

LA RESPONSABILITÉ POLITIQUE FACE À LA CONCURRENCE D'AUTRES FORMES DE RESPONSABILITÉ DES GOUVERNANTS

« **L** E FAIT DE S'INTERROGER sur le concept de responsabilité politique révèle un sentiment (plus que passager) de dysfonctionnement de la pratique constitutionnelle et montre qu'en cette matière les normes ne sont pas détachables des comportements. Mais, au-delà d'une certaine conjoncture, on peut se demander si le décalage entre ce qu'on attend de la responsabilité et la réalité ne révèle pas, en réalité, une certaine inadéquation de la théorie contemporaine¹. » Ce diagnostic constitue une bonne entrée en matière pour traiter d'un sujet – la responsabilité des gouvernants – qui est, paradoxalement, peu exploré par la science contemporaine du droit constitutionnel², alors qu'il est d'une importance cardinale pour la compréhension de l'intelligence des régimes politiques modernes. Faut-il rappeler le lien structurel entre, d'une part, le constitutionnalisme et l'idée de responsabilité politique³ et, d'autre part, entre responsabilité politique et régime parlementaire⁴ ?

17

1. A. Le Divellec, « La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand », in O. Beaud et J.-M. Blanquer (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes & Cie, 1999, p. 189.

2. Même s'il existe un renouveau d'intérêt pour la matière, comme le prouve la brillante thèse de D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1999.

3. La responsabilité politique « constitue l'un des acquis majeurs du constitutionnalisme moderne. Une telle procédure qui permet de mettre fin à l'exercice du pouvoir politique par un homme ou une équipe qui ne jouissent plus de la confiance des gouvernés trace une ligne de clivage réelle entre dictature et démocratie » (« Responsabilité », in O. Duhamel et Y. Mény [dir.], *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1990, p. 926). Voir aussi C. Friedrich, *La Démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1950, p. 19.

4. Voir les développements de Ph. Lauvaux dans son précieux manuel sur *Les Grandes Démocraties occidentales*, 2^e éd., Paris, PUF, 1998, p. 186 sq.

Le fait est pourtant que, même si on est conscient de l'insuffisante compréhension de la notion en France, la responsabilité politique, du moins sous la forme classique d'une responsabilité devant le Parlement, y est en crise⁵. La raison ne tient pas à l'inexistence d'un vote de censure depuis 1962. On sait très bien – ou l'on devrait savoir – que la responsabilité politique ne se mesure pas au nombre de crises gouvernementales et que l'ineffectivité d'une disposition juridique ne préjuge en rien de sa « validité » juridique. Le signe véritable de ce déclin de la responsabilité politique, depuis au moins deux décennies, se manifeste par l'émergence de deux phénomènes convergents : d'un côté, la substitution d'une responsabilité pénale à une responsabilité politique – ce qu'on a appelé la criminalisation de la responsabilité des gouvernants – et, d'un autre côté, la promotion de la responsabilité des hauts fonctionnaires ou des entourages ministériels au détriment de celle des gouvernants *stricto sensu*.

On ne reviendra pas ici sur l'affaire du sang contaminé et le procès des ministres de février 1999⁶ qui témoigne du développement de « la responsabilité pénale du ministre pour fait d'autrui⁷ », car on a expliqué ailleurs les raisons de théorie constitutionnelle qui militent contre cette tendance. Tout aussi préoccupante nous semble la formation d'une autre pratique constitutionnelle qui consiste pour les gouvernants à se défausser systématiquement de leur responsabilité sur leurs « inférieurs ». Laissant de côté le cas de défausse au sein même de l'exécutif et le verrou de l'irresponsabilité politique du président, on soulignera l'importance du transfert de responsabilité des ministres vers leurs proches collaborateurs ou les fonctionnaires de leur département⁸. Une telle pratique est certes contraire à la règle traditionnelle de droit constitutionnel qui veut qu'un ministre endosse politiquement la responsabilité des erreurs ou fautes de son administration, afin de garantir la cohésion de l'action de l'État et de protéger l'impartialité politique de la fonction publique. Comme l'a très bien exprimé le doyen Vedel, « en régime parlementaire, le ministre fait écran entre le Parlement et les fonc-

5. On se permet de renvoyer à notre texte, écrit avec J.-M. Blanquer, « Introduction : comment réintroduire une responsabilité des gouvernants sous la V^e République ? », in O. Beaud et J.-M. Blanquer (dir.), *op. cit.*, p. 7 *sq.*

6. Voir, sur ce point, le numéro spécial de la *Revue du droit public*, n° 2, 1999.

7. Selon l'expression judiciaire que M. Degoffe a donnée pour titre à son article, *RDP*, 1998, p. 433 *sq.*

8. Voir ici notre article, « Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés », in O. Beaud et J.-M. Blanquer (dir.), *op. cit.*, p. 203 *sq.*

tionnaires. Il ne faut pas renverser les rôles en faisant des fonctionnaires l'écran qui protège le ministre du Parlement – et des citoyens⁹ ». Plutôt amers, nombre de hauts fonctionnaires ou conseillers ministériels se sentent abandonnés, sinon trahis, par leurs ministres, auxquels ils reprochent d'esquiver leurs obligations constitutionnelles.

De ce point de vue, la récente affaire de l'incendie des « paillotes » en Corse (affaire dite du préfet Bonnet) parachève en quelque sorte cette double évolution. Mis en cause à cette occasion par l'opposition parlementaire, le Premier ministre en exercice a déclaré du haut de la tribune de l'Assemblée nationale : « La responsabilité d'un gouvernement se mesure donc à l'aune de sa politique et des actes qu'il accomplit lui-même ou ordonne, et non d'après des manquements individuels qui les contredisent¹⁰. » Selon lui, la seule obligation pour le gouvernement dans cette affaire est de ne pas entraver l'action de la justice pénale, qui devient la seule instance compétente pour démêler les responsabilités. L'invocation du principe de séparation des pouvoirs, qui acquiert une nouvelle et intéressante signification, et du principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires permet au chef du gouvernement de se désolidariser entièrement non seulement du préfet (qu'il a choisi et nommé un an auparavant), mais aussi des gendarmes, auxquels il rappelle que tout fonctionnaire a le devoir de désobéir à un ordre manifestement illégal¹¹.

19

On doit toutefois émettre de sérieux doutes sur la validité constitutionnelle d'une telle « doctrine » de l'exclusivité de la responsabilité personnelle (*i.e.* pénale) des hauts fonctionnaires, justifiée désormais par l'indépendance du pouvoir judiciaire. Elle signifie, en dernier ressort, qu'en cas d'un grave dysfonctionnement de l'État (car, que l'on sache, le préfet Bonnet représentait l'État en Corse) ce n'est plus le Parlement, mais un juge d'instruction qui est principalement compétent pour exiger des comptes de la part des administrateurs et des conseillers ministériels (et pourquoi pas des ministres ?). Grâce à une telle « doctrine », aussi vertueuse qu'elle puisse paraître, les gouvernants éludent, une fois de plus, leur propre responsabilité *politique*, en tant que chefs de l'admi-

9. G. Vedel, « Haute Cour et déficit juridique », *Le Monde*, 30 octobre 1992.

10. Déclaration le 25 mai 1999 à l'Assemblée nationale, à l'occasion de la discussion de la motion de censure déposée par l'opposition.

11. Le droit positif semble moins assuré sur ce point que ne le croit M. Jospin : voir la thèse de E. Desmons, *Droit et Devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, préfacé par S. Rials, Paris, LGDJ, 1999.

nistration ou en tant qu'autorité de nomination. En contestant cette attitude, il ne s'agit évidemment pas de défendre la raison d'État – qui oserait défendre l'indéfendable ? – et d'absoudre les représentants de l'État qui commettent des « incendies criminels », mais plus simplement de dénoncer le tour de passe-passe qui consiste à prétendre inapplicable la responsabilité politique au motif que la responsabilité pénale est mise en œuvre. Notons en tout cas qu'une telle évolution se situe aux antipodes de la responsabilité politique telle qu'elle figure dans la Constitution de la V^e République, c'est-à-dire dans un sens parlementaire.

On se limitera ici à une brève analyse de la notion de responsabilité politique et on tentera de comprendre pourquoi elle est menacée, ainsi que d'ailleurs la responsabilité administrative, dans notre pays.

20 HEURS ET MALHEURS DE LA RESPONSABILITÉ POLITIQUE EN FRANCE

Partons d'un constat simple : c'est souvent par analogie avec la notion civiliste de responsabilité qu'on définit la responsabilité politique. Dans un dictionnaire juridique récent, on trouve la définition suivante du mot « responsabilité » : « Obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc. (soit envers la victime, soit envers la société)¹². » Une telle responsabilité juridique « peut être elle-même de deux sortes : la responsabilité pénale (il faut punir l'auteur du mal en lui infligeant une souffrance) ; la responsabilité civile (il faut réparer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve). A travers les a. 1382 et s., la responsabilité se définit comme l'obligation de réparer le dommage causé à autrui¹³ ». La responsabilité pénale se distingue principalement de la responsabilité civile en raison, d'une part, du caractère strictement délimité des fautes (les infractions) qui engagent une telle responsabilité et, d'autre part, de la sanction beaucoup plus rude touchant à la vie et à la liberté (les peines).

Si l'on entrait davantage dans la technique juridique, il faudrait souligner que le rapport juridique institué par la responsabilité est un rapport d'imputation. De ce point de vue, la responsabilité au sens juridique se distingue de la « responsabilité causale », dont parle Herbert

12. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 740.

13. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les Obligations*, 9^e éd., Paris, PUF, 1976, n° 85, p. 311.

L. Hart¹⁴. On dit, dans ce dernier sens du mot, que la sécheresse a été « responsable de la famine en Inde » ou que « la déclaration du Premier ministre fut responsable de la panique ». Une telle responsabilité causale peut être imputée non seulement à des êtres humains, mais aussi à leurs actions et omissions et à des « choses, conditions et événements ». En revanche, la responsabilité juridique vise plutôt à établir une relation entre l'auteur d'une activité et un dommage qui résulte du système juridique lui-même. Chacun sait qu'on peut être l'auteur d'un dommage, mais pourtant ne pas en être juridiquement responsable en raison notamment de conditions exonératoires de la responsabilité propres à chaque branche du droit ou du cas limite de la responsabilité pour fait d'autrui.

A l'imitation du droit privé, on essaie de décrire la responsabilité politique des gouvernants comme une « obligation juridique » avec le même lien d'automatisme entre le fait générateur et la sanction, et avec cette même idée de réparation ou de punition. On la présente comme une « obligation » pour les ministres de « se démettre dès que leur politique cesse de rallier la majorité des suffrages à la Chambre¹⁵ ». Elle est définie, à l'instar de la responsabilité en général, comme une obligation juridique, garantie donc par une sanction. Mais celle-ci a pour double particularité d'émaner du Parlement et de ne pas porter sur un patrimoine.

La plupart des constitutionnalistes ont des doutes sur le caractère juridique de l'obligation contenue dans la responsabilité politique. Adhémar Esmein parle d'une « obligation *morale* de démissionner » lorsque les ministres « ont perdu la majorité dans le Parlement »¹⁶. D'autres juristes croient trouver l'équivalent de cette sanction en décrivant les procédures de contrôle du gouvernement, telles qu'elles sont codifiées dans les constitutions parlementaires (question de confiance et motion de censure). Très révélateur de cette tendance est la définition donnée par Philippe Ségur de la responsabilité *politique* : elle est ce « mécanisme juridique d'affectation de valeur à une conduite gouvernementale. Elle implique l'obligation pour les gouvernants de répondre devant le Parlement des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonc-

14. H.L. Hart, « Postscript : Responsibility and Retribution », in *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 214 *sq.*

15. R. Capitant, « La coutume constitutionnelle » (1929), *RDP*, 1979, p. 965.

16. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Larose, 1899, p. 572. Mis en italiques par nous-même.

tions selon une procédure déterminée par la Constitution¹⁷ ». Si une telle définition fait bien ressortir le mécanisme d'imputation par lequel on attribue aux gouvernants une bonne ou une mauvaise conduite (principe d'opportunité), elle présente l'inconvénient de limiter les « gouvernants » à « ceux qui doivent répondre d'une activité de gouvernement¹⁸ », ce qui exclut les parlementaires eux-mêmes, et éventuellement le président de la République, politiquement irresponsable d'après la Constitution. Une telle conception a, en outre, l'inconvénient de limiter le cas de la responsabilité politique à celui du régime parlementaire rationalisé. Or, la responsabilité politique existe également dans des régimes non parlementaires, tels le régime présidentiel ou le régime directorial à la suisse, mais selon d'autres modalités que strictement parlementaires.

22

Enfin, et surtout, une telle position conduit à dénier le qualificatif de responsabilité politique à toute forme de responsabilité devant le peuple (responsabilité électorale), dans la mesure où il n'y a pas cette sanction juridique des procédures parlementaires. Or, comme le note, très justement selon nous, Pierre Avril, « l'idée de gouvernement responsable peut prêter à confusion si on la réduit à ce dispositif procédural, car on risque alors de mettre en doute la pertinence d'un principe que le parlementarisme majoritaire aurait fait tomber en désuétude et qui ne serait plus qu'une fiction. En réalité, c'est parce que le droit s'attache naturellement aux effets qu'il est dans sa vocation de déterminer qu'il ne saisit la responsabilité que sous la forme négative de la sanction, alors qu'il est impuissant à organiser l'objet positif de la responsabilité en matière constitutionnelle, c'est-à-dire les comportements politiques qu'elle implique, au-delà des formes procédurales¹⁹ ».

Il ressort de plusieurs observations concordantes qu'on n'a pas saisi, en France, toutes les virtualités du concept de responsabilité politique. Par exemple, on a pu déceler à propos d'expériences étrangères – en Allemagne notamment – que la responsabilité politique a une « fonction d'anticipation » puisqu'il incombe au Parlement d'effectuer « le choix dominant (et fondamentalement exclusif) de la naissance du gouvernement, ce qui permet, dans un premier temps, de faire l'écono-

17. Ph. Ségur, *La Responsabilité politique*, Paris, PUF, 1997, p. 17.

18. *Ibid.*, p. 13.

19. P. Avril, « Responsabilité et *accountability* », in O. Beaud et J.-M. Blanquer (dir.), *op. cit.*, p. 87.

mie formelle de sa mise en jeu²⁰ ». Or, en France, cette fonction d'anticipation ne joue plus du tout en raison du découplage opéré, surtout sous la V^e République, entre la désignation du gouvernement et l'investiture parlementaire (devenue résiduelle). Même dans le cas de la cohabitation où, formellement, l'investiture refait surface (art. 49-1), le Parlement n'a pas la réelle maîtrise de la désignation du gouvernement.

En Angleterre, la notion d'*accountability*, voisine de celle de *responsibility*, permet de concevoir un rapport entre l'élection et l'exercice du mandat, grâce auquel, notamment, les élus ont « l'obligation de rendre compte de l'usage qu'ils font de la confiance ainsi accordée²¹ ». En France, une telle conception ne s'est jamais imposée dans les faits, pour des raisons de culture politique certes, mais aussi pour des raisons historiques qui expliquent peut-être la faible institutionnalisation de la responsabilité politique dans notre pays. A la différence de l'Angleterre où le régime politique est né littéralement de la question de la responsabilité politique²², celle-ci n'a pas immédiatement structuré le système politique français qui a été marqué par ce qu'on appelle la « discontinuité constitutionnelle ». Au lieu d'être résolu par des procédures institutionnelles adaptées, les conflits politiques l'ont été trop souvent par des révolutions. Ainsi, sous la Révolution française, les acteurs politiques prennent conscience tardivement – sous le Directoire – de l'autonomie de la notion de responsabilité politique par rapport à la responsabilité pénale ; ils comprennent que « ce n'est plus un crime pour [le] pouvoir exécutif, au sens large, que de mener une politique, c'est-à-dire d'exercer un pouvoir d'appréciation²³ », et perçoivent enfin l'autonomie de la fonction gouvernementale. Mais cette prise de conscience est de courte durée, le coup d'État du 18 brumaire et le bonapartisme viennent interrompre ce processus d'apprentissage politique. On pourrait en dire autant de la période d'introduction du régime parlementaire (la Restauration et la monarchie de Juillet) où l'apprentissage du régime est à nouveau interrompu par une révolution et un tel régime mis entre parenthèses par un second bonapartisme. Et lorsque la III^e République

20. A. Le Divellec, *op. cit.*, p. 190 : « Le chancelier fédéral est élu sans débat par le Bundestag » (art. 63 LF).

21. P. Avril, *op. cit.*, p. 90.

22. Voir, sur ce point, les réflexions novatrices, d'orientation comparatiste, de C. Pimentel, « Responsabilité et typologie des régimes politiques », in O. Beaud et J.-M. Blanquer (dir.), *op. cit.*, p. 57 sq.

23. M. Troper « Responsabilité politique et formation gouvernementale », *ibid.*, p. 49.

sera en mesure d’apprivoiser les techniques du régime parlementaire, elle aura le tort de voir dans la crise gouvernementale le moment de vérité de la responsabilité politique. En réalité, cette instabilité ministérielle était le résultat, en dernière analyse, d’une fausse perception du mandat parlementaire. « Le rôle de la Chambre n’était donc pas de donner naissance à un gouvernement comme en Grande-Bretagne, mais de refléter à travers les changements de sa composition les variations de l’opinion publique dans sa totalité, non de traduire la volonté de la majorité électorale dans le gouvernement, mais de recomposer librement cette volonté à travers des alliances fluctuantes qui faisaient surgir la décision majoritaire de la délibération, comme si c’était le peuple lui-même qui s’était à chaque fois prononcé²⁴. » Ainsi conçue, la souveraineté parlementaire était inévitablement synonyme d’irresponsabilité parlementaire et d’usurpation de la souveraineté du peuple.

24

C’est – on le sait – contre cet excès qu’a voulu réagir la V^e République naissante. Mais, par un autre retour de balancier, la « responsabilité plébiscitaire » dont a usé le général de Gaulle fait dire à l’observateur de la pratique politique qu’en France le choix qui est laissé aux acteurs apparaît alors comme un dilemme : « responsabilité sans représentation, ou représentation sans responsabilité²⁵ ». On pourrait ajouter à ce sombre tableau que la fin de la responsabilité plébiscitaire, depuis le général de Gaulle, a supprimé la seule forme effective de responsabilité politique qui existait sous la V^e République²⁶.

En fin de compte, tout se passe en France comme si l’on avait méconnu la leçon de Max Weber nous enseignant que l’usage immodéré de la censure révélait plutôt un « parlementarisme inorganisé », incapable d’organiser l’essentiel, c’est-à-dire le contrôle réel par le Parlement des dirigeants et de l’administration. De ce point de vue, la cohabitation ne fait qu’aggraver cette tendance à l’irresponsabilité puisqu’elle ne permet pas d’identifier clairement le détenteur du pouvoir, condition même d’imputation de la responsabilité à une autorité politique. Il y a un lien évident entre la structure institutionnelle de la V^e République – dans sa dualité, présidentialiste et cohabitationniste – et la faible institutionnalisation de la responsabilité politique. Mais, plutôt que de réformer le

24. P. Avril, *op. cit.*, p. 91.

25. *Ibid.*, p. 93.

26. Sur l’improbable responsabilité politique du président dans un contexte présidentialiste, voir les remarques de M.-C. Ponthoreau, « Pour une réforme de la responsabilité politique du président », in O. Beaud et J.-M. Blanquer (dir.), *op. cit.*, p. 303.

système dans sa globalité, on a préféré – est-ce encore un choix ? – par facilité développer certaines autres formes de responsabilité, et, en premier lieu, la responsabilité pénale.

LA RECHERCHE D'AUTRES FORMES DE RESPONSABILITÉ ET SES LIMITES

En droit constitutionnel, on distingue classiquement trois formes de la responsabilité des gouvernants (de « responsabilité ministérielle ») : politique, pénale et civile (dite quelquefois pécuniaire).

Il n'est pas inintéressant de comprendre pour quelle raison il n'existe pas de véritable responsabilité pécuniaire des gouvernants. Sur ce point, Maurice Hauriou est un guide encore inégalé. Il explique que, s'il n'y a pas « de corrélation juridique sérieuse entre une faute politique et une responsabilité pécuniaire », c'est « parce qu'il y a une telle disproportion entre la faute politique commise et ses conséquences pécuniaires que l'on ne peut pas faire jouer le mécanisme des misérables patrimoines privés »²⁷. Et ce ne sont pas les tentatives laborieuses d'élaborer une responsabilité financière des ministres²⁸ qui sont en mesure d'introduire une telle responsabilité pécuniaire, qui s'avère rebelle à l'esprit même du gouvernement. Parce que, tout bonnement, « dans les relations de la politique, les hommes engagent leur ambition, leur réputation, leur honneur, leur vie, quelquefois, mais ils n'engagent point leur patrimoine, ni leur fortune pécuniaire sauf de très rares exceptions. La politique n'admet pas non plus d'une façon courante les compensations pécuniaires pour les pertes de pouvoir : ni les pouvoirs ni les fonctions publiques ne sont des marchandises qui s'achètent, cela n'est pas dans le commerce, ou du moins cela ne doit pas y être²⁹ ». Hauriou met ici le doigt sur un problème largement enfoui aujourd'hui, mais décisif, qui est celui du caractère largement « objectif » du droit constitutionnel par rapport au droit privé qui a un caractère « subjectif » plus marqué.

Plus contemporaine – on l'a vu en introduction – est la question de l'articulation entre les deux responsabilités, pénale et politique. La première – note Michel Troper – « se définit par le fait qu'elle pèse sur

27. M. Hauriou, « Introduction à l'étude du droit administratif français », préface à la 11^e éd. du *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1929, p. XVII.

28. Voir, sur ce point, C. Devos-Nicq, « La responsabilité comptable : le ministre comptable de fait », in O. Beaud et J.-M. Blanquer, *op. cit.*, p. 165 sq.

29. M. Hauriou, *op. cit.*, p. XVII.

les gouvernants pour des actes qualifiés de crimes, qu'elle s'exerce relativement à des actes selon une procédure pénale, comprenant notamment une phase d'accusation, et une phase de jugement, et qu'elle donne lieu à une peine. La responsabilité politique, quant à elle, s'exerce, à propos d'une divergence politique entre une assemblée et un gouvernement, selon une procédure politique, une décision prise à la majorité par cette assemblée, et elle se traduit par une sanction politique, la perte du poste³⁰ ». La première serait tendanciellement individuelle, et la seconde tendanciellement collective (du moins dans un régime parlementaire).

On a eu l'occasion de soutenir que le processus de criminalisation de la responsabilité des gouvernants (illustrée par l'instauration de la Cour de justice de la République) conduisait à nier la distinction entre ces deux types de responsabilité³¹. On pourrait soutenir, avec des arguments sinon identiques, du moins proches, que le processus parallèle de criminalisation de la responsabilité des élus locaux, des hauts fonctionnaires et des conseillers ministériels ou autres agents publics³² conduit à nier la distinction, tout aussi classique, entre la responsabilité administrative et la responsabilité pénale.

On voudrait ici seulement s'interroger sur la *globalité* du processus de criminalisation qui met en cause tant la responsabilité politique que la responsabilité administrative (de la puissance publique). Ce sera l'occasion de comparer ces deux dernières formes de responsabilité – ce que la doctrine juridique entreprend trop rarement. Or, par-delà leurs différences (la première plus « objective » portant sur une fonction et s'exerçant devant le Parlement, la seconde plus « subjective » portant sur un patrimoine et s'exerçant devant le juge administratif), ces deux responsabilités découlent de l'action de « représentants de l'État » (gouvernants et administrateurs) qui jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Elles relèvent d'une responsabilité « publique » qui, qu'on le veuille ou non, échappe à l'orbite de la responsabilité commune. Or, précisément, en tant que formes spécifiques de cette responsabilité publique, la responsabilité politique et la responsabilité administrative sont aujourd'hui, toutes les deux, l'objet

30. M. Troper, *op. cit.*, p. 33.

31. Voir notre essai *Le Sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris, PUF, coll. « Béhémoth », 1999, chap. 5 et 6.

32. Il faudrait évidemment nuancer : de même qu'une certaine « criminalité gouvernante » (exemple type : la corruption), une certaine « criminalité administrative » mérite d'être poursuivie et sanctionnée par les juges judiciaires.

d'une contestation en règle – dans leur existence même – de la part des partisans du « tout-pénal » et de l'« idéologie du droit commun ». Pour être aussi vivement critiquées, elles doivent posséder quelque chose de commun qui dérange leurs adversaires. C'est donc au miroir de la critique formulée par les tenants de la criminalisation qu'on tentera de percer le mystère – ou une partie du mystère – de la responsabilité publique, c'est-à-dire de rechercher ce qui est *commun* à la responsabilité politique et à la responsabilité administrative.

Parmi ces tenants de la criminalisation, Antoine Garapon figure parmi les plus avisés et surtout les plus modérés³³. Quoiqu'il défende dans un article récent l'idée d'une « responsabilité professionnelle » qu'il appelle une « responsabilité civique³⁴ », il avance, en réalité, deux arguments qui signalent l'obsolescence des responsabilités politique et administrative³⁵.

D'un côté, ces deux types de responsabilité seraient historiquement condamnés en raison de leur lien compromettant avec le corporatisme. Le principe même de la responsabilité politique est disqualifié par la formule abrupte suivante : « La classe politique et les hauts fonctionnaires forment malheureusement aux yeux du public une corporation comme une autre, qui se tient les coudes pour échapper à toute sanction. Et malheureusement, les faits lui donnent très largement raison. Partant, l'opinion ne peut plus se satisfaire d'une responsabilité politique qui dépend *in fine* du bon vouloir des élus : la responsabilité doit être garantie par un tiers. Ce que l'on attend du tiers, que n'apportent ni l'administration ni, d'ailleurs, les représentants, c'est un regard extérieur. La revendication des politiques à n'être jugés que par eux-mêmes apparaît aujourd'hui comme une illustration supplémentaire du corporatisme, mal bien français, et cache au fond une demande d'immunité » (p. 257). Et la découverte est là : « le tiers [...] vient casser toute connivence corporatiste » (*ibid.*). D'où une formule choc qui donne le titre à ce paragraphe : « l'arbitrage d'un tiers plutôt qu'un jugement des pairs ». Ce tiers n'est autre – évidemment – que le *judge* (pénal s'il le faut).

33. Pour une version très *hard* et enthousiaste de la criminalisation, voir M.-A. Hermitte, *Le Sang et le Droit*, Paris, Éd. du Seuil, 1996.

34. A. Garapon, « Pour une responsabilité civique », *Esprit*, mars-avril 1999, p. 237 *sq.* On trouve un remarquable plaidoyer en faveur du pouvoir judiciaire dans l'essai d'A. Pizzorno, *Il Potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Bari, Laterza, 1998, dont les leçons dépassent le cadre italien.

35. Les citations qui suivent sont extraites de l'article précité d'A. Garapon.

D'un autre côté, cette défense de la criminalisation s'appuie sur une théorie de la démocratie selon laquelle celle-ci sera judiciaire ou ne sera pas. En effet, le « mythe de l'égalité démocratique » exigerait un procès fait non pas à un acte, mais à une personne. Aujourd'hui, on estime – dit-on – « essentiel que la plainte des victimes trouve une instance pour être entendue. La responsabilité doit cesser d'être un concept abstrait mais s'éprouver désormais dans un face-à-face mettant physiquement en présence les patients des décisions publiques et les décideurs, que ceux-ci soient fonctionnaires ou élus ». Il est clair que les victimes ne se contentent plus d'être indemnisées ; puisqu'elles « souffrent dans leur chair », elles ne supportent plus le déséquilibre en faveur de l'« auteur », « à qui il n'arrive rien personnellement ». En d'autres termes, la tendance actuelle à la criminalisation traduit une « nouvelle sensibilité pour l'indifférence des puissants à la souffrance des “petits” et une demande de responsabilité individuelle de tous dans un monde très dur pour les faibles ». Le procès pénal, à tout prix, est donc perçu comme étant à la fois une demande sociale et une « revendication politique » grâce à laquelle la souffrance des victimes acquerrait *via* le procès une « utilité publique ».

Sans entrer ici dans la critique détaillée d'une telle conception, que nous ne partageons pas, nous formulerons ici trois remarques.

– On fera d'abord observer, *cum grano salis*, que la défense du tiers, érigée en idéal démocratique, bute sur une contradiction qui saute aux yeux. Elle promet inévitablement un autre corporatisme qui n'est autre que le *corporatisme judiciaire*, dont on aura du mal à nous faire croire qu'il est, du moins en France, l'horizon de la démocratie. En effet, comment ne pas s'étonner que les juges qui revendiquent haut et fort un pouvoir de contrôle des élus, continuent à s'abriter prudemment derrière leur statut mixte de fonctionnaires et de magistrats pour clamer une indépendance et refuser, par exemple, toute idée d'élection des juges³⁶ ?

– On remarquera ensuite – ce qui est plus en relation avec notre propos – que l'actuelle apologie de la responsabilité pénale des gouvernants et administrateurs se justifie par l'idée que celle-ci aurait l'avantage, par rapport aux responsabilités politique et administrative, d'être

36. Voir les réflexions corrosives de J. Krynen, « Avant-propos », in J. Krynen (dir.) *L'Élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999, p. 16.

une responsabilité « individuelle », et non pas « collective », ou pis encore « anonyme ». La première serait « concrète », donc « humaine », et les secondes « abstraites », donc « inhumaines ». On voudrait nous convaincre que le procès pénal réinstaurerait un « face-à-face » profitable entre gouvernants et gouvernés, alors que la responsabilité publique révélerait une insupportable « distance » entre les deux. En fait, cette « idéologie du droit commun » présente une vision caricaturale et simplificatrice de la démocratie que Denis Baranger a parfaitement décrite en la résumant ainsi : « on veut éviter que les gouvernants soient traités différemment des gouvernés » et en observant que cette « manière de voir n'était pas familière en France où prédominait – c'est un lieu commun – un souci plus marqué de respecter la particularité de la chose publique »³⁷. Elle témoigne, en réalité, d'une profonde aversion à l'égard de l'idée même de *représentation de l'État*. Elle exècre moins le « corporatisme » des « politiques » ou des « administrateurs » que la différence institutionnelle manifestée par l'existence de l'État. Sous cet angle, elle illustre l'esprit actuel d'une civilisation qui promeut l'idéal de l'indifférenciation et où, en politique comme ailleurs, « toute distinction individuelle est devenue une sorte d'insolence »³⁸. Rien ne nous interdit pourtant de critiquer les idéologies dominantes, même si – et surtout si – elles se présentent comme des vérités inconditionnées et des dogmes incontestables.

29

– Enfin, et surtout, cette logique de la criminalisation – qu'on voudrait nous présenter comme « progressiste » alors qu'elle fait resurgir une sorte de néopopulisme – bute sur deux piliers de l'État français : d'une part, pour ce qui concerne la responsabilité politique, le principe de la responsabilité devant le Parlement, et d'autre part, pour ce qui concerne la responsabilité administrative, l'existence d'un *dualisme de juridictions* – administratives et judiciaires – qui fournit jusqu'à présent le cadre d'analyse de nos institutions de droit public et qui a été « constitutionnalisé » par le Conseil constitutionnel.

On l'a compris : la responsabilité politique et la responsabilité administrative ont en commun d'être une responsabilité de l'État. La logique que contestent les tenants de la criminalisation est la *logique de*

37. D. Baranger, « Une tragédie de la responsabilité », *RDP*, n° 1, 1999, p. 31.

38. Ph. Murray, préface à *Exorcismes spirituels, I. Essais*, Paris, Les Belles Lettres, 1997, p. XIII.

l'État, celle qui imprègne tout le droit public français. Il reste aux partisans de la criminalisation à nous convaincre de la supériorité de leur modèle. Le moins que l'on puisse dire, c'est que la lamentable affaire du sang contaminé – qui n'est malheureusement pas terminée – n'a pas fait avancer leur cause...

R É S U M É

La responsabilité politique est un concept paradoxalement peu étudié en France, probablement parce que l'histoire politique française, tumultueuse du point de vue constitutionnel, n'a jamais donné l'occasion d'une véritable institutionnalisation de ce mécanisme original d'action des gouvernants et de contrôle des gouvernés. Alors qu'émerge aujourd'hui une vive demande sociale de responsabilité, la solution choisie de la responsabilité pénale des gouvernants n'apparaît pas satisfaisante et les arguments avancés par ceux qui la défendent (pour les gouvernants mais aussi pour les fonctionnaires) témoignent d'une inquiétante méconnaissance à la fois des vertus du droit public classique et de la nécessité de conserver un statut particulier aux « représentants » de l'État.