législateur de déroger aux dispositions du droit civil en matière de responsabilité pour le dommage ou le tort moral causé par des fonctionnaires et employés publics fédéraux dans l'exercice de leur charge. La règle est ainsi la responsabilité personnelle de l'agent fautif.

L'art. 61 CO a maintenu la loi de 1850 tout en réservant des exceptions au système qu'elle instituait, et a délimité le champ d'application du droit public et du droit privé; à défaut d'une réglementation spéciale de droit public, c'est le droit civil qui est applicable comme tel, et

---

[130] Fleiner-Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, p. 698.

non pas à titre de droit public supplétif. En revanche, si la législation de droit public présente des lacunes, et que les principes généraux du droit public soient insuffisants à donner la solution, les dispositions du CO ne peuvent être appliquées qu'à titre de droit public supplétif.

B. Droit cantonal

Le principe de la seule responsabilité personnelle des fonctionnaires régit encore huit cantons et demi-cantons; Schwytz[131], Obwald[132], Nidwald[133], Zurich[134], St-Gall[135], Appenzell Rhodes-Ext.[136], Appenzell Rhodes-Int.[137], et Tessin[138].

Les art. 41 et s. CO sont seuls applicables à titre de droit fédéral; lorsque la législation cantonale se borne à renvoyer aux dispositions du CO, celles-ci sont considérées comme règles de droit supplétif cantonal; le recours en réforme au Tribunal fédéral est donc exclu[139].

§ 3. Le système de la responsabilité subsidiaire de l'Etat

Il s'agit là d'un stade intermédiaire entre la responsabilité personnelle des fonctionnaires et celle de l'Etat. Le législateur consacre le premier système, mais, pour mieux protéger les intérêts du justiciable lésé qui risque fort de ne pouvoir être indemnisé suivant la solvabilité du fonctionnaire déclaré responsable, met à la charge de la collectivité

[131] Art. 17 et 45 Cst. 1898, art. 234 à 239 Loi introd. CCS.

[132] Art. 6 et 16 Cst. 1902, LR 13 décembre 1869.

[133] Art. 5 et 22 Cst. 1913.

[134] Art. 7 et 10 Cst. 1869, Art. 224 à 229 Loi introd. CCS.

[135] Art. 30, 56, 107 à 109 Cst. 1890, LR 25 novembre 1885 et 9 mars 1833.

[136] Art. 35 Cst. 1908, Art. 192 et s. Loi introd. CCS.

[137] Aucune disposition.

[138] LR 1841, art. 195 Loi introd. CCS.

[139] Secrétan, La responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat et des fonctionnaires à l'égard des particuliers en droit fédéral et en droit cantonal, JdT 1933 I 134.

publique la réparation du préjudice causé. La responsabilité de l'Etat dépend donc de celle du fonctionnaire fautif.

A. Droit fédéral

Un exemple de ce principe se trouve à l'art. 3 de la LR de 1850, qui traite de la responsabilité des membres d'une autorité; ceux-ci ne sont pas tenus individuellement et solidairement du dommage causé, mais seulement pour leur part et portion. Si, pris individuellement, ils ne peuvent pas réparer le dommage, il incombe à la Confédération d'indemniser le lésé. En vertu de l'art. 38 al. 4 de la LF sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux, du 20 juin 1933, la Confédération répond, pour les bureaux fédéraux de contrôle, des dommages qui résultent d'une exécution défectueuse du service et que les agents fautifs ne sont pas en mesure de réparer. Les cantons sont responsables pour les autres bureaux.

Le législateur fédéral a imposé ce système aux cantons dans quelques domaines où l'application du droit fédéral leur est réservée. Il s'agit de:

a) la responsabilité des officiers de l'état civil, des autorités de surveillance, de leurs employés, où les cantons sont tenus subsidiairement du dommage non réparé par les fonctionnaires responsables (art. 42 CCS);
b) la responsabilité des cantons pour le dommage qui n'est pas réparé par le tuteur ou les membres des autorités de tutelle (art. 427 CCS);
c) la responsabilité subsidiaire des cantons pour le dommage causé et non réparé par les préposés au registre du commerce, les autorités de surveillance et leurs employés (art. 928 CO);
d) la responsabilité subsidiaire des cantons pour le dommage que les fonctionnaires ou employés des offices de poursuite ou de faillite ne sont pas en mesure de réparer (art. 6 LP).

B. Droit cantonal

Si le législateur cantonal a fait usage de la faculté que lui donne l'art. 61 al. 1 CO de déroger aux dispositions fédérales, ce sont ces textes particuliers qui sont applicables, à ce défaut, ce sont les art. 41 et s. CO. Si seule la Constitution cantonale pose le principe de la responsabilité subsidiaire de l'Etat, comme c'est le cas à Uri et en Valais, on admet qu'il ne s'agit pas d'une réglementation spéciale de la responsabilité des fonctionnaires, et c'est le droit civil fédéral seul qui détermine la responsabilité de l'Etat[140].

Zehntner[141] a judicieusement établi trois catégories à l'intérieur de ce système:

1. Selon le système de la *responsabilité subsidiaire de l'Etat proprement dite*, des cantons de Soleure[142], Uri[143], Valais[144] et Zoug[145], le lésé est obligé de s'en prendre pour commencer au fonctionnaire fautif devant les autorités judiciaires pour établir sa responsabilité et le montant du dommage; il doit ensuite établir l'insolvabilité de l'agent pour enfin exiger de la collectivité publique qu'elle l'indemnise de son préjudice, non sans devoir lui ouvrir un nouveau procès si une entente amiable n'intervient pas. La responsabilité de l'Etat ne peut être plus étendue que celle du fonctionnaire fautif. La législation uranaise la limite au double du montant du cautionnement exigé du fonctionnaire, ce qui signifie que le canton ne doit intervenir qu'à propos des dommages causés par ses agents tenus de fournir un tel cautionnement (en sont dispensés les membres des autorités législatives, les conseillers d'Etat et les juges)[146].

---

[140] Zehntner p. 43 et 44.
[141] Op. cit. p. 49 et s.
[142] Art. 7 Cst. 1895, art. 35 à 37 LR 23 novembre 1941.
[143] Art. 17 Cst. 1888.
[144] Art. 21 Cst. 1907.
[145] Art. 19 Cst. 1894, LR 29 décembre 1931.
[146] Zehntner, p. 56 et s. Cet auteur fait aussi remarquer que

2. Selon le système de la *responsabilité subsidiaire directe de l'Etat*, le lésé a le choix d'actionner soit le fonctionnaire fautif dont la responsabilité doit être établie dans tous les cas, soit la collectivité publique. Celle-ci ne peut être tenue qu'en raison de la responsabilité de l'agent qui a causé le dommage, et prend en quelque sorte sa place.

Ce système, dont nous n'avons pas trouvé de cas d'application en droit fédéral, a été précisé comme suit par le Tribunal fédéral[147] à propos de la législation bernoise:

«L'Etat de Berne répond des omissions ou négligences de ses fonctionnaires pour les mêmes causes et dans la même mesure que ces derniers. L'action civile est, par conséquent, identique, qu'elle soit dirigée contre l'Etat ou contre les individus coupables, la personne publique prenant simplement la place de ses organes, dont elle endosse la responsabilité.»

Il n'est donc pas nécessaire d'actionner préalablement le fonctionnaire fautif; celui-ci fera en règle générale l'objet d'une action récursoire de l'Etat si le lésé s'en est pris à la collectivité.

Ce système est celui des cantons de Berne[148], Bâle-Campagne[149], Bâle-Ville[150] et Glaris[151]. La loi bernoise réserve à l'autorité administrative le droit de prononcer de manière définitive sur l'existence de l'infraction et ne laisse au juge que le soin de statuer sur l'existence et le montant du préjudice. L'administration rend donc un véritable jugement définitif qui lie le juge civil[152]. Le projet de 1953 de revision de la loi abandonne cette procédure.

---

les agents de la force publique, particulièrement exposés à causer des dommages aux justiciables, sont tenus de fournir un cautionnement de fr. 600.— seulement.

[147] TF 2 juin 1928, Noséda c. Etat de Berne, RO 54 II 203.

[148] Art. 15 Cst. 1893, LR 19 mai 1851, en revision (projet du 24 février/24 avril 1953).

[149] Art. 28 Cst. 1892, LR 25 novembre 1851.

[150] Art. 9 Cst. 1889, art. 37 à 42 Loi sur les fonctionnaires 25 novembre 1926.

[151] Art. 32 et 33 Loi sur les fonctionnaires 1946.

[152] RO 54 II 209.

3. Selon le système de la *responsabilité de l'Etat conditionnée par le refus d'autoriser la poursuite du fonctionnaire mis en cause*, le dommage provient du comportement fautif d'un agent, mais en vertu d'une disposition légale, le plaignant ne peut attaquer l'auteur de son préjudice qu'après en avoir obtenu l'autorisation de l'autorité, dans une procédure spéciale dite d'examen préalable (Vorverfahren)[153]. Si l'autorisation de poursuivre est accordée, le lésé pourra actionner directement l'agent responsable devant les tribunaux, selon le système de la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

En revanche, si l'autorité refuse l'autorisation de poursuivre, cette décision ne saurait porter atteinte aux droits du lésé qui a la faculté d'actionner la collectivité publique en lieu et place du fonctionnaire auteur du dommage. Mais cela ne signifie nullement que l'Etat reconnaisse sa propre responsabilité, indépendante d'une faute d'un de ses organes. Cette notion n'est plus admise par la doctrine[154] et elle est combattue à juste titre par le Tribunal fédéral[155].

A. Droit fédéral

Aux termes de l'art. 32 de la loi de 1850, toute action civile intentée contre des fonctionnaires nommés par l'Assemblée fédérale doit être portée devant elle. L'art. 33 prévoit que si les deux Conseils décident qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la demande, la Confédération est garante

---

[153] Il faut distinguer cette procédure, qui a pour seul objet de protéger les fonctionnaires contre les plaintes abusives sans que l'autorité se prononce sur le fondement de l'action du lésé et dont les seules conséquences ont trait à la forme de la procédure qui s'ensuivra, de la procédure de décision préalable du droit bernois qui tranche définitivement la question de la faute de l'agent.

[154] Cf. supra p. 400a et 401a; Zehntner p. 80.

[155] TF 14 octobre 1932, Gschwind c. Confédération suisse, RO 58 II 463, 483; TF 24 mars 1937, Uldry c. Etat de Fribourg et Confédération suisse, RO 63 II 28.

pour le fonctionnaire, et il est loisible aux plaignants de diriger contre elle leur action en dommages-intérêts[156].

B. Droit cantonal

Seuls Thurgovie[157] et Fribourg[158] connaissent ce système, qui ne s'applique dans ce dernier canton ni aux membres du Conseil d'Etat ni aux juges et aux autres fonctionnaires judiciaires.

§ 4. Le système de la responsabilité primaire de l'Etat

Nous avons exposé dans notre partie générale comment la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée que du fait d'autrui. Il s'agit de voir les solutions du droit suisse lorsque la puissance publique est déclarée responsable du dommage causé à un tiers. Notre droit positif contient un certain nombre de variantes de ce système et l'on peut distinguer les cas d'application suivants[159].

A) Responsabilité pour faute d'un fonctionnaire, qui est la condition nécessaire à toute action contre l'Etat;

B) Responsabilité causale pour fonctionnement défectueux des services publics.

A. Responsabilité pour faute

a) En *droit fédéral*, on peut citer les cas suivants:

— l'art. 24 LF sur le commerce des denrées alimentaires et de divers objets usuels, du 8 décembre 1905, et

---

[156] Selon l'art. 43 LR, les actions civiles dirigées contre les autres fonctionnaires fédéraux doivent être portées devant le Conseil fédéral; s'il refuse son adhésion, le plaignant peut procéder devant les tribunaux en fournissant un cautionnement préalable fixé par le Tribunal fédéral pour les frais.

[157] Art. 20 Cst. 1869; LR 25 septembre 1851.

[158] Art. 58, 73 Cst. 1857; LR 5 octobre 1851; Loi sur les fonctionnaires 15 novembre 1951; RO 63 II 28.

[159] Zehntner p. 88 et s. (en droit cantonal).

l'art. 7 LF prohibant le vin artificiel et le cidre artificiel, du 7 mars 1912, rendent les cantons responsables du dommage résultant du séquestre non justifié ordonné par un de leurs fonctionnaires, sauf recours contre le coupable;

— l'art. 70 LF sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 rend les associations fondatrices, la Confédération et les cantons responsables des dommages causés par des actes illicites commis par les organes et tout fonctionnaire ou employé de leur caisse dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que des dommages causés par une violation, intentionnelle ou due à la négligence grave, des prescriptions par les organes et tout fonctionnaire ou employé de leur caisse;

— l'art. 15 de l'ACF concernant la navigation maritime sous pavillon suisse du 9 avril 1941 fait répondre la Confédération des dommages résultant de la tenue du registre, cette responsabilité supposant la faute intentionnelle ou la négligence grave.

b) En droit *cantonal*, Schaffhouse[160], Vaud[161], Neuchâtel[162], Argovie[163], Grisons[164] et Lucerne[165] ont adopté ce système.

On peut en décrire les caractères généraux à grands traits comme suit, tant sur le plan fédéral que cantonal. L'Etat n'est responsable qu'en raison de la faute de son

[160] Art. 30 Cst. 1876, art. 141 à 143 Loi introd. CCS 27 juin 1911.

[161] Art. 67 Cst. 1885, LR du Conseil d'Etat 25 novembre 1863, LR de l'Etat et des communes à raison d'actes de leurs fonctionnaires et employés 29 novembre 1904.

[162] Art. 21 et 28 Cst. 1858, LR de l'Etat et des communes 2 décembre 1903.

[163] Art. 8 et 41 Cst. 1885, LR des fonctionnaires et employés publics et sur celle de l'Etat et des communes pour leurs fonctionnaires 21 décembre 1939.

[164] Art. 44 Cst. 1892, LR des autorités et fonctionnaires et des corporations publiques 26 mai 1944.

[165] Art. 16 Cst. 1875, Loi sur le statut des fonctionnaires 28 juin 1948.

agent, mais il se peut fort bien qu'à la responsabilité de la communauté ne corresponde nullement celle du fonctionnaire: ou, selon le droit positif, toute action du lésé contre l'agent fautif est exclue, ou le législateur a prévu que l'Etat répond à l'égard des tiers en raison de toute faute de ses fonctionnaires — ceux-ci n'étant tenus à l'égard du justiciable que de leur faute intentionnelle, de leur négligence ou imprudence grave — ou encore la loi limite le droit de recours de la puissance publique contre l'auteur du dommage à sa faute intentionnelle ou à sa négligence ou imprudence grave.

Le droit positif fédéral est muet sur le point de savoir si le lésé a aussi une action contre l'agent fautif, sauf une seule exception à notre connaissance: l'art. 91 de la LF sur les postes suisses dispose que les fonctionnaires et employés de l'administration des postes ne sont civilement responsables qu'envers elle du dommage causé dans l'exercice de leurs fonctions, à moins qu'ils ne se soient rendus coupables d'un délit prévu par les lois pénales. La question est controversée dans le cas de silence de la loi, et nous pensons avec Oftinger[166] que le système traditionnel de la responsabilité personnelle du fonctionnaire oblige de conclure que le lésé conserve actuellement son droit d'actionner l'auteur de son dommage[167].

En droit cantonal, les lois d'Argovie, de Thurgovie, de Lucerne et des Grisons excluent expressément l'action du lésé contre le fonctionnaire. Les législations vaudoise et neuchâteloise ne traitent pas de la question, mais il résulte des travaux préparatoires des deux lois que le plaignant peut indiscutablement s'en prendre à l'auteur du dommage plutôt qu'à l'Etat ou à la Commune. L'art. 30 de la loi vaudoise du 7 juin 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales précise qu'à l'égard des tiers également la responsabilité de l'agent reste engagée. Le droit

---

[166] Op. cit. II p. 1067 et s.

[167] Voir notre critique de cette solution infra p. 465a.

schaffhousois, muet sur ce point, exclut implicitement toute procédure du lésé contre le fonctionnaire fautif[168].

L'Etat répond de toute faute, mais l'agent seulement de sa faute intentionnelle, de sa négligence ou imprudence grave à l'égard du lésé en droit vaudois et schaffhousois.

La troisième éventualité — limitation ou exclusion du droit de recours de l'Etat contre le fonctionnaire — n'intéresse pas notre sujet, s'agissant de relations entre la puissance publique et ses agents auxquelles le tiers lésé reste totalement étranger.

Signalons enfin que la notion de la faute en droit neuchâtelois est celle des art. 41 et s. CO. La loi des Grisons rend responsable le canton, les établissements cantonaux et les districts de toute faute des fonctionnaires, alors que les communes, cercles et autres corporations ne sont tenues que de la faute lourde de leurs agents, avec faculté d'étendre leur responsabilité à toute faute. Selon les lois d'Argovie et de Lucerne, le canton, ainsi que leurs communes, répondent de toute faute de leurs agents.

B. Responsabilité causale pour fonctionnement défectueux des services publics

A l'inverse de ce que nous venons de voir, ce système a été suivi à réitérées reprises par le législateur fédéral, alors que, sur le plan cantonal, seule la loi genevoise du 23 mai 1900 concernant la responsabilité civile de l'Etat de Genève et des communes l'a adopté.

a) Le *droit fédéral* nous fournit les cas suivants:

— l'art. 849 CCS rend les cantons responsables de l'estimation des immeubles grevés d'une lettre de rente qui n'a pas été faite avec tout le soin voulu, avec possibilité de recourir contre les fonctionnaires en faute;

— l'art. 955 CCS rend les cantons responsables de tout dommage résultant de la tenue du registre foncier, et leur permet aussi d'exercer un droit de recours contre les fonc-

[168] Zehntner p. 90.

tionnaires, employés et autorités de surveillance immédiate qui ont commis une faute;

On ne manquera pas de remarquer que dans ces deux cas la Confédération impose aux cantons une responsabilité très étendue alors qu'elle échappe en règle générale à toute responsabilité directe en vertu de la LR de 1850.

— l'art. 28 de la LF sur le registre des bateaux, du 28 septembre 1923, déclarant l'art. 955 CCS applicable par analogie;

— les art. 27 et 28 de la LF sur l'organisation militaire de la Confédération suisse, du 12 avril 1907, instaurant la responsabilité de la Confédération en cas de dommage causé par un exercice militaire;

— les art. 71 et s., 85 et s., 101 et s., 112, 114 et s. de l'AF concernant l'administration de l'armée suisse, du 30 mars 1949, fondant la responsabilité de la Confédération pour l'utilisation des chevaux et mulets de service, des véhicules à moteur, pour dommages aux cultures et à la propriété, pour dommages résultant d'accidents, en cas de réquisition, et découlant du service personnel;

— l'art. 31 de la LF sur le commerce des denrées alimentaires et de divers objets usuels, du 8 décembre 1905, rendant la Confédération responsable de tout dommage quelconque ou de tout retard important qui résultent de la prise d'échantillons;

— les art. 27 à 41 de la LF concernant les installations électriques à faible et à fort courant, du 24 juin 1902, rendent les exploitants — qui peuvent être des corporations publiques — responsables des dommages provenant de l'exploitation des dites installations[169];

— la LF sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes, du 28 mars 1905[170];

— les art. 7, 9, 17 et s., 27, 29, 31 à 33, 36, 40, 48 à 50 de la LF sur les transports par chemins de fer et par bateaux,du 11 mars 1948, fondant la responsabilité de la compagnie pour les dommages résultant du refus de transporter, de l'inobservation de l'horaire, pour les bagages à mains, le transport des bagages, notamment[171];

— les art. 35 à 37 de la LF sur l'organisation de l'administration des télégraphes et des téléphones, du 16 décembre 1907[172];

---

[169] Cf. Oftinger II p. 749 et s.

[170] Cf. Oftinger II p. 650 et s

[171] Voir également le règlement du 24 juin 1949.

[172] Voir les cas indiqués aux art. 42, 94, 111 al. 2, 123 de l'Ord.

— l'art. 91 de la LF sur les postes suisses, du 5 avril 1910, l'art. 238 de l'ordonnance d'exécution du 15 novembre 1910, les art. 7, 44 à 55 de la LF sur le service des postes, du 2 octobre 1924, les art. 133 à 137, 142 al. 4 de son ordonnance d'exécution I du 15 août 1939[173];

— les art. 122, 176, 206, 228, 237 et 278 de la LF sur la procédure pénale, du 15 juin 1934[174];

— les art. 69 et 138 de l'ACF concernant le droit pénal et la procédure pénale en matière d'économie de guerre, du 17 octobre 1944[175].

b) En *droit cantonal*, c'est ce système qu'a choisi le législateur genevois dans la loi du 23 mai 1900 concernant la responsabilité civile de l'Etat de Genève et des communes, dont il convient de citer les dispositions suivantes:

Art. 1. L'Etat de Genève et les communes du canton sont tenus de réparer le dommage résultant pour des tiers d'actes illicites commis soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence dans l'exercice de leurs fonctions par les magistrats qui les représentent.

Art. 2. L'Etat de Genève et les communes du canton sont responsables du dommage causé sans droit par leurs fonctionnaires ou employés dans l'accomplissement de leur travail, à moins qu'ils ne justifient avoir pris les précautions voulues pour prévenir ce dommage.

Art. 3. Les actions civiles résultant des articles précédents sont soumises aux règles générales du Code fédéral des Obligations.

Avec Zehntner[176] nous pensons que la faute de l'agent n'est pas une condition de la responsabilité de l'Etat, et que le législateur genevois s'est inspiré directement de la notion de la responsabilité de l'employeur régie par l'art. 62 CO ancien; on a introduit les termes «sans droit» pour préciser que l'Etat ne pouvait être tenu de réparer le dommage causé au lésé seulement en cas de fonctionnement

---

d'exécution I de la loi réglant la correspondance télégraphique et téléphonique du 1er juin 1942 où l'administration décline toute responsabilité.

[173] Cf. Oftinger II p. 734 et s.

[174] Cf. supra p. 413a et 414a.

[175] TF 19 octobre 1951, Rüegg c. Confédération suisse, RO 77 I 255 = JdT 1952 I 279.

[176] Op. cit. p. 104 et s.

défectueux des services publics, et non pas lors de l'exercice régulier de l'action administrative. La responsabilité de la communauté publique n'est engagée qu'à la condition que l'agent ait causé le dommage par une attitude contraire au droit et que le lésé puisse rapporter la preuve d'une faute de l'Etat in eligendo, in instruendo ou in custudiendo en ce qui concerne le fonctionnaire en cause[177].

Le Tribunal fédéral a analysé comme suit les éléments de la loi genevoise[178]:

«La signification des deux hypothèses différentes prévues par l'art. 1 et par l'art. 2 se dégage très nettement de l'étude des travaux d'élaboration de la loi (avant-projet, exposé des motifs et discussion au Grand Conseil). L'article 1 vise le cas d'un acte illicite commis par l'*Etat lui-même*, «soit par la collectivité représentée par ses organes constitutionnels» (v. rapport sur le Projet de loi, *Mémorial*, 1899, Annexes 3, p. 517/518); l'art. 2 au contraire, institue une responsabilité de l'Etat *à raison du fait d'autrui*, c'est-à-dire à raison des actes commis par les personnes qui n'ont pas la qualité d'organes de l'Etat, mais qui sont à son service (*loc. cit.* p. 515-517).»

La Cour de Justice de Genève a confirmé cette interprétation[179].

Zehntner[180] range le système adopté par le canton de Genève dans une catégorie spéciale, la responsabilité de l'Etat pour son propre fait fautif. Nous ne pouvons que nous référer à ce sujet à notre démonstration relative à la responsabilité de l'Etat du fait d'autrui[181]. Aucune raison théorique ne justifie la différence de régime entre les art. 1 et 2 de la loi genevoise; un agent de l'Etat ne peut être qu'un de ses organes, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il

---

[177] Cour de justice civile 18 octobre 1918, Etat de Genève c. veuve Schmid, etc., Sem. jud. 1918 547, 553.

[178] TF 9 mai 1912, veuve Balzaretti c. Etat de Genève, RO 38 II 393, 397.

[179] Cour de justice civile 5 mars 1937, Etat de Genève c. dame Lohmann, Sem. jud. 1937 p. 298.

[180] Op. cit. p. 107 et s.

[181] P. 400a et s.

s'agit de magistrats ou d'autres fonctionnaires, à n'importe quel degré de la hiérarchie administrative. Les deux hypothèses indiquées dans ces dispositions proviennent d'une transposition en droit public des notions de responsabilité civile des art. 50 et 62 CO ancien; cette assimilation est impossible logiquement parce qu'elle est contraire à la nature propre du droit public.

En réalité, la loi genevoise n'instaure une responsabilité de l'Etat qu'à raison du fait d'autrui, et rejoint par conséquent le système adopté par le législateur fédéral dans les cas que nous venons de citer.

Chapitre XII

Les rapports entre le droit privé et le droit public fédéral et le droit cantonal

La diversité des solutions de notre droit en matière de responsabilité de l'Etat est une des manifestations de la confusion des idées et des notions de base dont l'évolution inégale selon les domaines augmente encore la difficulté d'un exposé systématique. Une telle étude non seulement dépasserait le cadre de ce travail, mais serait sans grand intérêt. Aussi les pages qui suivront se limiteront-elles à décrire succinctement quelques aspects du problème pour faire ressortir la nécessité logique et pratique d'une refonte dont l'urgence ne se discute plus.

§ 1. Le droit applicable

Un point est aujourd'hui définitivement acquis: seul le droit public régit les relations entre la puissance publique et ses agents. Le droit de recours de l'Etat contre le fonctionnaire auteur d'un dommage relève de la législation sur le statut des fonctionnaires — sous réserve des règles

spéciales concernant les juges — et cette question doit faire l'objet d'une réglementation distincte de celle de l'obligation de la puissance publique d'indemniser le lésé. Il en est de même du droit disciplinaire et du droit pénal s'appliquant aux fonctionnaires. L'exclusion du droit civil en matière de responsabilité interne des agents, reconnue par l'art. 6 CCS, résulte de l'art. 362 al. 1 CO qui réserve le droit public de la Confédération et des cantons pour les employés et fonctionnaires publics. Le droit commun ne s'applique jamais comme tel, même en l'absence de toute règlementation, et si c'est à titre de droit supplétif, sa nature reste de droit public[182].

Le système de la responsabilité primaire de l'Etat est également régi exclusivement par les dispositions du droit public. Il en est de même pour les restrictions de la propriété et autres atteintes par la puissance publique aux droits et intérêts des particuliers qui se caractérisent comme des expropriations ou des quasi-expropriations[183]. Ce même principe doit, selon nous, s'appliquer à toutes les atteintes portées par l'Etat aux droits subjectifs du justiciable.

Mais le droit suisse, qui n'a connu pour commencer que le système de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, régi par le droit civil, en porte encore l'empreinte profonde même dans les domaines où l'Etat répond directement du préjudice causé au lésé. L'absence d'une règlementation satisfaisante et d'une juridiction appelée à statuer sur le contentieux de la réparation a naturellement incité la jurisprudence à faire une application extensive du droit privé en cette matière comme un moindre mal, pour tenter de protéger le mieux possible les droits des particuliers lésés, au risque de méconnaître la nature du droit en cause et d'y transposer des institutions étrangères.

---

[182] RO 53 II 408, 55 II 208 = JdT 1930 I 136.

[183] TF 11 mai 1944, commune de Berne c. Confédération suisse, RO 70 II 85 = JdT 1944 I 523, 526.

§ 2. Portée de l'article 61 CO[184]

A. La notion de fonctionnaire (art. 61 al. 1 CO)

Cette disposition consacre le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires et l'application du droit civil comme tel, et non pas à titre de droit public supplétif, sauf dans les cas où la Confédération et les cantons, usant de la faculté qui leur est accordée, ont adopté d'autres systèmes instaurant la responsabilité de l'Etat, comme indiqué plus haut. Ces systèmes sont régis alors exclusivement par le droit public, qui peut rester en deçà ou aller au délà des conditions posées par les art. 41 et s. CO[185], et ils déterminent librement la notion de fonctionnaire qui peut ainsi varier d'un canton à un autre. Mais, chose étrange, dès que le droit cantonal instaurant la responsabilité de la puissance publique règle aussi la responsabilité de ses agents, il doit s'en tenir à la notion de fonctionnaire de l'art. 61 al. 1 CO. Dans les lois des cantons de Berne, Glaris, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Zoug et Soleure, qui traitent en même temps de la responsabilité des agents vis-à-vis des tiers et de celle de l'Etat, il faudra appliquer la notion de fonctionnaire telle qu'elle résulte de l'art. 61 al. 1 CO à l'égard du lésé, notion qui pourra être différente de celle en matière de responsabilité de la puissance publique. La législation cantonale ne peut alors déroger à l'art. 61 al. 1 CO et doit soumettre à sa propre règlementation sur la responsabilité externe uniquement les fonctionnaires publics à raison des actes accomplis dans l'exer-

---

[184] «La législation fédérale ou cantonale peut déroger aux 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, s'il s'agit d'actes commis par des fonctionnaires ou des employés publics et se rattachant à l'exercice d'une industrie.»

[185] Sager p. 23.

cice de leurs fonctions selon la définition de la jurisprudence fédérale à propos de l'art. 61 al. 1 CO[186]; celle-ci prend comme critère pour définir la notion de fonctionnaire l'existence du statut de droit public qui régit la fonction considérée[187], et précise que l'agent agit dans l'exercice de sa charge lorsqu'il accomplit les actes que comporte normalement sa fonction[188].

Comme nous l'avons exposé dans notre partie générale, il faut à notre sens prendre la notion de fonctionnaire dans son acception la plus large[189], et admettre que l'agent n'agit pas dans l'exercice de sa charge seulement quand l'acte est entièrement dépourvu de tout lien avec le service[190]. Les critères adoptés par le Tribunal fédéral à propos de l'art. 61 al. 1 CO sont trop restrictifs et ne permettent pas une protection suffisante du justiciable; celui-ci n'a pas à rechercher avant de présenter sa réclamation quel est le statut qui régit l'auteur de son dommage ou si l'agent a agi sans être tenu ou autorisé par sa fonction. Le lésé doit pouvoir se fier à l'apparence, c'est-à-dire au fait que le fonctionnaire lui a semblé avoir agi comme tel, dans le cadre général du service public[191]. Il n'importe pas, à l'égard des tiers, que le syndic et le secrétaire municipal qui, par leur signature ont le pouvoir d'engager la commune, agissent de leur propre chef ou en vertu d'une décision prise par la municipalité en corps. Il incombe à la collectivité, si elle entend dégager sa responsabilité, d'établir que son syndic et son secrétaire ont outrepassé leurs pouvoirs d'une manière manifeste et reconnaissable pour le tiers[192].

---

[186] TF 6 mai 1931, Thoma c. Dr H., RO 57 II 196 = JdT 1932 I 72, 77; Zehntner p. 25 et 26.

[187] Zwahlen FJS n° 371 p. 2; Secretan JdT 1933 I 132.

[188] Zwahlen FJS n° 371 p. 3 et la jurisprudence citée.

[189] Cf. p. 389a.

[190] Cf. supra p. 401a.

[191] Sager p. 98 et s.

[192] TC Vaud 20 novembre 1945, Griesser c. commune de St-Prex, JdT 1946 III 54.

Le législateur fédéral a du reste donné à la notion de fonctionnaire un sens très large à l'art. 2 LR de 1850; la loi s'applique aux membres des autorités fédérales exécutives ou judiciaires, aux autres fonctionnaires et aux personnes qui sont provisoirement investies de fonctions ou qui se chargent de fonctions temporaires. On admet que les autorités législatives sont aussi des fonctionnaires au sens de la LR[193]. Le champ d'application de cette notion est plus étendu que celui de la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927, et comprend notamment les fonctionnaires civils (professeurs de l'Ecole polytechnique fédérale[194], membres des commission fédérales extraparlementaires[195], du conseil d'administration du fonds de compensation de l'AVS[196], etc.).

B. Actes se rattachant à l'exercice d'une industrie (art. 61 al. 2 CO)

Le droit civil fédéral impose une nouvelle restriction à la législation cantonale de droit public en l'obligeant à appliquer les art. 41 et s. CO lorsque le dommage a été causé par des fonctionnaires ou employés publics et se rattachant à l'exercice d'une industrie, quel que soit le système adopté par le canton en matière de responsabilité.

Ce sont donc les règles du droit civil qui s'appliquent en l'espèce de façon obligatoire pour les cantons, alors que le droit fédéral peut instaurer une règlementation différente, en excluant ou restreignant par exemple la responsabilité de l'agent prétendûment fautif, ou prévoyant celle de la corporation publique[197].

---

[193] Sager p. 24 et s.

[194] Burckhardt II n° 555 VI; JAAC 1938 n° 97 p. 128.

[195] Dreyer, Les commissions fédérales extraparlementaires, ZBJV 1941 p. 145, 151, 156 et s.; Sager p. 33 et s. donne la liste des agents soumis à la LR de 1850.

[196] Art. 13 Règlement du CF concernant l'administration du fond de compensation de l'AVS du 7 janvier 1953.

[197] Cf. supra p. 442a et s.; art. 19, 35, 36, 37 LF sur l'organisation de l'administration des télégraphes et des téléphones du 16 dé-

Cette distinction entre acte d'autorité ou rentrant dans l'exercice d'une charge publique et acte de gestion ou se rattachant à l'exercice d'une industrie est illogique pour les raisons que nous avons développées dans notre partie générale[198]; seules les règles du droit public doivent s'appliquer en pareil cas[199]. Cette distinction au surplus est artificielle; en effet, tout fonctionnaire d'un service public «industriel» agit normalement «dans l'exercice de sa charge» (amtlich)[200]; d'autre part, la définition par le Tribunal fédéral de l'activité se rattachant à l'exercice d'une industrie — caractérisée par la recherche exclusive ou principale de la réalisation de bénéfices[201] — manque de fermeté et de clarté. Certaines activités de l'Etat poursuivent à la fois le but de réaliser des bénéfices et celui de réaliser le bien public, de satisfaire l'intérêt général. Les justiciables et l'Etat ne sont pas sur un pied d'égalité en matière extracontractuelle, et le droit civil ne saurait recevoir la moindre application.

Une preuve de l'illogisme de cette solution nous est donnée dans le cas où, en raison du même fait, le droit civil serait applicable à la responsabilité du fonctionnaire auteur du dommage, alors que si le droit cantonal prévoit le système de la responsabilité subsidiaire de l'Etat, et que le lésé décide d'attaquer ce dernier, ce serait le droit public qui pourrait seul être invoqué.

Dans le contentieux de la réparation, peu importe que l'action administrative dont le justiciable se plaint soit

---

cembre 1907; art. 91 LF sur les postes suisses du 15 avril 1910; art. 238 Ordonnance d'exécution de la LF sur les postes du 15 novembre 1910; art. 4, 7, 44 à 55 LF sur le service des postes du 2 octobre 1924; art. 44, 133 à 137 Ordonnance d'exécution I de la LF sur le service des postes du 15 août 1939; art. 42, 94, 111, 123 Ordonnance d'exécution I de la loi règlant la correspondance télégraphique et téléphonique du 1er juin 1942.

[198] Cf. supra p. 405a et s.

[199] Cf. supra p. 396a et s.

[200] Zehntner p. 30.

[201] Giacometti p. 38 et s.

revêtue de l'imperium ou non. Cette distinction dont dépend l'application du droit public ou du droit privé repose sur des critères flottants et peu rigoureux[202].

En cas de lacune dans la législation de droit public, les règles du droit civil sont applicables à titre de droit public supplétif fédéral, mais un renvoi aux dispositions du CO en font du droit public cantonal supplétif[203], ce qui exclut le recours en réforme au Tribunal fédéral[204].

Ce système compliqué et illogique doit être abandonné.

§ 3. Les articles 55, 59 CCS et 55 CO

L'art. 59 al. 1 CCS réserve l'application du droit public de la Confédération et des cantons pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis. Selon l'art. 55 al. 2 CCS, les organes d'une personne morale l'obligent par leurs actes juridiques et par tous autres faits. Le droit suisse admet que les dispositions de l'art. 55 CO sur la responsabilité de l'employeur s'appliquent à la collectivité publique, lorsqu'elle entre en relations avec le citoyen comme le ferait une personne privée, égale en droit, mais non pas lorsqu'elle agit dans l'exercice de ses droits de souveraineté[205]; cette distinction est la même que celle qui s'applique en matière de rapports de voisinage et de responsabilité de l'Etat fondée sur l'art. 58 CO et nous pouvons nous référer aux critiques contenues à ce sujet dans notre partie générale[206].

Dès qu'il s'agit de l'exercice de la puissance publique, les règles du droit public sont seules applicables en vertu

---

[202] Cf. Oftinger II p. 494 et s.; Zwahlen FJS n° 371 p. 3.

[203] Secrétan JdT 1933 I 134; Zehntner p. 17.

[204] TF 14 juin 1933, Savioz c. Germanier, RO 59 II 184 = JdT 1933 I 486.

[205] TF 24 mars 1937, Uldry c. Etat de Fribourg et Confédération suisse, RO 63 II 28; Oftinger II p. 493; Secrétan JdT 1933 I 141; Sager p. 93 et s.; Zehntner p. 11.

[206] Cf. supra p. 393a et s.

de l'art. 59 al. 1 CCS, et aussi selon l'art. 6 al. 1 CCS qui réserve les compétences des cantons en matière de droit public.

Dans les systèmes se rattachant à la responsabilité personnelle des fonctionnaires, l'Etat ne peut être recherché en vertu du principe de la légalité du fait des actes de ses agents, que ceux-ci aient agi dans l'exercice régulier de leur tâche ou contrairement au droit[207]. Quelle que soit leur fonction au sein de l'administration, ils seront soumis au droit civil, et à l'art. 55 al. 2 CCS ou à l'art. 55 CO s'ils ont qualité d'organes ou non. Il suffira de rappeler la controverse provoquée par deux arrêts du Tribunal fédéral à propos de la nature de l'activité des agents consulaires suisses pour démontrer encore la fragilité et le caractère artificiel de la distinction entre l'activité de droit public ou de droit privé des fonctionnaires à l'égard des tiers. Notre haute cour a en effet soutenu que la remise de valeurs par un particulier à une légation donnait naissance à des rapports de droit privé entre la Confédération et le citoyen, alors que le Conseil fédéral, avec la majorité de la doctrine, considérait à juste titre qu'il s'agissait là de liens de droit public[208]. Il est certain que le Tribunal fédéral a cherché dans ces arrêts à assurer une meilleure protection des droits du justiciable; cette jurisprudence a le mérite de l'équité, mais non celui de la logique. C'est pourquoi il importe de combler cette grosse lacune de notre droit par la promulgation d'une réglementation cohérente de la responsabilité primaire de l'Etat.

---

[207] Oftinger II p. 494; RO 47 II 497 = JdT 1921 I 583; RO 47 II 522 = JdT 1921 I 603; RO 47 II 554 = JdT 1922 I 409.

[208] TF 1er mars 1927, Bächli c. Confédération suisse, cité par Burckhardt, Droit fédéral suisse II n° 556 VII; TF 21 février 1921, Bernhard c. Confédération suisse, RO 47 II 144 = JdT 1921 I 450; Burckhardt, Droit fédéral suisse II n° 556 III; Sager p. 94 et s.; Feldscher ZBJV 66 p. 289 et s.

Chapitre XIII

Examen critique des solutions du droit suisse

§ 1. Critiques d'ordre théorique

La faute de l'agent n'est jamais le fondement de la responsabilité en droit public[209], c'est pourquoi il faut abandonner pour des raisons d'ordre théorique le système de la responsabilité personnelle des fonctionnaires[210], celui de la responsabilité subsidiaire de l'Etat[211] et celui de sa responsabilité primaire subordonnée à l'existence d'une faute de l'agent[212]; l'analyse de cette notion et de ses divers degrés (faute grave ou légère, négligence ou imprudence), dépendant en outre des conditions de la fonction, des qualités et des connaissances de l'agent, de la difficulté de sa tâche, est sans rapport avec le dommage causé, ne concerne pas le lésé, mais uniquement la collectivité publique dans l'exercice de son recours contre l'auteur du préjudice, question d'ordre interne entre l'Etat et ses agents qui trouve sa place dans la réglementation du statut des fonctionnaires. La collectivité doit être tenue de réparer toute atteinte anormale aux droits subjectifs du justiciable, peu importe que le dommage subi par ce dernier ait été causé par l'exercice régulier ou illégal des services publics.

Ce système est ainsi indépendant de l'existence d'un acte illicite commis par un fonctionnaire, notion mal définie et imprécise[213], et permettra au lésé d'être indemnisé si son dommage provient d'un acte simplement inopportun, ce qui est absolument exclu dans tous les régimes

---

[209] Cf. supra p. 429a et s.

[210] Cf. supra p. 443a et s.

[211] Cf. supra p. 445a et s.

[212] Cf. supra p. 450a et s.

[213] Cf. Sager p. 100 et s.; Zehntner p. 32 et s.; Zwahlen FJS n° 373 p. 1.

fondés sur la faute de l'agent, d'où une lacune dont il est inutile de souligner la gravité. En outre, le système que nous proposons permettra au lésé d'être indemnisé du dommage causé par l'exécution fidèle des obligations du fonctionnaire; le passant innocent qui aura été atteint par un soldat accomplissant sa mission pourra être indemnisé[214], tout comme celui qui a fait l'objet d'un rapport de renseignements inexact et préjudiciable à sa réputation de la part d'un fonctionnaire auquel aucun reproche ne peut être adressé[215]. Ce système est la généralisation de la solution déjà adoptée par notre droit en matière de réparation du préjudice subi en cas d'erreur judiciaire ou d'arrestation injustifiée[216], d'expropriation et des autres cas où le législateur prévoit de réparer le dommage causé par l'application de la loi[217].

§ 2. Les corrections apportées par le Tribunal fédéral au système de la loi fédérale de 1850 sur la responsabilité

La première cour civile, dans son arrêt Wäffler c. Confédération Suisse[218], du 15 mai 1929, a constaté que l'on arriverait à un état dénué de droit (Rechtlosigkeit) en admettant que la Confédération, en l'absence de normes expresses de droit public fondant sa responsabilité du chef des actes administratifs conclus par elle, ne puisse pas être tenue de donner suite aux engagements assumés par ses organes. Si le lésé a une action en réparation contre l'employé fautif en vertu de la loi de 1850, celle-ci «ne résout pas d'une façon satisfaisante la question de la responsabilité dans le cas où l'Etat est déjà lié, c'est-à-dire

---

[214] Cf. les arrêts du TF cités supra p. 464a note 207 où aucune indemnité n'a été accordée aux lésés.

[215] TF 14 novembre 1890, Strickler c. Zürcher et Waldburger, RO 16 799 = JdT 1891 80.

[216] Cf. supra p. 414a et s.

[217] Cf. supra p. 422a et s.

[218] RO 55 II 107 = JdT 1929 I 461.

dans le cas où non seulement un acte dommageable a été commis en son nom, mais un acte juridique a été conclu qui a engagé non le fonctionnaire lui-même, mais l'Etat».

Le Tribunal fédéral a considéré que la responsabilité de la Confédération était engagée chaque fois qu'entre elle et le tiers lésé on pouvait et devait admettre l'existence d'un «acte juridique de droit public», auquel les dispositions du droit civil doivent s'appliquer par analogie dans la mesure où elles sont compatibles avec la nature et l'organisation de l'administration, à défaut bien entendu d'une réglementation spéciale de droit public.

Il s'agit donc d'une responsabilité correspondant à celle du droit privé, dans la mesure et sous les réserves qui précèdent. En l'espèce, le Tribunal fédéral a admis que le dépôt de valeurs auprès d'une légation par un particulier constituait un contrat de droit public entraînant une responsabilité analogue à celle du droit civil[219], revenant ainsi sur la solution qu'il avait adoptée dans l'affaire Bächli le 1er mars 1927[220] dans une espèce semblable.

Dans son arrêt Gschwind c. Confédération suisse du 14 octobre 1932[221], la cour de droit public et de droit administratif du Tribunal fédéral n'a pas admis que la Confédération puisse être liée à l'égard d'un particulier à qui les autorités avaient assuré qu'elles interviendraient en sa faveur auprès d'un Etat étranger dont les mesures, contraires au droit international, lui avaient causé un préjudice.

Le Tribunal fédéral a consacré à nouveau la jurisprudence de l'arrêt Wäffler en 1952[222]; la Confédération avait séquestré des billets de banque étrangers dans une procédure pénale pour lui permettre d'exercer son droit de

---

[219] Dans le même sens: Burckhardt, Droit fédéral suisse n° 556 IV.

[220] Burckhardt op. cit. n° 556 VII.

[221] RO 58 II 463. Voir les critiques de cet arrêt par Sager p. 140 et s. et par Wimmer ZBJV 1936 p. 257 et s.

[222] TF 19 octobre 1951, Rüegg c. Confédération suisse, RO 77 I 255 = JdT 1952 I 279.

gage légal pour une éventuelle créance d'amende et de frais, et le Tribunal fédéral s'est exprimé comme suit sur la nature des liens de droit créés: «De cette façon, la Confédération a acquis une situation juridique analogue à celle qu'elle aurait eue si elle s'était procuré une sûreté réelle par la voie d'un acte juridique. Il se justifie donc de la rendre en principe responsable de la bonne conservation et administration des billets séquestrés, même si la loi ne le dit pas expressément... En acquérant les droits attachés au dépôt, la Confédération a, d'après les principes généraux du droit, assumé les devoirs correspondants.»

Cette jurisprudence ne tient aucun compte de la nature des rapports de droit entre l'individu et l'Etat en la matière, lesquels relèvent exclusivement du droit public[223]. Dans chacune de ces espèces, le justiciable n'est pas entré en relation avec la puissance publique sur un pied d'égalité, et nous ne saurions admettre l'existence d'un contrat lorsque l'Etat agit dans l'accomplissement de sa tâche, dans l'intérêt général. C'est ce que le Tribunal cantonal vaudois a admis à juste titre, en déclarant que les conventions par lesquelles l'Etat restreint en faveur de particuliers son pouvoir de règlementer l'utilisation du domaine public ne créent que des droits précaires dont la révocation peut et doit être décidée sitôt que l'intérêt général l'exige. Demeure réservée la question de savoir si la révocation donne lieu à une indemnité en faveur du bénéficiaire de la convention[224]. Le même tribunal, dans un autre arrêt, a confirmé cette opinion en considérant que l'autorisation d'afficher accordée par une commune ne constituait pas un contrat de droit privé, mais un acte administratif relevant du droit public[225].

---

[223] Huber, Die Staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1951, ZBJV 1953 p. 65.

[224] TC Vaud 23 décembre 1936, Banque cantonale vaudoise S.A. c. commune de Lausanne, JdT 1937 III 70.

[225] TC Vaud 20 novembre 1945, Griesser c. commune de St-Prex, JdT 1946 III 54.

Les réserves apportées par le Tribunal fédéral signifient en définitive que la solution du problème ne dépend pas de l'existence d'un contrat ou d'un engagement de la puissance publique, mais uniquement des exigences de l'équité qui font que la Confédération est tenue d'intervenir et de réparer le dommage du lésé selon les circonstances[226]. La jurisprudence des arrêts Wäffler et Rüegg s'écarte du texte et de l'esprit de la loi de 1850 qui a expressément exclu la responsabilité de la Confédération, sauf dans les cas que nous avons examinés.

Les louables efforts du Tribunal fédéral pour remédier aux insuffisances de cette loi démontrent que la seule solution efficace et logique consiste à abandonner ce système suranné, ce que les autorités administratives fédérales ont déjà fait dans toute une série de cas pour des motifs d'équité[227].

§ 3. Critiques d'ordre pratique

Les arguments d'ordre pratique ne sont pas moins convaincants: le lésé sera dispensé d'identifier l'auteur du préjudice dont il réclame réparation, ce qui à l'heure actuelle est quasi impossible du fait de la très large déconcentration administrative due à la multiplication des tâches de l'Etat et à l'accroissement du nombre des fonctionnaires. Le justiciable ne peut savoir à quel fonctionnaire il a affaire, si celui qui a pris la décision incriminée a agi de son propre chef ou sur l'ordre d'un supérieur. Souvent un acte administratif est le résultat de décisions prises par de nombreux services qu'il sera difficile d'identifier. Et que dire de la situation de celui qui se plaint du silence de l'administration; qui est le responsable de l'inaction d'un service public?

---

[226] Sager p. 131 et s.; JAAC 1934 n° 21.

[227] Burckhardt II n° 555 IV, 556 II, 556 IV; Sager p. 147 et s., cf. supra p. 399a.

Le lésé sera dispensé de rapporter la preuve de la faute de l'agent — à supposer que celui-ci ait pu être identifié — et du fait que son dommage a en outre été causé par un acte illicite de ce fonctionnaire.

§ 4. Remarques finales

Nous pensons que les charges financières que la collectivité publique sera appelée à supporter ne doivent pas faire obstacle à la réalisation du système de la responsabilité primaire de l'Etat. Ces dépenses seront vraisemblablement peu élevées, et ce léger sacrifice sera largement compensé par le sentiment de justice qu'il créera. En outre, l'Etat pourra toujours recourir contre l'agent fautif dans le mesure jugée opportune[228]. Les fonctionnaires seront à l'abri des réclamations directes des justiciables et pourront agir en faisant preuve de davantage d'initiative sans avoir le sentiment d'être exposés à des actions judiciaires.

La procédure d'examen préalable, prévue notamment aux art. 17 à 25, 32 et 43 de la LR de 1850, n'a plus sa raison d'être; le législateur pourra prévoir dans le texte sur la responsabilité que le plaideur téméraire pourra être frappé d'une amende en cas d'action manifestement abusive, pour éviter à l'Etat d'être en butte aux quérulants[229].

Il paraît judicieux que le législateur exclue expressément le droit du lésé d'actionner directement l'auteur de son dommage, faute d'intérêt pratique. Nous faisons naturellement exception pour les juges et les autres agents judiciaires dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, pour les

---

[228] Cf. art. 42 LR; art. 29 LF sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927; art. 30 loi vaudoise sur le statut général des fonctions publiques cantonales du 9 juin 1947; Sager p. 16 et s.; Zehntner p. 52, 62, 73, 81, 93.

[229] Au point de vue de la responsabilité interne, les dispositions de l'art. 21 du Règlement des fonctionnaires I du 24 octobre 1930 sauvegardant les droits de l'agent exposé à l'action récursoire de la

raisons exposées plus haut. Les fonctionnaires seront ainsi à l'abri des réclamations des justiciables, et n'auront à répondre de leurs actes qu'envers l'Etat. Cette solution se justifie par l'abandon de la notion de faute personnelle de l'agent qui régit encore notre droit de la responsabilité[230].

Les corporations publiques dotées de la personnalité juridique peuvent avoir qualité de tiers lésés, comme des individus, dans la mesure naturellement où elles subissent un dommage constituant une atteinte à leurs droits subjectifs causée par l'activité d'un autre sujet de droit public auquel elles sont subordonnées. L'existence d'une violation de droits subjectifs est toujours la condition de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat.

Chapitre XIV

Conclusions générales

Il nous reste maintenant à résumer les conclusions qui se dégagent de l'étude de notre sujet, dont l'ampleur nous a contraint à traiter seulement ses principaux aspects.

1. La responsabilité administrative extracontractuelle est régie par les seules normes du droit public.
2. Elle a pour condition une atteinte aux droits subjectifs du justiciable dont le dommage doit présenter un caractère certain, actuel, direct, anormal.
3. Seul le système de la responsabilité primaire de l'Etat — du fait d'autrui ou du fait des choses — satisfait aux exigences de la logique et de l'équité.
4. Il s'agit d'une responsabilité causale pour fonctionnement défectueux des services publics.

Confédération devront être étendues à tous les fonctionnaires soumis à la loi sur la responsabilité. Ce même principe est aussi valable en droit cantonal.

[230] Cf. Oftinger II p. 1067 et s.

5. Son fondement est la notion de sécurité, qui est un des buts essentiels de l'Etat.
6. Il s'agit d'un problème d'expropriation qui doit être traité comme tel, avec toutes les conséquences qui en découlent.
7. Le point de savoir si le dommage a été causé conformément ou contrairement au droit, par une activité ou une inactivité opportune ou non, par la faute ou la négligence d'un agent — lato sensu — de l'Etat, exception faite de sa faute détachable, est sans pertinence dans le contentieux de la réparation.
8. La responsabilité de la puissance publique doit être appréciée in concreto.
9. A l'exception des actes se rattachant à l'exercice de la fonction juridictionnelle et des actes dits de gouvernement que des raisons d'ordre politique font bénéficier d'une règlementation spéciale, tous les actes de l'Etat peuvent être l'objet du contentieux de la réparation.

   La distinction entre actes administratifs ordinaires et actes se rattachant à l'exercice d'une industrie doit être abandonnée.
10. Il est désirable en droit suisse qu'une règlementation légale générale précise le problème sur le plan fédéral, et cantonal, en réservant les cas où des lois spéciales excluent en tout ou en partie la responsabilité de la puissance publique.
11. Cette règlementation s'appliquera à la responsabilité externe de l'Etat, la responsabilité interne devant faire l'objet de lois spéciales (sur le statut des fonctionnaires par exemple).
12. Il est souhaitable que le contentieux de l'indemnité relève de la compétence des tribunaux administratifs pour tenir compte de la nature et des caractères propres de cette institution.

Bibliographie

Becker, H.: Obligationenrecht, Berne 1941.

Borter, J.: Die Haftung des Gemeinwesens für Werkschaden, thèse Berne 1938.

de Buren, R.: La notion de domaine public en droit vaudois, thèse Lausanne 1951.

Burckhardt, W.: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3ème édition, Berne 1931.

— Le droit fédéral suisse, Neuchâtel.

Cambier, C.: La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, Bruxelles 1947.

Clerc, F.: De l'indemnité pour détention injustifiée en droit neuchâtelois, SJZ 1950, p. 269 et s.

CNOF (Comité national de l'organisation française), revue mensuelle de l'organisation, octobre 1949: Les problèmes de la responsabilité, journées d'études des administrations publiques, 23-24 juin 1949.

Cornu, G.: Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, Reims 1951.

Derron, G.: L'indemnité d'expropriation, étude de doctrine et de droit positif, en particulier de la loi vaudoise du 22 novembre 1917, thèse Lausanne 1945.

Dreyer, G.: Les commissions fédérales extraparlementaires, ZBJV 1941, p. 145 et s.

Duez, P.: La responsabilité civile de la puissance publique (endehors du contrat), nouvelle édition, Paris 1938.

Duez, P., et Debeyre, G.: Traité de droit administratif, Paris 1952.

Duguit, L.: Traité de droit constitutionnel, 3ème édition, Paris 1930.

Feldscher, A.: Über die Rechtsnatur des diplomatischen und konsularischen Schutzes, ZBJV t. 66 p. 289 et s.

Fisch, A.: Die Verantwortlichkeit der Kantone für Schäden aus der Führung des Grundbuches, thèse Zurich 1939.

Fitting, F.: La responsabilité civile des fonctionnaires postaux vis-à-vis des particuliers, SJZ 28 p. 375.

Fleiner, F.: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

— Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, Neudruck für die Schweiz, Zurich 1939.

Frey, H.: 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, thèse Neuchâtel 1916.

Gay, E.: La responsabilité civile des fonctionnaires publics en droit valaisan, thèse Berne 1932.

Giacometti, Z.: Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924.

— Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich 1941.

Giger, H. G.: Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, Berner rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 60, Berne 1951.

Giuliani, G.: Le risque administratif devant la jurisprudence et la législation, thèse Lyon 1933.

Goebel, H.: Die Haftungsvoraussetzungen des Staates für Amtspflichtverletzungen bei Betätigung der öffentlichen Gewalt, thèse Fribourg 1937.

Graf, J.: Die Verantwortlichkeit der Beamten im Kanton St. Gallen, thèse Berne 1938.

Graff, P.: Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral suisse, thèse Lausanne 1943.

Guhl, T.: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1935, ZBJV 1936 p. 521 et s., 541.

Guisan, F.: Le domaine public et le droit de voisinage, JdT 1936 I 298.

— Droit de voisinage et domaine public, JdT 1951 I 139.

Hämmerli, M.: Die Haftung des Flugplatzhalters im schweizerischen Recht, thèse Berne 1952.

Hampe, K. A.: Die Amtshaftung im englischen Recht, Archiv für öffentliches Recht 76 (1950), 297.

Hauriou, M.: Précis de droit administratif et de droit public, 10ème édition, Paris 1921.

Hauser, A.: Über den Ersatzanspruch aus amtspflichtmäßigen rechtswidrigen Staatsakten, thèse Zurich 1934.

His, E.: Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen, ZSR n. s. 42 p. 22 et s.

— Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts, Bâle.

Huber, H.: Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1951, ZBJV 1953 p. 49 et s., 65.

Hürlimann, H.: Die Haftung des Bundes und der Militärpersonen für den im Militärdienst entstandenen Schaden, thèse Berne 1925.

Im Hof, A.: Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, ZSR 48 (1929), 231a.

Jellinek, G.: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1929.

Junod, Ph.: Recherche sur la responsabilité des organes de la tutelle, étude de droit suisse, thèse Lausanne 1953.

Kaufmann, H.: Die Revision des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850, ZSR n. s. 31 p. 601 et s.

Keller, B.: Die Beamtenverantwortlichkeit, die Haftpflicht des Gemeinwesens insbesondere nach aargauischem Recht, thèse Bâle 1945.

Kuczynski, H.: Die Haftung des Bundes für seine technischen Funktionäre, thèse Zurich 1936.

Kurz, H. R.: Die Entschädigungspflicht des Staates bei kriegswirtschaftlichen Eingriffen in subjektive Vermögensrechte, thèse Berne 1943.

Méan, B.: La responsabilité du propriétaire de bâtiment ou de tout autre ouvrage, thèse Lausanne 1904.

Mottier, E.: De la responsabilité de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires en droit positif allemand, thèse Lausanne 1927.

Oftinger, K.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, t. I, II, Zurich 1940, 1942.

Oser, H., Schönenberger, W.: Das Obligationenrecht, V 1, Zurich 1929.

Ott, C.: La revision de la loi fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération du 9 décembre 1850, ZSR n. s. 31 p. 745 et s., 803 et s.

— De l'insitution du pavillon suisse sur mer à la responsabilité de l'Etat, Recueil de travaux publiés par la Faculté de Droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, p. 9 et s., Neuchâtel 1943.

Panchaud, A.: Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, Actes de la Société Suisse des juristes, fasc. 1, 1950.

— A propos de la responsabilité extracontractuelle de la Confédération, Sem. jud. 1951, p. 457 et s.

Petitpierre, E.: Restrictions légales de droit public à la propriété et expropriation, thèse Lausanne 1939.

Reichlin, P.: Von der Schadenersatzpflicht der Beamten und des Staates, Beiträge zur schweiz. Verwaltungskunde, n° 29, 1935.

Renold, P.: Die allgemeineVermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Bâle 1937.

Roos, G.: Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des bernischen Staatsbeamten und die Haftung des Staates, ZBJV 1939, p. 322 et s.

Ruck, E.: Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2ème édition, Zurich 1934.

Sager, A.: Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen dem Bunde und den Dritten gegenüber, thèse Zurich 1941.

Savatier, R.: Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D. H. 1931 chron., p. 9 et s.

Schaller, V.: Die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten nach zugerischem Recht, thèse Zurich 1944.

Schütz, A.: Die Ersatzpflicht des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt rechtswidrig verursachten Schaden im schweizerischen Recht, thèse Zurich 1918.

Schwarz, E.: Die Haftung des Bundes bei militärischen Requisitionen, thèse Berne 1950.

Secrétan, R.: La responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat et des fonctionnaires à l'égard des particuliers, en droit fédéral et en droit cantonal, JdT 1933 I p. 130 et s.

Seiler, H.: Die Haftpflicht des Gemeinwesens für Verkehrssicherheit öffentlicher Strassen, thèse Berne 1938.

Soldan, C., et Burckhardt, W.: La responsabilité des fabricants et autres chefs d'exploitations industrielles, d'après les lois fédérales des 25 juin 1881 et 26 avril 1887.

Sprecher von Bernegg, A.: Über die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, thèse Berne 1921.

Stadlin, M.: Die zivilrechtliche Haftung des Richters für Schaden aus Amtspflichtverletzungen, thèse Zurich 1934.

Tanner, J.: Die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten nach luzernischem Recht, thèse Bâle 1950.

Teissier, G.: La responsabilité de la puissance publique, Paris 1906.

Thilo, E.: Notes sur la responsabilité de l'Etat en cas d'arrestation illégale, JdT 1930 I p. 227 et s.

von Tuhr, A.: Partie générale du code fédéral des obligations, trad. fr., Lausanne 1933.

Vogt, E.: Rechtmäßige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 26, Aarau 1910.

Werner, G.: Le contrôle judiciaire à Genève, Genève 1917.

Wimmer, W.: Die Schadenshaftung des Bundesbeamten Dritten gegenüber, ZBJV 1936 p. 257 et s.

Winzeler, A.: Die Haftung der Organe und der Kassenträger in der AHV, thèse Zurich 1952.

Zehntner, W.: Die Haftung des Staates für seine Funktionäre nach der Gesetzgebung der schweizerischen Kantone, thèse Zurich 1952.

Ziegler, E.: Die (direkte oder subsidiäre) Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten, ZSR n. s. 7 p. 481 et s.

Zwahlen, H.: Responsabilité civile de l'Etat et des fonctionnaires, Fiches juridiques suisses nos 354, 371 à 374.