

INTRODUCTION

1 – Longtemps les élus et fonctionnaires territoriaux d'une part, et la justice pénale d'autre part, constituèrent deux mondes bien distincts avec quelques rares interférences. Les premiers avaient uniquement à connaître du droit administratif, tandis que la seconde restait cantonnée à la délinquance de droit commun, aux «classes dangereuses». La fin de leur ignorance réciproque s'avère somme toute assez récente puisqu'elle débute à partir des années 1970¹, pour devenir manifeste à l'aube des années 1990. Cette rencontre, pour partie non souhaitée mais bien réelle, résulte du profond bouleversement du contexte dans lequel les élus et fonctionnaires territoriaux exercent aujourd'hui leurs fonctions ou missions², bouleversement qui n'est pas sans conséquence sur la modification de leur responsabilité³.

§ 1 – Le récent bouleversement du contexte de l'action des élus et fonctionnaires territoriaux

2 – Parmi les évolutions de toutes natures expliquant la modification du cadre de l'action des élus et fonctionnaires territoriaux figure celle du système juridique français dans son ensemble, dont l'évolution de la justice pénale, mais avant tout celle du droit public local. En effet, tout en augmentant le nombre des acteurs de la démocratie locale, les lois de décentralisation ont accru les compétences reconnues aux collectivités territoriales.

A. L'évolution particulière de la démocratie locale

La décentralisation et ses conséquences

3 – Prônée par le général de Gaulle dès 1969 et réalisée dans les années 1980, la décentralisation avait pour but de rapprocher les pouvoirs publics du citoyen. Elle s'est concrétisée par la remise du pouvoir de décision des affaires locales à une autorité élue. D'une extrême importance, les lois du 2 mars et du 22 juillet 1982, ainsi

-
1. Catastrophe du Dancing le «Cinq-sept», dancing où périrent 146 personnes à la suite d'un incendie. Le maire de la commune de Saint-Laurent-du-Pont fut condamné.
 2. Pierre Fauchon, Rapport d'information n° 328, *JO-Doc*, Sénat, 1995-1996, p. 12.
 3. Corinne Lepage-Jessua, Rapport introductif, colloque, *LPA* n° 20, 15 fév. 1995, p. 3.

que les différentes lois de transfert de compétences, ont modifié de façon substantielle les modalités de fonctionnement, les compétences, et les libertés des collectivités territoriales. Aujourd'hui, à la base des collectivités territoriales figurent les 36772 communes (dont 36559 en métropole), puis viennent les 100 départements (dont 4 pour l'outre-mer) et les 26 régions (4 outre-mer également)⁴. Pour autant, les structures d'administration des affaires publiques locales ne se limitent pas aux trois principaux niveaux. S'y ajoutent les structures intercommunales, les communautés de communes et les communautés de villes depuis 1992, les multiples structures de gestion comme les sociétés d'économie mixte et les associations. Les principales structures se voient confier des missions très importantes, dans des domaines comme l'urbanisme (plans d'occupation des sols, délivrance de permis de construire, certificats d'urbanisme), l'économie (intervention, entre autres, des sociétés d'économie mixte locales), l'action sociale, l'action culturelle, le tourisme, la formation professionnelle, les bâtiments scolaires, les maisons de retraite, l'environnement (pollution, assainissement)... Pour accomplir leurs missions, pour gérer les services publics locaux, les collectivités territoriales font de plus en plus appel au secteur privé soit en concluant, par exemple, des conventions de délégations de service public, soit en créant des sociétés d'économie mixte locales (SEML). Aujourd'hui, elles sont devenues les premiers investisseurs de notre pays⁵ et les élus locaux de véritables gestionnaires. En effet, ces derniers disposent du pouvoir de décision relativement aux affaires locales, la décentralisation marquant à la fois le transfert d'un véritable pouvoir exécutif aux maires et aux présidents de conseils généraux ou régionaux au détriment des préfets, tout en supprimant le contrôle a priori de l'État sur les instances locales. Cependant, cette extension continue des pouvoirs dont disposent les décideurs publics locaux leur ménage naturellement une responsabilité personnelle proportionnelle.

Les transferts de compétences impliquent inévitablement une plus grande exposition aux risques pour les élus et fonctionnaires territoriaux par le simple fait qu'ils ont à assurer toutes ces missions nouvelles sans pour autant toujours disposer des moyens juridiques et financiers nécessaires. Les lois de décentralisation ont donc également eu pour effet d'accroître la responsabilité des élus locaux, de conduire à une sorte « d'inflation de leur responsabilité ». Surpris, les élus et fonctionnaires territoriaux découvrent aujourd'hui toute l'ambiguïté du terme « responsabilité ». Cette « curieuse notion⁶ » possède en effet plusieurs sens. On en use à la fois pour désigner un pouvoir, louer une assomption, et surtout pour attribuer une faute.

4. Chiffres relevés au 1^{er} janv. 1995 (ministère de l'Intérieur, *Les Agents des collectivités territoriales*, ministère de la Fonction publique, 1996, p. 7).

5. De 302 milliards de Francs en 1983, leurs dépenses sont passées à 746,1 milliards en 1999.

6. Alain Etchegoyen, *Le Temps des responsables*, Pocket, 1996, p. 19.

Être responsable, c'est être capable de répondre de ses actes. Toutefois, il ne s'agit pas ici de n'importe quelle faute, mais de la faute pénale et donc de la responsabilité pénale. Pour engager cette dernière, encore faut-il avoir commis une infraction, avoir adopté un comportement interdit par un texte pénal. En d'autres termes, la responsabilité pénale peut se définir comme l'obligation pour une personne impliquée dans une infraction d'en assumer les conséquences pénales, c'est-à-dire subir la sanction attachée à cette infraction⁷. Ainsi, les mises en examen d'élus ou de fonctionnaires territoriaux n'ont pas qu'un aspect dégradant, puisqu'elles reflètent le fait que «la responsabilité est aussi un élément de dignité de la fonction⁸».

La décentralisation a donné lieu à des excès. Étant pour partie un mouvement de centralisation locale du pouvoir, elle a favorisé ce que certains auteurs appellent «le règne des féodalités et des baronnies⁹». Cette expression imagée désigne la multiplication des centres de décision souvent accompagnée de la concentration des pouvoirs entre les mains d'un homme, ou de ses collaborateurs, en raison de l'absence de séparation des pouvoirs et du cumul des mandats. De plus, avec la crise économique conduisant l'État à se désengager financièrement, les collectivités locales se trouvent confrontées au fait de devoir remplir plus de missions avec moins de moyens. Ce dilemme conduit à monter des «opérations sophistiquées et hasardeuses¹⁰» susceptibles d'engager la responsabilité de leurs auteurs. En outre, pour éviter les contraintes de la comptabilité publique, les collectivités ont eu recours à des organismes tels que les associations, ou surtout les SEM, sans percevoir qu'un tel refuge entraînait l'adjonction de nouvelles responsabilités, comme la responsabilité pénale des dirigeants de société. De la sorte, l'un des effets pervers des très nécessaires lois de décentralisation a été de multiplier les tentations et les transgressions, certains, comme le juge Édith Boizette¹¹, n'ayant pas hésité à qualifier ces lois «d'invitation au crime» par «la mise en place d'un système pervers» ! Indéniablement, mettre dans les mêmes mains le pouvoir et l'argent facilite les ententes lucratives entre les élus et les milieux économiques (trucages de marchés publics...). Toutefois, la dénonciation trop facile d'une «explosion de la corruption» due à la décentralisation reflète le plus souvent une volonté de remettre en cause ce mouvement mis en œuvre à partir de 1982. S'il y a bien davantage d'occasions de corruption, les scandales financiers venant éclabousser des collectivités territoriales restent assez marginaux. D'ailleurs, c'est surtout l'usage des autres pouvoirs par les élus et fonctionnaires territoriaux qui mène à l'ouverture d'une

7. Jean Pradel, *La Responsabilité pénale en droit français depuis le code pénal de 1994. Permanence ou changements ?*, V^e journées René Savatier, Poitiers, 15-16 mai 1997.

8. Laurence Engel, Antoine Garapon, «La Fonction publique saisie par le droit», *Esprit* n° 237, oct. 1997, p. 109.

9. Alain Etchegoyen, *Le Corrupteur et le corrompu*, Julliard, 1995, p. 140.

10. Corinne Lepage-Jessua, Rapport introductif, précité, p. 4.

11. «Enquêtes sur la corruption en France», *LPA* n° 35, 20 mars 1996, p. 4.

action en justice. En fait, l'accroissement du nombre «des affaires» de corruption résulte également d'un meilleur contrôle des collectivités territoriales, contrôle permettant de mettre aujourd'hui à jour des pratiques qui restaient antérieurement ignorées.

La lutte contre tous les abus passe par le renforcement ou la mise en place de contrôles externes aux collectivités territoriales, véritable contrepartie à l'extension du champ de leurs compétences et de leur liberté nouvelle dans laquelle elle s'exerce. Bien qu'il soit impossible d'inventorier tous les contrôles auxquels elles sont soumises tant l'arsenal est important, ceux-ci permettent de garantir le bon usage des deniers publics locaux et des autres pouvoirs dont sont détenteurs les élus et fonctionnaires territoriaux.

Pour s'assurer d'abord de la bonne utilisation des deniers publics locaux, diverses structures ont été créées, telles que, en 1991, la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les délégations de service public (MIEM), un service central de prévention de la corruption en 1993 (SCPC). Mais c'est surtout le contrôle de légalité des actes administratifs des collectivités et le contrôle financier qui revêtent une particulière importance. Premier niveau de surveillance, le contrôle de légalité des actes des collectivités est exercé a posteriori par le préfet. Mais ce contrôle de légalité se révèle en pratique notoirement insuffisant¹², notamment parce que les préfets doivent entretenir de bonnes relations avec les élus locaux. Il en va tout autrement pour le contrôle exercé par les juridictions financières. Parmi ces juridictions figurent les Chambres régionales des comptes créées par la loi du 2 mars 1982. Elles examinent, sur le plan local et régional, les comptes des comptables publics des collectivités territoriales et de leurs établissements publics d'une part, et la qualité de la gestion de ces entités, ainsi que d'un certain nombre d'organismes privés comme les SEML ou les associations subventionnées, d'autre part. Contrôleurs redoutés et redoutables, ces Chambres sont souvent mises en cause par les élus locaux qui les jugent coupables d'un excès de zèle.

Par ailleurs, pour s'assurer du bon usage des autres pouvoirs dont sont détenteurs les élus et fonctionnaires territoriaux, divers organes, non spécifiques aux collectivités territoriales, assurent néanmoins un contrôle effectif. La commission nationale informatique et libertés (CNIL), créée par la loi du 6 juillet 1978, permet ainsi d'assurer une plus grande transparence à propos des relations entre l'administration et les usagers. Cette commission autorise le traitement automatisé des données nominatives et en contrôle l'usage.

Malgré les lacunes parfois dénoncées, ces organes de contrôle se révèlent être plutôt efficaces, comme en témoignent les pressions exercées ou la volonté de réforme parfois exprimée¹³. Surtout, ceux-ci peuvent transmettre au procureur de la

12. Conseil d'État, *Rapport public* 1993, La Documentation française 1994, p. 15 et 46.

13. M. Jacques Oudin, *Rapport d'information* n° 520, *JO-Doc*, Sénat, 23 juin 1998.

République compétent, les faits qui leur semblent constituer des irrégularités pénalement répréhensibles (art. 40 CPP), possibilité participant au mouvement général de «pénalisation». Ainsi, le contrôle est-il la contrepartie nécessaire du transfert de compétences effectué au profit des collectivités territoriales, transfert ayant mécaniquement accru les possibilités de mise en cause des acteurs de la démocratie locale, à savoir les élus et fonctionnaires territoriaux.

L'augmentation du nombre des acteurs de la démocratie locale

4 – Pour gérer les trois niveaux d'administration territoriale (niveau communal, départemental et régional), la France compte des élus locaux et des agents territoriaux. Si le pouvoir local appartient aux premiers en tant qu'élus au suffrage universel direct (assemblées délibérantes) ou indirect (exécutifs), ces acteurs principaux disposent d'une administration territoriale, composée d'agents fonctionnaires et d'agents non titulaires, pour mener à bien leurs missions.

Le développement de la démocratie locale a eu pour effet de multiplier les élections. Aujourd'hui au nombre de 502 149¹⁴, les élus locaux se répartissent entre membres des assemblées locales (conseil municipal, conseil général, conseil régional) et les exécutifs, eux-mêmes issus des assemblées. Ces exécutifs sont composés d'un chef (le maire, le président du conseil général et du conseil régional) et d'une structure collégiale (la municipalité pour la commune composée du maire et de ses adjoints; les commissions permanentes pour le département et la région, composées du président, de vice-présidents et d'autres membres). En ce qui concerne la répartition des pouvoirs au sein de la collectivité, les décisions fondamentales, celles orientant le devenir de la collectivité, appartiennent aux assemblées. En revanche, les exécutifs disposent de quelques pouvoirs propres comme la direction des services, la gestion du patrimoine ou, pour le maire, un important pouvoir de police. Cependant, les élus ne bénéficient toujours pas d'un statut défini, à la grande différence des fonctionnaires travaillant pour la collectivité qu'ils dirigent.

Prenant l'occasion d'une réforme d'ensemble de la fonction publique qui donnera lieu à l'adoption de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, le législateur choisit de créer une fonction publique territoriale¹⁵ régie en outre par la loi du 26 janvier 1984 sur les dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, loi applicable aux communes, départements et régions, ainsi qu'aux offices publics d'HLM et aux organismes de coopération intercommunale¹⁶. Son objectif était d'unifier les statuts, mais une loi du 13 juillet 1987 renforça le pouvoir de nomination des exécutifs locaux. En effet, ceux-ci souhaitaient nommer librement leurs collaborateurs, traduction concrète de la

14. Ministère de l'Intérieur, *Les Agents des collectivités territoriales*, précité, p. 13.

15. Georges-Daniel Marillia, *Les Agents territoriaux*, Berger-Levrault, 1998.

16. Ce statut ne s'applique ni aux agents de droit privé des collectivités, ni aux agents publics non titulaires.

distinction établie par Max Weber¹⁷ entre «les fonctionnaires de carrière» et les «fonctionnaires politiques». Le personnel territorial, comptant 1609625 personnes¹⁸, se divise donc en fonctionnaires territoriaux et en agents publics non titulaires. Les premiers constituent la catégorie la plus importante du personnel des collectivités et sont recrutés par concours. Le fonctionnaire territorial «est un agent qui a été nommé dans un emploi permanent à temps complet ou à temps non complet, et qui a été titularisé dans un grade de la hiérarchie d'une des collectivités ou d'un des établissements publics couverts par le statut de la fonction publique territoriale¹⁹». Les fonctionnaires territoriaux se répartissent en quatre catégories suivant le niveau de recrutement et de qualification. Les agents non titulaires, quant à eux, sont recrutés à la suite d'une délibération de l'assemblée locale, en dehors de tout concours et, à ce titre, ne relèvent pas du statut général (le décret du 15 février 1988 prévoit des règles propres). Ce régime dérogatoire du droit commun concerne notamment les emplois dits fonctionnels, dérogeant autorisant les élus à choisir les cadres territoriaux avec qui ils désirent travailler. En effet, l'article 53 de la loi du 26 janvier 1984 donne une certaine latitude aux élus locaux pour se séparer de leurs principaux collaborateurs (directeur général et directeur général adjoint des services des départements et régions, secrétaire général²⁰ et directeur général des services techniques des communes de plus de 80000 habitants...). Il en va surtout ainsi pour les emplois de cabinet (collaborateurs, directeur de cabinet), régis par l'article 110 de la loi du 26 janvier 1984. Leur recrutement s'opère sur la base de contrats d'une durée de trois ans, en principe renouvelables une fois. Cette précarité de la haute fonction publique territoriale rend difficile pour ceux-ci de revendiquer une indépendance face à des abus éventuels commis par les élus locaux. En dehors du détournement de leurs compétences propres, et dans les cas les plus extrêmes, l'alternative peut déboucher sur une compromission de nature à mettre en cause la responsabilité pénale de l'agent en tant que coauteur, ou, plus souvent en tant que complice (art. 121-7 CP). Ainsi adopterons-nous une définition large des fonctionnaires territoriaux. Par cette expression nous désignerons à la fois les agents des collectivités territoriales et les agents de leurs établissements placés dans une condition de droit public, qu'ils soient ou non titulaires. En dehors de tout critère statutaire, les agents territoriaux exercent leurs fonctions dans des secteurs d'activités très variés (secteur technique, administratif, culturel, sportif, médico-social, sécurité...). Néanmoins, le partage des compétences apparaît clairement: aux élus locaux la responsabilité

17. *Le Savant et le politique*, collection «10/18», 1987, p. 121.

18. Chiffres au 1^{er} janvier 1997 (ministère de l'Intérieur, *Les Collectivités locales en chiffres 1998*, Direction générale des collectivités locales, 1998, p. 102).

19. Jean-Bernard Auby, Jean-François Auby, *Droit des collectivités locales*, PUF, 1998, p. 191.

20. Le «secrétaire général» de mairie a changé de nom, par la loi du 12 avril 2000 (*JO* du 13 avril 2000, p. 5646), pour devenir le «directeur général des services».

de la politique et de la stratégie, aux agents territoriaux celle de l'exécution. Une telle distinction repose sur leur légitimité respective : alors que l' élu local la tient du suffrage universel, le fonctionnaire territorial ne tient la sienne que de l' élu qu' il sert. Par là-même se trouve justifiée l' étude simultanée de leur responsabilité pénale. Si, en effet, la fonction principale des agents territoriaux reste d' être à l' écoute des élus, de les conseiller, puis de mettre en œuvre leurs décisions, ils doivent assumer une multitude de charges confiées par le législateur qui les soumet aux mêmes obligations, les expose aux mêmes tentations que les élus locaux. En cela, ils possèdent également des caractéristiques communes avec les élus et fonctionnaires nationaux, caractéristiques qui les distinguent par ailleurs des simples citoyens.

Les élus et fonctionnaires sont voués au service public, à la satisfaction de l' intérêt général. Dépositaires d' une parcelle de l' autorité publique, ils contribuent par leurs actions à la satisfaction des besoins et des droits fondamentaux de leurs concitoyens (sécurité, droits de l' homme, santé, éducation, qualité de vie...). Selon Montesquieu, la République repose sur « la vertu politique », qui est « un renoncement à soi-même » se définissant comme « l' amour des lois et de la patrie, cet amour demandant une préférence continuelle de l' intérêt public au sien propre²¹ ». La République engage tous ses serviteurs à un sacerdoce reposant sur la vertu, vertu dépassant la simple intégrité. De ce fait, le décideur public supporte une responsabilité singulière : la confiance que le peuple lui accorde le dépasse. Quand des faits l' accablent, ils affectent à travers lui l' autorité de l' État, ils bafouent les valeurs sur lesquelles l' État se fonde et contribuent à une perte des références morales. En effet, selon la formule de M. Robert Bouchery²², « tout détenteur de la puissance publique, élective ou administrative, est une référence obligée ». Source d' exemplarité pour les simples citoyens, les dirigeants doivent alors être au-dessus de tout soupçon. Finalement, « l' exercice d' un pouvoir, au nom du peuple, implique plus de devoirs qu' il ne confère de prérogatives²³ ». C' est la méconnaissance de ces « devoirs absolus » augmentant en proportion des fonctions, qui « donne prise » au droit pénal lorsqu' elle correspond à une incrimination²⁴.

Au-delà de ces points communs, les élus et fonctionnaires territoriaux ne s' en distinguent pas moins de leurs homologues nationaux²⁵.

21. Montesquieu, *De l' esprit des lois*, « de l' éducation dans le gouvernement républicain ».

22. *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique*, La Documentation française, 1993, p. 124.

23. Jean Reserve, « Comment lutter contre la corruption dans le secteur public local ? », *Après-Demain* n° 370, janv. 1995, p. 39.

24. Pierre Delvolvé, Rapport de synthèse, *LPA* n° 20, 15 fév. 1995, p. 38.

25. Pour une analyse de la distinction, Jean-Marie Pontier, « Gouvernement national et gouvernement local », *Les Cahiers du CNFPT* n° 45, nov. 1995, p. 11.

Les décideurs publics locaux exercent d'abord leurs activités à un niveau décentralisé. La loi leur a confié un nombre très important de pouvoirs dans des domaines extrêmement variés. Leur étendue justifie donc de centrer l'étude uniquement sur ces derniers. De plus, à la différence des fonctionnaires d'État, les agents territoriaux sont confrontés aux difficultés liées à l'exigence démocratique dans le fonctionnement de la collectivité locale, c'est-à-dire à une forte personnalisation de la collectivité autour du chef de l'exécutif. Ensuite, le commissariat général du plan soulignait une particularité non négligeable des exécutifs locaux en prenant l'exemple du chef de l'exécutif communal. En effet, «le maire cumule les rôles que jouent, au plan national, le président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat». Enfin, les décideurs publics locaux s'avèrent plus proches de leurs concitoyens, d'où l'attachement exprimé par ces derniers à leur égard, mais également leur mise en cause plus systématique lorsqu'un problème survient. Certes, la distinction semble parfois difficile à opérer compte tenu de la pratique très critiquée du cumul des mandats qui permet à un élu de grouper un mandat exercé dans une collectivité territoriale avec un mandat parlementaire (député, sénateur, voire député européen). Cependant, il faut bien admettre que les mises en examen d'élus nationaux résultent quasi exclusivement d'actes accomplis dans le cadre de leurs mandats locaux. Cette pratique courante du cumul comporte toutefois un intérêt juridique pour l'élu local dans la mesure où elle lui permet de bénéficier de l'immunité parlementaire. Cette dernière confère l'inviolabilité à tout député ou sénateur, c'est-à-dire une protection contre les poursuites pénales (article 26 de la Constitution). Pour l'arrestation ou toute mesure privative (détention provisoire) ou restrictive de liberté (contrôle judiciaire), le magistrat doit obtenir l'autorisation du bureau de l'assemblée dont fait partie l'élu en cause. Les élus locaux peuvent donc bénéficier indirectement de cette protection.

Toutefois, ce particularisme des décideurs publics locaux issu du mouvement de décentralisation s'inscrit également «dans un contexte plus général de croissance du rôle du droit et des juges dans la société française²⁶».

B. L'évolution générale du système juridique français

5 – Cette évolution générale du système juridique français ne concerne pas uniquement les élus et fonctionnaires territoriaux, mais elle se perçoit et s'exprime plus particulièrement à leur égard en ce qu'ils sont des hommes médiatiques appelés à connaître l'ensemble du droit positif de par leurs fonctions. Or le droit positif ne cesse de changer et les nouvelles règles applicables d'augmenter.

26. Jean-Claude Helin, «La décentralisation saisie par le juge», *LPA* n° 92, 1^{er} août 1997, p. 4.

L'évolution du droit positif

6 – Depuis 20 ans, les auteurs dénoncent régulièrement l'inflation du droit. En 1991 et 1992, le Conseil d'État mit clairement en évidence, dans ses rapports publics, cette inflation législative. Il recensait plus de 7500 lois et 82000 décrets auxquels il convenait d'ajouter l'émission annuelle de 10000 à 15000 circulaires et 21000 règlements européens. Le volume du *JO* a plus que doublé entre 1976 et 1990, passant de 7070 à 17141 pages. On comprend aisément le sentiment d'insécurité juridique ressenti par ceux chargés de veiller à l'application de ces textes dont, entre autres, les élus et fonctionnaires territoriaux. Leur vigilance ne doit pas se limiter aux 3000 articles constituant la base du droit applicable aux collectivités territoriales (code général des collectivités territoriales), mais également porter sur l'application des textes techniques, aussi désignés sous le vocable de normes techniques. Il leur faut puiser ces normes très instables dans plus de vingt et un codes, sans compter les normes d'origine communautaire dont les directives sont indépendantes des Parlements nationaux. Et même si la plupart de ces normes ne sont pas obligatoires, il s'avère préférable de les respecter compte tenu du fait qu'en cas d'accident, le juge répressif ordonnera une expertise qui y fera systématiquement référence. Ainsi, cette situation fournit-elle un arsenal normatif que les décideurs publics doivent connaître et, parallèlement, un arsenal de textes utilisables par le juge pénal. Le maintien de l'adage «nul n'est censé ignorer la loi» dans ce contexte de surréglementation, et cela malgré la timide admission d'une possible «erreur de droit» (art. 122-3 CP), facilite donc la mise en œuvre de la responsabilité pénale des acteurs chargés d'appliquer quotidiennement l'ensemble de ces textes. Les décideurs publics locaux sont étouffés de droit, asphyxiés de normes.

À cette gestion des collectivités locales rendue plus complexe par la prolifération législative s'ajoute l'évolution parallèle du droit pénal.

En premier lieu, un nouveau code pénal est entré en vigueur le 1^{er} mars 1994. Il ménage une place non négligeable à la «délinquance en col blanc», ce qui induit nécessairement un changement significatif dans la gestion des collectivités territoriales. D'abord, les agents territoriaux sont désormais visés pour quelques infractions spécifiques par l'emploi de l'expression législative de «personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public». Ensuite, le code pénal leur donne une place particulière en son sein (chapitre II du titre III du livre IV). Il crée notamment un véritable bloc pénal autour des questions de transparence de la vie publique, des manquements au devoir de probité. Au-delà de cette nouvelle présentation d'ensemble, s'ajoute l'apparition de nouvelles incriminations susceptibles de trouver à s'appliquer aux décideurs publics locaux, comme l'inaction pour combattre un sinistre (art. 223-7) ou le délit de risque causé à autrui (art. 223-1), délit créé en réponse à la multiplication des accidents spectaculaires dus à de graves imprudences. Enfin,

le code pénal a étendu la répression pénale aux personnes morales de droit public. Outre le fait que, par leurs actes, les élus et certains agents territoriaux risquent, dans certains cas, d'engager pénalement leur collectivité et, à travers elle, ses habitants, la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle de la personne physique.

En deuxième lieu, à l'inflation législative précédemment décrite s'adjoint presque logiquement une inflation des incriminations. Aujourd'hui, il n'y a plus de loi qui ne soit assortie de nouvelles infractions. De la sorte, le droit pénal cesse d'être cantonné dans une branche spécifique pour recouvrir la totalité du système juridique, venant ainsi à sanctionner de simples dysfonctionnements, et à dénaturer sa propre portée en réprimant des manquements sans connotation morale.

Enfin, en troisième lieu, le juge pénal a désormais le pouvoir d'apprécier de manière systématique la légalité des actes administratifs qui lui sont indirectement soumis en vertu de l'article 111-5 du code pénal. En conséquence, il est amené à appréhender des notions de droit administratif, comme celle de convention de délégation de service public (art. 121-2 CP), d'où un risque de divergence entre les deux ordres de juridiction. À terme, «il existera un droit administratif d'origine pénal²⁷». En tout état de cause, cette évolution marque aussi l'actuelle émergence d'un droit pénal de la décentralisation.

Ces transformations s'accompagnent d'un bouleversement des mentalités et des exigences sociales qui conduisent à l'accroissement du rôle des juges.

L'émergence d'un pouvoir judiciaire

7 – À une période durant laquelle la sphère politique disposait d'une très large autonomie et d'une indéniable influence, se substitue actuellement une période marquée par l'attente d'une stricte séparation des pouvoirs, l'émergence d'un véritable pouvoir judiciaire. Autrement dit, ce qui n'était hier qu'une «autorité», d'après les termes de la Constitution de 1958, s'assimile désormais à un vrai pouvoir, ou tout au moins à un «tiers pouvoir» selon l'expression de M. Denis Salas²⁸. Cette émergence résulte d'abord du nouvel état d'esprit qui anime les magistrats de l'ordre judiciaire, mais également de la modification des comportements, des mentalités, des autres acteurs que sont les victimes et l'opinion publique.

Les différentes «affaires», les pressions exercées sur les magistrats en charge de ces dossiers, les lois d'amnisties du 20 juillet 1988 et du 15 janvier 1990 liées au financement de la vie politique ont provoqué une prise de conscience au sein du corps

27. Thierry Dal Farra, «Synthèse générale», in AMF, *Guide de la responsabilité du maire*, Berger-Levrault, 1999, p. 188.

28. *Tiers pouvoir*, Hachette-Littératures, 1998.

judiciaire. Ce réveil des juges a débuté chez les magistrats instructeurs avant de se poursuivre chez les membres du parquet. Indépendants de par leur statut, les «petits juges» ont commencé à donner la leçon aux «grands», à rappeler les principes à ceux qui sont censés les incarner, c'est-à-dire notamment les élus et fonctionnaires territoriaux, à propos d'affaires révélant des manquements au devoir de probité. L'extension de ce nouvel état d'esprit aux magistrats du parquet résulte en partie d'une ligne de conduite semble-t-il moins interventionniste du ministère de la Justice dans l'exercice de l'action publique. Désormais, les magistrats français sont peu enclins à l'indulgence vis-à-vis des décideurs publics locaux irrespectueux de la règle de droit et affirment plus clairement une volonté d'indépendance. À cette dernière volonté s'ajoute le souci de voir respecter le principe d'égalité des justiciables devant la loi pénale. Très incisif, l'ancien juge Thierry Jean-Pierre²⁹ se demande de la sorte «qui menace véritablement la démocratie si ce n'est précisément ce club des nouveaux intouchables, installés au cœur de l'État, et qui cumulent honneurs et privilèges? L'égalité devant la justice est un des fondements de toute société évoluée. Pourquoi ceux-là y échapperaient-ils?» La passion égalitaire explique en partie l'apparition de cette évolution, de cette émancipation progressive par rapport au pouvoir politique. Cette avancée vers la fin de la subordination du judiciaire au pouvoir exécutif ravive l'inquiétude ancienne et irraisonnée d'un gouvernement des juges. Les magistrats poursuivant des élus sont systématiquement soupçonnés d'arrière-pensées politiques. En fait, «comme tout juge, on lui reproche son manque d'audace ou son excès d'audace», alors qu'il s'agit pour les magistrats, selon M. Georges Vedel³⁰, «de n'être ni timorés, ni aventureux». Toutefois, l'adoption de décisions soudaines et brutales par les juges, pour profiter de l'effet de surprise à propos d'affaires mettant en cause des élus, explique sans doute l'actuelle diminution des pouvoirs du juge d'instruction et la volonté de le supprimer à terme de notre procédure pénale.

Au delà, cette émergence d'un véritable pouvoir judiciaire se trouve favorisée par le changement d'état d'esprit d'autres acteurs et, en premier lieu, des victimes.

Parmi ces dernières trouve-t-on d'abord les victimes directes d'accidents collectifs (inondations, avalanches...). Ces victimes de dommages pensent obtenir une réparation plus rapide, plus économique et plus efficace devant le juge pénal. Par ailleurs, au-delà de la réparation pécuniaire des dommages, elles recherchent l'identification et la condamnation des responsables, identification que ne permet pas la responsabilité administrative. Ensuite, aux victimes individuelles s'ajoutent les associations au rôle récemment renforcé. Comptant sur leur particulière vigilance, le législateur a favorisé leur accès à la justice (loi du 2 février 1995 autorisant les associations agréées de défense de l'environnement à se porter partie civile). Aux

29. *Le Droit des plus forts*, Fixot, 1996, p. 139 et 14.

30. Conférence donnée à la faculté de droit de Poitiers, le 20 février 1998, sur *La place et la fonction de la Constitution et du droit constitutionnel dans le système juridique français*.

associations de protection de l'environnement particulièrement actives, s'ajoutent celles plus récentes de défense des contribuables. Les citoyens n'hésitent plus dès lors à exercer les actions appartenant à la commune (art. L. 2132-5 CGCT, et depuis la loi du 12 avril 2000, art. L. 3133-1 pour les actions appartenant au département, et L. 4143-1 pour la région) lorsque, par exemple, celle-ci est victime d'actes de concussion reprochables à un élu municipal ou un fonctionnaire territorial ou encore victime de détournements de fonds. De plus, ces « administrés-justiciables³¹ » tolèrent de moins en moins les ratés de l'administration. Lorsqu'ils croient en déceler une, mécontents, ils se tournent vers le juge. Ce nouvel état d'esprit révèle un refus de la fatalité, un désir de vindicte sociale qui se concrétise par l'augmentation des constitutions de partie civile. En effet, la multiplication des actions dirigées contre les élus et fonctionnaires territoriaux traduit un véritable phénomène de société qui conduit à « refuser d'admettre l'imprévisibilité, la force majeure, voire le risque inhérent à toute activité humaine et à exiger, pour chaque événement, l'identification d'un responsable nommément désigné à qui des comptes seront demandés³² ». Loin de nous semble être désormais le temps où les victimes attribuaient les accidents à un aléa, à la seule fatalité. L'irrévocable devient un enchaînement dramatique dont chaque phase est sécable, analysable, et où l'examen des causes et des faits entraîne un certain nombre de responsabilités. Un blâme social s'attache aujourd'hui aux comportements imprudents, tout malheur devant être « authentifié en infraction³³ ». En effet, les victimes retrouvent là l'un des ressorts cachés du droit pénal: la honte. Le caractère infamant de la condamnation pénale constitue un mode de satisfaction du désir de justice de la victime, qui estime que seule la sanction pénale permet de prévenir, par son caractère exemplaire, le renouvellement de l'accident. Il faut bien également reconnaître que les adversaires politiques usent de « l'arme judiciaire », les élus locaux minoritaires ou opposants n'hésitant plus à saisir la justice.

En second lieu, l'émergence d'un véritable pouvoir judiciaire, l'affirmation d'une volonté d'indépendance se trouvent encouragées par cet autre acteur que constitue l'opinion publique, et cela à travers les médias: l'opinion, le juge et les médias, nouvelle « sainte trinité³⁴ ». « L'opinion publique est une puissance invisible, mystérieuse, à laquelle rien ne résiste; rien n'est plus mobile, plus vague et plus fort³⁵. » Mais si Napoléon I^{er} la considérait comme « vraie, raisonnable, juste, beaucoup plus souvent qu'on ne pense », les décideurs publics locaux l'envisagent plutôt

31. Jacques Hardy, « La responsabilité des élus locaux », *Pouvoirs locaux* n° 32, I, 1997, p. 122.

32. Ministère de l'Intérieur, *Protection des fonctionnaires de l'administration territoriale*, Circulaire du 14 mai 1993, n° NOR: INTD9300130C, p. 8.

33. Claude Lombois, Rapport de synthèse, colloque, *LPA* n° 120, 6 oct. 1993, p. 49.

34. Alain Minc, *L'Ivresse démocratique*, Gallimard, 1995, p. 77 et s.

35. Napoléon I^{er}, in Emmanuel de Las Cases, *Mémorial de Sainte-Hélène*, samedi 28 nov. 1815, Éditions du Seuil, 1968, p. 102.

comme «volontiers portée à une mythologie³⁶». Or actuellement, celle-ci exprime un besoin de transparence, de moralisation de la vie publique locale et d'égalité devant la justice pénale après la découverte des «affaires» et le vote désastreux des lois d'amnisties de 1988 et 1990. La crise économique a rendu les Français plus exigeants à propos de la moralité publique et ceux-ci exigent, à ce titre, la fin des privilèges de tous ordres. De même, comme les victimes, «l'opinion publique (...) n'admet plus guère qu'un événement dommageable ne puisse avoir d'autre cause que le cas fortuit ou la force majeure³⁷» et contribue en conséquence à la recherche systématique d'un bouc émissaire. Plus que tout, c'est donc l'égalité qui reste le mot d'ordre commun avec la magistrature, mot d'ordre relayé par les médias. L'apparente absence prolongée de sanction vis-à-vis des élus et fonctionnaires a brisé la confiance des citoyens envers les politiques, ce qui les rend plus proches du juge. Les journalistes, affichant également le souci d'agir au nom de l'égalité, sont convaincus que, face à la pression des puissants, seule une action conjointe et publique avec les magistrats peut garantir l'exercice normal du contre-pouvoir judiciaire. Apparaît dès lors une communauté d'intérêts entre le juge et le journaliste, qui fait corps avec l'opinion dont elle s'imprègne et qu'à son tour elle modèle. Même si les magistrats sont partagés sur l'opportunité d'entretenir des relations suivies avec la presse, l'évasion d'informations et la médiatisation des actes d'instruction se perpétuent et ont été indispensables pour empêcher «l'étouffement» de certaines affaires, pour forcer la justice à suivre son cours. Dans le même temps, une telle pratique d'instruction médiatique conduit à ne plus respecter le secret de l'instruction, la présomption d'innocence. Dès lors, en tant qu'hommes publics, les élus et fonctionnaires territoriaux sont surexposés par rapport au justiciable ordinaire et, sous couvert d'égalité, le système fonctionne aux dépens des anciens privilégiés. Les individus sont effectivement cités régulièrement au prorata de leur notoriété. De plus, l'effet d'optique des médias conduit à un amalgame abusif entre les décideurs publics poursuivis pour des actes volontaires, comme la corruption, et ceux poursuivis pour des infractions d'imprudence ou de négligence ne manifestant aucune intention de nuire. De même, l'effet amplificateur des médias entretient une sorte de suspicion permanente alors que la presse choisit les affaires qui l'intéressent. Il s'agit de ne pas oublier que «le droit pénal s'exprime avec une force médiatique extrêmement puissante de sorte que, si les affaires concernant les hommes de pouvoirs sont relativement faibles en nombre, elles marquent néanmoins une nette évolution et prennent une place de plus en plus grande dans la conscience collective³⁸».

8 – Les transferts de compétences voulus par la décentralisation, l'évolution du droit pénal, la «judiciarisation» de la vie en société, tous ces bouleversements du

36. Roger Quillot, *Misères et grandeur des maires de France*, Albin Michel, 1997, p. 239.

37. Jean Foyer, Rapport n° 1120, JO-Doc-AN, 1973-1974, p. 3.

38. M^e Bernard Vatier, *LPA* du 27 juin 1997, p. 4.

contexte de l'action des élus et fonctionnaires territoriaux font des gestionnaires de ces collectivités de potentiels délinquants, et induisent de la sorte une modification de leur responsabilité.

§ 2 – Un bouleversement aux conséquences multiples sur la responsabilité des élus et des fonctionnaires territoriaux

9 – Le développement d'une société de droit qui progressivement s'impose à tous, gouvernants et gouvernés, explique la fin irrémédiable de la période d'irresponsabilité pénale dont ont pu un temps bénéficier les élus et fonctionnaires territoriaux. Durant «cet âge d'or», cette «caste des intouchables», selon l'expression provocatrice parfois employée³⁹, encourait quasi exclusivement une responsabilité administrative, disciplinaire ou politique, responsabilité très théorique notamment pour les deux dernières. De plus, afin de limiter tout recours à la responsabilité pénale, existaient un certain nombre de protections mises en places par le législateur, protections qui furent supprimées récemment. En conséquence, au maintien des responsabilités toujours encourues s'ajoute aujourd'hui la tutelle du juge répressif.

A. La fin de la période d'irresponsabilité pénale

Le maintien des autres formes de responsabilité

10 – Les élus et fonctionnaires territoriaux doivent toujours s'accommoder de diverses formes de responsabilité qui les exposent à un risque de cumul des sanctions: leur responsabilité civile, leur responsabilité politique devant les électeurs, leur responsabilité disciplinaire et même une responsabilité financière devant les Chambres régionales des comptes et la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF). Alors que les Chambres régionales peuvent les déclarer comptables de fait, la CDBF peut également les condamner, en tant qu'ordonnateurs, à des sanctions financières.

La responsabilité civile personnelle du décideur public local, quant à elle, peut être engagée sur deux fondements: d'une part la faute personnelle détachable du service, qui ouvre à la victime une action directe contre l'auteur devant la juridiction judiciaire, d'autre part la faute personnelle «non dépourvue de tout lien avec le service», dont la commission permet à la victime de poursuivre la collectivité publique, jugée plus solvable, mais expose l'auteur à une action récursoire de la

39. Gérard Liet-Veaux, «La caste des intouchables ou la théorie de service», *D* 1952 chro, p. 133; François Dontenwille, «Sécurité et responsabilité. Feu la caste des intouchables», *Revue Savoir, éducation* n° (8) 2, avril-juin 1996, p. 158-159.

part de celle-ci. Le décideur public commet une faute personnelle détachable du service lorsque son comportement, selon l'expression d'Édouard Laferrière⁴⁰, révèle «l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences». Elle se détache de l'exercice de la fonction soit matériellement (cas de la faute commise en dehors de l'exercice de la fonction et sans lien avec elle), soit psychologiquement (bien que la faute soit commise dans le service, l'agent obéit à des mobiles personnels ou à sa nature profonde)⁴¹. Une telle faute s'oppose à la faute de service qui traduit une défaillance dans le fonctionnement normal du service. Elle se caractérise par le fait que l'agent ait agi avec les moyens du service, pendant le service et dans le dessein d'accomplir sa mission. Ainsi, les infractions pénales les plus graves (celles qui témoignent d'une intention de nuire) sont-elles en principe toujours analysées comme des fautes personnelles⁴². Or le droit administratif privilégie la faute de service, c'est-à-dire une faute impersonnelle occultant pour le requérant la responsabilité individuelle. Toutefois, dès 1935⁴³, le tribunal des conflits a reconnu que des délits pénaux ne constituaient pas nécessairement des fautes personnelles (cas des fautes d'imprudence qui résultent d'une faute de service). La multiplication des mises en cause au pénal trouve en partie sa source dans la fin de cette identité entre faute pénale et faute personnelle. Un nouveau champ, plus étendu, s'ouvrait donc à la responsabilité pénale. En effet, la qualification de la faute entraîne deux conséquences: elle détermine, d'une part, la juridiction compétente pour statuer (faute personnelle: le juge civil est compétent pour statuer sur la base des articles 1382 et suivants du code civil; faute de service: le juge administratif est compétent pour statuer sur la base de la jurisprudence administrative); elle entraîne, d'autre part, un partage de responsabilité entre la personne publique et son agent (faute personnelle: les conséquences sont totalement laissées à la charge de leur auteur; faute de service: les conséquences sont supportées par la collectivité publique dont relève l'agent). Cependant, la seule reconnaissance de la responsabilité de l'agent public ou, à travers eux, la responsabilité pécuniaire de la collectivité, n'apparaît plus aujourd'hui suffisante aux yeux des victimes. Ces dernières réclament une sanction pénale permettant l'identification du coupable. Pour pallier cette extension de la compétence de la juridiction judiciaire, le juge administratif a élaboré une construction jurisprudentielle par le biais de la «faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service⁴⁴». Mais une telle extension jurisprudentielle ne change pas l'état d'esprit des victimes qui

40. Cf. ses conclusions, TC – 5 mai 1877 – Laumonier-Carriol – *Rec.* p. 441.

41. Jean Rivero et Jean Waline, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 1998, n° 296.

42. René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 1998, n° 1314.

43. TC – 14 janvier 1935 – Thépaz; Crim – 3 avril 1942 – Leroutier – *D* 1942 136. Cette jurisprudence souligne la différence de finalité des deux types d'action: réparer le préjudice subi par la victime pour la responsabilité civile; réprimer un comportement dangereux pour la responsabilité pénale.

44. CE – 28 juil. 1951 – Delville et Laruelle – *Rec.* p. 464.

disposent toujours du droit de se constituer partie civile, quelle que soit la nature de la faute commise.

La deuxième responsabilité encourue est la responsabilité disciplinaire. Si seuls les maires encourent de façon très théorique une telle responsabilité parmi les élus locaux (art. L. 2122-16 CGCT), celle-ci s'exerce plus particulièrement à l'égard des fonctionnaires territoriaux. Ces derniers sont en effet considérés comme comptables d'une faute de service devant leurs pairs, dans le cadre d'une procédure disciplinaire. La procédure applicable aux fonctionnaires territoriaux varie suivant la gravité de la faute et la sanction envisagée. L'autorité investie du pouvoir de nomination (maire, président du conseil général ou du conseil régional ou de l'établissement public) est aussi celle qui engage une procédure disciplinaire. Celle-ci choisit entre une procédure simplifiée ou celle devant le conseil de discipline en fonction de la sanction qu'elle voudrait voir appliquer. S'il s'agit d'une sanction du premier groupe⁴⁵ (avertissement, blâme, exclusion temporaire de moins de 3 jours), elle recourt à la procédure simplifiée, tandis que pour toutes les sanctions plus importantes (abaissement d'échelon, exclusion temporaire de plus de 4 jours, mise à la retraite d'office, révocation), elle doit saisir le conseil de discipline. Une enquête, réalisée en 1996 par l'association nationale des directeurs et directeurs adjoints de centres de gestion, montrait la modestie du nombre des affaires traitées par les conseils de discipline⁴⁶. Cette modestie s'explique notamment, selon M. Aimé Bellina, président de l'association ayant réalisé l'enquête, par une relative tolérance des autorités territoriales. Seuls les cas les plus graves sont sanctionnés par la révocation, comme le vol, la négligence, le détournement de biens, l'usage de faux ou le manquement au devoir de réserve, cas en augmentation d'après l'enquête.

Enfin les élus locaux encourent un autre type de responsabilité qui leur est familière : la responsabilité politique avec son éventuelle sanction électorale. Longtemps, ce fut la seule responsabilité qu'ils se reconnaissaient : leur légitimité tenant à l'élection, seuls les électeurs pouvaient leur demander des comptes. Encore aujourd'hui, certains d'entre eux préfèrent «le tribunal populaire». En effet, cette responsabilité politique est très difficile à mettre en œuvre car, d'une part, ils en maîtrisent le code et connaissent les risques que telle ou telle décision fait peser sur leur éventuelle réélection. D'autre part, ils savent que l'on ne peut demander aux seuls électeurs de veiller constamment à une bonne application de la loi. Ceux-ci ont-ils effectivement les moyens de sanctionner une gestion qui leur semblerait inefficace ou irrégulière ? Certes, le citoyen curieux pourra s'informer par le biais de la presse ou exercer son droit d'accès aux documents des collectivités territoriales (lois du 6 fév. 1992 et du 12 avril 2000, JO du 13 avril 2000,

45. La loi prévoit 9 sanctions réparties en 4 groupes (art. 89 de la loi du 26 janvier 1984).

46. 541 cas en 1994 et 1995 sur plus de 500000 agents territoriaux gérés par les centres de gestion (*La Gazette des communes*, 4 mars 1996, p. 7).

p. 5646), mais cela n'est pas une pratique courante. De plus, ils ne disposent que d'un seul bulletin de vote pour exprimer leur opinion sur les résultats du passé et les objectifs affichés pour l'avenir. Cette préférence de la part des élus locaux résulte du caractère éventuel et non-immédiat d'une telle sanction. À la rareté de cette responsabilité politique, s'ajoute l'exemple de réélections de condamnés. De la sorte, certains vont même jusqu'à opposer la légitimité démocratique à la mise en cause judiciaire, l'élection devenant, suivant cette conception, «un référendum absolu», une amnistie, ou conférant une véritable immunité, ce qui n'est guère compatible avec un état de droit. Rien d'étonnant dès lors à la formulation de critiques publiques lors de condamnations pénales prises à leur encontre, preuve qu'une certaine «culture d'impunité» n'a pas disparu, ou tout du moins de la difficulté d'abandonner «le confort» de l'impunité pénale, difficulté de se retrouver «client ordinaire» du système judiciaire. Toutefois le maintien de toutes ces responsabilités pose un certain nombre de problèmes comme celui du possible cumul des poursuites.

Ce problème du cumul des poursuites, et donc du cumul des sanctions, se présente, par exemple, lorsque les mêmes faits peuvent être à la fois constitutifs d'un manquement aux règles de la comptabilité publique et d'une infraction pénale. L'article L. 314-18 du code des juridictions financières dispose en effet que «les poursuites devant la Cour de discipline budgétaire et financière ne font pas obstacle à l'exercice de l'action pénale et de l'action disciplinaire». Ainsi le fait qu'un décideur public local soit déféré à la CDBF après avoir subi une sanction pénale «ne fait pas obstacle à ce qu'(il) soit l'objet d'une condamnation à une amende par la CDBF à raison des mêmes faits» (CDBF – 17 fév. 1988 – Aubert – *JO* du 16 sept. 1989, p. 11749). De même, le statut général de la fonction publique (loi du 13 juillet 1983) énonce dans son article 29 que «toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exécution ou à l'occasion de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale». Le prononcé d'une sanction pénale ne fait donc pas obstacle au prononcé de sanctions disciplinaires.

	BUT de la responsabilité	SANCTIONS
Responsabilité pénale	<i>Sanctionner</i> un comportement dangereux pour la société	amende emprisonnement
Responsabilité civile et administrative	<i>Réparer</i> le dommage causé à la victime	dommages-intérêts
Responsabilité financière	<i>Sanctionner</i> – l'irrégularité des finances publiques (gestion de fait) – la faute de gestion	remboursement des sommes dues amende
Responsabilité disciplinaire	<i>Sanctionner</i> la violation d'une règle déontologique professionnelle	avertissement blâme suspension révocation
Responsabilité politique	<i>Sanctionner</i> le non-respect de son programme politique par l'élu	non réélection

À une telle situation de maintien des anciennes formes de responsabilités et à la découverte du possible cumul des sanctions s'ajoute l'abrogation par le législateur de certaines dispositions pénales de protection.

La disparition des protections pénales prévues par la loi

11 – L'idée prévalut longtemps que l'autorité de la puissance publique passait par l'impunité de ses représentants. Conformément à celle-ci, fut alors organisée une sorte de «statut particulier» protégeant le plus souvent les élus et fonctionnaires des poursuites pénales⁴⁷. Le système dit de «garantie des fonctionnaires» et celui appelé «privilege de juridiction» constituaient cette protection.

Par réaction aux empiétements du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif à la fin de l'Ancien Régime, le législateur de la Révolution posa, dès 1790, une interdiction absolue pour les tribunaux judiciaires de mettre en cause la

47. Alain Levy, Stéphane Bloch, Jean-Dominique Bloch, *La Responsabilité pénale des collectivités territoriales, de leurs élus, de leurs agents*, Litec, 1995, n° 3.

responsabilité personnelle des administrateurs à raison de leur fonction. L'article 75 de la Constitution du 22 Frimaire An VIII admit cependant très timidement la possibilité d'engager des poursuites devant les juridictions pénales, puisqu'il les subordonnait à une autorisation préalable du Conseil d'État, système dit de la «garantie des fonctionnaires». En pratique les autorisations furent très rares et coïncidaient toujours avec un fait personnel de l'agent. Un décret-loi du 19-21 septembre 1870 y mit fin en déclarant abrogées toutes les dispositions «ayant pour objet d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics de tout ordre». Malgré l'instauration du système de la liberté des poursuites, les cent années suivantes ne virent pas se généraliser la responsabilité pénale des élus et agents publics. En effet, les constructions jurisprudentielles telles que la célèbre distinction entre faute personnelle et faute de service exposée ci-dessus, ainsi que la nécessaire identité entre la faute personnelle et la faute pénale, permirent de définir très restrictivement les situations dans lesquelles les responsabilités civile et pénale pouvaient être engagées. Toutefois, depuis lors, les fonctionnaires publics sont assujettis aux règles communes du droit et de la procédure pénale, mis à part «le privilège de juridiction» qui perdura jusqu'en 1993.

Ce «privilège de juridiction» consistait plus exactement en un «dépaysement» du dossier. Lorsqu'un élu était mis en cause pour une infraction commise dans l'exercice de ses attributions, l'affaire était obligatoirement renvoyée par le procureur devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui désignait la juridiction chargée d'instruire et de juger le dossier. Ces dispositions furent abrogées par la loi du 4 janvier 1993. Désormais, les élus relèvent de plein droit des juridictions territorialement compétentes, sauf à eux de demander un tel dépaysement. Par l'abrogation de l'automaticité du «privilège de juridiction», le législateur s'inscrit donc lui aussi dans le mouvement de banalisation des poursuites pénales à l'encontre des agents publics. De potentiellement justiciables, les élus et fonctionnaires territoriaux deviennent effectivement justiciables.

Les décideurs publics locaux restent persuadés que, dans la période récente, les mises en examen ont été plus nombreuses et les condamnations prononcées plus sévères, et cela même s'il est peu aisé d'apprécier l'ampleur réelle du phénomène car les données chiffrées manquent sur une longue période. Seuls des organismes, comme la société mutuelle d'assurance des collectivités locales (SMACL) ou l'Observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales, donnent des statistiques concernant cette question, le ministère de la Justice s'interdisant de différencier les élus et fonctionnaires des autres justiciables. Selon ce dernier organisme, d'environ 300 en 1996, les mises en examen d'élus et de fonctionnaires territoriaux étaient au nombre de 850 en 1998⁴⁸. Ces chiffres, qui peuvent laisser croire à une croissance exponentielle, doivent toutefois être relativisés au regard de l'augmentation de la durée des procédures, situation conduisant à additionner un

48. *Journal des Maires*, mai 1999, p. 10; *Le Courrier des maires*, mai 1999, p. 14.

nombre plus grand d'affaires sans qu'il y ait pour autant une aussi forte augmentation annuelle. Toujours est-il que la mise en cause d'élus et fonctionnaires territoriaux, si elle n'est pas devenue habituelle ou normale, devient fréquente. Cette «nouvelle justiciabilité» bouleverse d'abord le champ habituel de la responsabilité des collectivités territoriales: les décideurs publics locaux ne peuvent plus se contenter de raisonner sur les seules bases du droit administratif, le juge répressif devenant l'un des «régulateurs de la décentralisation». Elle induit ensuite une découverte récente du droit pénal, de la procédure pénale, source d'incompréhension sur l'étendue de cette responsabilité.

B. L'actuelle pénalisation de la vie locale

La découverte du vaste champ de la responsabilité pénale encourue

12 – Même si ce n'est pas le champ des responsabilités qui est nouveau, mais l'évolution des mentalités, encore faut-il en cerner précisément le contour. Tout d'abord, les décideurs publics locaux sont responsables des faits délictueux qu'ils commettent dans le cadre de leur vie quotidienne et de leurs relations privées. Comme le simple citoyen, ils restent soumis au respect des lois et règlements en vigueur. De la sorte, encourt une condamnation l'élus ou le fonctionnaire territorial qui commet une infraction au code de la route, de même que l'élus qui profère des menaces téléphoniques anonymes à l'encontre d'habitants de sa commune⁴⁹, que le conseiller municipal qui se livrerait à des braquages à mains armées⁵⁰ ou encore le directeur de cabinet d'un président de conseil général qui détourne un ordinateur à usage professionnel, en dehors des heures de travail, pour receler des images pédophiles⁵¹. Dans le cadre de cette étude, seules les infractions résultant de l'usage des pouvoirs conférés par leurs fonctions retiendront notre attention. Dès lors, les risques de poursuites pénales peuvent se ramener à trois causes: la malhonnêteté, l'imprudence, l'ignorance, causes constitutives d'infractions volontaires ou involontaires. Dans l'exercice de leurs fonctions, la responsabilité pénale des décideurs publics locaux est donc susceptible d'être mise en jeu soit par application d'incriminations qui leur sont spécifiques, soit par l'effet d'incriminations générales applicables pour des «fautes de service».

Comme l'affirmait M. François Colcombet lors des travaux préparatoires devant aboutir au code pénal de 1994, «titulaires de prérogatives étendues, les fonctionnaires ou, plus généralement ceux agissant au nom de la collectivité publique, sont tenus d'exercer leur mission dans des conditions d'honnêteté et de justice

49. Trib. Cor. de Paris, 17^e ch – 10 déc. 1997 – Kléber Malécot – inédit. Cf. également: Trib. Cor. d'Aix-en-Provence – 4 avril 2000 – André Samat – inédit.

50. *Le Monde* daté du 15 nov. 1999.

51. Trib. Cor. du Mans – 16 fév. 1998 – *JCP* 1998 II 10011.

irréprochables: il en va du bon fonctionnement de l'administration et, surtout, de la sauvegarde des droits des citoyens⁵²». Ce double impératif d'honnêteté et de justice inhérent à l'exercice de la fonction publique justifie que soient établies des dispositions particulières ayant pour objet, soit d'incriminer des infractions propres à la fonction publique, soit de réprimer plus sévèrement celles du droit commun lorsqu'elles sont commises par des dépositaires de l'autorité publique. Les infractions propres à la fonction publique protègent, d'une part, la transparence de la vie publique, l'honnêteté (art. 432-10 et s. CP; exemples: corruption, détournements de biens publics, prise illégale d'intérêts...), et, d'autre part, l'administration ou les simples citoyens contre les éventuels abus de pouvoir (art. 432-1 à 432-9 CP; exemples: discriminations, atteintes à la liberté individuelle, au secret des correspondances...). Quant aux infractions de droit commun plus sévèrement réprimées lorsqu'elles sont commises par des dépositaires de l'autorité publique, celles-ci concernent, par exemple, le vol (art. 311-4-2° CP), l'escroquerie (art. 313-2-1° CP) ou encore les violences contre les personnes (art. 222-8-7°, 222-10-7°, 222-12-7°, 222-13-7° CP). Pour autant, les décideurs publics locaux peuvent être les auteurs d'autres infractions de droit commun sans que leur fonction constitue une circonstance aggravante. Dans ce dernier cas, leurs fonctions et missions font qu'ils sont plus que proportionnellement susceptibles d'être auteurs potentiels de ces infractions.

Parmi ces incriminations générales applicables pour des «fautes de service», pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions, ce sont d'abord les délits d'homicides ou de blessures par imprudence qui trouvent à s'appliquer, notamment à l'égard des maires qui disposent d'un large pouvoir de police pour assurer la sécurité de leurs concitoyens. Ensuite, doivent y être notamment ajoutés la mise en danger d'autrui, les obligations légales en matière informatique, les abus de confiance, ainsi que des infractions générales non prévues par le code pénal, à l'image des abus de biens sociaux (loi du 24 juillet 1966), des diffamations et injures (loi du 29 juillet 1881) ou encore des atteintes à la protection de l'environnement (lois du 3 janvier 1992 et du 2 février 1995).

La difficile protection des élus et fonctionnaires territoriaux face au risque pénal

13 – Confrontés à la découverte de ce vaste champ de la responsabilité pénale, à l'augmentation de leurs mises en cause, les décideurs publics locaux ont cédé à l'envie bien compréhensible de vouloir se protéger contre toutes les poursuites qu'ils jugent abusives. Dans cette démarche, ils sont soutenus par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui a estimé, le 17 mars 1999, que «la possibilité d'une action directe contre un élu devrait être exclue, soit limitée aux cas de faute grave ou intentionnelle⁵³». Cette volonté s'exprime régulièrement et se manifeste par le

52. Rapport n° 2244, JO-Doc-AN, enregistré le 26 sept. 1991, tome I, p. 119.

53. Revue *Maires de France*, avril 1999, p. 7.

vote de textes législatifs, comme la dernière loi en date du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels et modifiant l'article 121-3 du code pénal. L'importante question de la responsabilité pénale des décideurs publics locaux conduit parfois les parlementaires à adopter des dispositifs très critiquables d'autoprotection de nature à raviver dans l'opinion publique le sentiment d'inégalité et d'injustice qui résulta du vote des lois d'amnistie de 1988 et 1990, ayant permis de ne plus voir poursuivis les faits commis pour le financement des campagnes électorales ou des partis politiques. Par ailleurs, l'adoption de telles dispositions outrancières visant à soustraire les décideurs publics à leur responsabilité pénale (telle la tentative de restauration du système de garantie des fonctionnaires⁵⁴), conduit à rendre difficile la mise en œuvre d'une protection légitime. En effet, dans ce contexte, chaque tentative de réforme pouvant s'interpréter comme l'expression de la volonté de se protéger, conduit la presse à dénoncer systématiquement une rupture d'égalité, et les parlementaires à se dédouaner de s'ériger en «intouchables».

14 – Aujourd'hui, l'opinion publique, les juges et les médias ont la passion jalouse et vétilleuse de l'égalité. Ce sentiment «fort sur l'imagination et vif dans les cœurs⁵⁵» trouve une traduction juridique dans le principe d'égalité devant la justice pénale, grand principe constitutionnel du droit criminel⁵⁶. Celui-ci se décline en trois impératifs: mêmes juges, mêmes règles procédurales, mêmes règles substantielles⁵⁷. Au nom de son respect absolu, les élus et fonctionnaires territoriaux devraient donc voir leur responsabilité pénale engagée dans les mêmes conditions que tout un chacun. L'actuelle aspiration collective conduit effectivement à assimiler abusivement l'égalité à l'uniformité. Or la spécificité de leur mission, à savoir la défense et la protection de l'intérêt général, les pouvoirs dont ils disposent pour la mener à bien, ainsi que l'aspect politique de leurs actions et fonctions expliquent cependant la particularité des relations que ceux-ci entretiennent avec la justice pénale. Celle-ci est tantôt plus sévère dans la répression (spécificité des incriminations, peines encourues assez élevées, peines prononcées ressenties comme lourdes par les intéressés...), tantôt plus protectrice (responsabilité pénale des personnes morales de droit public, pressions lors des enquêtes, lois d'amnistie...). Dès lors, il convient de se demander s'il ne faudrait pas parler d'inégalité à leur détriment ou à leur profit.

54. Art. 5 ter et 5 quater du Projet de loi n° 1743, JO-Doc-AN, 1998-1999, 28 juin 1999.

55. Napoléon I^{er}, cité par Emmanuel de Las Cases, précité, p. 583.

56. DC n° 75-56 du 23 juil. 1975 relative au juge unique, *Rec.* p. 22; Michel Danti-Juan, *L'Égalité en droit pénal*, Cujas, Travaux de l'ISC de Poitiers, 1987, vol. n° 6.

57. Geneviève Giudicelli-Delage, *Institutions juridictionnelles*, PUF, 1993, p. 150.

En tout état de cause, il devient indispensable aux principaux intéressés de bien connaître les mécanismes existant les protégeant (partie I), dans la mesure où le champ de répression des actes qu'ils peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions s'avère extrêmement vaste (partie II).