



HAL
open science

La métamorphose du régime de responsabilité pénale de ceux qui font la loi

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. La métamorphose du régime de responsabilité pénale de ceux qui font la loi. Teyssié B. (dir.). Les métamorphoses de la loi. En hommage à Jean Foyer, Éditions Panthéon-Assas, 2022, Pensée contemporaine, 978-2-37651-048-2. hal-04563993

HAL Id: hal-04563993

<https://univ-lemans.hal.science/hal-04563993v1>

Submitted on 21 Nov 2024

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 METAMORPHOSE DU REGIME DE RESPONSABILITE PENALE DE CEUX QUI FONT LA LOI

Par
Fabien BOTTINI
Professeur des Universités
à l'Université du Maine
Membre du Thémis
Membre associé du LexFEIM
Membre Sénior
de l'Institut Universitaire de France

Difficile d'évoquer les « métamorphoses de la loi » dans un hommage rendu au Président Jean Foyer sans s'attarder sur la responsabilité pénale de ceux qui la font – parlementaires bien sûr, mais aussi ministres et chef de l'Etat – et tenter de faire le bilan des révisions constitutionnelles qui se sont succédé entre 1993 et 2007 pour en moderniser les règles¹.

Car Jean Foyer n'a pas seulement été le Professeur de droit que l'on sait. Il a participé à l'élaboration et au développement de la Ve République dont il a été l'un des acteurs en tant que ministre et parlementaire, puisqu'il a notamment été garde des Sceaux et président de la commission des lois de l'Assemblée nationale.

Fort de ces expériences, il a pu regretter dans un ouvrage paru en 1991 sur *Le député dans la société française*², certains abus dont il avait été témoin dans l'usage des immunités de ceux qu'il est désormais convenu d'appeler les « décideurs publics »³.

Par ses critiques constructives, il a ainsi apporté sa pierre à un important travail de refondation du régime de responsabilité pénale des autorités politiques qui font la loi, dont les implications ne sont pas toujours bien perçues. Sans doute parce qu'elles ne peuvent se comprendre qu'à condition de décroquer un certain nombre de phénomènes ; de chercher l'explication du droit en dehors du droit et de mettre diverses réformes en perspective, le tout sur le temps long, en remontant jusqu'à la Révolution française.

Parmi les grands chambardements qui ont nourri cette transformation, retiennent notamment l'attention le passage de l'Etat légal à l'Etat de droit au point de vue politique et du libéralisme classique au néolibéralisme au point de vue économique. Car, même s'ils ne se confondent pas forcément, ces phénomènes se sont en l'occurrence recoupés d'une façon qui

¹ V. les révisions constitutionnelles n° 93-952 du 27 juillet 1993, n° 95-880 du 4 août 1995 et n° 2007-238 du 23 février 2007.

² Economica, 1991. V. notamment sa critique de l'inviolabilité parlementaire, p. 50 : « peu d'autorisations » de levée d'immunité « sont accordées. La camaraderie parlementaire, toutes tendances confondues, la pensée qu'inspire la maxime latine *hodie tibi, cras mihi* » (« aujourd'hui moi, demain toi ») « retiennent les assemblées. Quand elles ne rejettent point la demande purement et simplement, elles attendent que la fin de la session l'ait rendue caduque. Pour qu'une demande prospère, il est nécessaire que le gouvernement s'en mêle. Il ne le fait que dans les cas graves et dans les périodes troublées ».

³ Sur cette question, v. notre thèse : F. Bottini, *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, LGDJ, 2008.

a rétroagi sur le régime juridique de la responsabilité pénale du chef de l'Etat, des ministres et des parlementaires.

La problématique du sujet a en effet fini par se poser en ces termes : le maintien de la protection historiquement destinée à assurer l'enracinement du droit public nouveau dont les décideurs publics, notamment constitutionnel, sont les héritiers se justifie-t-il encore à l'heure où elle se trouve rejetée par l'opinion publique et où elle peut constituer un frein à l'établissement du nouvel ordre public économique véhiculé par la mondialisation ? Surtout lorsque l'on sait les progrès considérables qui ont été accomplis depuis les années 1980, en partie sous la pression de cette même rationalité économique, pour renforcer les garanties offertes aux justiciables ordinaires devant le juge répressif de droit commun en termes de droit à un procès équitable ?

Parce que la réponse ne pouvait être que négative, le phénomène de déconstruction du régime de responsabilité hérité de la Révolution amorcé dans les années 1870 s'est subitement accéléré dans les années 1990, à un moment où ses excès ont une nouvelle fois été mis en lumière par un certain nombre de scandales (I). Ce qui a eu pour corollaire la reconstruction d'un régime contemporain de responsabilité, plus adapté aux défis de la société actuelle, dont le chantier est toujours en cours de réalisation (II).

I. La déconstruction d'un régime de responsabilité hérité de la Révolution devenu obsolète

Les révisions constitutionnelles précitées de 1993, 1995 et 2007 révèlent en creux la lente déconstruction progressivement opérée depuis la fin du Second Empire au moins de la conception des immunités constitutionnelles qui avait été élaborée sous la Révolution au bénéfice des représentants de la Nation et de leurs agents.

Après avoir rappelé que « l'opinion publique s'était énergiquement prononcée pour l'abrogation » du système de la garantie des fonctionnaires hérité de la Constitution de l'an VIII, le rapporteur du comité chargé d'examiner le bien-fondé des mesures prises à la suite de la défaite de Sedan ne craignait en effet « pas d'affirmer » à cette date « que, parmi les décrets rendus par le gouvernement de la défense nationale, l'un des mieux accueillis a été celui du 19 septembre 1870 »⁴. De sorte que ce texte peut être considéré comme le point de départ de l'importante œuvre de refondation de l'ensemble des immunités reconnues aux détenteurs du pouvoir dont les révisions des années 1990-2000 marquent une étape importante.

Le problème est que le régime de responsabilité hérité de 1789 se caractérisait par un mélange de rupture et de continuité avec certaines solutions de l'Ancien régime qui ont fini par compromettre son efficacité. Non seulement parce que la responsabilité des représentants et de leurs agents affirmée dans son principe restait fondée sur une certaine méfiance envers les juges et les justiciables (A), mais aussi parce que les limites pratiques de ce régime de responsabilité en faisaient davantage une garantie de la verticalité du pouvoir que de la responsabilité effective de ses dépositaires (B).

A. Une responsabilité historiquement affirmée dans son principe mais fondée sur la méfiance envers les juges et les justiciables

En transférant la souveraineté de Dieu à la Nation, les Révolutionnaires ont certes fait œuvre de rupture en mettant à bas l'absolutisme monarchique de l'Ancien régime. Mais ils n'ont pas bâti l'ordre nouveau totalement à partir de rien. Ce dernier a, à bien des égards,

⁴ « Rapport de M. TAILLEFERT, fait au nom de la commission chargée de rechercher, parmi les décrets législatifs du gouvernement de la défense nationale, ceux qu'il serait urgent de modifier », *JO*, 18 avril 1872, Annexe n° 928, p. 2614.

emprunté au premier : de sorte que sur certains sujets « la continuité est remarquable »⁵. Or, d'une certaine façon, le régime de responsabilité des dépositaires du pouvoir, notamment de ceux qui font la loi, s'est longtemps caractérisé par ce mélange de rupture et de continuité.

La rupture a bien eu lieu, puisque c'est notamment en réponse aux cahiers de doléances « unanimes à réclamer la responsabilité effective, sérieuse »⁶ des autorités que les Révolutionnaires ont substitué la souveraineté nationale à la souveraineté divine comme fondement du droit public nouveau. Rejeter l'idée d'un ordre naturel des choses justifiant l'impunité des représentants de l'Etat ici-bas a par exemple permis à l'Assemblée constituante de décréter la responsabilité des ministres et des agents de l'autorité le 13 juillet 1789⁷, avant d'inscrire le 26 août le droit de chacun « de demander compte à tout agent public de son administration »⁸ à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. En conséquence, l'article 16 de la loi des 16 et 24 août 1790 abolissait « tout privilège en matière de juridiction », afin que « tous les citoyens sans distinction plaident dans la même forme, devant les mêmes juges, dans les mêmes cas »⁹.

Mais cette rupture s'est faite dans une certaine continuité, dès lors que l'idée s'est très vite imposée que les juridictions judiciaires où siégeaient les juges de l'ancien droit ne pourraient juger les élus de la Nation ou leurs préposés qu'après filtrage préalable des plaintes des justiciables par le pouvoir politique. De ce que l'article 1^{er} de la DDHC permettait les « distinctions sociales » fondées sur « l'utilité commune », l'article 17 de la loi de 1790 en déduisait la faculté du législateur de « distrai[re] » « les justiciables » « de leurs juges naturels » tandis que d'autres textes subordonnaient carrément l'exercice des poursuites contre les autorités politiques ou leurs subordonnés à une autorisation préalable¹⁰. Comme dans l'ancien temps, « Il suffisait » pour les agents publics « de tenir à l'administration par le plus petit fil pour n'avoir rien à craindre que d'elle »¹¹ ainsi que le résumait Alexis de Tocqueville, l'analyse valant également pour les représentants de l'Etat, seuls justiciables au fond de leurs pairs.

Il est vrai que les Révolutionnaires pensaient que les dépositaires du pouvoir feraient preuve d'un usage éthique des prérogatives qui leur seraient confiées, en suivant les préceptes de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Mais cela ne s'est pas toujours vérifié en pratique. De sorte que ce régime de responsabilité est, dans les faits, davantage apparu comme le garant de la verticalité du pouvoir que de la responsabilité effective de ses dépositaires.

B. Un régime de responsabilité dans les faits davantage garant de la verticalité du pouvoir que de la responsabilité effective de ses dépositaires

Le régime de responsabilité qui s'est progressivement mis en place dans les premières années de la Révolution a fini par assimiler les représentants de la Nation aux représentés, de

⁵ C. Glineur, *Histoire des institutions administratives. X^e-XIX^e siècle*, Economica, 2017, p. 7.

⁶ A. SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, L. Larose, 1881, p. 393. V., par ex., *Arch. parl.*, t. 1^{er}, p. 740 : les cahiers de doléances de la noblesse d'Amiens disposaient, dans leur article 18, que les États généraux « demanderont que les ministres et tous les administrateurs soient responsables envers la nation de leur gestion et jugés suivant la rigueur des lois ».

⁷ D. du 13 juill. 1789, relatif à la responsabilité des ministres et en général de tous les agents du gouvernement, *Arch. parl.*, t. 8, p. 230.

⁸ DDHC, art. 15.

⁹ D. du 16 août 1790, sanctionné par lettres patentes du 24 du même mois, sur l'organisation judiciaire, *Arch. parl.*, t. 18, p. 105.

¹⁰ Cf. D. du 13 juill. 1789, relatif à la responsabilité des ministres et en général de tous les agents du gouvernement, *Arch. parl.*, t. 8, p. 230 et art. 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

¹¹ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, M. Lévy frères, 1866, p. 82.

sorte à faire procéder le pouvoir d'en haut et à nier aux simples justiciables la faculté d'engager eux-mêmes la responsabilité des élus ou de leurs préposés devant le juge pénal. Il était d'autant moins pensable de leur permettre d'agir devant lui que les Cours de justice héritées de l'Ancien droit étaient encore aux mains de la noblesse de robe hostile à la Révolution comme on l'a dit : puisqu'il n'était dès lors pas question de leur permettre de remettre en cause les acquis du droit public nouveau, en engageant la responsabilité pénale des Révolutionnaires.

La fiction d'une représentation assimilant les représentants au souverain lui-même sur lequel le juge répressif ne saurait exercer aucun contrôle, qui permettait de donner une justification théorique à cette solution, a conduit le système mis en place en matière pénale à faire remonter la chaîne des responsabilités des agents publics de la base au sommet : de façon à faire endosser la responsabilité ultime aux membres de l'Exécutif, sous le contrôle de parlementaire seuls justiciables de leurs pairs selon un système à la logique implacable. De lui découlait les dispositions qui excusaient les simples agents d'exécution ou les dispensaient de toute sanction pénale lorsqu'ils suivaient les commandements de leur supérieur ; la garantie des fonctionnaires qui permettait au gouvernement de s'opposer aux poursuites contre les donneurs d'ordre, après avoir apprécié le caractère opportun de leurs décisions ; le monopole des parlementaires pour déterminer si les ministres avaient ou non bien agi en entravant l'action de la justice ; et, enfin, l'irresponsabilité parlementaire ainsi que le monopole des chambres pour autoriser la levée de l'inviolabilité de leurs membres : car la verticalité du pouvoir impliquait de réserver aux membres du parlement le soin de briser la chaîne des immunités.

A l'arrivée, le système a été jugé pire que celui de l'Ancien droit par Alexis de Tocqueville. Car « Avant la Révolution, le gouvernement ne pouvait », expliquait-il, « couvrir ses agents qu'en recourant à des mesures illégales et arbitraires, tandis que, depuis, il a pu légalement leur laisser violer les lois » avec le soutien, faut-il ajouter, du législateur lui-même¹². Ce qui était déjà des plus paradoxal. Mais, même pour leurs bénéficiaires, cette conception des immunités s'est révélée source d'arbitraire, dès lors qu'elles ne garantissaient aucunement que la loi soit la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse : non seulement un opposant au régime pouvait se voir poursuivi par la majorité, mais un membre de cette dernière tombé en disgrâce pouvait également être victime de son courroux¹³. Rien d'étonnant dès lors à ce que dans la lignée de l'analyse mécaniste de Montesquieu, le conseiller Eugène Poitou ait perçu l'impasse à laquelle il aboutissait dès 1869 : « c'est le propre », prophétisait-il, « des privilèges de tendre sans cesse à s'accroître, d'y employer la logique, et à défaut de la logique, le sophisme, jusqu'à ce que, d'excès en excès, le vice du principe éclate à tous les yeux et amène, par sa violence même, une réaction »¹⁴.

Car pour s'accorder avec les principes républicains hérités de la Révolution, ces immunités auraient dû se justifier par le souci de compenser le risque pénal particulier qui pèse sur les autorités publiques, afin d'assurer l'indépendance, la continuité et la dignité de leurs fonctions, sans faire obstacle à la pleine, entière et effective application de la loi pénale, que ce soit en favorisant leur impunité ou, au contraire, en les privant de leur droit à un procès équitable¹⁵.

Sous couvert de résoudre les maux de l'Ancien régime, le système de responsabilité fondé sous la Révolution s'est à l'usage révélé d'autant plus problématique qu'il en est venu à contredire les fondements de la démocratie libérale, en ignorant que la pensée démocratique postule en toute circonstance le respect de la volonté générale exprimée par la loi pénale ; et la

¹² *Ibidem*, p. 82.

¹³ V. Haute cour de justice, 6 août 1918, Malvy, *DP*, 1923, n° 2, p. 33.

¹⁴ E. POITOU, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Charpentier et Cie, 1869, p. 158.

¹⁵ Sur cette question, v. F. BOTTINI, *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, *op. cit.*, n° 17 s.

pensée libérale l'obligation de chacun d'assumer personnellement la responsabilité de ses actes – surtout lorsqu'il s'agit d'infractions à cette loi pénale : alors que « pouvoir et responsabilité » devraient toujours « aller de pair »¹⁶, comme le rappelait Pascal Jan en 2005 : autant pour que les dépositaires du pouvoir puissent subir les conséquences de leurs actes en cas de faits pénalement fautifs que pour qu'ils puissent être lavés de tout soupçon en l'absence de toute faute de leur part.

C'est pourquoi, à mesure que le libéralisme classique laissait sa place au néolibéralisme économique, le passage de l'Etat légal à l'Etat de droit s'est progressivement accompagné de la reconstruction d'un régime juridique de responsabilité plus conforme aux aspirations de l'opinion publique et adapté à l'époque contemporaine.

II. La reconstruction d'un régime de responsabilité plus adapté à l'époque contemporaine

Si dès 1870 les autorités normatives ont commencé à réformer les immunités constitutionnelles (et administratives) dans un sens plus conforme aux aspirations des citoyens et aux principes républicains de la démocratie libérale, cette évolution s'est trouvée catalysée depuis le tournant des années 1980 par la nouvelle rationalité économique héritée des idées néolibérales.

Dès lors que la mise en place d'un nouvel ordre public économique mondial et européen passait par la conversion des décideurs publics aux bienfaits de la libre concurrence¹⁷, il convenait de profiter du remplacement de l'Etat légal par l'Etat de droit pour affirmer la primauté de la nouvelle constitution économique à tous les niveaux de la hiérarchie des normes et, par suite, l'effectivité de la répression des infractions éponymes chargées d'assurer son respect – combien même (pour ne pas dire surtout) seraient-elles imputables à des autorités publiques, comme celles qui font la loi. Car les scandales politico-financiers des années 1980-1990 liés au financement occulte des partis politiques avaient mis au grand jour l'existence de systèmes généralisés de corruption au plus haut sommet de l'Etat, nuisibles à la compétitivité de l'économie nationale, au moment où l'effondrement de l'URSS accélérait la libéralisation des échanges à l'échelle mondiale et où différentes conventions internationales faisaient de la lutte contre la corruption une obligation pour les Etats¹⁸.

Cette nouvelle rationalité économique a ainsi conjugué ses effets avec les attentes de l'opinion publique pour accélérer la mise en place de réformes attendues de longues dates. Celles-ci ont tendu à atténuer le traitement pénal différencié des autorités, y compris constitutionnelles, qui a longtemps compromis en pratique la pleine, entière et effective application de la loi pénale, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse, tantôt en les privant de leur droit à un procès équitable, tantôt en favorisant au contraire leur impunité.

Même si cette reconstruction n'est pas encore achevée, elle se traduit d'ores et déjà par la fondation d'un socle de garanties commun au schéma d'ensemble globalement cohérent (A) sur lequel viennent se superposer des garanties qui leur sont propres et dont le régime juridique reste à ce jour perfectible (B).

A. La fondation d'un socle de garanties commun à toutes les autorités au schéma d'ensemble globalement cohérent

¹⁶ P. JAN, « La Constitution de la VI^e République, réconcilier les français avec la démocratie », *LPA*, 2005, n° 211, p. 5.

¹⁷ Sur cette notion, v. notre ouvrage F. BOTTINI, *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, IFDJ-Legitech, 2020, n° 133.

¹⁸ Sur cette question, v. A. BAVITOT, *La probité publique en droit pénal*, PUAM, 2019, p. 24.

Les auteurs de la loi bénéficient désormais de deux sortes de garanties communes à toutes les autorités de l'Etat, *lato sensu*. Tandis que les unes tiennent à l'assujettissement du droit pénal à des normes supra-législatives, les autres découlent d'une certaine « administrativisation » de ce même droit pénal par détermination de la loi.

Parmi la première série de garanties, certaines restent contestables comme la subordination du parquet à l'autorité hiérarchique du garde des Sceaux. Sans doute ce dernier ne peut-il légalement plus directement adresser d'instructions individuelles aux membres du parquet, de façon à infléchir le cours normal de la justice contre les décideurs publics, qu'ils soient chef de l'Etat, ministres, parlementaires ou autre, depuis le vote de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013. Mais un doute subsiste sur la possibilité qui reste ouverte aux gouvernants de faire pression sur les magistrats de par des contacts informels¹⁹ et la politisation persistante du processus de nomination et de sanction des membres du ministère public²⁰. Cette caractéristique conduit la justice européenne à refuser d'assimiler le parquet français à une autorité judiciaire²¹ – au contraire du Conseil constitutionnel²² – et la proposition est régulièrement faite – en vain jusqu'à présent²³ – de couper le cordon ombilical entre les parquetiers et le ministre de la Justice. Or, tant que la réforme ne se concrétise pas, le soupçon demeure : et si les magistrats du parquet étaient soumis à des pressions, pouvant être favorables (ou au contraire défavorables) aux autorités politiques, en méconnaissance de l'idée selon laquelle la loi pénale doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ? Une réforme s'impose donc pour que la « *justice must not only be done but must be seen to be done* »²⁴ comme le veut l'adage. D'autres garanties issues de la hiérarchie des normes sont toutefois plus consensuelles, comme celles issues du droit européen en vertu desquelles tout prévenu a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial, de façon contradictoire, dans le respect de l'égalité des armes²⁵. Car cela implique notamment que chacun ait droit au respect de la présomption d'innocence en l'absence de condamnation définitive²⁶ pour les faits qui lui sont reprochés et que des juges professionnels recrutés – dans le cas français – par concours, pour leurs compétences, sur une base méritocratique, instruisent objectivement l'affaire, sans parti pris, à charge ET à décharge²⁷, pour assurer la pleine, entière et effective application de la loi pénale, « soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »²⁸.

Les garanties législatives traduisant une certaine « administrativisation » du droit pénal tendent pour leur part à importer le double mécanisme de la responsabilité écran de la personne morale et de la faute lourde dans le nouveau régime de responsabilité qui se met en place au profit de tous les décideurs publics, y compris de ceux qui font la loi.

Sur le premier point, l'article 121-2 du Code pénal organise une orientation « préférentielle »²⁹ des poursuites vers certaines personnes publiques lorsque leurs agents ou

¹⁹ V. Comité de réflexion sur la justice pénale, *Rapport remis le 1^{er} septembre 2009 au Président de la République et au Premier ministre*, éd. Doc. fr., 2009, 58 p.

²⁰ Le Conseil supérieur de la magistrature ne donnant qu'un simple avis sur les décisions prises en la matière selon l'article 65 de la Constitution de 1958.

²¹ CEDH, 29.3.2010, Medvedyev et a. c/ France, Aff. n° 3394/03 ; CEDH, 23.11.2010, Moulin c/ France, Aff. n° 37104/06.

²² CC, 680 QPC du 8.12.2017, Indépendance des magistrats du parquet, *JO*, 2017, n° 287, texte n° 186.

²³ V. par ex. D. du 19 janv. 2000, abrogeant le décret tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au parlement réuni en Congrès, *JO*, 2000, p. 975.

²⁴ V. les rapports de F. Delaporte, K. Lenaerts et L. Potvin-Solis.

²⁵ V. art. 6§1 CESDH.

²⁶ CEDH, 24 mai 2011, Konostas c/ Grèce, req. n° 53466/07, *RSC*, novembre 2011, p. 711.

²⁷ En ce sens, v. art. 39-3 du Code de procédure pénale.

²⁸ Comme le prévoit l'article 6 de la DDHC.

²⁹ « Faciliter l'exercice des mandats locaux : analyse des résultats de la consultation. Rapport d'information de Mme Françoise GATEL et M. Éric KERROUCHE », *Doc. S.*, 2017-2018, tome VI, p. 30.

représentants sont en cause à raison d'« activités susceptibles de faire l'objet de délégation de service public ». Sans doute, l'article exclut-il à l'heure actuelle l'Etat de la liste des personnes publiques pouvant être poursuivies. Mais la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, est déjà intervenue pour étendre la possibilité des poursuites à toutes les infractions. De sorte qu'une réforme incluant l'Etat n'est à terme pas à exclure. Ce qui pourrait se défendre à partir du moment où la règle demeure que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits » (art. 121-2). Cette exclusion n'est toutefois pas absolue, puisque le législateur a dépénalisé certaines infractions non-intentionnelles³⁰, rendant *de jure* possible la transformation de la responsabilité pénale propre à l'auteur du délit en une responsabilité pécuniaire de la personne publique dont il dépend (Etat y compris).

Sur le deuxième point, les conditions d'engagement de la responsabilité ont en effet été durcies en la matière pour n'importe quel justiciable, à l'initiative de la loi Fauchon n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels : puisque ce texte a créé un système de fautes lourdes dans ce domaine. Comme l'a résumé un rapport d'information sénatorial en 2018, l'apport majeur de la réforme est d'avoir enfoncé « le coin de la faute qualifiée à double branche dans le système monolithique de la responsabilité pour faute non intentionnelle »³¹ : dans la mesure où une faute d'une particulière gravité est désormais exigée lorsque le lien de causalité entre le fait fautif reproché au décideur poursuivi et le dommage est indirect, dont la nature varie selon que le mis en cause se voit reprocher son inaction ou au contraire son action : tandis que la faute prend, dans le premier cas, la forme d'une faute délibérée pour mise en danger volontaire d'autrui traduisant une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité, elle prend, dans le second, celle d'une faute caractérisée par l'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité que son auteur ne pouvait ignorer.

La question de la soumission des parquets au garde des Sceaux mise à part, la reconstruction du régime de responsabilité de ceux qui font la loi et de leurs agents se concrétise donc par la création d'un socle commun de garanties dont les grandes lignes semblent s'être stabilisées, d'une façon qui offre un point d'équilibre satisfaisant entre les différents intérêts à concilier. Ce socle commun se double toutefois de garanties complémentaires propres aux auteurs de la loi dont le régime juridique reste, lui, par certains aspects perfectible faute d'avoir atteint un degré de maturité suffisant.

B. La superposition de garanties complémentaires propres aux auteurs de la loi dont le point d'équilibre reste perfectible

La reconstruction d'un régime de responsabilité propre aux auteurs de la loi adapté à l'époque contemporaine a enfin pris la forme de garanties spécifiques pour les parlementaires, les ministres et le chef de l'Etat.

Depuis le vote des lois constitutionnelles précitées n° 93-952 du 27 juillet 1993, n° 95-880 du 4 août 1995 et n° 2007-238 du 23 février 2007, les propos rattachables à l'exercice du mandat parlementaire prononcés ès qualité dans l'une des deux chambres ou retranscrits dans un de leurs documents officiels sont en effet couverts par une irresponsabilité absolue interdisant de les poursuivre au pénal : « Aucun membre du Parlement ne peut », selon l'article 26 alinéa 1 de la Constitution de 1958 actuellement en vigueur, « être poursuivi,

³⁰ C'est le sens du dernier alinéa de l'article 121-2 dont il ressort que « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

³¹ « Faciliter l'exercice des mandats locaux : analyse des résultats de la consultation. Rapport d'information de Mme Françoise GATEL et M. Éric KERROUCHE », *op. cit.*, p. 22.

recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ».

En dehors de cette hypothèse, les poursuites contre les députés et sénateurs sont libres en cas de flagrant délit (art. 26 C.) tout comme le sont celles visant les actes détachables de l'exercice de la fonction ministérielle – qu'ils soient commis avant, pendant ou après leur exercice (art. 68-1) – mais un système de filtre demeure pour le reste : outre que le chef de l'État ne peut qu'être destitué que par le parlement réuni en Haute cour « en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat », de façon à éventuellement faciliter sa mise en cause pénale par la suite (art. 67 et 68 C.), les faits rattachables à l'exercice des fonctions ministérielles ne peuvent faire l'objet de poursuites, même après la fin de leurs fonctions, qu'après autorisation de la chambre d'instruction de la Cour de justice de la République et jugés par ladite Cour où siègent à parité 12 députés et sénateurs et 3 magistrats judiciaires (art. 68-1 et 68-2 C.).

A l'usage, certaines affaires, visant d'anciens présidents de la République (Jacques Chirac en 2011³², Nicolas Sarkozy en 2021³³), d'anciens ministres (scandale du sang contaminé³⁴, affaires Pasqua³⁵ ou Lagarde³⁶...), ainsi que le caractère lapidaire de certaines décisions refusant de lever l'immunité parlementaire – en se contentant par exemple d'affirmer de façon péremptoire « qu'il n'y a pas lieu d'accorder les mesures demandées »³⁷ – ont toutefois montré les limites des – véritables – progrès opérés par rapport à l'état du droit antérieur. Trois questions se posent notamment.

En premier lieu, celle de l'utilité du maintien d'une protection absolue pour l'irresponsabilité parlementaire, dès lors que la Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe (Commission de Venise) a elle-même reconnu en 2014 que, même si « la menace de pressions indues de l'exécutif sur le parlement a pratiquement disparu dans bien des pays » (pt. 24), les problèmes soulevés par les « phénomènes d'achat de voix et autres formes de corruption liées aux votes et décisions du parlement » restent, eux, bien réels (pt. 94). De sorte que « l'irresponsabilité parlementaire peut » selon elle « être restreinte : a) par des dérogations spécifiques (restrictions matérielles) ; b) par la possibilité offerte au parlement de la lever (restrictions procédurales) » (pt. 177)³⁸. La question se pose ainsi de l'opportunité d'introduire des exceptions à l'irresponsabilité parlementaire en droit français, comme le suggéraient déjà Barthélemy et Duez³⁹ sous la III^e République et comme l'ont admis certaines constitutions étrangères⁴⁰. A l'heure où les « fausses informations » (« *fake news* ») sont de plus en plus utilisées dans le débat public pour altérer la sincérité des

³² « Jacques Chirac condamné à deux ans de prison avec sursis », *Le Monde*, 15.12.2011.

³³ V. J. JEANNENEY, « Procès "des sondages de l'Élysée": "La convocation de Nicolas Sarkozy est constitutionnelle mais épineuse" », *Le Monde*, 28.10.2021.

³⁴ M. DANTI-JUAN, « L'affaire du sang contaminé devant la Haute Cour : les vrais problèmes restent à résoudre », *Dr. pén.*, 1993, n° 2, p. 1.

³⁵ Sur cette affaire, v. C. GUERIN-BARGUES, *Juger les politiques ? La Cour de justice de la République*, Dalloz, 2017.

³⁶ V. le jugement rendu par la CJR condamnant Christine Lagarde dans le cadre de l'affaire Tapie (« Affaire Tapie : Christine Lagarde coupable de "négligence" mais dispensée de peine », *Le Monde* 19.12.2016) alors que les autres mis en cause dont le dossier avait été disjoint pour être jugé par le juge pénal ordinaire se trouvaient relaxés (« Arbitrage du Crédit lyonnais : le tribunal relaxe Tapie et démonte la thèse de l'escroquerie », *Le Monde*, 9.7.2009).

³⁷ Décision du 26 nov. 1997, *JO* 27 nov. 1997, n° 275, p. 17181.

³⁸ Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires*, 21-22 mars 2014.

³⁹ BARTHELEMY J. et DUEZ P., *Traité de droit constitutionnel*, rééd. Economica, 1985, p. 569.

⁴⁰ Notamment la Constitution danoise (art. 56-2) et la Loi fondamentale allemande (art. 46). Sur ce point, v. C. BONNOTE, *Recherche sur la notion d'immunité en droit constitutionnel français*, Thèse, Limoges, 2002, t. 2, p. 357.

échanges en vue de remporter un scrutin⁴¹, le débat ne devrait-il pas au moins pouvoir être engagé sur ce point ?

Faut-il, en deuxième lieu, maintenir un mécanisme de filtrage à l'encontre des autres actes du mandat parlementaire, des actes commis par le président de la République (avant, pendant ou après son entrée en fonction) ainsi que des actes rattachables à l'exercice des fonctions ministérielles, au risque de voir le filtre se transformer en « bouchon »⁴² ? S'il n'est pas question de revenir sur l'autorisation préalable du bureau de l'Assemblée, hors cas de flagrant délit, pour les députés et sénateurs, davantage de transparence seraient bienvenue de leur part dans l'exercice de leur pouvoir de blocage, dès lors qu'on peine en l'état actuel des choses à trouver les informations⁴³ et qu'il manque, dans tous les cas, un rapport annuel public retraçant l'activité des intéressés sur le sujet. L'absence de cohabitation depuis l'entrée en vigueur du quinquennat⁴⁴ fait en outre douter, s'agissant du chef de l'Etat, de la capacité de la majorité qui le soutient à véritablement pouvoir le destituer en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». Ne conviendrait-il dès lors pas de créer un mécanisme de *recall* « à la française » permettant par exemple à 10% des électeurs, avec le soutien éventuel d'un cinquième des parlementaires, de déclencher un référendum sur l'opportunité de sa destitution ? Enfin, le temps n'est-il pas venu d'abroger la Cour de justice de la République pour confier l'instruction et le jugement des faits rattachables à l'exercice de la fonction ministérielle au juge répressif de droit commun ? Le rapport Jospin de 2012⁴⁵ et un projet de révision constitutionnelle du 9 mai 2018⁴⁶ s'accordaient dans les grandes lignes sur cette solution alternative. Celle-ci reviendrait en substance à confier au juge pénal les poursuites dirigées contre les ministres ès qualité, sous réserve d'aménagements de procédure, destinés à tenir compte des spécificités de leur mandat. Une telle évolution serait facilitée par l'essor des procédés de déontologie qui permettent désormais de prévenir les manquements au devoir de probité qui ont longtemps constitué la première cause de poursuites contre les élus⁴⁷. C'est sans doute pourquoi le rapport, comme le projet de révision, proposaient tous deux de confier l'instruction et le jugement des plaintes les visant à un collège de magistrats répressifs expérimentés. S'ils divergeaient sur les modalités concrètes de leur désignation, on pourrait imaginer de confier à un panel de trois magistrats, siégeant d'ordinaire dans les Chambres de l'instruction des Cours d'appel, l'instruction à charge ET à décharge des faits qui leur sont reprochés. Il serait de même possible d'imaginer que l'affaire soit délocalisée loin de Paris, par exemple à

⁴¹ Sur les risques que les « *fakes news* » posent à la démocratie, v. « Proposition de loi relative à la lutte contre les fausses informations de M. Richard Ferrand et autres », *Doc. AN*, 2017-2018, n° 799.

⁴² Pour paraphraser l'analyse d'A. LEVADE, « QPC 1, 2 et 3 : le Conseil d'État joue le jeu du renvoie ! », *D.*, 2010, n° 17, p. 1061.

⁴³ Les bureaux sont certes obligés de publier leurs décisions au *Journal officiel* selon les art. 16 de l'*Instr. gén. modifiée du bureau de l'Assemblée nationale en date du 22 juillet 1959* et III bis de l'*Instr. gén. modifiée du Sénat*. Mais l'information reste difficile d'accès, une double opacité entourant cette publicité : d'une, il n'est pas évident de trouver ces informations sur la version papier du *Journal officiel*, les informations relatives à la levée de l'immunité n'étant pas répertoriées dans sa table analytique : de sorte qu'on est obligé de parcourir le sommaire de chaque exemplaire pour vérifier si le bureau n'a pas statué sur une telle demande ; de deux, ledit sommaire n'est pas toujours très explicite : tandis que les informations relatives au bureau de l'Assemblée nationale figurent sous la rubrique « bureau », celles ayant trait au Sénat figurent sous la rubrique « informations diverses ».

⁴⁴ Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000, relative à la durée du mandat du Président de la République.

⁴⁵ Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*, Paris, La Doc. fr., 2012.

⁴⁶ « Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace », *Doc. AN*, 9 mai 2018, n° 911.

⁴⁷ Sur cette question, v. J.-F. KERLEO, « La conformité déontologique, critère supplémentaire de sélection des membres du gouvernement », *Jus Politicum*, 20 mai 2017.

Bordeaux, pour prévenir les tentatives de pression sur ces juges et ceux de la formation de jugement éventuellement saisie de l'affaire.

Mais, en dernier lieu, la question se pose de savoir s'il est véritablement judicieux de consacrer une irresponsabilité absolue des ministres en cas de délit non-intentionnel pour les fautes présentant un lien de causalité indirect avec le dommage, comme l'a proposé le projet de révision constitutionnelle en 2018 en contrepartie de l'abrogation de la CJR. Le projet voulait en effet conditionner les poursuites de ceux coupables d'inaction au fait que « Le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable » (art. 13). On comprend bien l'intérêt pratique d'une telle tentation qui vise initialement sans le dire à mettre les intéressés à l'abri des plaintes qui commencent à se multiplier pour inaction climatique⁴⁸. Mais son opportunité interroge, dès lors qu'elle apparaît inutile au regard de l'exigence de fautes lourdes déjà formulée par le droit commun et aux délais de prescription qui existent en matière pénale⁴⁹. Surtout le coût politique de la mesure – qui ne manquerait pas d'alimenter le sentiment d'une immunité-impunité – irait à rebours des efforts menés depuis 1870 pour trouver un meilleur équilibre entre affirmation d'une responsabilité effective et prévention des procédures abusives. Comment les victimes ou familles de victimes auraient-elles réagi si les 14 500 plaintes dont la CJR a été saisie en près de 18 mois dans le contexte de la crise sanitaire de 2020⁵⁰ avaient toutes été déclarées irrecevables en vertu de l'irresponsabilité constitutionnelle que le projet de révision voulait instituer ? Il y a fort à parier que la solidité des institutions aurait été mise à rude épreuve... en toute inutilité, dès lors que le socle commun de garanties a, comme on l'a dit, trouvé selon nous un point d'équilibre satisfaisant en matière d'infractions involontaires, entre ce qui relève du droit pénal et de la responsabilité civile (du mis en cause) ou administrative (de la personne publique derrière lui).

Remédier à la crise de la démocratie suppose d'en prendre conscience pour véritablement substituer au régime de responsabilité hérité de 1789 un autre, plus moderne, conforme à l'idéal républicain de bonne administration de la justice et aux défis de la société actuelle.

Rappeler l'importance de ce chantier n'est pas le moindre hommage que l'on puisse rendre au Président Jean Foyer. Car s'il n'a pu achever l'ouvrage, il revient à ses successeurs de prendre leur part pour le continuer sur le terrain politique... ou dans les Facultés de droit !

⁴⁸ V. « Climat, une plainte contre cinq ministres devant la CJR », *La Croix*, 17.6.2021.

⁴⁹ V. *supra* II. A.

⁵⁰ « Mise en examen d'Agnès Buzyn par la CJR : ce qu'il faut savoir », *Le Monde* 10.9.2021.