



HAL
open science

La responsabilité pénale du Président de la République

Jérôme Bossan

► **To cite this version:**

| Jérôme Bossan. La responsabilité pénale du Président de la République. 2022. hal-01882145

HAL Id: hal-01882145

<https://hal.science/hal-01882145v1>

Preprint submitted on 7 Sep 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Jérôme BOSSAN

Maître de conférences HDR à l'Université de Poitiers, ISC-EPRED (EA 1228)

Longtemps, la responsabilité pénale du chef d'État a fait partie de ce que M. Jean-Marc Sauvé a très justement appelé « *les impensés juridiques* »¹. L'absence de réflexion s'explique d'abord par l'histoire et, plus singulièrement, par l'institution monarchique qui excluait toute mise en cause du chef de l'État². La situation dans une république ne pouvait être parfaitement identique³. Benjamin Constant affirmait : « *Les républiques sont donc forcées à rendre responsable le pouvoir suprême. Mais alors la responsabilité devient illusoire. Une responsabilité qui ne peut s'exercer que sur des hommes dont la chute interromprait les relations extérieures et frapperait d'immobilité les rouages intérieurs de l'État ne s'exercera jamais* »⁴. La disparition de la royauté durant la Révolution n'a pas entraîné la création d'une responsabilité pénale du chef de l'État. Il faut attendre la constitution du 4 novembre 1848⁵ pour que la responsabilité pénale du Président de la République soit envisagée pour haute trahison devant une juridiction spécifique, la Haute Cour de justice⁶. Depuis, la responsabilité pénale du Président de la République a été prévue par toutes les Constitutions jusqu'à celle du 5 octobre 1958, laquelle la prévoyait à l'origine en son article 67. La Haute Cour était destinée à juger à la fois le Président de la République et les ministres à raison des hautes trahisons que ceux-ci auraient commises. Cependant, l'institution ne fut jamais utilisée pour le Président de la République et peu pour la responsabilité pénale des ministres⁷. Lors de la mise en

1 J.-M. SAUVÉ, « Introduction » : *La responsabilité du chef de l'État*, éd. Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. 12, 2009, p. 10.

2 V. F. SAINT-BONNET, « Le point de vue de l'historien du droit : aux origines de l'irresponsabilité du chef de l'État en France » : *La responsabilité pénale du président de la République*, sous la direction de C. GUETTIER et A. LE DIVELLEC, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003, p. 49 et s.

3 Ph. LAVAUX, « Les monarchies » : *La responsabilité du chef de l'État*, éd. Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. 12, 2009, p. 19.

4 B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France* : A. Eymery, Paris, 1815, pp. 48-49.

5 Art. 68 de la Constitution du 4 novembre 1848, II^e République.

6 Ch. BIGAULT, *La responsabilité pénale des hommes politiques* : coll. Droit public, LGDJ, 1996, p. 29, v. égal. J. DREUILLE, « Haute Cour » : *Rép. pén. Dalloz*, 2014, n^o 1 et s. Il est à noter que l'institution des Hautes Cours de justice est apparue dès 1789 pour juger les dépositaires du pouvoir visant notamment les membres de l'exécutif. Cependant, il faudra bien attendre 1848 pour que le Président de la République soit véritablement concerné.

7 La Haute Cour a ainsi été appelée à juger les ministres de Charles X et J.-L. Malvy, cf. A. MOREAU, « La haute trahison du Président de la République sous la V^e République » : *RDP* 1987, pp. 1573-1581.

cause de la responsabilité de trois ministres dans l'affaire dite « *du sang contaminé* »⁸, l'équilibre largement protecteur des membres du gouvernement a été décrié⁹ et a conduit à la création de la Cour de Justice de la République¹⁰. Cette dernière était destinée à juger les ministres pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions sans toutefois viser le Président de la République¹¹.

En outre, si on observe la doctrine, la responsabilité pénale du Président de la République a suscité fort peu d'intérêt pendant très longtemps. Comme le note un auteur, il a fallu attendre les années 1990 pour que cette thématique soit traitée dans les manuels de droit constitutionnel¹². À cette époque, plusieurs facteurs contribuent à repenser l'immunité qui protégeait le Président de la République.

En premier lieu, la distinction responsabilité pénale et responsabilité politique émerge. Durant très longtemps, seul le processus électif apparaissait comme un mode légitime de contestation des actes du Président de la République. Un phénomène de pénalisation de l'activité politique dépassant sensiblement le cas spécifique du chef de l'État trouve ainsi une manifestation en France. En second lieu, la judiciarisation des rapports sociaux a eu pour effet d'interroger la légitimité de mesures dérogatoires. La création de la Cour de Justice de la République en 1993 en est un exemple. Toujours durant cette période est apparue la question de la poursuite du Président de la République pour des infractions commises avant le début de son mandat. En outre, le débat paraît à cette époque d'autant plus important que le Code pénal de 1994 consacre le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, mais exclut celle de l'État dans son art. 121-2, ce qui n'a pas manqué d'être critiqué¹³, sans être révisé.

Depuis lors, si le principe même du statut dérogatoire n'a pas été reconsidéré, c'est le degré de dérogation qui a fait l'objet de discussion. Cette interrogation a débouché notamment sur la loi constitutionnelle du 23 février 2007 distinguant la mise en jeu de la dimension politique au travers de la destitution et les aspects plus juridiques au travers d'une procédure judiciaire ultérieure. Cette loi est le fruit d'une réflexion amorcée en 2002. Jacques Chirac réélu Président de la République avait pris l'engagement de réunir une commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du Président de la République et de lui faire des propositions de modification de la Constitution. La présidence de cette commission fut confiée au professeur Pierre Avril. Or, le texte de la loi du 23 février 2007 a été particulièrement influencé par les conclusions de la Commission Avril. Au-delà de l'importance du rôle joué par cette dernière, la réforme de 2007 résulte de la conjonction de deux phénomènes. Le premier tient à l'existence de procédures pénales en cours à l'époque et visant le Président de la République Jacques Chirac

8 Avec toutefois le précédent de l'affaire « *Carrefour du développement* », B. MATHIEU, « La Haute Cour de justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un sabre en bois. À propos de l'arrêt du 4 avril 1990 de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice » : *RFD const.* 1990, p. 735 et pour d'autres affaires, B. MATHIEU, T.-S. RENOUX et A. ROUX, *La Cour de justice de la République* : coll. *Que sais-je ?* n° 2981, PUF, 1995, pp. 46-49.

9 H.-C. LE GALL, « Fasc. 20 : Cour de Justice de la République. App. Art. 231 à 566 » : *J.-Cl proc. pén.*, 2007, § 10 et s., M. DANTI-JUAN, « L'affaire du sang contaminé devant la Haute Cour : les vrais problèmes restent à résoudre » : *Dr. pén.* 1993, chr. 5, pp. 1-2, A. VITU, obs. sous Cass. crim. 17 octobre 1991 : *RS crim.* 1992, p. 570 et M.-P. ROY, « La Cour de justice de la République » : *RRJ* 1994, pp. 355-357.

10 Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993.

11 Art. 68-1 de la Constitution.

12 A.-M. LE POURHET, *Droit constitutionnel* : coll. *Corpus Droit public*, Economica, 2012, p. 348.

13 V. E. DREYER, *Droit pénal général* : coll. *Manuel*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2014, n° 118-1120.

et le second consiste en un conflit de jurisprudences entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation sur l'art. 68 de la Constitution. C'est finalement pour tenter de résoudre ces difficultés dans un climat de défiance à l'égard des personnels politiques que cette loi constitutionnelle est adoptée. Si la tendance est, au moins en apparence, de rendre la responsabilité pénale du Président de la République crédible et sa mise en œuvre possible, il convient de douter à certains égards du réalisme du dispositif. Pierre Avril, lui-même, évoquait d'ailleurs la construction d'un « *dispositif hypothétique, mais nécessaire* »¹⁴ pour expliquer l'évolution de la Haute Cour de Justice vers la création d'une Haute Cour.

S'agissant du Président de la République lui-même, on observe une dualité consacrée à l'art. 67 de la Constitution entre l'irresponsabilité - immunité désormais concernant les actes commis dans l'exercice des fonctions (I) et l'irresponsabilité - inviolabilité visant les actes accomplis en dehors du mandat (II).

I. UNE PROTECTION RENFORCÉE POUR LES ACTES DANS LA FONCTION

Entre responsabilité et impunité totale, le droit français cherche une solution satisfaisante, permettant de concilier répression de l'homme et protection de l'institution. Pour les raisons déjà évoquées, le Président de la République n'a jamais été traité comme tout citoyen¹⁵. La force de sa protection apparaît avec une acuité d'autant plus grande que les actes litigieux sont accomplis dans le cadre de la fonction. Ainsi, longtemps rejetée¹⁶, la responsabilité ne peut être envisagée ici que dans des cas extrêmes et selon des modalités fortement protectrices. Ce phénomène se manifeste à la fois dans le cantonnement du principe d'irresponsabilité pénale par l'immunité pénale (A) et dans le caractère virtuel de la justice pénale applicable à lui (B).

A. L'immunité pénale : pierre angulaire de la protection

Si le principe de l'immunité a été transféré par la loi constitutionnelle du 27 février 2007 de l'art. 68 à l'art. 67, la révision n'a pas apporté de changement radical du point de vue des principes. En effet, dans la mesure où l'exercice des fonctions du Président de la République est concerné, la responsabilité de celui qui remplit cette mission ne peut être recherchée politiquement ou pénalement en dehors des cas déterminés par les textes. Le Président de la République ne saurait, en principe, être inquiété pour les choix effectués dans le cadre de son mandat. Cette solution est assez classique et tend à protéger autant l'homme que la fonction présidentielle et résulte d'un mécanisme qui a été imaginé dès 1789 afin de protéger les représentants d'une quelconque pression¹⁷. Il n'est en effet sans doute pas souhaitable que le Président de la République puisse être mis en cause judiciairement pour tout choix politique, susceptible d'être qualifié pénalement ou non.

14 P. AVRIL, « La responsabilité du chef de l'État : La France » : *La responsabilité du chef de l'État, éd. Société de législation comparée*, coll. Colloques, vol. 12, 2009, p. 147.

15 G. CARCASSONNE, « Le statut pénal du chef de l'État. Le point de vue du constitutionnaliste » : *RPDP* 2004, p. 139.

16 Cf. *supra*.

17 G. CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 141.

Cette irresponsabilité est en outre personnelle en ce qu'elle ne peut s'étendre aux collaborateurs du président¹⁸ et perpétuelle. Autrement dit, ses effets se poursuivent après la fin du mandat. C'est sur ce fondement que le président Valéry Giscard d'Estaing, visé dans l'affaire « *des avions renifleurs* », avait refusé de répondre à la convocation d'une commission d'enquête parlementaire en 1983 pour des faits s'étant déroulés durant son mandat entre 1975 et 1979.

Toutefois, si on conçoit assez aisément la nécessité d'un tel principe, on mesure tout aussi facilement, le besoin, dans un État de droit, de limiter cette impunité. Trois exceptions sont apparues au fil du temps.

La première exception, de loin la plus ancienne, appartient au passé puisque la loi constitutionnelle de 2007 l'a fait disparaître : l'art. 68 de la Constitution disposait que le Président de la République ne pouvait être poursuivi que pour des faits de « *haute trahison* ». Or, faute de définition dans la Constitution ou dans le Code pénal français¹⁹, la notion était difficile à cerner, voire en totale contradiction avec le principe de légalité des délits et des peines qui s'impose en la matière. On s'accordait à penser qu'il pouvait s'agir de tout manquement grave que le Président de la République pouvait commettre dans l'exercice de sa charge, ce manquement étant susceptible de revêtir une qualification pénale ou non²⁰. Au caractère flou des termes, il fallait ajouter l'absence de peine prévue par le texte, induisant une seconde violation au principe de légalité des délits et des peines²¹ tel qu'il ressort à la fois de la Constitution²², de la CEDH²³ ou du Code pénal²⁴. Le désaveu de cette qualification par la loi constitutionnelle du 23 février 2007 est éloquent de ce point de vue²⁵ mais aussi par l'évolution du droit constitutionnel marquée, en 1993, par l'abandon de celle-ci pour la mise en œuvre de la responsabilité des ministres pour les actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions²⁶.

La seconde exception relève du droit pénal international et a pour origine la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999. Cette dernière ajoute à la haute trahison déjà évoquée la possibilité d'engager la responsabilité pénale du Président de la République pour des crimes internationaux définis dans le Statut de la CPI signé à Rome le 17 juillet 1998²⁷. Cette exception présente la particularité d'être l'unique hypothèse envisagée en droit

18 Cass. crim. 19 déc. 2012, n° 12-81.043 : *AJDA* 2013, p. 8. Sur cette question, v. O. BEAUD, « L'extension de l'immunité pénale aux collaborateurs du président. Un retour à la raison d'État ? » : *D.* 2011, p. 2946.

19 Rapport de la commission Avril, *op. cit.*, p. 35, W. JEANDIDIER, « Les juridictions pénales d'exception dans la France contemporaine », in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, P.U.A.M., 1985, p. 59.

20 Sur les origines de cette haute trahison, v. F. SAINT-BONNET, « Le point de vue de l'historien du droit : aux origines de l'irresponsabilité du chef de l'État en France » : *La responsabilité pénale du président de la République*, sous la direction de C. GUETTIER et A. LE DIVELLEC, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003, p. 65.

21 Pour une illustration, v. l'affaire Malvy, *cf.* J. A. ROUX, « L'affaire Malvy et le pouvoir souverain du Sénat comme Haute-Cour de justice » : *Rev. pol. et parl.* 1918, pp. 267-280, spéc. p. 272

22 Art. 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ayant valeur constitutionnelle au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, car cité dans le préambule de la Constitution de 1958, Cons. const. 19 janv. 1981, n° 80-127 DC : *JCP* 1981, II, 19701, note FRANCK, n° 7.

23 Art. 7 § 1 de la CEDH.

24 Art. 111-3 du Code pénal.

25 Rapport fait par P. HOUILLON, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale sur le projet constitutionnel portant modification du titre IX de la Constitution, 20 décembre 2006 : Doc. AN n° 3537, p. 15-18.

26 *Cf. supra* note n° 10.

27 Art. 53-2 de la Constitution.

français de jugement des chefs d'État étrangers. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 mars 2001 avait refusé, au nom de la coutume pénale internationale, qu'un chef d'État étranger, en l'occurrence Mouammar Kadhafi, puisse être jugé par une juridiction pénale française²⁸. C'est aussi la seule hypothèse où la responsabilité pénale du Président de la République est directement admise dans la Constitution. Toutefois, la compétence matérielle de la Cour est particulièrement limitée. Celle-ci ne peut être utilement saisie que dans des cas extrêmement graves énoncés dans son statut, à savoir pour les actes de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les crimes d'agression²⁹.

La troisième et dernière exception relève de la loi constitutionnelle du 23 février 2007. Constatant à la fois le caractère illusoire de la haute trahison et la subsidiarité du recours à la Cour pénale internationale, le Congrès a substitué à la haute trahison, le manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. Si la notion n'est pas plus pénale que la précédente, elle s'inscrit pleinement dans une procédure de destitution à vocation purement politique à la suite de laquelle pourra avoir lieu une procédure pénale fondée sur des infractions prévues par le Code pénal³⁰. Ce faisant, la qualification spécifique pour laquelle le Président de la République pouvait engager sa responsabilité politico-pénale a disparu. Cette solution peut être saluée pour les raisons évoquées et notamment en raison du principe de légalité des délits et des peines. La nouvelle qualification de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat n'étant pas, tout comme la procédure qui conduit à la destitution, de nature pénale, cette dernière dimension est aujourd'hui absente de la Constitution. On peut certainement voir ici la confirmation de l'immunité pénale protégeant le Président de la République s'agissant des actes accomplis dans le cadre de son mandat pendant la seule durée de son mandat. Est-ce à dire que l'impunité est désormais totale pour le président en dehors d'une saisine de la Cour pénale internationale. Il semble que la réponse à cette question soit négative car il paraît tout à fait concevable que certaines infractions particulièrement graves soient constitutives de manquement au sens de l'art. 68 de la Constitution. Le débat rebondit alors en procédure, car, faute d'indication, encore faut-il s'interroger sur la possibilité de renvoyer ce président devant la justice pénale.

B. La procédure pénale : instrument d'une justice virtuelle

Jamais le Président de la République n'a été considéré comme un simple citoyen devant faire l'objet d'un procès ordinaire. L'impression prédominante est sans doute toujours fortement marquée par un « *intérêt général à un procès illusoire* »³¹ et par une procédure peu en phase avec les standards européens nécessaires à toute justice moderne.

Certes les obstacles procéduraux figurant avant 2007 liés au mélange opéré entre politique et répressif et tenant au fonctionnement de la Haute Cour de Justice paraissent infranchissables rendant parfaitement illusoire la reconnaissance de la responsabilité du Président de la République³².

28 Cass. crim. 13 mars 2001, n° 00-87.215 : RSC 2003, p. 894, chron. MASSÉ ; JDI 2002, p. 804, note SANTULLI ; RGDIP 2001, p. 474, note POIRAT, et p. 507, concl. LAUNAY ; D. 2001, p. 2631, note ROULOT.

29 Art. 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998.

30 Cf. *infra*.

31 Notre thèse, *L'intérêt général dans le procès pénal*, thèse, Poitiers, 2007, n° 496.

32 R. DE GOUTTES, « Conclusions sur l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001 », RFD cons. 2002, p. 77.

La mise en accusation était particulièrement difficile³³. Il faut souligner que l'initiative en la matière était restreinte puisque l'engagement des poursuites par le ministère public et la constitution de partie civile étaient interdits³⁴ privant les victimes de tout recours en justice. L'indigence procédurale se manifestait également par l'absence de participation du Président de la République à ce stade de la procédure, car aucune audition ni même sa représentation n'étaient prévues. La phase d'instruction, plus judiciaire que la précédente³⁵, laissait une place assez réduite aux juges, le défaut de renvoi étant, aux yeux de la doctrine, une hypothèse assez peu imaginable³⁶. Enfin, la phase de jugement était marquée par l'omniprésence du politique, la Haute Cour de Justice n'étant composée que de parlementaires. De manière globale, le Constituant, reprenant une tradition assez ancienne, a souhaité mettre en place une justice mêlant politique et judiciaire, véritable étranger³⁷ au regard des modalités ordinaires de fonctionnement d'un procès. En réalité, le sentiment d'impunité se dégageait de l'ensemble du processus et paraissait néfaste. La Haute Cour de justice, « *instrument d'indulgence* »³⁸, avait en effet été créée pour ne jamais fonctionner³⁹.

La procédure issue de la loi de 2007 est profondément marquée par un découplage des dimensions politique et pénale. Ce choix avait été proposé par la commission présidée par le professeur Pierre Avril, laquelle avait songé à supprimer la quasi-totalité de la composante judiciaire pour conserver un processus purement parlementaire renvoyant au droit commun d'éventuelles sanctions pénales. Dans le cadre du nouveau dispositif, une procédure de destitution est envisagée. Outre le fait que cette dernière est longtemps restée virtuelle faute de loi organique la précisant⁴⁰, celle-ci demeure, encore aujourd'hui, assez théorique. Un auteur indique d'ailleurs qu'« *il est plus facile, aujourd'hui, de réviser la Constitution que de prononcer, demain, la destitution du chef de l'État* »⁴¹.

33 La mise en accusation devait résulter d'une initiative d'un dixième des députés ou d'un dixième des sénateurs, sa recevabilité devait être appréciée par le bureau de chacune des chambres pour ensuite faire l'objet d'un examen par une commission ad hoc et être votée finalement à la majorité absolue des deux chambres. En outre, il faut noter qu'en dehors de deux périodes de cohabitation, le président a sous la V^e République le plus souvent eu une majorité acquise au parlement ce qui rendait encore plus difficile l'acquisition de cette majorité absolue et le recours à la Haute Cour de Justice quasiment illusoire. C'est en effet sans doute dans ce vote que résidait le filtre le plus strict et le plus politique, W. JEANDIDIER, « Les juridictions pénales d'exception dans la France contemporaine » : *JCP* 1985, I, 3173, § 9.

34 Art. 68-1 de la Constitution avant réforme de 2007.

35 La commission d'instruction était composée uniquement de juges chargés de la mise en état selon des règles proches du code de procédure pénale.

36 A. MOREAU, « *La haute trahison du président de la République sous la V^e République* » : *RDP* 1987, p. 1559.

37 G. VEDEL indiquait que la notion même de justice politique était « *une notion suspecte* », G. VEDEL, « La compétence de la Haute-Cour » : in *Mélanges dédiés à M. le professeur Joseph Magnol*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 396.

38 W. JEANDIDIER, *op. cit.*, § 5.

39 Elle aurait une simple « *vocation profondément préventive* », R. CARIO, « La responsabilité des hautes autorités politiques de l'État quant aux actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Le cas de la France », *RICPT* 1995, p. 30, ce qui serait, au demeurant, « *un signe d'excellente santé* » du pays selon J. BROUCHOT, in « La Haute Cour de justice (Constitution de 1946) » : *RSC* 1947, p. 340.

40 Loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution ; O. PLUAN, « L'inapplicabilité du nouveau régime de responsabilité du Président de la République » : *RDP* 2009, p. 1401 et s. Sur les difficultés posées par la situation entre 2007 et 2014, v. O. BEAUD, « La mise en œuvre de la responsabilité politique du Président de la République française peut-elle être paralysée par l'absence de loi organique prévue par l'article 68 ? » : *La responsabilité du chef de l'État*, éd. Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. 12, 2009, p. 10.

41 J.-F. DREUILLE, « Haute Cour » : *Rép. pén. Dalloz* 2014, n° 46.

Cette procédure de destitution est, conformément à la volonté de la commission Avril, éminemment politique⁴². Une résolution, motivée et initiée par un dixième de parlementaire de l'une des chambres, doit être adoptée par les deux assemblées du Parlement. La Haute Cour, émanation du Parlement se prononce sur la destitution⁴³. Les décisions de réunion de la Haute Cour et de destitution doivent être prises à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée concernée ou la Haute Cour. Ce caractère politique a été rappelé par le Conseil constitutionnel qui a ainsi souligné que la Haute Cour ne constituait pas une juridiction⁴⁴. Pourtant, il n'est pas certain qu'une telle affirmation emporte la conviction de la Cour EDH sur l'inapplicabilité des garanties relatives au droit à un procès équitable dans le cadre de cette procédure si on retient que l'enjeu relève de la matière pénale au sens européen du terme⁴⁵. Or, les lacunes procédurales sont à cet égard criantes et certains n'ont pas hésité à envisager une éventuelle condamnation par la Cour EDH à raison de manquements au regard de l'art. 6 de la CEDH⁴⁶.

Plus encore, le sort pénal du président reste une préoccupation oubliée. Il convient en effet de se demander si la responsabilité politique résultant de la procédure de la destitution est « substituée à la responsabilité juridique »⁴⁷ ou au contraire si elle précède la possible mise en cause de la responsabilité juridique.

Si la période antérieure à 2007 était marquée par la reconnaissance d'une responsabilité politico-pénale devant la Haute Cour de Justice, il convient de s'interroger sur l'articulation issue de la loi constitutionnelle du 23 février 2007 et sur le devenir du président après que celui-ci ait été destitué par la Haute Cour. Au regard de l'art. 67 de la Constitution, le Président de la République bénéficie d'une immunité absolue pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions à l'exception de sa responsabilité pénale devant la CPI et de sa responsabilité politique devant la Haute Cour⁴⁸.

Certains auteurs tirent argument de ce texte pour en déduire que seule la sanction de la destitution peut lui être appliquée. Il faudrait alors en conclure que le fait qui constitue à la fois un « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » au sens de l'article 68 et une infraction au regard du droit pénal ne saurait trouver de réponse pénale. Le meurtre, le viol, la corruption⁴⁹, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêt ou toute autre infraction⁵⁰ commise par le Président de la République

42 Un parallèle peut ici être fait avec l'*impeachment* américain qui illustre la séparation de la dimension politique et de la dimension pénale, v. E. ZOLLER, *L'impeachment aux États-Unis* : in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Responsabilité pénale et vie politique en France et à l'étranger*, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 25-26 mais la comparaison s'arrête sans doute là, les mécanismes étant bien différents, O. BEAUD et Ph. LAUVAUX, « Sur le prétendu 'impeachment à la française' » : *D.* 2003, p. 2646.

43 Art. 68 de la Constitution.

44 Cons. const., 19 novembre 2014, déc. n° 2014-703 DC, n° 5.

45 B. DE LAMY, « Réforme de la responsabilité pénale du Président de la République : du trouble à la confusion » : *RSC* 2008, p. 125.

46 M.-L. RASSAT, « Du statut dit « pénal » du président de la République » : *Dr. pénal* 2007, ét. 8.

47 B. DE LAMY, « Réforme de la responsabilité pénale du Président de la République : du trouble à la confusion » : *RSC* 2008, p. 126.

48 Une discussion existe sur le point de savoir s'il est possible de parler d'une responsabilité politique dans un tel cas, certains évoquant simplement une procédure tendant à faire constater l'incompatibilité entre un homme et sa fonction conduisant à sa mise à l'écart, v. A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel* : coll. Corpus Droit public, Economica, 4^{ème} éd., 2012, p. 354.

49 De tels faits ont ainsi conduit à la démission du président du Brésil, Fernando Collor, le 29 décembre 1992 avant que le Sénat ne le destitue.

50 V. le cas du président vénézuélien Carlos Andrés Pérez destitué en 1993 à raison de malversations et de financements illicites de campagne électorale. Il est possible également d'évoquer les cas d'*impeachment* aux États-Unis, v. E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 27.

à l'occasion de ses fonctions ne pourraient avoir de répercussion pénale⁵¹. Le président serait destitué sans être inquiété par la justice pour cet acte. Ce résultat serait sans doute d'autant plus paradoxal qu'il conduirait à exclure toute responsabilité et toute sanction pénale qui étaient concevables auparavant. La loi constitutionnelle du 23 février 2007 aboutirait à une impunité renforcée et difficilement acceptable⁵².

Une autre interprétation permet de considérer le sort du président destitué comme tout citoyen. Privé de la protection inhérente à son mandat du fait de la destitution, il redeviendrait subséquemment et pour les faits fondant la destitution⁵³, susceptible d'être jugé par toute juridiction de droit commun⁵⁴ ou même par une autorité administrative comme le préconisait la commission Avril⁵⁵. Faute d'adaptation prévue, le droit commun procédural serait alors applicable non sans complication. Le jugement d'un président déchu constituerait une situation certainement peu anodine et ne manquerait pas de générer des difficultés relatives à l'administration de la preuve, à la présomption d'innocence, au respect des droits de la défense ou à la composition de la juridiction. La possibilité même d'un jugement voire d'un « rejugement »⁵⁶ suscite le doute et notamment la compatibilité du processus au regard du principe *ne bis in idem* de l'art. 4 § 1 du Protocole 7 tel qu'envisagé par la Cour EDH dans sa jurisprudence⁵⁷. Cette dernière conçoit en effet la procédure pénale de manière extensive, incluant en particulier certaines sanctions administratives, fiscales ou disciplinaires. Or, il est sans doute possible de voir dans la destitution une simple « mesure de protection de la fonction »⁵⁸ de nature purement politique, mais cette disposition peut aussi être analysée comme une sanction pour l'homme dont la dimension pénale mérite d'être discutée. La destitution relève, pour certains, de la matière pénale⁵⁹. En ce cas, le déclenchement d'une procédure pénale peut être sujette à controverse dès lors qu'elle porte sur les mêmes faits qui ont été traités sous l'angle du manquement aux devoirs manifestement incompatible avec l'exercice du mandat⁶⁰. Le véritable point d'achoppement à l'invocation du principe *non bis in idem* tient en réalité à la nature de la destitution. Cette dernière a été considérée, en matière disciplinaire, par le passé, comme des sanctions non pénales⁶¹, mais la question n'est peut-être pas aussi tranchée qu'il y paraît tant les glissements d'une qualification à l'autre sont importants⁶².

51 Afin de comprendre les enjeux de cette situation, il est possible de raisonner au regard d'une infraction relativement grave commise par le Président de la République mais qui ne puisse conduire à une saisine de la CPI.

52 M.-L. RASSAT, *Droit pénal général* : coll. Cours magistral, Ellipses, 2014, n° 551.

53 M. VERPEAUX, « Le faux impeachment à la française ou la nouvelle combinaison du pénal et du politique » : *JCP G.* 2007. I. 141, n° 19.

54 F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général* : coll. Corpus droit privé, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 706.

55 *Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République*, présidée par le Professeur P. Avril, Doc. fr. 2003, p. 37.

56 Le terme de « rejugement » peut en soi être contestable car il sous-entend que la destitution est un premier jugement ce qui, pour les raisons précitées, est contesté.

57 V. notamment Cour EDH 30 avril 2015, *Kapetanios c. Grèce* : *AJ pénal* 2015. 367, obs. MAURO. V. égal. J.-P. SUDRE, « Le principe *non bis in idem* et le cumul des sanctions pénales et disciplinaires applicables aux notaires » : *D.* 2015, p. 1187 ; O. DÉCIMA, « *Bis repetita placent* : cumul des sanctions pénales et disciplinaires » : *D.* 2015, p. 1192.

58 *Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République*, présidée par le Professeur P. Avril, Doc. fr. 2003, p. 37.

59 M.-L. RASSAT, « Du statut dit « pénal » du président de la République », *op. cit.*

60 Sur cette question de l'identité de faits, v. Cour EDH 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotouchine c/ Russie* : *D.* 2009, p. 2014, note PRADEL ; *AJDA* 2009, p. 872, chron. FLAUS ; *RSC* 2009, p. 675, obs. ROETS.

61 V. not. le cas de la destitution d'un notaire, Cour EDH, 31 janvier 2012, n° 10212/07, *Durand c/ France*.

62 Sur la nature pénale de la sanction disciplinaire, v. O. DÉCIMA, *op. cit.*, p. 1194.

Face à de telles incertitudes, il faut fortement souhaiter que les mécanismes consacrés par la loi constitutionnelle du 25 février 2007 complétés par la loi organique du 24 novembre 2014⁶³ ne soient pas sollicités. Le maintien d'un processus politique avec la procédure de la destitution sur lequel plane l'ombre d'une quasi-justice partisane et l'absence de conséquences en dehors de la fin du mandat⁶⁴ pourraient rendre la situation insupportable. La procédure reste donc, elle, virtuelle et empreinte de doutes. Cette conclusion ne fait qu'illustrer la force de la protection lorsque l'objectif est bien d'éviter la mise en cause du Président de la République à raison des actes commis en lien avec ses fonctions. Cette même raison explique pourquoi seuls les cas les plus criants de responsabilité ont été admis. Bien différente est l'hypothèse où le citoyen élu voit sa situation préservée pour éviter, par ricochet, une fragilisation de l'État lorsque les actes accomplis l'ont été hors fonction. C'est alors tout l'enjeu de l'inviolabilité pénale.

II. UNE PROTECTION CONTESTÉE POUR LES ACTES COMMIS EN DEHORS DE LA FONCTION

Les actes commis en dehors de la fonction sont dépourvus de lien avec la Présidence de la République. On perçoit aisément la difficulté posée au regard de l'intérêt général. D'un côté, un homme est suspecté d'avoir commis une infraction, peut-être grave, ce qui justifie un jugement à l'instar de tout citoyen. De l'autre, cet homme représente la fonction présidentielle, laquelle doit être protégée de toute atteinte indirecte. Il convient ici de protéger le pouvoir de décision du Président de la République et la place de cet acteur, arbitre du jeu politique, qui incarne également la permanence de l'État. Cette situation a pour conséquence de segmenter le temps. Fort de son mandat, le Président de la République est protégé par une inviolabilité temporaire affirmée par la Constitution (A), mais sujette à discussion (B).

A. L'inviolabilité affirmée

Dans les faits, sont concernées par l'inviolabilité les infractions commises avant l'élection du Président de la République et les infractions commises durant le mandat sans rapport avec les fonctions présidentielles.

Traditionnellement, la doctrine estimait, pour les faits antérieurs ou extérieurs au mandat que le recours au droit commun s'imposait, les tribunaux répressifs ordinaires devant être amenés à juger pareilles affaires⁶⁵.

Pourtant, le Conseil constitutionnel en a décidé autrement dans sa décision relative à la Cour pénale internationale du 22 janvier 1999⁶⁶. Considérant que, pendant la durée de ses fonctions, la responsabilité pénale du président ne pouvait être mise en cause que

63 À ce jour, les règlements intérieurs des assemblées n'ont pas été modifiés pour intégrer la réforme, de même, aucun règlement intérieur n'a été adopté pour la Haute Cour alors que la loi organique l'envisage.

64 Nous n'avons pas évoqué d'autres aspects tels que le maintien des droits à la retraite ou encore le droit de siéger au Conseil constitutionnel.

65 J. DREUILLE, « Haute Cour », *op. cit.*, n° 16 ; TGI Paris, 3 déc. 1974 : *Gaz. Pal.* 1975. 315 ; *JCP G.* 1975. II. 17969, note LINDON dans une affaire où le tribunal correctionnel de Paris avait reconnu sa compétence pour connaître des poursuites pénales exercées contre Valéry Giscard d'Estaing, Président de la République, s'agissant de faits d'affichage illégal antérieur à son mandat.

66 Cons. Const. 22 janv. 1999, n° 98-408 DC : *D.* 1999, p. 285, obs. CHRESTIA ; *AJDA* 1999, p. 230, note SCHOETTL ; *RFD adm.* 1999, p. 285 et 717, note GENEVOIS ; *RSC* 1999, p. 497, note DELEUZE ; *D.* 2001, chron., p. 949, note PRÉLOT.

devant la Haute Cour de Justice. L'on pouvait en déduire que le président bénéficiait d'un privilège de juridiction et que, pendant son mandat, seule la Haute Cour de Justice était apte à le juger⁶⁷ que les faits concernent le mandat ou non.

Deux ans plus tard, la chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de se démarquer de cette position. Dans son arrêt *Breisacher* du 10 octobre 2001, elle estime que la Constitution prévoit la compétence de la Haute Cour de Justice pour juger les faits de haute trahison commis par le Président de la République dans l'exercice de ses fonctions. Dans le même temps elle indique qu'une telle compétence ne saurait s'appliquer aux actes détachables, mais que doit exister durant le mandat une inviolabilité.

L'article 67 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle de 2007 consacre cette dernière solution et l'inviolabilité provisoire. Ainsi, les juridictions de droit commun sont compétentes pour juger de tels actes, mais les procédures sont suspendues le temps du mandat. Ces dernières peuvent reprendre ou être engagées à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la cessation des fonctions.

B. L'inviolabilité discutée

Si le traitement procédural apparaît identique entre les faits antérieurs et extérieurs au mandat, ceux-ci emportent des difficultés différentes.

Pour les faits antérieurs, la suspension pose à la fois des problèmes de preuve (disparition des témoins, vieillissement des preuves) et plus globalement de réalisme de la justice. En effet, Jacques Chirac a été condamné le 15 décembre 2011 par le tribunal correctionnel de Paris à deux ans d'emprisonnement avec sursis pour détournement de fonds publics, abus de confiance et prise illégale d'intérêts dans une affaire relative à des emplois fictifs. Les faits dataient du début des années 1990 lorsque Jacques Chirac était maire de Paris. Le caractère tardif de la condamnation et l'état de santé déjà dégradé de l'ancien président ont suscité des discussions. L'inviolabilité paralyse autant l'action publique et la recherche probatoire dans les affaires concernant un président en exercice⁶⁸ que l'action civile portée par une partie civile qui devra attendre cinq voire dix ans en cas de réélection pour que l'affaire soit jugée ce qui ne va pas sans poser aussi des problèmes.

Pour les faits se déroulant au cours du mandat, mais extérieurs à celui-ci, la solution proposée, si elle éclaire la situation juridique du président comporte également certaines difficultés. La première d'entre elles, non résolue en droit, est la délimitation entre ce qui relève du mandat et ce qui n'en relève pas. Si le meurtre de la maîtresse semble se situer en dehors du mandat, il n'est pas certain que cela soit toujours le cas tant il est difficile de couper, de manière nécessairement artificielle, le temps et l'activité⁶⁹. En matière pénale comme en dehors, l'impossibilité de diriger une action contre le Président de la République peut faire naître une certaine « *asymétrie* »⁷⁰ contestable. En matière de divorce, les textes permettent au président de demander le divorce pour faute de son conjoint, en revanche il est impossible pour ce conjoint de demander le divorce

67 Il s'agissait ici d'une lecture autonome des deux alinéas de l'art. 68 de la Constitution.

68 Les enquêteurs, dans des affaires complexes dans lesquelles le président est impliqué, sont donc contraints à utiliser des stratégies de contournement, cherchant à collecter les preuves ne concernant pas le président en attendant d'être autorisé.

69 G. CARCASSONNE, « Le statut pénal du chef de l'État. Le point de vue du constitutionnaliste », *op. cit.*, p. 142. V. égal. J.-R. ROBERT, « Le chef de l'État. Le point de vue du pénaliste » : *RPDP* 2004, p. 147.

70 O. BEAUD, « président et partie civile : une compatibilité problématique ? » : *D.* 2012, p. 1920.

pour faute du président. De même, le président peut entreprendre une action en contestation de paternité alors qu'un de ses enfants ne peut pas entreprendre une action en reconnaissance de paternité. Enfin, le Président de la République a la faculté de demander la réparation d'un dommage, y compris d'un dommage moral atteint à son image par exemple. Il est en revanche impossible à la personne poursuivie de mener sans attendre une action reconventionnelle en montrant que c'est elle qui a subi le dommage du fait du président et non l'inverse. Cette asymétrie est également perceptible dans le champ pénal. Si le Président de la République peut être victime et exercer son action civile au même titre que tout citoyen⁷¹ comme l'illustre l'arrêt du 15 juin 2012 rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'affaire *Clearstream*⁷², en revanche, il ne peut pas être témoin, entendu ou poursuivi pour des infractions qu'il aurait commises. Par conséquent, le Président de la République peut se constituer partie civile pour différentes atteintes sans qu'il soit possible de le poursuivre immédiatement pour une dénonciation calomnieuse ou une plainte abusive⁷³.

En 2012, la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique dite Commission Jospin proposait de mettre fin à l'inviolabilité pénale et civile du Président de la République pour permettre des poursuites et une condamnation au cours de son mandat pour des actes qu'il n'a pas accompli en qualité de chef de l'État⁷⁴. Une telle réforme implique une remise en question de l'équilibre actuel entre répression et protection de la fonction présidentielle conduisant certes à réduire le sentiment d'impunité, mais entraînant corrélativement à fragiliser la légitimité de la personne élue et par contre-coup la fonction présidentielle. Un projet de réforme constitutionnelle avait été déposé le 14 mars 2013 à l'Assemblée nationale prévoyant la possibilité d'un engagement d'une action civile contre le président. La commission des requêtes de la Haute Cour était chargée d'examiner si cette action pouvait prospérer durant le mandat sans porter atteinte à la dignité de la fonction. Ce projet n'a pas abouti faute de réunion du Congrès en l'absence de majorité suffisante pour adopter ce texte.

En conséquence, la protection de la fonction implique, en droit français, une protection particulièrement forte du Président de la République. Pourtant, cette nécessité tout

71 Le président Nicolas Sarkozy a ainsi entrepris plusieurs procédures durant son mandat, s'estimant victime d'une atteinte au droit à l'image à propos de l'utilisation d'une photo dans une campagne publicitaire ; pour faux et usage de faux et recel après la publication d'un SMS qui lui était prétendument attribué (la plainte a été retirée après que le journaliste se soit excusé) ; pour demande d'interdiction de la commercialisation d'une poupée vaudou à son effigie ; pour dénonciation calomnieuse après la publication des carnets d'un ancien directeur des renseignements généraux ; pour escroquerie bancaire ; et pour délit d'offense au chef de l'État défini à l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Dans cette dernière affaire, un manifestant ayant brandi une pancarte « Casse-toi pauvre con » au passage du Président de la République avait été condamné sur le fondement du délit d'offense au chef de l'État. La Cour EDH, dans un arrêt du 14 mars 2013, *Eon c. France*, a jugé contraire à l'article 10 de la Convention garantissant le droit à la liberté d'expression une telle condamnation, CEDH, 14 mars 2013, n° 26118/10, *Eon c/ France* : D. 2013, p. 968, note BEAUD ; *AJ pénal* 2013, p. 477, obs. PORTERON ; *RSC* 2013. 670, obs. ROETS. Sur l'abrogation ultérieure de ce texte, v. E. CLÉMENT, « L'abrogation du délit d'offense au Président de la République au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme » : *Dr. pénal* 2013, étude 19.

72 Cass. ass. plén., 15 juin 2012, n° 10-85.678 : D. 2012, p. 1617 ; *ibid.*, p. 1916, note BEAUD ; *RFDA* 2012, p. 1203, note DESAULNAY.

73 L'admission de la constitution de partie civile par le Président de la République pose également de graves difficultés au regard de l'indépendance de la Justice.

74 V. Proposition n° 17 et 18, Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un nouveau démocratique*, La Documentation française, p. 116.

comme le degré de protection du titulaire de la fonction demeurent éminemment discutables de sorte que les doutes entourant la légitimité du régime dérogatoire applicable au Président de la République sont loin d'être levés.

A Poitiers, le 9 mars 2016.