

LA RESPONSABILITÉ DU CHEF DE L'ÉTAT : LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DU 23 FÉVRIER 2007

155

Le calendrier est parfois symbolique. À l'heure où le juge Halphen reprend ses fonctions de magistrat et quitte la politique, le politique se saisit (enfin!) du droit de la responsabilité du président de la République. En effet, un projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution a été déposé à l'Assemblée nationale le 3 juillet 2003, la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République a désigné un rapporteur le 18 octobre 2006 et l'adoption de la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février a eu lieu. Directement inspirée des travaux de la Commission

« Avril », réunie à l'initiative du président Chirac à l'été 2002¹, cette réforme cherche à mettre en place un juste équilibre entre responsabilité politique et pénale².

En effet, elle est axée autour de deux points. D'une part, au terme de la nouvelle rédaction de l'article 67 de la Constitution, le président de la République ne serait « pas responsable des actes accomplis en cette qualité... » et, d'autre part, il bénéficierait de cette immunité, « sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68 ». Autrement dit, le chef de l'État serait responsable devant la Cour pénale internationale (art. 53-2C)³ et, selon la loi constitutionnelle,

* ATER, Centre de recherche juridique de l'université de Franche-Comté.

1. Décret n° 2002-961 du 4 juillet 2002 portant création d'une commission présidée par Pierre Avril, chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du président de la République, *JO*, 6 juillet 2002, p. 11633.

2. Voir sur ce point notamment Philippe Lavaux, *Sur le soi-disant « impeachment à la française »*. *Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du président de la République*, Dalloz, 2003 (39), p. 2646-2650, et Yanis Zoubeidi-Defert, « La responsabilité du chef de l'État. À propos du rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République », *La Tribune du droit public*, 2003 (1), p. 109-119.

3. Ainsi, l'article 53-2 C dispose-t-il que « La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998. »

« en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (art. 68, al.1C). L'enjeu de cette réforme réside finalement dans la volonté de séparer strictement droit pénal et politique pour que le droit pénal ne soit plus la poursuite de la politique par ce biais, comme l'a expliqué Pierre Avril⁴.

156 Si cette révision constitutionnelle semble satisfaire à la nécessité de rendre étanche droit pénal et politique, il n'en reste pas moins qu'il pose d'autres problématiques toutes aussi importantes. Ainsi en va-t-il de la question de la sécurité juridique et plus largement du régime politique de la V^e République.

UNE PROGRESSION NÉCESSAIRE INACHEVÉE DE L'ÉTAT DE DROIT

Si la notion d'État de droit correspond à une soumission de l'État au droit, alors le premier principe protecteur de cette conception de la modernité démocratique est celui de la légalité. Sur ce point, la réforme proposée est auguste car abandonnant deux monstruosité du droit français : la haute trahison et la Haute Cour de justice. Cela étant, elle n'arrive pas à concilier avec rigueur immunité présidentielle et droits des requérants et, par conséquent, ne satisfait pas complètement à l'exigence de sécurité juridique.

L'heureux abandon du procès politique en forme pénale

Dans son ancienne rédaction, l'article 68C précisait que le chef de l'État « est

jugé par la Haute Cour de justice ». Le fonctionnement de cette dernière est fixé par l'ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959⁵. La procédure devant cette dernière est inspirée du procès correctionnel. Ce choix tenait de l'incompatibilité de la Haute Cour avec un jury. Aux termes de l'article 68C, le chef de l'État « ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité des membres la composant ». La mise en accusation, devant selon les règlements des assemblées être signée par un dixième au moins des membres de la chambre à l'origine de la procédure, émanait donc de parlementaires. Les faits reprochés au président de la République devaient être sommairement énoncés. Le bureau de l'assemblée à l'origine de l'accusation devait apprécier au fond cette mise en accusation. Concernant le jugement, la Haute Cour de justice aurait été composée de vingt-quatre juges titulaires (et douze suppléants), élus en nombre égal par les deux assemblées. Aussi, puisque l'accusation est faite par des parlementaires, puisque les bureaux des chambres doivent reproduire leur configuration politique et puisque les juges sont élus en leur sein, eh bien, il s'agit d'un procès politique. Or, la faute n'est pas déterminée car n'importe quels faits pourraient être qualifiés de haute trahison – peut-être est-il possible de penser que la haute trahison n'étant pas prévue par le code pénal elle ne peut être une faute pénale –, la sanction encourue n'est pas connue – peut-

Le chef de l'État peut donc être accusé de crime de génocide, de crime contre l'humanité, de crime de guerre et de crime d'agression.

4. Pierre Avril, « La responsabilité pénale du président de la République », journée d'étude, Centre de droit de la responsabilité de l'Université du Maine, 14 juin 2002.

5. Ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959, *JO*, 3 janvier 1959, p. 179.

être est-il permis d'envisager qu'en conséquence seule la destitution est envisageable – mais rien n'est moins sûr. Par conséquent, l'article 68C n'était pas conforme au principe constitutionnel de légalité des crimes et délits. Toutefois, le déni constitutionnel de l'État de droit ne s'arrêtait pas ici. En effet, rien n'eût garanti que la Haute Cour de justice ne se fût abstenue de prononcer de telles sanctions, il est envisageable qu'elle transgressât la légalité criminelle. Si tel avait été le cas, l'absence de droit d'appel et de pourvoi en cassation aurait posé problème au regard de l'article 2 du septième protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit à un double degré de juridiction en matière pénale⁶.

Grâce à cette réforme, en cours de mandat, seuls « les manquements incompatibles » avec celui-ci pourront être sanctionnés selon une procédure spécifique. Dans ce cas, le Parlement tout entier se constituera en Haute Cour se prononçant à la majorité des deux tiers de ses membres qui pourra éventuellement destituer le président de la République. Il s'agit donc d'une pure et simple procédure de destitution. Dès lors, le politique prononcera une sanction politique rompant avec cette grossière imperfection du système de 1958.

Cela étant, afin que l'immunité présidentielle ne soit pas une impunité, la réforme prévoit une immunité temporaire. En effet, concernant les actes accomplis avant le début de son mandat, ou ceux sans lien avec ses fonctions, le président de la République ne peut être

mis en cause devant les juridictions de droit commun. Ce n'est pas sans poser problème vis-à-vis des droits des requérants.

La suspension temporaire pour les requérants de l'État de droit

Pour les actes commis en tant que personne privée, le président est soumis à une immunité relative. Ainsi, la nouvelle rédaction de l'alinéa 2 de l'article 67 précise-t-elle qu'« il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite ». Le troisième alinéa prévoit que les instances et procédures reprennent après la cessation des fonctions. Effectivement, il convient de séparer droit pénal et politique. Toutefois, cette rédaction interdit la possibilité de la constitution de partie civile lors d'un procès pénal, tout comme l'impossibilité de mettre en jeu la responsabilité civile du chef de l'État pendant la durée du mandat ce qui met à mal le principe à valeur constitutionnelle du droit à l'indemnisation des victimes⁷ ainsi que les dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme permettant qu'à chacun sa cause soit entendue, et ce, dans un délai raisonnable, d'autant, sur ce dernier point, que le nombre de mandats n'est pas limité. Toutefois, à ce propos, la situation n'évolue que très peu par rapport aux solutions retenues par le Conseil constitutionnel et la Cour de

157

6. Voir notamment sur ce point, Olivier Jouanjan, Patrick Wachsmann, « La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du chef de l'État », *Revue française de droit administratif*, nov./déc. 2001, p. 1180.

7. CC, décision n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, *Rec.*, p. 61.

cassation mais est beaucoup plus satisfaisante. En effet, les juges de la rue Montpensier⁸ estimaient que, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors cas de haute trahison, le président bénéficiait d'une immunité et que, pour les actes détachables de celles-ci, sa responsabilité ne pouvait être engagée que devant la Haute Cour de justice. Ainsi un éventuel déni de justice est envisageable puisqu'en l'espèce les requérants ne peuvent pas déclencher de poursuites devant la Haute Cour de justice et, si les parlementaires l'eussent fait, les requérants n'auraient pas pu se constituer partie civile aux termes de l'article 29 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 précitée puisqu'il rend possibles les actions en réparation devant les juridictions de droit commun des crimes et délits poursuivis devant la Haute Cour. Or, si la procédure de mise en accusation ne va pas à son terme, les requérants ne peuvent pas voir leurs dommages supposés réparés devant le juge de droit commun. La Cour de cassation a estimé, quant à elle, que la Haute Cour de justice était seulement compétente pour connaître des actes de haute trahison et surtout que, concernant les actes relevant des juridictions pénales de droit commun, les poursuites ne pouvaient être exercées pendant le mandat et qu'en conséquence la prescription était suspendue⁹. Le pouvoir constituant va donc dans le sens de la solution retenue par la Cour de cassation.

Ainsi, la réforme constitutionnelle permet-elle deux solutions. En premier lieu, pour les actes effectués en tant que président de la République, le chef de

l'État bénéficierait d'une immunité relative. En effet, il ne pourrait pas être attaqué sur le plan pénal (ni civil) – sous réserve de la compétence de la Cour pénale internationale – et bénéficierait d'une irresponsabilité politique. Mais l'immunité pénale et l'irresponsabilité politique ne seraient que relatives. En effet, sur le plan du droit commun, il recouvrerait sa responsabilité à la cessation des fonctions (et la prescription serait suspendue). En second lieu, l'irresponsabilité politique étant relative, pour des actes privés – détachables des fonctions – si graves qu'ils seraient de nature à être incompatibles avec les fonctions présidentielles, le pouvoir politique pourrait considérer que le chef de l'État doit être rendu au droit commun par une procédure de destitution et, ce faisant, rendre à César ce qui lui appartient en offrant à l'autorité judiciaire la possibilité de se saisir du président de la République. Le politique pourrait donc inviter le judiciaire à entrer en action.

Une question reste ouverte. En effet, il convient de s'interroger sur la véritable nature de ce modèle de responsabilité. Même si elle ne dit pas son nom, il pourrait s'agir d'une version moderne empreinte de constitutionnalisme de la mutation de l'*impeachment* originel britannique en responsabilité politique.

DEUX ARTICLES POUR UN RÉGIME : DES MOTS AU SYSTÈME

En décidant de limiter la destitution aux manquements incompatibles avec les fonctions présidentielles, le constituant

8. CC, décision n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Rec.*, p. 29.

9. C. cass., ass., arrêt n° 481, 10 octobre 2001, *Bulletin d'information*, n° 545 du 15 novembre 2001.

souhaite contenir le champ d'application de ce régime de responsabilité afin que le président de la République ne soit pas un justiciable ordinaire tout en ne lui offrant pas une immunité absolue. Ainsi, veut-il éviter de rendre le chef de l'État responsable de la totalité de ses actes. Le critère traditionnel majeur de distinction entre régime présidentiel et régime parlementaire réside notamment dans la différenciation des modèles de responsabilité des gouvernants. Or, à l'image de la V^e République, la réforme proposée emprunte aux deux modèles, ce qui n'est pas sans poser problème au regard de la véritable place du chef de l'État dans le régime de 1958.

Un modèle de responsabilité sui generis

Dans le cadre du modèle de responsabilité du président des États-Unis d'Amérique, la procédure d'*impeachment* est réservée, selon l'article 2 section IV de la Constitution, aux cas de « trahison, corruption et autres crimes et délits ». En conséquence, des infractions pénales doivent motiver la procédure qui se traduit par une inculpation par la Chambre des représentants puis un jugement par le Sénat. La réforme du titre IX de la Constitution envisagée s'est développée autour de la problématique de la responsabilité pénale du chef de l'État. En effet, il s'agissait de savoir dans quelle mesure elle pouvait être engagée. Partant, le principe retenu est celui d'une double immunité relative. L'autorité judiciaire, en tant que pouvoir inscrit dans la séparation de ceux-ci, serait hétéronome. En effet, elle aurait besoin, pour agir, de l'aval du pouvoir législatif. Aussi sur cette volonté de circonscrire la responsabilité du chef de l'État, le changement prévu est-il un cousin éloigné du modèle

états-unien. La parenté s'arrête sur le fait que le constituant français offre une coquille vide aux parlementaires en ce sens qu'il leur appartiendra de qualifier le manquement de « manifestement incompatible ». Ainsi, sur ce point, la réforme s'éloigne-t-elle du modèle de responsabilité du système présidentiel. En effet, l'appréciation ne sera pas fondée sur des faits juridiques apparemment objectifs, tel le système américain, mais sera bel et bien politique. Il serait effectivement possible d'objecter à cette affirmation que les précédents de tentative de mise en œuvre de la procédure d'*impeachment* se sont faits à des fins politiques, à savoir lorsqu'il existait un désaccord majeur entre le Congrès et le président – à l'exception de l'affaire Clinton née notamment du fait qu'un procureur indépendant était un de ses farouches opposants. Il n'en demeure pas moins qu'il y avait, malgré tout, une lie judiciaire permettant d'engager la procédure. Ainsi, le Congrès dispose-t-il du choix politique de décider de l'opportunité d'ouvrir ou non des poursuites et, par la suite, d'éventuellement condamner ou non le président.

Il est en outre permis de penser que l'expression « manquement manifestement incompatible » peut susciter des débats du même acabit que ceux dont ont souffert les textes auxquels elle est amenée à se substituer : qu'est-ce qu'un manquement ? S'il est incompatible avec les fonctions, ce manquement est-il de nature à justifier une procédure de destitution, étant entendu que seuls ceux qui le sont manifestement peuvent l'être ? Autrement dit, même si les membres de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République estiment, et plus particulièrement Claude

Goasguen, qu'il convient, pour éviter « une utilisation politique de la procédure de destitution... de confier l'instruction de l'affaire à un organe autonome, soit judiciaire, soit créé *ad hoc* »¹⁰, cela laisse entendre que les intentions du pouvoir constituant – et du législateur organique par la suite – sont de fonder la destitution sur le modèle de l'*impeachment*. Mais, en l'espèce, il serait réservé à un manquement et non uniquement à des infractions de type pénal plus ou moins clairement énoncées.

160

Puisqu'il y a une volonté de circonscrire la procédure, la réforme proposée emprunte au modèle américain. Or, l'appréciation du manquement reviendra au politique étant donné que le droit ne sera pas un élément de qualification direct des faits de nature à justifier une telle procédure. Cette évolution du système français de responsabilité du chef de l'État – le raccourci est certes rapide mais n'est pas anodin – n'est pas sans rappeler la naissance du modèle de responsabilité politique britannique. En effet, au Royaume-Uni, la responsabilité politique est née de la transformation de la responsabilité pénale individuelle des ministres – qui a abouti à la condamnation à mort de Laud et Strafford, conseillers de Charles I^{er}, en 1641 – en responsabilité collective du gouvernement. Le Royaume-Uni est une nation de tradition constitutionnelle non écrite à l'inverse de la France. Or, peut-être qu'une mutation contemporaine et écrite de la responsabilité du président de la République est en passe d'intervenir. Autres temps, autres mœurs ! Deux

points permettent d'envisager cette supposition. Tout d'abord, sur le modèle britannique de responsabilité, la mise en jeu de celle-ci débouche sur de nouvelles élections, autrement dit, les fonctions gouvernementales cessent ; la destitution prévue n'est qu'un retrait de mandat de président de la République et aboutira elle aussi à de nouvelles élections. La réforme s'éloigne ainsi du système présidentiel pour se rapprocher du modèle parlementaire tout en gardant à l'esprit que les institutions visées ne sont pas les mêmes. En second lieu, le premier point est confirmé par les membres de la Commission de lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. En effet, le député Houillon, rapporteur du projet de révision constitutionnelle, a expliqué qu'il reviendrait « au peuple souverain de trancher »¹¹ si le chef de l'État était destitué.

Il convient de relever qu'il appartiendra au politique, en cas de suspicion d'infraction pénale notamment, de décider ou non de destituer le chef de l'État. C'est sur ce point que le système semble déséquilibré. En effet, si le président de la République est empêché, il aura la possibilité de se représenter. Or, le cas échéant, la justice devra-t-elle être expéditive afin qu'il soit jugé avant les nouvelles élections ? Bénéficiant de la présomption d'innocence, pourra-t-il se présenter à nouveau ? S'il est élu, sera-t-il absous ? La démocratie primera donc le droit. En effet, il appartiendra aux représentants du peuple de défaire le vote de ce dernier, au peuple de défaire celui de ses représentants et au juge d'attendre.

10. Dossier disponible sur le site <www.assemblee-nationale.fr/agendas/conference-blanc.asp>.

11. Id.

Ainsi, le constituant a-t-il choisi de ne pas choisir. Effectivement il s'est penché sur une question précise mais qui est cruciale pour la nature d'un régime politique. En tout état de cause, la seule véritable issue serait celle qui consisterait en un véritable choix politique sur une question juridique.

Pour une nécessaire responsabilité politique du chef de l'État

Les modèles de séparation des pouvoirs et de leurs limitations mutuelles n'arrivent donc pas à s'imposer comme des critères de définition du régime politique français. Mais la théorisation systématique du droit est le fruit d'évolutions politiques et notamment le droit de la responsabilité politique qui « apparaît [bien souvent] au terme d'une évolution [qui] ne se produit pas partout dans les mêmes termes, ni au même moment. Suivant les pays, les mécanismes de responsabilité résultent soit de l'adoption de textes nouveaux (souvent inspirés d'expériences étrangères comme en Belgique), soit d'évolutions coutumières comme en Angleterre. Dans tous les cas, cela passe soit par des mécanismes inédits, soit par l'évolution de mécanismes déjà existants ou le changement de signification de certaines pratiques »¹². Au Royaume-Uni, le gouvernement est responsable car « le roi ne peut mal faire ». En effet, il endosse la responsabilité grâce au contreseing. En France, le président peut mal faire. Il dispose en effet de pouvoirs dispensés de contre-

seing. À l'exception éventuellement du droit de message qui peut paraître politiquement neutre, les autres pouvoirs propres offrent au président de la République un véritable poids politique¹³. Ainsi en va-t-il du droit de dissolution par exemple. Par deux fois le président Mitterrand s'en est servi pour s'offrir une majorité en 1981 et en 1988. La pratique du référendum, symbole du bonapartisme, peut inscrire le chef de l'État dans le jeu politique. Le « oui » a déjà servi de faire-valoir à une politique. L'opportunité d'une saisine du Conseil constitutionnel peut constituer un choix politique certain pour le président de la République. La désignation du Premier ministre se fait sur des bases politiques certaines. Enfin, la nomination de trois membres au Conseil constitutionnel présente un caractère hautement politique puisqu'à la lecture des « cinquante-six nominations en fonction des autorités qui ont le pouvoir d'y procéder, il apparaît une constante: le choix d'amis politiques. De Gaulle, Pompidou, Chaban-Delmas, Peretti, Faure, Séguin et Chirac ont désigné des personnalités issues ou proches du courant gaulliste; Giscard d'Estaing, Poher, Monory et Poncelet des personnalités connues pour leurs idées modérées ou centristes; Monnerville, Mitterrand, Mermaz, Fabius, Emmanuelli et Forni des personnalités de la gauche modérée et socialiste »¹⁴. Les dernières nominations n'ont pas échappé à la pratique...

Alors, puisque les manquements ne

161

12. Constance Grewe, Hélène Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, « Droit fondamental droit politique et théorique », 1995, p. 375.

13. Nous n'évoquons pas les pleins pouvoirs qui désormais semblent être en passe de tomber en désuétude.

14. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, « Domat droit public », 6^e éd., 2001, p. 40.

sont pas déterminés et que la sanction prévue est une simple destitution, rien n'empêche le pouvoir législatif de s'approprier cette procédure et de la transformer en véritable responsabilité politique. D'autant que la justification de l'irresponsabilité du chef de l'État est de moins en moins justifiée. D'aucuns contestent qu'il possède un rôle politique majeur d'autant plus renforcé depuis qu'il est élu au suffrage universel direct

et qu'il est d'autant plus intégré à la mêlée qu'il est élu pour cinq ans dans un cycle commun avec les députés. Il est donc dans l'arène et prend la fonction de « premier Premier ministre » étant entendu que la cohabitation, selon toute vraisemblance, appartient désormais au passé. Reste malgré tout cette malheureuse condition de majorité qualifiée. À bon entendeur...