

Commentaire de texte

L'article 68 de la Constitution

« De quelques lignes (voire de quelques mots, ou même d'une absence complète de mention) dans les manuels de droit constitutionnel sous la Ve République, on est passé aujourd'hui à la nécessité de consacrer un chapitre entier à ce qui constituait une curiosité auparavant, à savoir la responsabilité pénale du chef de l'État. » Ainsi s'exprimait le professeur Louis Favoreu dans la *Revue française de droit constitutionnel*¹.

Il est significatif qu'en moins de quinze ans, l'article 68 de la Constitution — celui-là même qui traitait initialement de la responsabilité pénale du président de la République et des ministres — ait été modifié deux fois. La modification aurait même pu être plus resserrée : dix ans seulement séparent le vote de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 du dépôt du projet déposé le 3 juillet 2003 et qui ne fut définitivement voté, après modification, que le 23 février 2007.

L'article 68 de la constitution de 1958, dans sa rédaction initiale, s'inspirait de l'économie de la constitution de 1946² : un président de la République irresponsable sauf en cause de haute trahison ; des ministres responsables en cas de crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions ; une procédure parlementaire de mise en accusation ; une Haute Cour de justice composée de parlementaires. La Constitution de 1946 limitait l'implication du Parlement à la seule Assemblée nationale, dans la logique institutionnelle de l'époque qui assurait une primauté à la chambre élue au suffrage universel direct³. La Constitution de 1958, avec un bicamérisme tempéré mais davantage affirmé, fait intervenir les deux chambres. La constitution de 1946, qui ne distinguait que les lois constitutionnelles, renvoyait les détails d'application à une « loi spéciale », prélude à la formulation retenue en 1958 de renvoi à une loi organique, plus contraignante qu'une loi ordinaire⁴. Dans les deux cas enfin, l'appellation de la juridiction restait la même : Haute Cour de justice. Celle-ci avait perdu, en 1946 comme en 1958, la capacité qu'avait le Sénat de la IIIe République constitué en Cour de justice d'être saisi des attentats contre la sûreté de l'État visant d'autres personnes que les ministres ou anciens ministres accusés au titre de leurs fonctions⁵.

Les dispositions relatives à la Haute Cour de justice étaient restées inutilisées sous la IVe République. Elles sont restées longtemps théoriques sous l'empire de la constitution de 1958.

[1] FAVOREU (Louis), « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », *Revue française de droit constitutionnel* (RFDC), 2002/1 (n° 49), p. 7-29 (Consulté en ligne sur CAIRN le 14/02/2016)

[2] Article 42, 57 et suivants de la constitution du 27 octobre 1946. Cf. RIALS (2015), p. 67 et 60.

[3] Cette conception était marquée par le titre donné à la seconde chambre : *Conseil de la République*, et non *Sénat*.

[4] Cf article 46 de la constitution du 4 octobre 1958. Voir RIALS, *op. cit.*, p. 87. (Ce même ouvrage, sauf mention contraire, est la référence que nous utilisons, p. 74 ssq. pour le texte constitutionnel.)

[5] Article 9 de la loi du 24 février 1875 relative au Sénat. Cf. RIALS, *op. cit.*, p. 58. Dans le cas de la Constitution de 1958, les complices de ministres accusés d'attentat à la sûreté de l'État, et seulement dans ce cas, devaient être attraités devant la Haute Cour. Cette restriction aux crimes commis et délits commis au titre du seul exercice des fonctions a sans doute à voir avec l'expérience traumatisante pour la gauche politique lato sensu des procès devant le Sénat constitué en Cour de

S'agissant du chef de l'État, les difficultés rencontrées par le président Jacques Chirac, menacé d'une mise en examen pour des faits antérieurs à son élection et lié à les fonctions alors occupées de maire de Paris, ont conduit à des évolutions⁶. Statuant en janvier 1999, le Conseil constitutionnel en 1999 considérait que le président de la République, pendant l'exercice de son mandat, bénéficiait d'un privilège de juridiction devant la Haute Cour de Justice⁷. Pour autant, comme le notent Francis Hamon et Michel Troper, « les tribunaux judiciaires n'étaient pas juridiquement liés par la décision du Conseil constitutionnel [dont] la décision du 22 janvier 1999 ne portait l'autorité de la chose jugée que par rapport au traité sur la Cour pénale internationale »⁸. La Cour de cassation en assemblée plénière (il faut noter le fait) considérait pour sa part, par un arrêt du 10 octobre 2001⁹, concluait, d'une part, que la Haute Cour de justice n'était compétente « que pour connaître des actes de haute trahison du président de la République » mais que, d'autre part, qu'étant « élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État », le président de la République échappait aux juridictions ordinaires pendant le temps d'exercice de son mandat ou même à l'obligation de témoigner, « la prescription de l'action publique étant alors suspendue ».

justice qui avaient été intentés à Malvy et surtout Caillaux à partir de 1917. Cela n'a pas pour autant fait disparaître les juridictions d'exception compétentes *rationæ materiæ* de ce chef pendant vingt ans sous la Ve République du Haut Tribunal militaire de 1961 (à la suite de la tentative de « putsch des généraux ») à la Cour de sûreté de l'État (1963-1981) supprimée par la loi Badinter du 4 août 1981.

[6] Voir la chronologie des faits, et notamment les remous provoqués dans le monde judiciaire, par la convocation en 1999 du président Jacques Chirac par le juge Halphen (FAVOREU, RFDC, 2002, p. 3-6).

[7] Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 : « 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 » (cf. infra : Sitographie). Le Conseil constitutionnel ayant considéré qu'une modification de la Constitution était un préalable à la ratification du traité sur la Cour pénale internationale, celle-ci intervint par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 insérant un article 53-2 dans le titre VI consacré aux traités et accords internationaux.

[8] HAMON et TROPER (2015), p. 547. Ce point de vue est discuté par M. Favoreu (*ibid.*, p. 9) : « la Cour de cassation a marqué clairement, et cela pour la première fois de manière aussi solennelle, qu'elle entendait, normalement, appliquer les décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution et que, comme l'a souligné M. de Gouttes, il lui importait de respecter autant que possible l'autorité interprétative des décisions du juge constitutionnel. » Il faut cependant rappeler que, sans conteste, Francis Hamon et Michel Troper peuvent s'appuyer sur le premier attendu de la motivation de la Cour de cassation : « 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 ; qu'en l'espèce, la décision du 22 janvier 1999 n'a statué que sur la possibilité de déférer le Président de la République à la Cour pénale internationale pour y répondre des crimes de la compétence de cette Cour ; qu'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 l'exercice de ses fonctions ». La décision du Conseil constitutionnel répondait en effet à une saisine fondée sur l'article 54 de la Constitution (conformité des traités) et, en l'espèce, la ratification par la France du *Statut de Rome* instituant la CPI.

[9] Arrêt du mercredi 10 octobre 2001, pourvoi n° 01-84922 (cf. infra : Sitographie).

Cette situation source d'incertitudes¹⁰ a conduit à modifier l'article 68, s'agissant de la responsabilité pénale du chef de l'État, en trois étapes : d'abord la mission confiée à la « commission Avril » (rapport rendu en avril 2002), puis un projet de loi constitutionnelle (2003), le vote de la loi constitutionnelle n'intervenant lui-même qu'en 2007¹¹.

La question de la responsabilité pénale personnelle des membres de l'Exécutif a ressurgi et montré, non sans complexité, les limites théoriques ou pratiques de l'article 68. Elle a ressurgi avec force dans les années quatre-vingt dans le contexte de l'affaire dite « du sang contaminé » et conduit à poser la question en termes nouveaux depuis la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993.

L'article 68 de la Constitution a donc connu des évolutions profondes entre sa rédaction initiale et sa rédaction actuelle. Les modifications intervenues pour l'essentiel en 1993 et 2007 ont substantiellement modifié la nature et la fonction : il concerne depuis l'origine le président de la République, mais dans un cadre très différent aujourd'hui de ce que prévoyait le texte originel ; il s'appliquait initialement aux membres du Gouvernement (Premier ministre, ministres et secrétaires d'État), ce qui n'est plus le cas depuis une vingtaine d'années.

Comment ces évolutions se sont-elles traduites dans le temps et sur le fond ?

Il y a lieu d'évoquer séparément la responsabilité du président de la République (article 68, premier alinéa, dans la version initiale de la Constitution) et celle des membres du Gouvernement, également visés à l'article 68, second alinéa, dans la version originelle du texte.

Pour le président de la République, c'est le passage d'un régime spécifique de responsabilité juridique à un régime encadré de responsabilité personnelle (I). Pour les membres du Gouvernement, c'est une sortie de l'orbite de la Haute-Cour (II)¹².

[10] Elle aurait en effet pu rebondir, sur d'autres cas que l'application du traité sur la CPI, par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui aurait été, à la demande de l'une ou l'autre des parties, soumise au Juge constitutionnel et portant, cette fois-là, sur la totalité du statut pénal du chef de l'État. Sans tomber dans l'uchronie ou la dystopie, on peut relever avec Marie DE CAZALS qu'est inconfortable juridiquement une situation dans laquelle « pour le Conseil constitutionnel, le président de la République dispose d'un privilège de juridiction, tandis que la Cour de cassation estime qu'il bénéficie d'une immunité » in « La Ve République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République. Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958 », RFDC, 2007, p. 451.

[11] Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007.

[12] NDÉ (22/12/2016). Lors de ce travail, nous avons tenu compte du droit positif. Nous avons cependant mentionné les propositions de la Commission « de rénovation et de déontologie de la vie publique » dite « commission Jospin » (2012) au travers du statut juridique du chef de l'État. En a découlé un projet de loi constitutionnelle « relatif à la responsabilité juridictionnelle du président de la République et des membres du Gouvernement ». Adopté par le Conseil des ministres du 13 mars 2013, il a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013. La commission des lois de l'Assemblée nationale a désigné Jean-Jacques Urvoas comme rapporteur (il était alors président de cette commission). Depuis, plus rien... sinon le fait que Jean-Jacques Urvoas en janvier 2016, est devenu garde de Sceaux à la suite de la démission de Christiane Taubira. Il a donc perdu son siège de député. Ce projet de loi prévoyait la possibilité d'entamer une action civile contre le chef de l'État avec des filtres protecteurs de la fonction contre des recours abusifs, et notamment le passage par la commission des requêtes actuellement compétente pour les ministres (3 membres de la Cour de cassation, 2 membres de la Cour des comptes et 2 conseillers d'État). Dans les deux cas, il est prévu (dans le projet) que les poursuites sont engagées devant des juridictions composées de trois magistrats au moins (ce qui exclut les formations à juge unique). — Ce texte « en perspective » aurait pu être évoqué dans une conclusion, si conclusion il y avait dans une dissertation ou un commentaire de texte en droit.

I. Pour le président de la République, le passage d'un régime spécifique de responsabilité juridique à un régime encadré de responsabilité personnelle

Entre 1958 et 2007, la « haute trahison », comme en 1946, est le seul motif justifiant une mise en cause du président de la République devant la Haute Cour de Justice (A). À partir de 2007, la fonction est sécurisée, même pour des faits antérieurs ou détachables de celle-ci, mais la responsabilité, de juridique, devient personnelle (B).

A) De 1958 à 2007, la haute trahison, seul cas prévu

L'article 68 de la Constitution, dans sa rédaction applicable jusqu'au vote de la loi constitutionnelle du 23 février 2007, prévoyait que « *le président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions¹³ qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de Justice* ».

Celle-ci était alors définie à l'article 67 qui renvoyait à une loi organique. Cette dernière déterminait sa composition (vingt-quatre juges titulaires et douze juges suppléants émanant à parité de l'Assemblée nationale et du Sénat, astreints à un serment et désignant en leur sein un président et deux vice-présidents)¹⁴. Une commission d'instruction, dont « *les actes [n'étaient] susceptibles d'aucun recours* », était désignée par les magistrats du siège composant le bureau de la Cour de cassation, le procureur général près cette même Cour assumant les fonctions du ministère public. L'ordonnance organique de 1959 excluait tout appel ou recours en cassation, ce qui semblait normal pour ce type de juridiction « suprême » d'exception, constitutionnellement placée au-dessus ou à côté de l'ordre juridique de droit commun.

Comme le notent Ferdinand Mélin-Soucramanien et Pierre Pactet¹⁵, « *cette disposition n'avait guère suscité de débats dans la mesure où il était clair, d'une part, que le principe d'irresponsabilité politique devait jouer à plein et que [d'autre part] celui de la responsabilité pénale ne devait produire des effets que dans des circonstances très exceptionnelles.* » Ces auteurs avaient préalablement pointé le fait que la *haute trahison* « *constituait bien une qualification pénale, mais difficile à caractériser en temps de paix.* » Francis Hamon et Michel Troper soulignent pourtant, d'un point de vue théorique, les conséquences possibles de ce flou : « *La notion de haute trahison (qui ne se confondait pas avec la trahison tout court, c'est-à-dire l'intelligence avec une puissance étrangère) n'était pas définie, et les peines susceptibles d'être infligées au Président*

[13] On relèvera que, contrairement à ses prédécesseurs de la IIIe et de la IVe République, en tout cas après Mac Mahon, le président de la République possède des pouvoirs propres avec dispense de contreseing qui sont mentionnés par l'article 19 de la Constitution et pour l'exécution desquels il n'a de comptes à rendre à personne, politiquement ou juridiquement, hors le très improbable cas, jusqu'en 2007, de la « haute trahison ».

[14] L'avant-projet prévoyait que le président du Sénat présidât la Haute Cour. (à l'image sans doute du Sénat « Cour de justice » de la IIIe République), ce que le Comité constitutionnel consultatif n'avait pas proposé de modifier. Le texte définitif a écarté cette hypothèse en précisant que la Haute Cour élirait son président en son sein. L'ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959 « portant loi organique sur la Haute Cour de justice » disposait qu'elle comprenait vingt-quatre juges titulaires et douze juges suppléants désignés pour moitié après leur renouvellement par l'Assemblée nationale (renouvellement global) et par le Sénat (renouvellement par tiers). Cf. DUVERGER (1974), p. 265 et pour l'ordonnance organique, p. 322 *ssq.*

[15] MÉLIN-SOUCRAMANIEN et PACTET (2015), p. 437.

au cas où il serait reconnu coupable de ce crime par la Haute Cour de justice ne l'étaient pas davantage. N'importe quel acte aurait donc théoriquement pu être considéré comme constitutif du crime de haute trahison et la Haute Cour aurait pu prononcer n'importe quelle peine¹⁶. » Mais ces mêmes auteurs soulignent que la procédure, étant particulièrement lourde, était peu praticable et ne fut donc jamais utilisée¹⁷.

Si, jusqu'en 2007, le président de la République n'était officiellement responsable de ses actes qu'en cas de haute trahison, et justiciable alors que de la seule Haute Cour de justice, son statut pénal et constitutionnel avait été modifié par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 autorisant la ratification du Statut de Rome que nous avons évoqué : celui-ci permet en effet des poursuites, dans le cadre de la Cour pénale internationale et selon la procédure extraterritoriale définie dans ce cadre, de mettre en cause des chefs d'État et de Gouvernement.

Entre 1999 et 2007, les formulations des articles 53-2 et de l'article 68 coexistaient avec l'ambiguïté que ne démentait que l'implicite, le débat ayant très nettement porté, en 1999 au Conseil constitutionnel comme en 2001 à la Cour de cassation, sur les effets pour le chef de l'État de la ratification « constitutionnalisée » du statut de la Cour pénale internationale par la France.

La modification constitutionnelle du 13 février 2007 allait expliciter cette situation, mais dans le cadre d'un changement substantiel des dispositions du titre IX de la Constitution.

B) À partir de 2007, une fonction sécurisée, mais une responsabilité devenant personnelle

Le titre IX initial de la constitution de 1958 (« la Haute Cour de justice ») comprenait deux articles : l'article 67 qui instituait la Haute Cour ; l'article 68 qui définissait les conditions de saisine de celle-ci à l'encontre du président de la République (premier alinéa) et des membres du Gouvernement (2^e alinéa). Depuis la loi du 27 juillet 1993, ce titre ne concernait plus que le président de la République. La loi constitutionnelle du 23 février 2007 — dont nous avons précédemment rappelé la genèse complexe — a modifié l'appellation du titre IX, désormais intitulé « La Haute Cour ». Le raccourcissement du nom différencie l'ancienne instance, juridictionnelle, de la nouvelle, plus politique. *Exit* donc la « Haute Cour de justice », parfois paralysée par la non-désignation de juges ; place à la nouvelle « Haute Cour ».

L'économie initiale des articles 67 et 68 fut bouleversée par une réécriture quasi complète. Peu ou prou, le statut pénal et personnel du chef de l'État est réparti entre les articles 67 et 68 nouveaux, tandis que le fonctionnement de la Haute Cour est déterminé par l'article 68 nouveau.

Il est donc nécessaire d'évoquer cette nouvelle combinaison d'articles de manière cohérente.

Ce qui change, tout d'abord, c'est la spécialisation du titre IX désormais consacré au seul président de la République. Certes, matériellement, tel était le cas depuis la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993¹⁸, mais, en 2007, c'est le statut pénal et la responsabilité personnelle du président de la République qui sont fondamentalement modifiés. En effet, le premier article du titre IX, l'article 67, ne traite en aucune façon de la (nouvelle) Haute Cour, mais de la responsabilité et du statut judiciaire du chef de l'État.

Dans une forme juridiquement plus précise, il rappelle l'irresponsabilité *lato sensu* du Président dans l'exercice de ses fonctions, en mentionnant explicitement les exceptions prévues

[16] HAMON et TROPER (2015), p. 546.

[17] HAMON et TROPER (2015), *ibid.*

[18] Cour pénale internationale : voir *infra*, p.9.

aux articles 53-2¹⁹ et 68 (nouveau). Surtout, il fixe le statut judiciaire du chef de l'État, en étendant y compris son privilège fonctionnel aux autorités administratives, cette définition large s'appliquant donc y compris aux autorités administratives indépendantes. Il s'agit bien du statut judiciaire et non du statut pénal seulement car toutes les juridictions sont visées. L'espace-temps judiciaire est « gelé » pour le chef de l'État. La contrepartie logique en est, comme le précise le texte, la suspension de « *tout délai de prescription ou de forclusion* ». Un délai est fixé pour reprendre ou engager des actions à son encontre devant les juridictions ou autorités administratives qui ont à en connaître : un mois après la cessation des fonctions.

De fait, la fonction est protégée, et son titulaire encore plus. Comme le soulignent à juste titre Francis Hamon et Michel Troper, « *Le président ne peut plus être assigné en justice, même s'il s'agit d'une affaire purement civile*²⁰. » Et de préciser que l'immunité est asymétrique : la Cour de cassation considère en effet, par un arrêt d'assemblée du 15 juin 2012, « que l'immunité civile ou pénale dont dispose le chef de l'État « *ne limite en rien son droit d'agir* »²¹. La « Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique » dite « Commission Jospin » a préconisé dans son rapport de novembre 2012 que le président de la République fût à nouveau soumis au droit commun pour les actes détachables de la fonction (sous réserve naturellement d'une procédure permettant d'écarter les procédures, abusives ou non, détachables de la fonction)²². Un projet de loi constitutionnelle en ce sens a été adopté par le Conseil des ministres du 13 mars 2013, mais il n'a pas encore fait l'objet d'un examen par le Parlement et rien ne permet de penser aujourd'hui que la procédure puisse aller à son terme²³.

En tout état de cause, une partie de la doctrine était ou reste favorable à une « protection judiciaire » de la fonction présidentielle. En 2002, Louis Favoreu, lui-même tenant de cette thèse, citait Guy Carcassonne, Georges Vedel ou Didier Maus²⁴ au nom de la séparation des pouvoirs et même du rôle de garant de l'indépendance de la magistrature qui incombe au président de la République.

Le Constituant de 2007 a opté pour une solution plus proche de celle qu'avait retenue la Cour de cassation (immunité liée à la fonction) qu'aux dispositions qu'avait semblé dessiner le Conseil constitutionnel (privilège de juridiction). Avait-il un autre choix dans la mesure où la nature, le fonctionnement et les compétences mêmes de la nouvelle Haute Cour devenaient très politiques ?

[19] Pour paraphrases Talleyrand, si cela allait sans dire, cela va mieux en le disant.

[20] HAMON et TROPER (2015), p. 550. Les auteurs (p. 551) évoquent également l'article publié par le professeur Olivier Beaud : « L'inique immunité des conseillers du Président » (*Le Monde*, 12/11/2010) en évoquant un cas de classement sans suite par le parquet pour un acte accompli dans le cadre d'une délégation de signature par le chef de l'État.

[21] HAMON et TROPER (2015), p. 552, citant l'arrêt « Assemblée plénière » du 15 juin 2012. Celui-ci indique (motivation de la Cour de cassation) : « *Mais attendu, en premier lieu, que le Président de la République qui, en sa qualité de victime, était recevable, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, à exercer les droits de la partie civile pendant la durée de son mandat, a joint son action à celle antérieurement exercée par le ministère public* ». La situation pourrait devenir sinon inextricable du moins fort complexe dans le cas où, saisie par le président en exercice, une juridiction civile estimerait devoir faire droit à des demandes reconventionnelles de la part d'une partie attaquée par le chef de l'État. [N.-B. : l'arrêt du 15/06/2012 précité est référencé sous le numéro de pourvoi 10-85678. Cf. *infra* Sitographie, p.12.]

[22] Cf. COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE dite « Commission Jospin » (2012), p. 67-75. Cf. *infra* Sitographie.

[23] C'est notamment le point de vue de MÉLIN-SOUCRAMANIEN et PACTET (2015), p. 439-440.

[24] FAVOREU, RFDC, 2002, p. 8-9.

Avec la loi constitutionnelle du 23 février 2007, l'insaisissable haute trahison disparaît — et, avec elle, le caractère juridictionnel de la Haute Cour. C'est désormais une « destitution » qui peut, à la manière de l'*impeachment* anglo-saxon²⁵, frapper les présidents de la République. Pour quel motif, puisque la haute trahison n'est plus ? « En cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat » (art. 6 nouveau, premier alinéa).

La définition reste large, avec une caractéristique qui pourrait conduire à forger le concept de « politiquement flou », mais les conditions de saisine sont particulièrement strictes. Il faut une résolution votée successivement par les deux chambres avant que le Parlement, constitué en Haute Cour, ne se prononce. Le projet de loi initial prévoyait une majorité qualifiée pour chaque étape : la majorité absolue des membres composant, soit chaque assemblée parlementaire pour le lancement de la procédure, soit le Parlement réuni en Haute Cour. Les débats à l'Assemblée nationale, pour éviter que la destitution se transformât en une arme de censure politique contre le Président²⁵, la majorité qualifiée a été finalement portée, pour chaque étape aux deux tiers des membres composant chaque instance, sachant que les procurations ou délégations ne sont pas admises dans ce cas²⁶.

S'y ajoutent les filtres successifs instaurés par la loi organique qui n'a été adoptée qu'en 2014²⁶ : résolution motivée signée par le dixième des membres de la Chambre ; examen de conformité (discrétionnaire de fait) par le Bureau de l'Assemblée ; transmission (si l'étape précédente est positive) à la commission des lois constitutionnelles qui autorise, ou non, le vote par l'assemblée parlementaire. Il est donc à craindre que ce dispositif reste lettre morte.

Le dispositif peut même avoir un effet pervers : « *si, après la fin du mandat, on découvre que le Président a commis un acte qui aurait pu autrefois le conduire devant la Haute Cour, aucune poursuite n'est plus possible, puisque la seule sanction prévue par l'article 68, la destitution, est devenue sans objet*²⁷. »

On remarquera cependant, avec Marie de Cazals, que les travaux de la commission présidée en 2002 par Pierre Avril qui ont inspiré la réforme de 2007 ont « *sonné le glas de l'irresponsabilité politique présidentielle en proposant, sous couvert d'une réflexion sur le statut pénal du chef de l'État, une procédure originale de destitution. Les critiques ne manquent pas à propos d'une telle procédure, mais cette dernière a le mérite de mettre en évidence une nécessité liée à l'évolution de la fonction présidentielle sous la Ve République* » en raison du « fait majoritaire »²⁸. Le caractère purement politique de la démarche a été largement souligné. L'article 68 de la Constitution a bel et bien changé de nature en même temps qu'il traduit les évolutions des institutions et de la société.

On observera, sur la méthode retenue, que tout est resté entre les mains du Gouvernement (qui proposait) et du Parlement (qui votait) : la procédure de révision qui a débouché sur un Congrès et non un référendum ; la procédure qu'organise la révision de 2007 que maîtrisent de bout en bout les parlementaires et eux seuls, du vote par chaque chambre de la proposition de réunir la Haute Cour au vote de la Haute Cour elle-même. Comme le fait remarquer Marie de Cazals, le dispositif retenu ne respecte pas le parallélisme des formes puisqu'il autorise, par

[25] Mais l'assimilation en est discutée. Voir DE CAZALS, RFDC, 2007, note 6, p. 452.

[26] Loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 « portant application de l'article 68 de la Constitution ».

[27] HAMON et TROPER (2015), p. 549. En revanche, les deux auteurs notent que tel ne serait pas le cas pour les actes détachables de l'exercice de la fonction.

[28] DE CAZALS, RFDC, 2007, p. 456.

une représentation indirecte (et même doublement, s'agissant des sénateurs) la destitution d'un président de la République élu pourtant au suffrage universel direct²⁹.

Les glissements que nous avons observé, s'agissant du président de la République, n'ont pas eu cette ampleur pour les membres du Gouvernement. Néanmoins des changements profonds, et là encore inachevés sans doute, sont intervenus depuis une vingtaine d'années.

II. Pour les membres du Gouvernement, une sortie de l'orbite de la Haute Cour

Dans sa rédaction initiale, l'article 68 (2^e alinéa) de la Constitution fixait le cadre de l'intervention de la Haute Cour de justice pour les crimes ou délits commis par les membres du Gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions (A). Depuis 1993, les ministres sont sortis du champ du titre IX de la Constitution (articles 67 et 68) : c'est la Cour de justice de la République qui est compétente (B).

A) De 1958 à 1993, une responsabilité pénale au titre des fonctions, face à une juridiction encadrée

La Haute Cour de justice, telle qu'elle était définie dans la rédaction originelle de la Constitution du 4 octobre 1958 et telle qu'elle y resta inscrite jusqu'à la loi du 27 juillet 1993, pouvait être saisie selon la procédure que nous avons précédemment décrite³⁰.

Si, s'agissant du président de la République, irresponsable par nature, la haute trahison était le seul motif susceptible d'être retenu, les membres du Gouvernement — Premier ministre, ministres ou secrétaires d'État — pouvaient relever de cette juridiction pour tous les actes « *accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis* ». Leurs complices relevaient des juridictions de droit commun à l'exception de la complicité « *dans le cas de complot contre la sûreté de l'État* ». Le champ était plus large que pour le chef de l'État. Il était mieux encadré.

Les juges étant parlementaires, peut-être là aussi appliquait-on ce *parlementarisme rationalisé* qui est la marque de la V^e République. En effet, contrairement aux dispositions analogues de la constitution de 1946, la rédaction initiale de l'article 68 de la constitution de 1958 comprenait un filet de sécurité juridique³¹ : la Haute Cour était liée *par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent des lois pénales en vigueur au moment où les faits ont été commis*. » C'était appliquer les principes républicains du droit pénal sur la qualification des faits et la non-rétroactivité des peines. La Haute Cour de justice, en l'occurrence, avait la forme particulière d'une juridiction d'exception, mais restait soumise aux dispositions pénales communes.

[29] DE CAZALS, *ibid.* p. 467-468 : « Il faudrait que l'Assemblée nationale, avec l'accord du Sénat, amorce la procédure de destitution. Les deux assemblées mèneraient ensuite conjointement les investigations nécessaires pour établir les faits et permettre aux citoyens de se prononcer en toute connaissance de cause. Ces derniers voteraient enfin par voie référendaire sur la destitution du Président de la République », étant entendu qu'un seuil de participation minimal devrait être prévu afin d'éviter une participation référendaire qui ne mobilise qu'une trop faible part de l'électorat.

[30] *Voirsupra*, p. 5.

[31] Il figurait dans l'avant-projet et le Comité constitutionnel consultatif n'avait pas touché à ce « filet ». Cf. DUVERGER (1974), p. 265-266.

L'article 68 de la Constitution, dans sa rédaction initiale, faisait ainsi coexister une responsabilité juridique plus « politique » pour le chef de l'État (« haute trahison », non définie par essence) et, pour les membres du Gouvernement, la répression de crimes et délits « de droit commun » (inscrits dans la loi et correspondant à des peines légalement établies). Encore faut-il préciser que l'ordonnance organique n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice interdisait dans son article 27 la constitution de parties civiles et renvoyait pour cela explicitement aux juridictions ordinaires³².

À l'expérience, le dispositif n'a pas donné satisfaction. En matière d'évolutions constitutionnelles, les réflexions se fondent aussi sur la réalité telle qu'elle est vécue ou perçue dans et par la société. Francis Hamon et Michel Troper rappellent ainsi que, au début des années quatre-vingt, « *plusieurs affaires, et spécialement l'affaire dite du sang contaminé, ont montré que ce système fonctionnait plutôt mal* »³³. Les victimes de transfusions qui leur avaient inoculé le sida ou l'hépatite C ou leurs familles avaient, au-delà des responsables du Centre national de transfusion sanguine, voulu poursuivre certains membres du Gouvernement de l'époque « *auxquels on reprochait de ne pas avoir donné d'instructions pour empêcher l'utilisation des stocks contaminés. Mais, d'une part, ces victimes et leurs familles ne pouvaient pas elles-mêmes déclencher les poursuites puisque la mise en accusation était exclusivement réservée aux assemblées parlementaires et d'autre part, au sein de chaque assemblée, les débats sur la mise en accusation reproduisaient souvent les vieux clivages politiques : en d'autres termes, la mise en accusation était d'autant plus facilement votée que la personne visée n'appartenait pas (ou n'appartenait plus) à la tendance majoritaire au sein de l'Assemblée* »³⁴.

Le Comité Vedel³⁵ avait évoqué ce sujet. Il soulignait que « les inconvénients de la situation constitutionnelle actuelle sont clairs pour ce qui est de la responsabilité pénale des ministres dans l'exercice de leurs fonctions. D'abord, la Haute Cour n'a jamais pu fonctionner depuis 1958. Ensuite, sa saisine risque d'obéir à des considérations plus politiques que juridiques et judiciaires. »³⁶. C'est une solution différente dans ses modalités mais présentant des analogies avec les propositions du Comité Vedel que le Constituant de 1993 a mise en œuvre.

B) Depuis 1993, une Cour de justice hors du champ de l'article 68

La loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 a créé un titre X nouveau intitulé « de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement » qui comprenaient initialement deux articles (68-1 et 68-2). Une nouvelle juridiction était instituée par ce texte : la Cour de justice de la République qui, comme l'ancienne Haute Cour, comprend douze jurés parlementaires (à parité,

[32] Voir l'ordonnance organique et, notamment l'article 27, in DUVERGER (1975), p. 325. S'agissant de la matérialité des faits ou du degré de responsabilité des individus, la juridiction civile de droit commun aurait été, en tout état de cause, liée par une décision de la Haute Cour bénéficiant de l'autorité de la chose jugée.

[33] HAMON et TROPER (2015), p. 530 *ssq.*

[34] *Ibid.*, p. 580.

[35] COMITÉ CONSULTATIF POUR LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION dit « Comité Vedel » (1993), Rapport du 15 février 1993 remis au président de la République le 15-02-1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution : chapitre II, point 12 (p. 36-38) ; annexe I (p. 71). *La numérotation que nous utilisons est celle du document PDF (non paginé) accessible depuis le site de la Documentation française. Cf. Sitographie.*

[36] *Ibid.*, p. 36.

députés et sénateurs) et trois membres de la Cour de cassation appartenant au siège, dont le président de la Cour de justice de la République³⁷.

La loi constitutionnelle du 4 août 1995 a ajouté au nouveau titre X un article supplémentaire (art. 68-3) qui la rend compétente pour juger les faits antérieurs à sa création : c'est cette même juridiction qui s'est prononcée sur l'affaire dite « du sang contaminé ».

Le nouveau dispositif conserve le « filet de sécurité » de l'ancien article 68, deuxième alinéa : la Cour reste liée par les qualifications et les peines applicables au moment de la commission des faits. L'article 13 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 reprend les dispositions de l'ordonnance organique de 1959 sur l'interdiction de constitution de parties civiles et le renvoi aux juridictions de droit commun³⁸.

En revanche, l'initiative de la mise en accusation ne relève plus des assemblées parlementaires mais d'une commission des requêtes composée de magistrats de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes³⁹. Elle peut donc être saisie par toute personne intéressée, mais aussi d'office par le procureur général près la Cour de cassation. Cette commission peut classer la plainte ou y donner suite. Dans ce cas, la commission d'instruction est saisie⁴⁰.

La modification majeure, par rapport à la rédaction initiale de l'article 68, second alinéa, réside dans le fait que la mise en accusation n'appartient plus aux deux chambres par un vote en termes identiques : elle appartient au procureur général près la Cour de cassation lié, *ex post* en cas de plainte d'un tiers ou *ex ante* lorsqu'il la saisit d'office, par la commission des requêtes instituée par l'article 68-2 (nouveau) et qui joue un rôle déterminant.

Pour autant, le fonctionnement a été peu satisfaisant dans la mesure où, ne jugeant que les ministres (y compris le premier d'entre eux), la Cour ne peut évaluer « *la responsabilité propre des complices ou co-auteurs* », qui relèvent des juridictions de droit commun. En second lieu, comme nous l'avons précisé, « *il est interdit aux victimes de se porter partie civile.* » Enfin, « *la composition mixte [12 parlementaires ; 3 magistrats] de la Cour ne donne pas suffisamment de garanties quant à l'impartialité des juges* »⁴¹.

On relèvera cependant que, contrairement aux dispositions de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 prise pour l'application des articles 67 et 68 de la Constitution (articles 24, 2^e alinéa,

[37] Le Comité Vedel prévoyait déjà trois membres de la Cour de cassation dont, *ex officio*, le Premier président de la Cour de cassation (le dispositif actuel est plus souple). Elle prévoyait huit juges parlementaires au lieu de douze (ce qui renforçait le poids relatif des magistrats professionnels issus de la Cour de cassation). Enfin, la « commission d'instruction » qu'elle instituait devrait être saisie par le procureur général près la Cour de cassation composée de cinq magistrats du siège appartenant à cette même Cour. Le dispositif retenu inverse la démarche : une « commission des requêtes » examinant les plaintes et les transmettant, le cas échéant au procureur général près la Cour de cassation chargé du déclenchement de l'action publique. La composition de la « commission d'instruction Vedel » était fixée dans le texte constitutionnel ; celle de la « commission des requêtes » effectivement créée est renvoyée à une loi organique. *Ibid.*, p. 37-38.

[38] Avec les mêmes effets que ceux que nous avons évoqués *supra* dans la note 32, p. 11.

[39] Trois magistrats du siège (au moins conseillers) de la Cour de cassation, deux conseillers d'État et deux conseillers maîtres élus en son sein par chaque institution (art. 12 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993)

[40] La commission d'instruction est exclusivement composée de magistrats du siège de la Cour de cassation, élus en son sein, d'un grade au moins égal à celui de conseiller (art. 11 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993).

[41] HAMON et TROPER (2015), p. 580-581 pour les quatre citations de ce paragraphe. On notera que la loi organique de 1993 prévoit que les juges parlementaires d'une chambre sont élus en son sein au scrutin majoritaire. Le Comité Vedel préconisait de « prévoir un tirage au sort (assorti de la procédure de récusation) à partir de la liste établie par le bureau de chaque assemblée dans des conditions assurant le respect du principe d'impartialité » : cf. COMITÉ CONSULTATIF POUR LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION dit « Comité Vedel » (1993), p. 38.

et 36), les décisions de la commission d'instruction comme les arrêts de la Cour de justice de la République autorisent le recours en cassation⁴².

Ferdinand Mélin-Soucramanien et Pierre Pactet pointent encore des propositions de la Commission Jospin (traitement par des juridictions de droit commun après « filtre » pour éviter les manœuvres politiques ou recours abusifs)⁴³, mais sont sans illusions⁴⁴ sur le devenir de proposition qui, au demeurant, rompraient tout lien direct, même historique, avec l'ancien alinéa 2 de l'article 68 de la Constitution.

Bibliographie

DE CAZALS (Marie), « La Ve République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République. Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958 », *Revue française de droit constitutionnel (RFDC)*, 2007/3 (n° 71), p. 451-470 (Consulté sur CAIRN le 14/02/2016)

DUVERGER (Maurice), *Constitution et Documents politiques*, PUF, collection « Thémis », Paris, 7^e éd. 1957-1974.

FAVOREU (Louis), « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », *Revue française de droit constitutionnel (RFDC)*, 2002/1 (n° 49), p. 7-29 (Consulté en ligne sur CAIRN le 14/02/2016).

HAMON (Francis) et TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 36^e éd., 2015.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand) et PACTET (Pierre), *Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 34^e éd., 1969-2015.

RIALS Stéphane, *Textes constitutionnels français*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 27^e éd. 1982-2015.

[42] Le recours est examiné, dans les deux cas, par l'Assemblée plénière de la Cour. Cette possibilité était suggérée par le Comité Vedel (ibid., p. 37) « afin d'assurer le respect des engagements internationaux de la France ».

[43] COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE dite « Commission Jospin » (2012), p. 76-80. Cf. *infra* Sitographie.

[44] MÉLIN-SOUCRAMANIEN et PACTET (2015), p. 460.

Sitographie

COMITÉ CONSULTATIF POUR LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION (DIT COMITÉ VEDEL), Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République, février 1993
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000091/index.shtml>.

COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE (« Commission Jospin »), *Pour un nouveau démocratique*, novembre 2012, La Documentation française. Version PDF accessible en ligne (site consulté le 14/02/2016) : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000596-pour-un-renouveau-democratique-rapport-de-la-commission-de-renovation-et-de>.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 (site consulté le 14/02/2016 : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/98408dc.htm).

CONSTITUTION sur le site Légifrance [consulté le 14/02/2016] :
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>.

COUR DE CASSATION, arrêt « Assemblée plénière » n° 01-84922 du 10 octobre 2001 [site Légifrance consulté le 14/02/2016] :
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046660>.

COUR DE CASSATION, arrêt « Assemblée plénière » n° 10-85678 du 15 juin 2012 [site Légifrance consulté le 14/02/2016] :
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026026616>.

LOI ORGANIQUE n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 PORTANT APPLICATION DE L'ARTICLE 68 DE LA CONSTITUTION [site Légifrance], consulté le 14/02/2016) :
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029796562>.

Ajout du 22/12/2016

PROJET DE LOI CONSTITUTIONNELLE « relatif à la responsabilité juridictionnelle du président de la République et des membres du Gouvernement », adopté par le Conseil des ministres du 13 mars 2013 et enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013 (site de l'Assemblée nationale consulté le 22/12/2016) : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0816.asp>
(dossier législatif).