

Du projet de loi organique relatif à l'article 68 C. ou *En attendant Godot* : Retour sur une révision à retardement...

Jean-Baptiste COLLOMB

Doctorant, Université Paul CEZANNE Aix-Marseille III, I.L.F.-G.E.R.J.C. (U.M.R. du C.N.R.S. n° 6201)

2002, 2007, 2011... Presque dix ans après les travaux de la « Commission AVRIL », le législateur organique s'est décidé à apporter la touche finale à la révision des articles 67 et 68 C. Tout ne serait-il pas précisément entrain de se jouer ? En effet, l'importance de ce projet gouvernemental réside avant tout dans la possibilité de donner vie aux dispositions constitutionnelles régissant le Titre IX de la Constitution portant sur la responsabilité du Chef de l'Etat.

L'étude des travaux parlementaires concernant l'élaboration de cette législation organique apporterait incontestablement des éléments de réflexion et de travail non négligeables quant aux exacts contours du visage arboré par cette responsabilité nouvelle du Chef de l'Etat qui, bien que n'étant ni pénale ni civile, se refuse à s'appeler politique.

Hélas, il est une première déception dans l'esprit des apprentis-chercheurs comme des constitutionnalistes chevronnés. En effet, à ce jour, ne sont disponibles pour le citoyen *lambda* que l'extrait du Conseil des Ministres ainsi qu'une « étude d'impact » de ce projet de loi organique,¹ exposant, sur une quinzaine de pages, la *ratio legis*.²

On se reportera donc aux travaux de la révision de 2007, ayant abouti à une loi constitutionnelle, qui, dans son principe du moins, se voulait placée sous le signe du comparatisme, s'inspirant de l'expérience américaine.³

Ce projet, issu en grande partie des travaux de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République,⁵ présidée par Pierre AVRIL,⁶ est l'un des exemples de ce

¹ Projet de loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution – Etude d'impact, décembre 2010. Ladite étude est disponible sur le site de l'Assemblée Nationale à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3071-ei.asp> ; consultée dernièrement le 05/05/2011.

² Voir en ce sens BOYER (Laurent) et ROLAND (Henri), *Locutions latines du Droit français*, Litec, troisième édition, Paris, 1993, pp. 365-366.

³ Voir GERHARDT (Michael J.), *The federal impeachment process: A constitutional and historical analysis*, Princeton University Press, Princeton, 1996. Pour approfondir à la lumière des articles de doctrine, voir, du même auteur, "The lessons of impeachment History" in *Georges WASHINGTON Law Review*, Mars 1999 ainsi que BOWMAN (Franck O.) et SEPINUCK (Stephen L.), "High crimes and misdemeanors: Defining the constitutional limits on presidential impeachment" in *Southern California Law Review*, Septembre 1999.

⁴ Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, La documentation française, Paris, décembre 2002, 105 p.

⁶ Sur sa vie et son œuvre, voir *La République – Mélanges en l'honneur de Pierre AVRIL*, Montchrestien, Paris, 2001, pp. 5-19.

recours de plus en plus fréquent aux « comités d'experts » concernant la révision constitutionnelle.

Que savons-nous de plus ? Pas grand-chose si ce n'est que la Commission des lois a désigné M. Philippe HOUILLON⁸ comme rapporteur pour ce projet de loi.⁹

Est-ce un détail ? Peut-être... Il n'échappera en revanche à aucun observateur attentif de la révision constitutionnelle des articles 67 et 68 C. qu'il s'agit du même parlementaire qui travailla comme rapporteur du projet de loi constitutionnelle de 2007 au nom de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale et qui s'appuya dans son rapport sur les travaux de la Commission AVRIL.¹⁰

La responsabilité du Chef de l'Etat pourra être engagée et enfin, l'équilibre sera trouvé dans la droite ligne de ce qu'avait proposé la Commission AVRIL. Cela étant, il est important de souligner que, si l'absence de loi organique au sein de notre système est une véritable lacune à laquelle il est nécessaire de remédier, cette avancée incontestable dans la possibilité de la mise en œuvre de la responsabilité du Chef de l'Etat ne résout pas, loin s'en faut, toutes les difficultés et les problématiques laissées en l'état en 2007, qui sont peu ou prou les mêmes que celles soulevées auparavant... Aussi, afin de véritablement saisir la nature du problème juridique, une mise en perspective de ces discussions préalables s'avère utile.

Ce projet de loi organique intervient suite à la révision constitutionnelle de 2007, fortement inspirée des travaux de la Commission qui avait été instituée suite à la réélection de M. Jacques CHIRAC à la présidence de la République.¹¹ Cependant, le débat sur le statut pénal du Chef de l'Etat fût ouvert dès 1998, dans un climat de cohabitation plus que tendu, où il fût question d'attirer le Chef de l'Etat devant un juge d'instruction, puis, le cas échéant, devant les juridictions de droit commun.¹²

La tension qui régnait à l'époque s'illustra, entre autres, par le dépôt d'une proposition de loi constitutionnelle en 2001 -- n° 3091, adoptée en première lecture par l'Assemblée Nationale le 19 juin de la même année -- qui ne fût d'ailleurs pas retenue par la Commission AVRIL.¹³

⁸ Pour plus d'informations sur ce parlementaire, il convient de se reporter au site de l'Assemblée Nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/13/tribun/fiches_id/1661.asp ; consulté dernièrement le 05/05/2011.

⁹ Assemblée Nationale, XIIIème législature, Session ordinaire de 2010-2011, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République ; compte-rendu n°35, séance du Mercredi 26 janvier 2011, p. 26.

¹⁰ Il fût par ailleurs nommé le 18 octobre 2005. Pour ses références aux travaux de la Commission AVRIL, voir, entre autres le rapport n°3537 fait au nom de la Commission des lois daté du 20 décembre 2006. Plus généralement, voir *infra*.

¹¹ Voir les éditions du journal Le Monde, datées du 12 et du 13 décembre 2002. Voir également les éditions du journal Le Figaro, datées du 12 et du 13 décembre 2002.

¹² La doctrine ne manqua pas d'ailleurs de rappeler les principes fondamentaux d'équilibre de nos institutions ainsi que l'état du Droit. Voir en ce sens : CARCASSONNE (Guy), « L'immunité présidentielle », Le Point, n°1354, 29 août 1998, p. 29 ; SOULEZ-LARIVIERE (Daniel), « Le judiciaire doit-il démolir le politique ? », Débats, Libération, 31 août 1998, p. 5 ; CHAGNOLLAUD (Dominique), « La responsabilité pénale d'un Président Citoyen », Débats, Libération, 7 septembre 1998, p. 7 ; FAVOREU (Louis), « Egalité devant la justice et séparation des pouvoirs », Le Figaro, Point de vue, 16 juin 1998.

¹³ Voir en ce sens le Rapport AVRIL, *op. cit.*, p. 36. Pour un éclairage doctrinal, voir MM. MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), « Remarques sur la proposition de loi constitutionnelle relative à la responsabilité pénale du Chef de l'Etat », Recueil Dalloz Sirey, 2001, n° 25, pp. 1955-1956. Voir également le

Notons tout de même qu'il ressortît de ces moments de turbulence et de turpitude des débats emportés par la passion politique, loin de toute la sérénité nécessaire à l'efficacité d'un travail de réflexion devant aboutir à une idée « conceptuellement admirable, démocratiquement adaptée, collectivement et individuellement juste... ». ¹⁴

Véritable achèvement d'une révision consacrant une voie de recours maîtrisée ou boîte de Pandore conduisant au déchaînement politique, la question ne semble toujours pas tranchée.

Comment assurer la pérennité d'un système dont le point névralgique serait la tête ?

Ainsi se cristallise la problématique inhérente à la responsabilité du Chef de l'Etat, où la dignité de la fonction semble commander, pour le pouvoir constituant, l'exactitude et où les répercussions d'un mauvais choix seraient à la mesure des pouvoirs découlant de la fonction. Il convient de souligner, en outre, que le législateur organique se retrouve, à l'instar du législateur constitutionnel en son temps, condamné à trouver un point d'équilibre devant, idéalement, réaliser la synthèse entre le judiciaire et le politique.

En tout état de cause, le choix d'un nouveau titre constitutionnel, concrétisant une authentique volonté de distinguer clairement logique politique et logique judiciaire, n'a pas manqué de provoquer nombre d'interrogations au premier rang desquelles l'éventuel rapprochement avec ce qui peut être qualifié de « justice politique » (I).

L'idée d'une cohabitation entre ces deux termes que d'aucuns qualifieraient, non sans raisons, d'« oxymore » provoqua, *ipso facto*, un renforcement certain des incertitudes concernant l'efficacité du mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité « nouvelle » du Chef de l'Etat (II).

I : D'une responsabilité pénale à une responsabilité politique ?

La Commission AVRIL, malgré le succès de ses propositions,¹⁵ aurait-elle été confrontée à des difficultés quasiment insurmontables ? Il est possible de se poser la question lorsque l'on mesure toute l'ampleur du défi qui attendait les sages. Les principales difficultés résidaient, entre autres, dans la définition de la notion de haute trahison ainsi que dans l'obligation d'apporter, dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles, la clarté là où régnait la confusion (A). La solution retenue par la Commission, comme par le Gouvernement et le Parlement, fût de se tourner vers une responsabilité « teintée de politique » (B).

A: De l'obscur clarté des dispositions constitutionnelles

« Le rôle politique et institutionnel du Chef de l'Etat étant devenu majeur, l'imprécision de la notion de haute trahison, difficile à caractériser en temps de paix, et sa connotation exclusivement pénale rendaient inadéquates les conditions dans lesquelles le Président de la République était susceptible d'être traduit devant la Haute Cour de Justice. »¹⁶ note l'étude

Bulletin de la Commission des lois...de l'Assemblée Nationale, Session 2006-2007, Compte-rendu n° 17, séance du mercredi 20 décembre 2006, p. 2.

¹⁴ CARCASSONNE (Guy), « Rationaliser la responsabilité politique », in *L'esprit des Institutions, l'équilibre des Pouvoirs-Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, p. 543.

¹⁵ Voir également le Bulletin de la Commission des lois...de l'Assemblée Nationale, Session 2006-2007, Compte-rendu n° 17, séance du mercredi 20 décembre 2006, p. 2.

¹⁶ Projet de loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution – Etude d'impact ; *op. cit.*, p. 5.

d'impact de la loi organique. Peut-être est-ce là l'un des tous premiers décalages rencontrés par les sages comme par les parlementaires. En effet, le débat est assez ancien. Cette notion de haute trahison, héritée de la III^{ème} République,¹⁷ gênait par son manque de définition, son imprécision.

Lors des travaux de la révision constitutionnelle de 1993, quelques voix s'élevèrent d'ailleurs, dont celle de M. Etienne DAILLY, qui précisa son « inclination à rechercher et à adopter une définition précise de la haute trahison. ».¹⁸

En tout état de cause, les initiatives prises par M. DAILLY permirent à la Commission des lois de prendre position sur la responsabilité pénale du Président de la République. La crainte d'une limitation du pouvoir d'appréciation du Parlement, la nécessité de ne pas toucher à la fonction présidentielle, après les interventions de MM. Michel DREYFUS-SCHMIDT et Pierre FAUCHON ont conduit la commission à rejeter toute définition de la haute trahison.¹⁹

L'Assemblée Nationale quant à elle refusa de se saisir d'une telle question, en considérant comme « inopportun d'ouvrir aujourd'hui un débat sur une question aussi fondamentale que l'institution d'une responsabilité pénale du Président de la République. ».²⁰

Le Président de la Haute Cour de Justice, Louis GONDRE, considérait pour sa part que la définition de la notion de haute trahison posait des difficultés techniques,²¹ bien que certains s'y soient essayés comme par exemple le Président de la Commission des lois du Sénat de l'époque, M. Jacques LARCHE qui « après avoir fait valoir que le principe de la haute trahison était contraire à la tradition républicaine, a estimé que la haute trahison constituait un substitut indispensable à l'absence de responsabilité politique et pénale du Président de la République. ».²² Cette notion de haute trahison était considérée comme « héritée du passé,

¹⁷ *Idem*, p. 4. Voir l'article 9 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat : « Le Sénat peut être constitué en Cour de Justice pour juger, soit le Président de la République, soit les ministres, et pour connaître des attentats contre la sûreté de l'Etat ». Cette disposition est à mettre en parallèle, puis à combiner, avec l'article 6 alinéa 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs qui dispose : « Le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison » ainsi qu'avec l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics qui dispose : « Le Président de la République ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés, et ne peut être jugé que par le Sénat. ». Les présentes dispositions sont disponibles sur le site du Conseil Constitutionnel à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1875-iii-republique.5108.html>. Pour un éclairage doctrinal, voir DUGUIT (Léon), *Manuel de droit constitutionnel*, Editions Panthéon-Assas et L.G.D.J. (diffuseur), Collection « Les introuvables », Paris, 2007 (réimpression de la quatrième édition de son manuel, datant de 1923 édité par E. de BOCCARD) : pp. 485-496 ainsi que ESMEIN (Adhémar), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Editions Panthéon-Assas et L.G.D.J. (diffuseur), Collection « Les introuvables », Paris, 2001 puis 2008 (réimpression de la sixième édition de son ouvrage, datant de 1914, par la Librairie de la société du Recueil Sirey) : pp. 781-786, il s'agit d'un développement portant sur « La responsabilité du Président de la République » ainsi que pp. 1054-1066 concernant « La Haute Cour de Justice ».

¹⁸ Bulletin de la Commission des lois... du Sénat pour l'année 1993, *op. cit.*, p. 3809 ainsi que p. 3816.

¹⁹ Bulletin de la Commission des lois... du Sénat pour l'année 1993, *op. cit.*, pp. 3892-3893.

²⁰ Bulletin de la Commission des lois... de l'Assemblée Nationale pour l'année 1993, *op. cit.*, p. 985.

²¹ Audition de M. Louis GONDRE par la Commission des Lois du Sénat. Voir le rapport parlementaire n° 316, *op. cit.*, Annexe, I p. 2. Voir également le Bulletin de la Commission des lois... du Sénat pour l'année 1993, *op. cit.*, p. 3647.

²² Bulletin de la Commission des lois... du Sénat pour l'année 1993, *op. cit.*, p. 3816.

n'étant plus adaptée aux problèmes qui peuvent se poser dans un Etat moderne. ».²³ Les avis comme les interprétations ne semblent pas avoir évolué entre 1993 et 2010.

Les parlementaires ne furent pas les seuls à travailler sur les dispositions découlant des articles 67 et 68 C. régissant le statut pénal du Chef de l'Etat. Le Conseil Constitutionnel, comme la Cour de Cassation, livrèrent une interprétation qui, bien qu'empruntant des raisonnements différents, aboutissait à des solutions presque équivalentes, plus proches de la complémentarité que de l'opposition. Pourtant, cette « dissonance » ne manqua pas de provoquer un débat pour le moins virulent...Débat repris par l'étude d'impact, qui, paradoxalement, lorsqu'elle évoque ces deux jurisprudences considère que « L'article 68 a donné lieu à des jurisprudences divergentes... ».²⁴

L'examen desdites jurisprudences, mentionnées dans la lettre de mission de Jacques CHIRAC adressée à Pierre AVRIL,²⁵ permettra de clarifier la problématique posée :

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel résulte d'une saisine par le Président de la République et le Premier Ministre sur le fondement de l'article 54 C. La question était simple : L'autorisation de ratifier le traité de Rome en date du 18 juillet 1998 portant statut de la Cour pénale internationale nécessite-t-elle une révision de la Constitution, eu égard aux engagements souscrits par la France ?²⁶

Outre l'aspect de droit international public,²⁸ il convient de cibler l'interprétation de l'article 68 C. réalisée par le Conseil Constitutionnel : « Considérant qu'il résulte de l'article 68 de la Constitution que le Président de la République, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d'une immunité ; qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de Justice, selon les modalités fixées par le même article... ».²⁹

Le raisonnement du juge constitutionnel est particulièrement clair, le Chef de l'Etat ne peut être attrait devant une juridiction de droit commun pendant son mandat, puisque bénéficiant d'une immunité. Il bénéficie de plus, eu égard à sa fonction, d'un privilège de juridiction. Mais cette décision encourût la critique de la part de la doctrine et connût une « suite » par l'arrêt de la Cour de Cassation resté dans la doctrine comme l'Affaire *Breisacher*. Les points

²³ Bulletin de la Commission des lois...de l'Assemblée Nationale pour l'année 1993, *op. cit.*, p. 985.

²⁴ Etude d'impact, *op. cit.*, p. 5.

²⁵ Rapport AVRIL, *op. cit.*, p. 57.

²⁶ Conseil Constitutionnel, 22 janvier 1999, Décision n° 98-408 DC, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, Journal officiel du 24 janvier 1999, p. 1317.

²⁸ Il est toutefois possible de se reporter à la jurisprudence comme à la doctrine : Conseil Constitutionnel, 9 avril 1992, Décision n° 92-308 DC, Traité sur l'Union-Européenne, Considérant n° 13, Journal officiel du 11 avril 1992, p. 5354. Voir FAVOREU (Louis), « Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du droit constitutionnel international », *RGDIP*, 1993,97/1, p. 39. Le Conseil rappelle d'ailleurs cette jurisprudence dans sa décision du 2 septembre 1992, Décision n° 92-312 DC, Traité sur l'Union Européenne, Considérant n° 32. Journal officiel du 3 septembre 1992, p. 12095. Voir *AJJC*, 1992, p. 475.

²⁹ Conseil Constitutionnel, 22 janvier 1999, Décision n° 98-408 DC, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, Journal officiel du 24 janvier 1999, p. 1317. Considérant n° 16. Voir FAVOREU (Louis), « La responsabilité pénale du chef de l'État : l'interprétation de l'article 68 de la Constitution », *RFDC*, 1999, p. 324. Voir également MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), « L'immunité n'est pas l'impunité ! », Recueil Dalloz Sirey, n° 9, 4 mars 1999 ; voir également DELEUZE (Eric), « Un éclairage nouveau sur le statut pénal du Président de la République », *RSC*, 1999, n° 3, p. 498.

de « discussion » entre la décision du Conseil Constitutionnel et l'arrêt de cassation ont porté d'une part Sur l'autorité de la décision du Conseil Constitutionnel prise en la matière, il s'agit de l'application de l'article 62 alinéa 2 C,³⁰ et d'autre part la définition de l'immunité présidentielle.³¹

Pour le premier point, la Cour de cassation considère que « Si l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil ; [...] il appartient dès lors, aux juridictions de l'ordre judiciaire de déterminer si le Président de la République peut être entendu en qualité de témoin ou être poursuivi devant elles pour y répondre de toute autre infraction commise en dehors de ses fonctions ; ».³²

Pour ce qui est de l'immunité présidentielle, le deuxième point, la Cour de cassation estime que « La Haute Cour de justice n'étant compétente que pour connaître des actes de haute trahison du Président de la République commis dans l'exercice de ses fonctions, les poursuites pour tous les autres actes devant les juridictions pénales de droit commun ne peuvent être exercées pendant la durée du mandat présidentiel, la prescription de l'action publique étant alors suspendue ; ».³³

Cette différence de vues entre le Conseil Constitutionnel et la Cour de Cassation, résultant d'un désaccord que l'on peut « qualifier de circonstanciel, tenant à la différence de cause entre les deux espèces »,³⁴ fût toutefois analysée par l'Assemblée Nationale comme un symptôme du manque de légitimité des solutions dégagées.³⁵ On peut s'interroger sur le fondement d'un tel jugement : En effet, dans quelle mesure deux jurisprudences rendues sur le même sujet par deux juges n'ayant pas les mêmes compétences, les mêmes champs d'investigation et n'ayant donc, par conséquent, pas les mêmes *modus operandi* en matière de raisonnement auraient des effets néfastes, et ce de manière réciproque, quant à leur crédibilité et leur pertinence ? Pareille opinion aurait pu prospérer si les deux solutions s'inscrivaient dans une optique de contradiction totale. Tel n'est pas le cas.

³⁰ Voir en ce sens FAVOREU (Louis), « L'application de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution par la Cour de Cassation », Recueil Dalloz Sirey, 27 septembre 2001, n° 33, pp. 2683-2685. Voir également, dans le cadre de l'affaire *Breisacher*, le rapport de M. ROMAN, Conseiller Rapporteur, pp. 23-33.

³¹ Voir le rapport de M. ROMAN, pp. 39-43.

³² Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 10 octobre 2001, Affaire *Breisacher*, Bulletin 2001 A. P. N° 11 p. 25, Attendu n° 6. Voir en ce sens MARON (Albert), « Le Président de la République peut-il témoigner ? », *JCP*, Edition Droit pénal, Décembre 2001, pp. 17-20.

³³ Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 10 octobre 2001, Affaire *Breisacher*, Bulletin 2001 A. P. N° 11 p. 25, Attendu n° 7. Voir en ce sens RANCE (Pierre), « La responsabilité pénale du Président de la République-Le courrier du Procureur Général près la Cour de Cassation au Procureur Général près la Cour d'Appel de Versailles », Recueil Dalloz Sirey, 2001, n° 2, pp. 135-137. Voir également PRADEL (Jean), « La responsabilité pénale du Président de la République », note sous jurisprudence, Recueil Dalloz Sirey, 2002, n° 3, pp. 237-241.

³⁴ DRAGO (Guillaume), « Conseil Constitutionnel et Cour de Cassation : Désaccord, paradoxe ou désunion ? », *Revue Administrative*, n° 324, p. 637.

³⁵ Bulletin de la Commission des lois...de l'Assemblée Nationale, Session 2006-2007, Compte-rendu n° 17, séance du mercredi 20 décembre 2006, p. 2.

Une telle position méconnaîtrait le phénomène du « Dialogue des juges ».³⁶ Elle méconnaîtrait également cette réalité empirique selon laquelle le Conseil Constitutionnel, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat ne peuvent travailler exclusivement en vase clos.

Cependant, ces difficultés d'interprétation sont-elles liées à la « temporalité » des dispositions découlant des articles 67 et 68 C. que nous avons évoqué précédemment, étude d'impact à l'appui à travers l'exemple de la haute trahison ? C'est en tous cas l'un des postulats posé par la Commission dans son rapport dès l'introduction,³⁷ confirmant d'ailleurs l'ancienneté du débat, lui-même dû à l'ancienneté du système hérité de la III^{ème} République ;³⁸ l'évolution de la fonction de Chef de l'Etat cristallisant la contradiction.

Considérées comme trop larges ou trop restrictives et détenant une consonance trop « pénale »,³⁹ les dispositions consacrant la haute trahison dans le cadre de l'engagement de la responsabilité du Chef de l'Etat apparaissent, quoiqu'il en soit, comme inadaptées et inefficaces.

On le verra, cette affirmation est à nuancer et à tempérer.⁴⁰ Toutefois, il convient maintenant d'étudier l'idée directrice au sein de ce processus qui mit fin de manière définitive à la cohabitation entre Droit constitutionnel et Droit pénal.

B : L'abandon manifeste des principes fondamentaux de Droit pénal

« Que faire si un comportement, pénalement sanctionné ou non, accompli ou révélé durant son mandat, rend manifestement impossible la poursuite de l'exercice du mandat présidentiel par son titulaire ? ». ⁴¹ La question posée par Bertrand Mathieu reste entière, à plus forte raison s'il est considéré que la Cour de Cassation comme le Conseil Constitutionnel ne surent y répondre. La notion de haute trahison a été définitivement abandonnée, eu égard à son imprécision. La Commission termine sur cette notion, selon elle, handicapante qui « jette un doute sur le caractère réellement pénal d'un crime dont les éléments matériels ne sont pas précisés, qui n'est pas défini avant d'être commis et dont la peine n'est pas prévue. Aussi bien s'agit-il de justice politique : Le rapprochement de ces deux termes évoque la figure rhétorique qu'on appelle un oxymore. ». ⁴²

³⁶ Voir *Le dialogue des juges – Mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, 1166 p.

³⁷ Rapport de la Commission de Réflexion sur le statut pénal du Président de la République, autrement dit « Rapport AVRIL », 10 décembre 2002, La Documentation Française, Paris, 2002, p. 5.

³⁸ Voir *supra*.

³⁹ Rapport AVRIL, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁰ Voir *infra*.

⁴¹ MATHIEU (Bertrand), « Les propositions de la Commission Avril relatives au statut juridictionnel du Président de la République », *JCP*, édition générale, 15 janvier 2003, n° 3, p. 53.

⁴² Rapport AVRIL, *op. cit.*, p. 17.

En tout état de cause, la Commission AVRIL demeure convaincue de la nécessité de dissocier de manière claire et définitive logique judiciaire et logique politique en usant, pour étayer son argumentation, du comparatisme, s'appuyant sur les exemples brésilien et américain ayant impliqué respectivement le Président COLLOR et le Président CLINTON.⁴³ La Commission conclut que s'opère au fur et à mesure du « procès » contre le Chef de l'Etat une « dénaturation » tant dans l'approche que dans la procédure. En d'autres termes, la Commission constate une responsabilité *a priori* pénale aboutissant *in fine* à une appréciation politique. On comprend d'ailleurs parfaitement l'analyse de la Commission comme la trame de son raisonnement constatant les dangers d'une responsabilité et d'une procédure « caméléon », qui, par leur nature, mal comprise parce que mal définie, présente moins de garanties de contrôle.

Soulignons que l'approche comparatiste fût approuvée par d'éminentes personnalités au rang desquels le Doyen FAVOREU⁴⁴ ou encore Robert BADINTER,⁴⁵ et appliquée par la Commission des lois de l'Assemblée Nationale⁴⁶ comme par celle du Sénat,⁴⁷ se trouvait déjà dans les travaux parlementaires de 1993. En effet, dans les travaux de l'Assemblée Nationale se trouve la trace d'une volonté de débattre au sujet de la responsabilité pénale du Chef de l'Etat. Cette tentative de débat ne s'inscrit pas dans le cadre d'un amendement tendant à définir la haute trahison, comme vu précédemment, mais dans celui de la question préalable.⁴⁸

Le Député à l'origine de cette question propose d'adopter un système proche de la procédure d'*impeachment*, s'inspirant ainsi du modèle américain.⁴⁹ Mais, outre le modèle américain, la question préalable se base également sur une autre expérience comparative, l'expérience brésilienne, évoquée elle aussi par la Commission AVRIL.⁵⁰

On ne saurait blâmer la Commission AVRIL de vouloir distinguer la logique judiciaire et la logique politique. Cette volonté trouva d'ailleurs un écho favorable de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale : « Un principe simple a été retenu. Ce qui relève du politique doit

⁴³ Rapport AVRIL, *op. cit.*, p. 35. En ce qui concerne le procès d'*impeachment* intenté contre William J. CLINTON, il est possible de se reporter, entre autres, à l'article de Karen A. POP, « *The impeachment of President CLINTON : an ugly mix of three powerful forces* », in *Law and contemporary problems*, Winter-Spring 2000.

⁴⁴ FAVOREU (Louis), « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique », *RFDC*, n° 49, janvier-mars 2002, pp. 17-19.

⁴⁵ BADINTER (Robert), « La responsabilité pénale du Président de la République », *RDP*, 2002, n°1-2, pp. 114-116.

⁴⁶ Rapport réalisé au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 1005 rectifié), portant modification du Titre IX de la Constitution, par M. Philippe HOUILLON, Député. Douzième législature, n° 3537, enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale le 20 décembre 2006, pp. 25-28.

⁴⁷ Rapport réalisé au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée Nationale, portant modification du titre IX de la Constitution, par M. Jean-Jacques HYEST, Sénateur. Session ordinaire de 2006-2007, n°194, annexe au procès-verbal de la séance du 31 janvier 2007, pp. 25-27.

⁴⁸ JORF, 23 juin 1993, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, 19^{ème} législature, 2^{ème} séance du 22 juin 1993, pp. 2035-2039.

⁴⁹ Voir *infra*, plus précisément le paragraphe suivant.

⁵⁰ Rapport AVRIL, *op. cit.*, pp. 22-23.

être évalué dans un cadre politique, ce qui engage la responsabilité personnelle du titulaire de la fonction doit être jugée par les voies juridictionnelles ordinaires. ».⁵¹

A titre d'exemple, il est judicieux de préciser que le Chef de l'Etat fût déjà attiré devant une juridiction de droit commun pendant son mandat, à l'occasion d'actes commis pendant une campagne électorale. Ce litige mettait en cause M. Valéry GISCARD d'ESTAING, Président de la République Française de 1974 à 1981.⁵² Cette simple décision d'une juridiction de première instance fait-elle pour autant exister une quelconque doctrine de la compétence concurrente entre la Haute Cour de Justice et les juridictions de droit commun, comme c'est le cas pour les membres du gouvernement (La distinction se faisant sur les actes détachables ou non-détachables de la fonction) ?⁵³

Il ne saurait en être question, bien que la Commission AVRIL prenne en considération cette double distinction pour apporter une double garantie, ou encore une protection à double-détente s'organisant entre, d'une part, l'irresponsabilité pour les actes commis en qualité de Chef de l'Etat⁵⁴ et, d'autre part, l'inviolabilité pour les actes « détachés des fonctions, soit parce qu'ils lui sont antérieurs, soit parce qu'ils lui sont extérieurs. ».⁵⁵

A titre de parallèle entre le raisonnement proposé par la Commission AVRIL et celui tenu par la Commission des lois du Sénat, il est intéressant de souligner que la chambre haute du Parlement suggère la même distinction : « L'irresponsabilité du chef de l'Etat pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions est un principe constamment réaffirmé par nos constitutions républicaines. Le texte proposé pour le premier alinéa de l'article 67 lève l'ambiguïté de la rédaction actuelle, qui prévoit l'irresponsabilité pour les actes accomplis « dans » l'exercice des fonctions. Le choix de cette formulation a pu laisser entendre que l'irresponsabilité couvrirait tous les actes commis pendant l'exercice du mandat. Le projet de loi constitutionnelle précise que le principe d'irresponsabilité vaut pour les seuls actes commis en qualité de chef de l'Etat. Lorsqu'il agit en tant que personne privée, celui-ci n'est donc pas couvert par l'irresponsabilité. ».⁵⁶

Pour ce qui est de l'inviolabilité, il résulte des travaux de la Commission des lois du Sénat que : « Les faits détachables de l'exercice du mandat relèvent des juridictions de droit commun mais l'action publique est suspendue pendant la durée du mandat présidentiel. Par ailleurs, comme l'a proposé la Commission AVRIL, le champ de l'inviolabilité a été étendu

⁵¹ Bulletin de la Commission des lois...de l'Assemblée Nationale, Session 2006-2007, Compte-rendu n° 17, séance du mercredi 20 décembre 2006, p. 3.

⁵² Voir en ce sens la décision du Tribunal correctionnel de Paris, 5 décembre 1974, Affaire Dumont c./ Giscard d'Estaing et autres ». Voir note sous jurisprudence de LINDON (Raymond), *in JCP*, édition générale, 1975, II, 17969.

⁵³ Voir en ce sens ROBERT (Jacques-Henri), « Le Chef de l'Etat-Le point de vue du pénaliste », *RSC*, 2007, p. 149. Espace sécable entre p et 149 Voir également AMSON (Daniel), « Qui gagne perd – A propos de la responsabilité pénale du Chef de l'Etat », *in La Gazette du Palais*, mercredi 16 et jeudi 17 mars 2011, n° 75 à 76, pp. 7-8. L'auteur affirme en effet qu'eu égard à la jurisprudence VGE de 1975, l'ancien Chef de l'Etat, M. Jacques CHIRAC, aurait dû être amené à comparaître devant les juridictions de droit commun.

⁵⁴ Rapport AVRIL, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Rapport réalisé au nom de la Commission des lois...du Sénat, *op. cit.*, n° 194, p. 30.

au-delà du domaine pénal pour couvrir tous les contentieux, y compris les contentieux civils et administratifs. ».⁵⁷

Cette autre dimension de la protection accordée au Chef de l'Etat n'est pas absolue dans la mesure où elle est limitée dans le temps. En effet, cette protection prend fin en même temps que le mandat présidentiel. La solution est en elle-même assez claire : En admettant que le Président de la République soit visé par une action déclenchée devant les juridictions de droit commun, la solution retenue est celle de la suspension des procédures, des délais de prescription ... Ceci vise à maintenir la continuité de la conduite des affaires de l'Etat sans pour autant léser les justiciables qui ne pourront se voir opposer des arguments tel que la forclusion et faire valoir leurs droits devant les juridictions compétentes une fois le Chef de l'Etat redevenu un citoyen *lambda*.

La Commission des lois de l'Assemblée Nationale fit également sienne le raisonnement de la Commission AVRIL en évoquant très clairement le triple aspect de la problématique la déclinant comme suit : *Rationae materiae, rationae personae* et, enfin, la question que la Commission des lois appelle « l'immunité de juridiction ».⁵⁸

La réponse est apportée dans un développement, assez long, mais complet au sein duquel la Commission distingue et traite successivement les actes effectués tant que Chef de l'Etat, ceux accomplis comme personne privée avant le mandat ou pendant mais demeurant détachables de la fonction et enfin ceux également accomplis comme personne privée mais présentant un tel caractère de gravité qu'ils pourraient atteindre la fonction et deviendraient, dès lors, non détachables.⁵⁹

La volonté de protéger la fonction, le pouvoir exécutif, afin de lui permettre de remplir sa mission première et d'éviter une paralysie des institutions est au cœur de la problématique. Toutefois, un détail revient de manière récurrente, une expression qui doit remplacer la notion de haute trahison, considérée comme obsolète : Il s'agit de l'incompatibilité manifeste avec la dignité de la fonction...

Qu'est-ce à dire ?

Cette question restera sans doute sans réponse précisément car il n'existe aucune définition juridique d'une telle catégorie d'actes. Evidemment, on peut imaginer toute une série d'infractions comme, par exemple, le délit de détournement de fonds, de corruption ou plus tragiquement un crime de sang tel un homicide volontaire... L'absence de définition juridique ou de contenu précis ne semble pas gêner la Commission qui, manifestement, avance cette solution : « Sur les faits, il est proposé de ne pas les enfermer dans une définition *a priori* tenant à leur nature (pénalement répréhensibles ou constitutifs d'une haute trahison...) ou à leur degré (graves, très graves, exceptionnellement graves). Le seul critère qui doive être

⁵⁷ *Idem*, p. 32.

⁵⁸ Bulletin de la Commission des lois...de l'Assemblée Nationale, Session 2006-2007, Compte-rendu n° 17, séance du mercredi 20 décembre 2006, pp. 3-4.

⁵⁹ Bulletin de la Commission des lois...de l'Assemblée Nationale, Session 2006-2007, Compte-rendu n° 17, séance du mercredi 20 décembre 2006, pp. 3-4.

retenu est celui de l'incompatibilité manifeste avec la dignité de la fonction, car lui seul, qui relève d'une appréciation politique, peut justifier voire exiger que le mandat prenne fin... »⁶⁰

Ce raisonnement permet de distinguer deux éléments importants de la révision du statut pénal du Chef de l'Etat. D'abord, l'abandon manifeste du principe de légalité des délits et des peines. La haute trahison contient, suivant le raisonnement exposé, une consonance pénale, ce qui n'est pas le cas de la nouvelle « incrimination ». Cette volonté de l'abandon de toute référence au droit pénal est, par ailleurs, largement reprise dans l'étude d'impact.⁶² Ensuite, la nature de la sanction qui serait, *in fine*, une destitution.⁶³ Ceci tendrait à nous rapprocher d'une expérience proche de celle bien connue outre-atlantique.⁶⁴ En résumé, la Commission semble, à travers sa logique de distinction, privilégier la voie politique par rapport à la voie judiciaire.

Ces défauts ne risquent-ils pas de prendre une ampleur plus importante dans le cadre d'un mécanisme exclusivement politique ? N'y-a-t-il pas là un risque véritable de blocage ou de déchaînement comme nous l'avions évoqué précédemment ? Ces deux options conduisent-elles inexorablement vers un échec et un constat d'inefficacité des nouvelles dispositions constitutionnelles ?

⁶⁰ Rapport AVRIL, *op. cit.*, p. 8.

⁶² Voir l'étude d'impact, *op. cit.*, pp.5-6.

⁶³ Il est fait usage de ce terme dans l'étude d'impact, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴ Il est possible de trouver la référence aux modèles américain et brésilien dans l'étude d'impact, *op. cit.*, p. 8 mais également dans le rapport AVRIL (voir *supra*) comme dans la question préalable de 1993 posée par M. le Député Didier JULIA (voir *supra*).

II : Un mécanisme vraiment efficace ?

L'effectivité est-elle suffisante pour parler d'efficacité ? Il est possible de répondre par l'affirmative si l'on considère que l'effectivité demeure « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu ». ⁶⁵ Reste à savoir si les effets de ces nouvelles dispositions ont été (tous) véritablement voulus... Il est possible de mesurer l'effectivité des dispositions régissant la responsabilité nouvelle du Chef de l'Etat, entre autres, à l'aune de la procédure de saisine (A). En effet, si ladite procédure ne fonctionne pas, il devient, dès lors, impossible d'envisager le déclenchement du mécanisme prévu dans le texte constitutionnel. *A contrario*, si le mécanisme s'enclenche mais que les effets produits ne sont pas ceux qui étaient dessinés ou voulus, ⁶⁶ nous ne pourrions considérer ces dispositions nouvelles comme effectives. L'enjeu de cette problématique est capital dans la mesure où un manque d'effectivité ⁶⁷ des dispositions régissant le statut pénal du Chef de l'Etat serait porteur d'un risque potentiel de déséquilibre pour nos institutions (B).

⁶⁵ Voir en ce sens CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, p.u.f., 7^{ème} édition, p. 339.

⁶⁶ Voir *supra*, plus précisément l'introduction où nous évoquons la boîte de Pandore et le phénomène de déchaînement politique.

⁶⁷ Au sens où l'entend Gérard CORNU.

A : De la procédure, vers un faux *impeachment* à la française ?

Selon MM. Duhamel et Vedel, « On ne peut punir pénalement que devant le juge pénal ; on ne doit pas accepter que le pénal absorbe tout, mais au contraire réinventer le contrôle démocratique des erreurs politiques... ». ⁶⁸ Le propos est simple et clair, il marque une volonté certaine de recherche de l'équilibre. Mais ce postulat pose une première question : Faut-il écarter de manière définitive toute idée de judiciarisation dans l'appréciation de la responsabilité « pénale » du Chef de l'Etat ? Cette hypothèse n'est en tous cas pas nouvelle eu égard à ce qui ressortait des travaux de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, dès 1993, rejetant en bloc l'idée d'une quelconque intervention de l'autorité judiciaire dans un contentieux éminemment politique, redoutant un risque et une perte d'autorité comme de crédibilité trop importants. ⁶⁹

Est-ce là une des raisons qui poussèrent la Commission AVRIL à s'inspirer de l'exemple américain ? ⁷⁰ S'il est difficile de répondre à cette question de manière définitive, il est en revanche possible de souligner que cette transposition ne serait pas complètement fidèle à l'original dans la mesure où cet *impeachment* français serait débarrassé de toute référence à une incrimination pénale, pourtant présente dans la lettre de la Constitution américaine. ⁷¹

En tous cas, cette consécration de la justice politique pour le Chef de l'Etat est confirmée par le Doyen VEDEL, estimant que « L'autonomie de la justice politique persiste pour le Chef de l'Etat. Même si l'on précise que [...] le Chef de l'Etat pourrait être destitué – mais non frappé d'une peine en l'absence d'une autre incrimination – l'institution relève quand même plus de l'*impeachment* que de la poursuite pénale ordinaire. Sans doute cette constatation ne permet-elle pas en principe d'écarter dans le silence des textes les règles du droit pénal, mais elle les désacralise quelque peu. » ⁷²

Ces postulats furent suivis par la Commission AVRIL qui proposa dans ses conclusions d'adopter une procédure exclusivement parlementaire, autrement dit politique. Dans la résolution de mise en accusation votée par les deux assemblées, le Chef de l'Etat est considéré comme empêché. Le Président du Sénat assume l'intérim en attendant le verdict de la Haute Cour, dont la composition serait celle du Parlement réuni en Congrès, qui ne serait plus « de

⁶⁸ Voir les éditions du journal Le Monde, datées du 3 mars 1999, l'article de MM. Les Professeurs DUHAMEL (Olivier) et VEDEL (Georges), « Le pénal et le politique ».

⁶⁹ Rapport réalisé au nom de la Commission des lois...de l'Assemblée Nationale par M. André FANTON, Député. N° 356, *op. cit.*, p.30.

⁷⁰ CARCASSONNE (Guy), « Le statut pénal du Chef de l'Etat-Le point de vue du Constitutionnaliste », *RSC*, 2002, p. 144.

⁷¹ En effet, l'article 2 section 4 de la Constitution américaine dispose : « Le président, le vice-président et tous les fonctionnaires civils des États-Unis seront destitués de leurs charges sur mise en accusation et condamnation pour trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs. » ; la présente traduction est disponible par le *National Constitution Center* à l'adresse suivante : <http://constitutioncenter.org/Images/constitution%20translations/French%20Constitution%208-19.pdf>

⁷² VEDEL (Georges), « La responsabilité pénale du Président Français-Réponse à deux questions », *Pouvoirs*, 2000, n° 92, p. 74.

justice ». ⁷³ D'aucuns verront à juste titre un symbole dans le « raccourcissement » du titre de cette juridiction exceptionnelle, mais il n'aura échappé à personne que la Commission ne tient pas à se contenter d'un symbole. Si les solutions avancées témoignent d'une volonté certaine de s'inscrire dans une logique politique, il est à noter que ces propositions ont pour effet direct d'écarter de manière absolue l'autorité judiciaire de ce processus.

Pour ce qui est de l'inspiration découlant de la procédure d'*impeachment*, sur laquelle s'est appuyée la Commission, comme vu précédemment, ⁷⁴ il convient de souligner que la Commission des lois de l'Assemblée Nationale a accueilli cette ascèse comme cet exemple sans grande difficultés, avec un soupçon de réserve toutefois, appuyant sur la cohabitation entre logique politique et logique judiciaire.

En outre, la Commission des lois considère à juste titre que la procédure de destitution « ne doit pas devenir un mode de relation ordinaire entre un Président de la République et un Parlement qui n'approuverait plus les décisions de celui-ci. La destitution doit être réservée aux cas extrêmes. « *Quand l'autorité descend dans la boue, la responsabilité y descend avec elle.* » (1) ». ⁷⁵ Comment admettre que la plus haute autorité du pouvoir exécutif et la représentation nationale puissent vivre et nouer leurs relations à travers l'usage régulier d'un tel mécanisme ? De la banalisation de l'usage d'une arme juridique ou politique puissante peut naître la tolérance des conflits de pouvoirs, eux-mêmes entraînant inéluctablement la chute du régime politique.

En tout état de cause, inspiré ou non de la procédure d'*impeachment*, l'atout principal de la destitution, sanction finale de la procédure, combinée à l'idée du manquement manifestement incompatible, « ne constitue pas une condamnation de l'homme, mais une mesure de protection de la fonction dont celui-ci a mis la dignité en cause. ». ⁷⁶

Cette réflexion de la Commission AVRIL rappelle tout d'abord clairement la distinction faite entre un homme et une fonction. Souvent, il est de mise d'affirmer que la présidence de la République par sa nature hybride recèle une certaine personnalisation du pouvoir. En outre, ladite fonction permet, entre autres par le suffrage universel des Français, de voir une incarnation en la personne du Chef de l'Etat, ce fût le cas pendant le *principat* gaullien. Si ces postulats ne sauraient être contestés, il est toutefois important de souligner cette volonté de protection de la fonction dont celui qui l'exerce, qui n'en est que le temporaire porteur, se doit de « pourvoir au Salut de la France ». ⁷⁷

Ensuite, pour ce qui est de la sanction et de l'« incrimination » à proprement parler, la chambre haute approuve la rédaction proposée par la Commission AVRIL qui, selon elle, permet de protéger la dignité de la fonction en combinant à la fois « fautes

⁷³ Rapport AVRIL, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁷⁴ Voir *supra*.

⁷⁵ Rapport réalisé au nom de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale par M. Philippe HOUILLON, Député, n° 3537, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁶ Rapport AVRIL, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁷ GAULLE (de), (Charles), *Mémoires d'Espoir, Tome I-Le renouveau : 1958-1962*, Plon, Paris, 1970, p. 36.

constitutionnelles » et « infractions pénales graves » qui, chacune à leur manière, ne permettent pas la poursuite du mandat dans de bonnes conditions.⁷⁸

Ces développements nous permettent de distinguer une prééminence certaine du caractère politique de la procédure, aboutissant elle-même à une sanction d'ordre politique, la destitution ; ladite destitution étant « le préalable nécessaire à toute procédure judiciaire durant l'exercice du mandat. ».⁷⁹

Cependant, le projet de réforme contient des zones d'ombre auxquelles aucune réponse n'a été pour le moment apportée. Un exemple type peut être d'ailleurs tiré des travaux de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale : « Avant que la décision de réunir la Haute Cour ne soit prise, c'est-à-dire avant le vote de la seconde assemblée saisie de la demande de réunion adoptée par la première assemblée quinze jours auparavant, le Président de la République, s'il estime que la procédure engagée est manifestement infondée, pourra toujours décider de dissoudre l'Assemblée Nationale sur le fondement de l'article 12 de la Constitution, ce qui aurait pour effet immédiat d'annuler toute la procédure en destitution. La décision finale reviendra au peuple souverain... »⁸⁰.

Naturellement, cette hypothèse reste un cas d'école et l'on imagine mal un Chef d'Etat rester au pouvoir se défendant à coups de dissolution... Toutefois, cette hypothèse reste théoriquement possible, bien qu'improbable et laisse apparaître une première faille du texte constitutionnel proposé.

De plus, il est important de souligner que le système proposé, tant par la Commission AVRIL que par le gouvernement dans son projet de loi constitutionnelle, laisse la possibilité pour un Chef de l'Etat destitué par le Parlement réuni en Congrès de se représenter aux élections présidentielles et de se faire réélire par le peuple français, qui considérerait que la sanction aurait été injustement décidée ou, plus simplement, dénuée de tout fondement.⁸¹

Cette affirmation paraît peu réalisable si le Président de la République, frappé de destitution, l'aurait été non pour une faute constitutionnelle mais pour une infraction pénale grave qui constituerait un manquement à ses devoirs. En effet, une fois le Chef de l'Etat rendu à la vie civile, ce dernier devrait inexorablement faire face aux éventuelles poursuites dont il pourrait faire l'objet devant les juridictions correctionnelles ou, selon la gravité de l'infraction, devant la Cour d'Assises. Toutefois, avant de passer au cas où l'hypothèse évoquée serait réalisable, il convient d'examiner ce premier cas.

En admettant que le Président de la République ait été destitué pour une infraction pénale grave, comment être sûr que les juridictions de l'ordre judiciaire pourront remplir leur office et rendre la justice ? La critique ne vise pas l'ordre judiciaire ou la magistrature mais les « effets collatéraux », secondaires, voire indésirables d'une telle situation. La première

⁷⁸ JORF, 8 février 2007, Débats parlementaires, Sénat, Session ordinaire de 2006-2007, Compte-rendu intégral, Séance du mercredi 7 février 2007 (63^{ème} jour de séance de la session), p. 1218.

⁷⁹ JORF, 8 février 2007, Débats parlementaires, Sénat, Session ordinaire de 2006-2007, Compte-rendu intégral, Séance du mercredi 7 février 2007 (63^{ème} jour de séance de la session), p. 1214.

⁸⁰ Bulletin de la Commission des Lois...de l'Assemblée Nationale, Session 2006-2007, Compte-rendu n° 17, séance du mercredi 20 décembre 2006, p. 8.

⁸¹ Voir également le Bulletin de la Commission des Lois...de l'Assemblée Nationale, Session 2006-2007, Compte-rendu n° 17, séance du mercredi 20 décembre 2006, p. 8.

question que l'on peut se poser réside dans l'influence éventuelle de la décision du Parlement. Comment assurer et garantir la présomption d'innocence à ce citoyen *lambda* déjà condamné par le Parlement sur un fondement politique prenant source dans une infraction au Code pénal ?

La deuxième question qu'il est possible de se poser résulte des conséquences d'une décision d'un tribunal correctionnel prononçant la relaxe ou le non-lieu de l'ancien Chef de l'Etat. Théoriquement, tout est possible, d'autant plus que l'on voit mal un magistrat se fonder sur une décision politique rendue par le Parlement pour clore ce dossier ou pour entrer en voie de condamnation. En considérant que la juridiction compétente estime que l'ancien Chef de l'Etat ne mérite pas d'être sanctionné eu égard aux dispositions du Code pénal, une telle décision pourrait être ressentie et interprétée comme un désaveu de la décision parlementaire.

En tout état de cause, il est certain que le pouvoir législatif tout comme l'autorité judiciaire sont potentiellement exposés à des risques de pression, de discrédit pouvant aboutir à un manque de légitimité.

En cas de faute constitutionnelle, n'entraînant aucune poursuite judiciaire, la nature de la sanction prononcée, par essence politique, ne saurait s'accompagner, si l'on suit la logique de distinction entre le politique et le judiciaire, d'une peine d'inéligibilité pour l'ancien Président. Comment le Parlement pourrait-il être une autorité compétente pour prononcer une sanction pénale, une peine, alors qu'il n'est pas une juridiction et que les travaux de la Commission AVRIL, les travaux de la révision constitutionnelle comme l'étude d'impact se rejoignent sur ce point, à savoir le caractère exclusivement politique de la « sanction » qu'est la destitution ?

Aussi, il est parfaitement envisageable, une fois l'obstacle des 500 parrainages franchi, pour le « futur candidat » de se représenter et de remporter à nouveau l'élection présidentielle.

Cette autre hypothèse d'école désavouerait dans ce cas de manière inéluctable l'ensemble du Parlement au profit d'un Président qui serait plus fort que jamais politiquement. Un tel phénomène serait probablement suivi d'une dissolution. Mais dans le cas où la majorité parlementaire est de la même couleur politique que le Chef de l'Etat, il est certain qu'une crise politique est à prévoir.

Le texte remettrait en quelques sortes tous les pouvoirs d'appréciation aux parlementaires « qui qualifieront ainsi les faits selon leur conscience, voire leur humeur ou encore leurs allégeances ou leurs calculs partisans... ». ⁸² Un risque bel et bien réel qui fit affirmer à la doctrine qu'il était difficilement concevable d'« insérer ici une sorte de frère jumeau de l'*impeachment* américain à la sauce française. ». ⁸³

Pourtant, cette transposition politique et les difficultés évoquées précédemment ne semblent pas inquiéter outre-mesure, ne se retrouvant pas dans l'étude d'impact, confirmant les doutes et les incertitudes...

B : L'équilibre dans le déséquilibre ?

⁸² ARDANT (Philippe), « La responsabilité pénale du Président Français-Réponse à deux questions », *Pouvoirs*, n° 92, 2000, p. 61.

⁸³ JORF, 8 février 2007, Débats parlementaires, Sénat, Session ordinaire de 2006-2007, Compte-rendu intégral, Séance du mercredi 7 février 2007 (63^{ème} jour de séance de la session), p. 1222.

Le titre peut surprendre. Toutefois, le système régissant la responsabilité nouvelle du Chef de l'Etat révèle de nombreuses incohérences. Le premier exemple concerne la haute trahison, abandonnée par la Commission AVRIL comme par le gouvernement.

Cette première incohérence a été relevée, entre autres, par M. Robert BADINTER lors des travaux de la révision constitutionnelle: « S'agissant des causes de la destitution, il nous a été dit, d'abord, que la haute trahison était une expression trop vague. S'étant beaucoup penché sur cette question qui le passionnait, le doyen Vedel avait défini, dès 1948, la haute trahison comme 'une violation grave des devoirs de la charge'. C'était une formule générale, mais qui pouvait être mise en oeuvre. Voyez-vous une différence avec les termes du texte qui nous est proposé : 'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat' ? C'est simplement plus mal écrit ! Je préférerais le style du doyen VEDEL. »⁸⁴

On comprend aisément la position de l'ancien Garde des Sceaux et Président du Conseil Constitutionnel qui, sans doute, lût ces quelques lignes du manuel élémentaire du Doyen VEDEL : « L'accusation de haute trahison par l'Assemblée Nationale et la déclaration de haute trahison par la Haute Cour signifient seulement que le Président de la République a commis un acte grave, a trahi les devoirs de sa charge ce qui est, en soi, une constatation politique qui n'emporte pas nécessairement qu'il y ait crime ou délit et qui n'entraîne pas nécessairement une peine *stricto sensu*. La haute trahison peut donc exister alors qu'aucun texte ne la définit si l'on y voit essentiellement une incrimination politique et non un crime ou un délit. [...] En ce cas la Haute Cour ne pourra prononcer que la destitution du Président de la République. C'est une sanction politique qui réprime une faute politique : Le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas violé. »⁸⁵.

In fine, aurait été méconnue une solution de droit à la fois simple et satisfaisante. Simple car il n'aurait pas été nécessaire de déployer une énergie formidable à trouver une formulation devant remplacer la haute trahison et satisfaisante dans la mesure où l'importance en l'espèce ne semble pas être le terme employé mais la signification contenu dans le terme ; en un mot, l'interaction qu'entraîne l'expression « haute trahison ». Il est possible, pour appuyer cette argumentation du Doyen VEDEL, de souligner d'abord que cette solution se serait inscrite dans la plasticité et l'élasticité interprétative des dispositions de la Constitution de la V^{ème} République.

On objectera que le Droit, par essence, implique la recherche de la précision la plus absolue, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un sujet aussi grave que la mise en œuvre de la responsabilité du Chef de l'Etat. Aussi, l'utilisation d'un tel raisonnement doit être, de manière indispensable, parfaitement circonscrite en plus d'être réalisée avec la plus grande vigilance et la plus grande parcimonie.

Toutefois, il apparaît que cette recherche de la précision ait amené le constituant à un résultat moins efficace vu le caractère encore plus vague de l' « incrimination nouvelle ». Est-ce là le rôle d'une Constitution de définir avec exactitude chaque disposition, chaque norme vivante en elle ? Ce n'était en tous cas pas le choix du constituant de 1958.

⁸⁴ JORF, 8 février 2007, Débats parlementaires, Sénat, Session ordinaire de 2006-2007, Compte-rendu intégral, Séance du mercredi 7 février 2007 (63^{ème} jour de séance de la session), p.1216.

⁸⁵ VEDEL (Georges), *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, pp. 546-547.

Mais ce qu'il y a de frappant avec ce système, c'est son déséquilibre,⁸⁶ que l'on se place du point de vue du justiciable, du Chef de l'Etat ou du parlementaire... Pour ce qui est du Président, un Sénateur envisage, eu égard à un éventuel déchaînement médiatique qu'« Une simple campagne de presse aura donc suffi pour mettre à terre et l'institution exécutive et le pouvoir législatif. Comme manière de résoudre une question politique majeure, on ne fait pas mieux ! Le scénario de cette crise de régime montre que, loin de régler le problème, l'article 68 nouveau le complique. Vous osez d'ailleurs si peu l'envisager que, à force d'amendements, l'unanimité sera bientôt requise pour que l'article 68 puisse être appliqué. Je passe sur le fait que, mis en accusation, le Président de la République n'a même pas la possibilité de se défendre, puisque sa responsabilité est globale, notion que nous venons d'inventer. Il ne bénéficie ni de la présomption d'innocence, ni du débat contradictoire, et ne dispose pas d'avocat. ».⁸⁷

A titre de comparaison, il n'est pas inintéressant de lire que l'étude d'impact, à ce sujet, « passe aussi » en n'hésitant pas à évoquer directement les « stipulations de l'article 6 »⁸⁸ de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (C.E.S.D.H.).⁸⁹ L'étude d'impact va encore plus loin en affirmant par ailleurs que la loi organique ne saurait être soumise au respect de l'article 13 précisément car « par son objet, la procédure de destitution du Président de la République ne saurait porter atteinte à aucun des droits garantis par la Convention : elle ne vise qu'à apporter une réponse institutionnelle... ».⁹⁰

Sans pour autant développer toute la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H.) au sujet de ces dispositions,⁹¹ en admettant que le projet de loi organique se soit totalement dégagé des obligations internationales de la France à ce sujet, en est-il de même pour les « obligations constitutionnelles » ?

Au risque de rappeler une évidence, le Conseil Constitutionnel reconnaît dès 1989 le principe des droits de la défense comme un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République (P.F.R.L.R.).⁹² Le Conseil renforcera et affinera sa position en 1999 prenant cette

⁸⁶ L'étude d'impact se montre tout de même rassurante, en affirmant que tout devrait aboutir à « un point d'équilibre », voir ladite étude *op. cit.*, p. 7.

⁸⁷ JORF, 17 janvier 2007, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Session ordinaire de 2006-2007, 111^{ème} séance, 2^{ème} séance du mardi 16 janvier 2007, Compte-rendu intégral, p. 319.

⁸⁸ Voir l'étude d'impact, *op. cit.*, p. 8. On précisera simplement que le terme « dispositions » aurait peut-être été plus approprié.

⁸⁹ Appelée souvent C.E.D.H., par commodité.

⁹⁰ Voir en ce sens l'étude d'impact, *op. cit.*

⁹¹ Il conviendra de se reporter à l'ouvrage de GOUTTENOIRE (Adeline), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), LEVINET (Michel), MARGUENAUD (Jean-Pierre) et SUDRE (Frédéric), Les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, puf, Thémis droit, 3^{ème} édition, Paris, 2003 : pp.246-372. Ce long développement traite de tous les droits de procédure visés, c'est-à-dire ceux découlant de l'article 6 comme de l'article 13 CESDH. Il est possible également de se tourner vers l'ouvrage de MM. DECAUX (Emmanuel), IMBERT (Pierre-Henri) et PETTITI (Louis-Edmond), (dir.), La Convention Européenne des Droits de l'Homme – Commentaire article par article, Economica, 2^{ème} édition, Paris, 1999 : pp. 239-292 en ce qui concerne l'article 6 CESDH et pp. 455-474.

⁹² Voir en ce sens Conseil Constitutionnel (C.C.), 17 janvier 1989, décision n°88-248 DC, considérant n°29 ; JORF du 18 janvier 1989, p. 754.

fois-ci pour point de départ l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (D.D.H.C.).⁹³ Fidèle à sa mission de défenseur des droits fondamentaux, le juge constitutionnel précisera, en outre, dans une décision de 2006 que sont garantis, entre autres les droits de la défense lorsqu'est en cause « une sanction ayant le caractère d'une punition... ».⁹⁴

C'est précisément là que le bât blesse... En effet, il sera difficile d'arguer que la destitution revêt le caractère d'une sanction. Cette impasse nous permet de nous confronter, véritablement, aux effets de cette logique de distinction et d'abandon des principes fondamentaux de droit pénal. Si la procédure, la mise en accusation, l'incrimination (même si le terme est impropre, cela va de soi) sont exclusivement politiques, il serait absurde de vouloir les soumettre au régime juridique classique du droit pénal et des voies judiciaires. Malgré cela, il est difficile d'admettre, question de principe, que le Conseil Constitutionnel se pliera à un tel raisonnement et n'exercera son contrôle que de manière très résiduelle en acceptant un projet de loi organique qui ne respecterait pas les droits de la défense, au nom du Préambule de la Constitution de la IV^{ème} République comme au nom de l'article 16 de la D.D.H.C., pilier de cet édifice juridique.⁹⁵

Toutefois, est-il certain que la procédure ne serait que politique ? Le projet de loi organique doit régler et mettre en œuvre cet aspect de la problématique. Aussi, une lecture de l'étude d'impact de décembre 2010, bien que rédigée par le gouvernement, peut nous apporter quelques éléments de réponse.

D'ores et déjà, il est possible de souligner la volonté du législateur d'instaurer « des conditions minimales de recevabilité »⁹⁶ comme par exemple une indispensable motivation de la proposition de résolution de mise en accusation,⁹⁷ un seuil minimum de 10% des membres d'une seule et même assemblée,⁹⁸ ou encore l'instauration d'un filtre qui sera assuré par la « Commission des lois constitutionnelles de la première assemblée saisie »,⁹⁹ ce qui rappelle le rôle joué par la Commission des requêtes auprès de la Cour de Justice de la République (C.J.R.).

Mais, outre ces conditions de recevabilité devant jouer le rôle de « soupapes de sécurité », eu égard à la nature et à l'importance de la fonction de Chef de l'Etat, il est un élément qui ne

⁹³ C.C., 23 juillet 1999, Décision n°99-416 DC, considérant n°38 ; JORF du 28 juillet 1999, p. 11250.

⁹⁴ C.C., 27 juillet 2006, Décision n°2006-540 DC, considérant n°11 ; JORF du 3 août 2006, p. 11541.

⁹⁵ Voir, entre autres, sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : *La déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 – Ses origines et sa pérennité*, Actes du colloque tenu les 6, 7 et 8 mars 1989 à la Sorbonne et à l'Assemblée Nationale, La documentation française, Paris, 1990. Voir également *La Déclaration des Droits de l'Homme et la jurisprudence*, Actes du colloque tenu les 25 et 26 mai 1989 au Conseil Constitutionnel, puf, Paris, 1989.

⁹⁶ Etude d'impact, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ *Idem.* Ce qui nous donnerait donc un seuil minimum de 58 Députés (sur 577) ou de 35 Sénateurs (sur 346). Soit un nombre inférieur au seuil minimum pour la saisine parlementaire du Conseil Constitutionnel, qui requiert 60 Députés ou 60 Sénateurs. Le législateur organique voulait pourtant ne pas « créer une prérogative à la discrétion des seuls parlementaires de l'opposition », en prenant pour point de comparaison ladite saisine ; voir la même étude, p. 7. Si la mise en œuvre de l'article 68 C. est un outil « politique », il serait difficile d'user de la même qualification pour la disposition découlant l'article 61 C.

⁹⁹ *Idem.*

manquera pas d'attirer l'attention du lecteur. En effet, le législateur organique a prévu la création d'une commission chargée « de réunir toute information nécessaire à l'accomplissement de la Haute Cour de sa mission »¹⁰⁰ qu'il faudrait donc « doter de prérogatives d'investigation étendues ».¹⁰¹ En outre, cette commission « pourra exercer sa mission sur pièces et sur place et pourra entendre toute personne, qui sera tenue de se déférer à sa convocation ».¹⁰² Cette description ressemble tout de même d'une manière assez proche à celle usuellement utilisée pour une commission d'instruction.

Naturellement, le problème n'est pas de créer un organisme chargé d'aider le juge, du moins l'autorité qui tranchera le litige, à faire éclater la vérité, mais, inconsciemment, et l'on pourrait même dire, inéluctablement, de faire apparaître un élément de logique judiciaire alors que le projet doit s'inscrire exclusivement dans une logique politique. *A contrario*, on se demandera pourquoi le projet de loi organique exclut de manière catégorique tout témoignage pendant les débats.¹⁰³ Est-ce au nom de la logique politique ?

L'article 68 C. s'organiserait *in fine* entre un président dépourvu de tout droit à la défense face à une assemblée composée de plus de 800 « juges » (et/ou accusateurs), étant toutefois des parlementaires, refusant tout témoignage pendant les débats mais pouvant se prévaloir d'un dossier instruit par un organisme doté des prérogatives dignes d'une véritable commission d'instruction.

Cette autre faille du système proposé trouve d'ailleurs un écho favorable au sein de la doctrine : « Le constituant a voulu articuler deux choses de nature différente et livre, finalement, un statut sans unité fait d'un mur autour de la responsabilité juridique et d'une brèche dans laquelle on ne sait trop comment passera la responsabilité politique. ».¹⁰⁴

Ce projet de réforme du statut pénal du Président de la République devait apporter un « juste équilibre entre responsabilité politique et pénale. ».¹⁰⁵ Toujours est-il que, des années après la remise du rapport, quelques temps après la révision, la doctrine était toujours autant divisée, partagée entre incertitudes¹⁰⁶ et certitudes¹⁰⁷ au sujet, par exemple, du statut pénal de l'ancien Président de la République, M. Jacques CHIRAC.

¹⁰⁰ Etude d'impact *op. cit.*, p. 11.

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ LAMY (de), (Bertrand), « Chronique de Droit pénal constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 123.

¹⁰⁵ LAVAUX (Philippe), « Sur le soi-disant *impeachment* à la française-Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du Président de la République », *Recueil Dalloz Sirey*, 2003, n° 39, p. 2646.

¹⁰⁶ MATHIEU (Bertrand), « Les incertitudes affectant le statut pénal de Jacques CHIRAC », *JCP*, édition générale, n° 24, 13 juin 2007, pp. 3-4.

¹⁰⁷ RASSAT (Marie-Laure), « La certitude du statut pénal du Président de la République pour les infractions sans rapport avec la fonction », *JCP*, édition générale, n° 27, 4 juillet 2007, pp. 3-4.

Il est possible de trouver trace de l'évocation de la situation de ce dernier pendant son mandat ainsi que les polémiques évoquées précédemment¹⁰⁸ dans l'hémicycle, à savoir l'impression d'« impunité » pouvant découler de l'immunité présidentielle.¹⁰⁹

Cette première critique, adressée à l'article 67 C. régissant le statut pénal et contentieux du Chef de l'Etat, cache des contributions à la réflexion concernant le « frère jumeau » de l'article 68 C., émanant, entre autres, de M. Edouard BALLADUR. La contribution de l'ancien Premier Ministre peut se résumer assez simplement : Les dispositions de l'article 67 C. nouveau conduiraient-elles à un déséquilibre flagrant entre le citoyen ordinaire et le Chef de l'Etat sachant que ce dernier ne pourrait faire l'objet d'aucune action contentieuse, à plus forte raison si l'on admet qu'il lui est possible d'ester en justice contre ses propres citoyens ?¹¹⁰

Cette position du justiciable *lambda* fût d'ailleurs très clairement dénoncée au sein de l'hémicycle où des voix s'élevèrent considérant que « le Président pourrait impunément attaquer des gens qui ne pourraient se défendre. ».¹¹¹

A la différence des cas évoqués précédemment, cette hypothèse n'est pas seulement qu'un pur cas d'école. En effet, le cas d'espèce évoqué tient dans le contentieux ayant pour partie civile le Chef de l'Etat dans le cadre de l'affaire *Clearstream*.¹¹² A cette occasion, le Professeur Dominique ROUSSEAU apporta sa pierre à l'édifice : « L'expérience et la pratique montrent manifestement que la Constitution française n'a pas encore réglé la question du Président de la République. [...] Nicolas SARKOZY ne peut pas jouer sur les deux tableaux : Comme citoyen ordinaire il demande à se constituer partie civile mais comme Président de la République, il demande à bénéficier de l'immunité de l'article 67. ».¹¹³

In fine, « Si Dominique de VILLEPIN assignait le Président de la République devant le Tribunal de Grande Instance pour atteinte à la présomption d'innocence, ce recours serait pour cette raison déclaré irrecevable. ».¹¹⁴

Ce cas d'espèce a l'avantage d'appuyer et de prouver une lacune bien réelle des dispositions découlant de l'article 67 C. Il peut nous éclairer sur la portée de ce titre IX et du statut

¹⁰⁸ Voir *supra*, plus précisément, l'introduction.

¹⁰⁹ JORF, 17 janvier 2007, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Session ordinaire de 2006-2007, 111^{ème} séance, 2^{ème} séance du mardi 16 janvier 2007, Compte-rendu intégral, p. 312.

¹¹⁰ Voir le Bulletin de la Commission des lois... de l'Assemblée Nationale, Session 2006-2007, Compte-rendu n° 17, séance du mercredi 20 décembre 2006, p. 5.

¹¹¹ JORF, 8 février 2007, Débats parlementaires, Sénat, Session ordinaire de 2006-2007, Compte-rendu intégral, Séance du mercredi 7 février 2007 (63^{ème} jour de séance de la session), p. 1216.

¹¹² A ce sujet, il sera intéressant de se reporter à l'arrêt du Conseil d'Etat daté du 5 juin 2009, M. Dominique de VILLEPIN, requête n°322283. L'arrêt comme les conclusions du Rapporteur public, Mme Isabelle DE SILVA sont intégralement reproduits in *RFDA*, 2009, n°4, pp. 807-812.

¹¹³ Interview de Dominique ROUSSEAU par Jean-Baptiste de MONTVALON, voir les éditions du journal *Le Monde*, datées du 26 septembre 2009.

¹¹⁴ Interview de Dominique ROUSSEAU par Jean-Baptiste de MONTVALON, voir les éditions du journal *Le Monde*, datées du 26 septembre 2009.

« nouveau » du Chef de l'Etat. Précisons, toutefois, que si cette assignation est déclarée comme irrecevable en vertu dudit article, deux hypothèses se présentent :

- Soit l'assignation est « suspendue », c'est-à-dire qu'elle a été délivrée et qu'elle détient une existence certaine mais qu'elle ne produira ses effets qu'une fois le mandat de M. Nicolas SARKOZY achevé. Cette suspension ne serait pas étonnante dans la mesure où tous les délais cessent de courir à cause dudit mandat.

- Soit l'assignation est purement et simplement annulée, et il sera nécessaire pour M. Dominique de VILLEPIN de réitérer l'assignation une fois le mandat présidentiel expiré, sachant que les délais de prescription classique ne sauraient courir à compter de la notification de l'assignation.

La première solution semble la plus pertinente. Toutefois, un deuxième cas d'école se pose à notre étude. Le Président de la République a-t-il agi en qualité de Chef de l'Etat ou en qualité de personne privée ? Comme nous le savons, ce dernier est partie civile au procès *Clearstream* mais sa constitution est bien antérieure à son élection intervenue en 2007.

Or, il apparaît que les propos pour lesquels le Chef de l'Etat a été attaqué ont été prononcés lors d'une interview officielle, télédiffusée, en marge d'un sommet de l'ONU à New York. Le Président, pendant cette interview, agissait bel et bien en qualité de Chef de l'Etat. Serait-il possible d'imaginer que le temps de la question et de la réponse, le Chef de l'Etat soit intervenu en tant que personne privée ?

En ce cas, l'inviolabilité est de mise et le Chef de l'Etat devra répondre de ses propos devant les juridictions de droit commun à l'expiration de son mandat.

En revanche, si le Président a agi en qualité de Chef de l'Etat, l'immunité, ou plutôt l'irresponsabilité est de mise. Dans cette situation, il s'agit de se reporter à l'article 68 C. qui implique une comparution devant la Haute Cour suite à une résolution parlementaire votée en termes identiques à condition que cette violation de la présomption d'innocence puisse constituer « un manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. ». A ce jour, il n'a été en aucune manière question d'une résolution parlementaire et de l'adoption d'une telle solution, qui, pourtant, est celle suggérée par M. le Professeur ROUSSEAU.¹¹⁵

En tout état de cause, la vérification des hypothèses devient passablement compliquée lorsqu'aucun projet de loi organique ne vient donner d'effectivité aux articles 67 et 68 C.¹¹⁶ *Ipsa facto*, une mise en accusation du Chef de l'Etat était impossible, eu égard à la situation de notre Droit... Cette situation perdure mais cessera sans nul doute, du moins en ce qui concerne la procédure de destitution... Voici une lacune qui fût bien mesurée par le législateur organique lorsqu'est affirmé de manière très explicite « la nécessité d'une loi organique ».¹¹⁷

Mais l'affaire *Clearstream* n'est pas le seul exemple des difficultés d'interprétation et d'application de ces dispositions nouvelles concernant le statut « pénal » du Chef de l'Etat. En effet, le Président de la République avait d'abord saisi les juridictions de droit commun dans

¹¹⁵ Voir l'interview précitée.

¹¹⁶ PLUEN (Olivier), « L'inapplicabilité du nouveau régime de responsabilité du Président de la République », RDP, 2009, n°5, pp.1402-1429.

¹¹⁷ Voir l'étude d'impact, *op. cit.*, p. 9. Voir également *infra*.

le cadre d'une procédure de référé « pour atteinte à son droit à l'image »¹¹⁸ pour ensuite intenter une autre procédure pour « faux, usage de faux et recel contre un organe de presse, une première depuis les années 1970. »¹¹⁹

Hélas, aucune loi organique ne peut éclairer le lecteur, le chercheur comme le praticien sur l'article 67 C. qui peut, toutefois, trouver quelque commencement de réflexion dans la jurisprudence judiciaire.¹²⁰ En effet, une requête visant à renvoyer au Conseil Constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité a été portée à l'attention de la Cour par un mémoire déposé le 16 août 2010.

Le problème juridique inhérent à cette requête était le suivant : Vu le principe de la séparation des pouvoirs et des droits de la défense *lato sensu* pris en la D.D.H.C. ainsi qu'en la Constitution de 1958, l'article 2 du Code de procédure pénale (C.P.P.) peut-il être considéré comme conforme à la Constitution en ce qu'il n'interdit pas au Chef de l'Etat de se constituer partie civile devant une juridiction pénale pendant son mandat ?¹²¹

La réponse de la Cour est assez curieuse et mérite d'être explicitée : « Attendu que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ; Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle vise, en réalité, à préciser le champ d'application de l'article 2 du code de procédure pénale, au regard de l'article 67 de la Constitution, ce qui relève de l'office du juge judiciaire ; D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel. »¹²²

S'il ne nous est pas permis de développer dans ce travail l'aspect procédural de cette requête de QPC,¹²³ il est important de souligner que par cet arrêt, le Conseil Constitutionnel se voit privé d'examiner, d'étudier et d'interpréter l'article 67 C. nouveau. Ceci est regrettable dans la mesure où la décision du Conseil Constitutionnel aurait pu permettre de clarifier et de préciser l'application des dispositions découlant de cet article et trancher si oui ou non le Chef de l'Etat peut se porter partie civile dans une affaire de droit commun malgré tous les déséquilibres résultant de son immunité. Toutefois, il est important de souligner le « commencement de solution » suggéré par M. SALVAT, Avocat Général près la Cour de Cassation dans l'avis qu'il rendit le 14 mars 2011¹²⁴ suite à l'arrêt de rejet de la Cour de Cassation.

L'Avocat Général, après réflexion, nous livre sa solution quant à la résolution du litige. Il avance d'abord que l'action exercée par le Chef de l'Etat ne doit pas être déclarée comme

¹¹⁸ FELDMAN (Jean-Philippe), « Les constitutionnalistes devraient dresser une statue au Président de la République qui leur donne beaucoup de travail ! », in *JCP*, édition générale, 28 septembre 2009, n° 40, p. 9.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ Voir en ce sens l'arrêt de rejet de la chambre criminelle de la Cour de Cassation daté du 10 novembre 2010, pourvoi numéro 10-85678.

¹²¹ C.Cass., Crim., 10 novembre 2010, *op. cit.*, premier attendu.

¹²² *Idem*. Attendus n° 2 et 3.

¹²³ Soulignons que cette décision trouva nombre de désapprobations, aux premiers rangs desquelles celle de Bertrand MATHIEU dans les « Actualités » du *JCP* édition générale, n° 47, 22 novembre 2010, pp. 2166-2167.

¹²⁴ C. Cass, Crim., 14 mars 2011, Avis de l'Avocat Général dans le cadre du pourvoi K 1085678 intenté à l'encontre de l'arrêt rendu par la chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Versailles le 8 janvier 2010.

irrecevable¹²⁵ ; ce faisant, il semble opérer une distinction entre l'action pénale et l'action civile. En effet, M. SALVAT estime que si le Président de la République ne pourra exercer une action civile (en réparation de dommages et intérêts par exemple), son action sera suspendue et prendra effet à l'expiration de son mandat.¹²⁶

En revanche, rien n'est dit en ce qui concerne l'action pénale – donc la constitution de partie civile – l'Avocat Général se bornant à préciser qu' « En l'espèce l'action publique a été normalement exercée par le Procureur de la République de Nanterre, et le Président de la République n'a pas lui-même mis l'action publique en mouvement. L'action du Président de la République est seulement une action jointe à celle du Procureur de la République de Nanterre. ».¹²⁷

La solution a de quoi inquiéter, à plus forte raison lorsque l'on sait que les magistrats du Parquet demeurent sous l'autorité du Garde des Sceaux.

Pouvons-nous, dès lors, considérer cette réforme comme une réussite ? Difficile à dire, on ne détient que très peu d'éléments de législation organique, ledit projet étant, pour le moment au stade embryonnaire. Toutefois, si l'on veut bien relire les travaux parlementaires de la révision constitutionnelle ou ceux de la doctrine, on s'aperçoit de l'existence d'un point de convergence sur la compatibilité d'un tel projet avec l'esprit de la V^{ème} République : « Si vous, députés gaullistes, voulez défaire la Ve République en rendant politiquement responsable devant le Parlement le Président élu par le suffrage universel des Français, alors, votez cette réforme ! ».¹²⁸

Cette violente diatribe contre la réforme du statut pénal du Chef de l'Etat, eu égard aux inclinations « doctrinales » des parlementaires devant la voter n'est pas réellement dénué d'intérêt. Comme l'a justement souligné M. le Professeur VERPEAUX « Il est remarquable que ce soit une majorité se réclamant, même d'assez loin, du gaullisme, qui introduise un élément aussi extérieur à l'esprit des institutions. ».¹²⁹

¹²⁵ *Idem*, p. 24.

¹²⁶ *Idem*, p. 25.

¹²⁷ *Idem*, p. 16.

¹²⁸ JORF, 17 janvier 2007, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Session ordinaire de 2006-2007, 111^{ème} séance, 2^{ème} séance du mardi 16 janvier 2007, Compte-rendu intégral, p. 318.

¹²⁹ VERPEAUX (Michel), « Le faux *impeachment* à la française ou la nouvelle combinaison du pénal et du politique-A propos de la révision du Titre IX de la Constitution », JCP, édition générale, n° 15, 11 avril 2007, p. 18. Espace sécable entre p. et 18

CONCLUSION

Le Parlement, à travers ses rapports, travaux en commission comme en hémicycle aura la lourde tâche de réussir cette synthèse entre justice et politique, en d'autres termes à « réinventer le contrôle démocratique des erreurs politiques »¹³¹ comme aimait à le rappeler le Doyen VEDEL.

Il faudra démontrer que le système constitutionnel français a réussi sa parfaite mutation en renforçant l'Etat de Droit, ce qui passe par l'illustration de l'exercice efficace du droit des gouvernés de traduire leurs gouvernants en justice.

Cette étape, capitale, doit venir renforcer l'équilibre de notre système institutionnel et ne devra pas se résumer à confier « le jugement des infractions politiques et des hommes politiques à une assemblée politique, à une assemblée qui en fait le plus souvent est composée d'adversaires politiques de ceux qu'elle doit juger et qui par conséquent est dans l'impossibilité absolue de juger impartialement les accusés traduits devant elle. ».¹³²

Une assemblée politique peut-elle rendre la justice ?...C'est *a priori* la problématique pouvant résumer ce possible écueil ayant toujours démontré, aux yeux de l'Histoire, ses effets pervers.

En guise de commencement de réponse, il serait peut-être judicieux d'user d'un raisonnement croisant les possibilités du système français avec celles offertes par l'exemple autrichien permettant de mettre en accusation le Chef de l'Etat pour « violation de la Constitution fédérale »,¹³³ qualification pouvant se rapprocher de la faute constitutionnelle évoquée dans l'exemple français.¹³⁴ On ajoutera que le Président fédéral est passible de poursuites pénales pour des actes en rapport avec l'exercice de ses fonctions.¹³⁵ Le lecteur relèvera également qu'en cas de déchéance, pourra être également prononcée la privation de l'exercice des droits politiques eu égard à des « circonstances particulièrement aggravantes ».¹³⁶ Comment, aux termes de la *Bundesverfassungsgesetze*, concilier logique politique et logique judiciaire ?

¹³¹ Voir les éditions du journal Le Monde, datées du 3 mars 1999, l'article de MM. les Professeurs DUHAMEL (Olivier) et VEDEL (Georges), « Le pénal et le politique », *op. cit.*, voir *supra*.

¹³² DUGUIT (Léon), *Manuel de droit constitutionnel*, Editions Panthéon-Assas et L.G.D.J. (diffuseur), Collection « Les introuvables », Paris, 2007 (réimpression de la quatrième édition de son manuel, datant de 1923 édité par E. de BOCCARD), *op. cit.*, : pp. 485-486.

¹³³ Article 142 alinéa 2, point a de la Constitution autrichienne. Une version trilingue (germanique, anglaise et française) des lois constitutionnelles autrichiennes est disponible à l'adresse suivante : <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf>

¹³⁴ Voir *supra*.

¹³⁵ *Idem*, article 143.

¹³⁶ Voir en ce sens l'article 142 alinéa 4 de la Constitution autrichienne.

La réponse pourrait se trouver *in fine* dans l'institution tranchant le litige, à savoir la Cour Constitutionnelle.¹³⁷ La solution a de quoi séduire. Il n'y aurait rien d'absurde à considérer l'organe garant et interprète de la Constitution comme capable de juger la personne servant la plus prestigieuse fonction du pays pour déterminer si ce dernier a violé ou pas la Constitution. Le système allemand va encore plus loin dans le champ de compétences comme dans les chefs d'inculpation possibles en affirmant par l'article 61 de la Loi fondamentale que le Chef de l'Etat peut être mis en accusation devant la Cour constitutionnelle pour violation d'une loi fédérale autre que la Loi fondamentale.¹³⁸

D'aucuns objecteront que cette proposition de réflexion équivaut à délaisser une expérience pour en choisir une autre en même temps qu'elle signe le retour de la confusion et du dangereux mélange des genres à éviter de manière absolue.

C'est précisément par rapport à cette objection que se distingue et se révèle la solution d'équilibre qui, là où règne le chaos du mélange des genres, instaure l'harmonieuse conciliation des contraires au service du perfectionnement de notre ordre juridique.

¹³⁷ Voir EISENMANN (Charles), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Thèse pour le Doctorat en Droit, éditions de la Librairie générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1928. L'auteur évoque « La Haute Cour constitutionnelle Haute Cour de Justice », pp. 276-281.

¹³⁸ Voir la Constitution allemande, traduite de manière intégrale à l'adresse suivante : http://www.bundesregierung.de/Content/FR/_Anlagen/loi-fondamentale.property=publicationFile.pdf; pour approfondir, voir la contribution de JEKEWITZ (Jürgen) à propos de l'article 61 L.F. in *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Band 2 Art. 38-146, Luchterhand, Neuwied, 1989, pp. 306-310.