

RFDA 2001 p. 1169

La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'Etat
A propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 10 octobre 2001

Olivier Jouanjan, Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Institut de
Recherches Carré de Malberg
Patrick Wachsmann, Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Institut de
Recherches Carré de Malberg

L'essentiel

L'importante décision rendue par la Cour de cassation le 10 octobre 2001 clarifie la doctrine de cette Cour à l'égard de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. Elle n'est pas soumise à la jurisprudence, seulement aux « décisions » de ce dernier. Ce faisant la Cour n'a fait que reprendre une doctrine largement répandue et tirer les conséquences de la qualité de juridiction que l'on s'accorde à reconnaître au Conseil constitutionnel. Sur ce point, la position de la Cour n'est d'ailleurs pas incompatible avec celle, au demeurant floue, du Conseil constitutionnel. En revanche, l'interprétation qu'elle donne, librement, de l'article 68 ne coïncide pas entièrement avec celle soutenue dans la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999. Les motivations de la Cour, qui diffèrent sensiblement de celles du Conseil, ne sont pas entièrement convaincantes, même si les résultats peuvent être approuvés.

La Cour de cassation fut saisie, le 29 juin 2001, du pourvoi formé par M. Breisacher contre l'arrêt du même jour rendu par la troisième Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris qui confirmait l'ordonnance des juges d'instruction dans l'affaire dite de la SEMPAP (Société d'économie mixte parisienne de prestations). Ces décisions avaient été rendues dans le cadre d'une information contre X concernant plusieurs irrégularités graves, constatées par le rapport remis par la Chambre régionale des comptes de l'Ile de France au procureur de la République, et commises dans la passation de certains marchés publics de la société, dont la ville de Paris, entre autres, était actionnaire.

Un contribuable parisien, autorisé par décision du tribunal administratif conformément à l'article L. 2132-5 du code général des collectivités territoriales, s'était constitué partie civile dans cette affaire. C'est à ce titre qu'il avait saisi en novembre 2000 les juges d'instruction d'une requête demandant qu'il soit procédé à l'audition du chef de l'Etat. Par l'ordonnance rendue le 14 décembre 2000, les deux juges d'instruction se déclarèrent incompétents pour convoquer le Président de la République en tant que témoin. Cette incompétence était fondée sur la circonstance que la requête mettait en vérité directement en cause la responsabilité du chef de l'Etat dans l'affaire et qu'en conséquence, conformément à l'interprétation qu'en avait donné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 janvier 1999 (1), l'article 68 de la Constitution s'opposait à une telle mise en cause.

La partie civile, tirant plus clairement les conséquences de l'implication qu'elle supposait du chef de l'Etat dans les opérations qui faisaient l'objet de l'instruction, demandait, dans son mémoire d'appel contre l'ordonnance du 14 décembre, la mise en examen de M. Chirac. La position adoptée par les juges d'instruction serait contraire au principe d'égalité des citoyens devant la justice et serait entachée d'une erreur de droit quant à la force obligatoire d'un motif contenu dans une décision du Conseil constitutionnel, qui n'était qu'un *obiter dictum* privé d'autorité. L'arrêt de la Chambre de l'instruction du 29 juin 2001, confirme l'ordonnance.

Selon l'arrêt, tant l'article 68 que l'interprétation qu'en avait donné le Conseil constitutionnel interdisent que l'action publique puisse être mise en mouvement à l'encontre du Président de la République pendant la durée de son mandat.

Le pourvoi en cassation arguait, d'une part, que l'autorité de la chose jugée par le juge constitutionnel ne peut être opposée dans une affaire qui ne concerne aucunement le texte sur lequel s'est prononcé le Conseil constitutionnel et, d'autre part, que le principe d'égalité devant la loi impose une interprétation stricte de tout privilège ou immunité, ce qui devrait conduire à admettre, s'agissant de l'interprétation de l'article 68 de la Constitution, la soumission du Président de la République au droit pénal et à la procédure pénale communs pour les actes accomplis en dehors de ses fonctions.

Ce pourvoi est recevable. Sur ce point, la solution est implicite mais certaine. La partie civile n'avait sollicité et, donc, obtenu aucune autorisation nouvelle du tribunal administratif, ni pour former appel, ni pour se pourvoir en cassation. L'article L. 2132-7 du code général des collectivités territoriales dispose toutefois que, lorsqu'un jugement est intervenu, le contribuable ne peut se pourvoir en appel ou en cassation qu'en vertu d'une nouvelle autorisation. Le mot « jugement » doit s'entendre d'une décision sur le fond et non de celles qui, présentant le caractère de décisions préparatoires, ne mettent pas un terme à la procédure (2).

Cette question réglée, la Cour se trouvait directement confrontée à plusieurs difficultés considérables d'interprétation de deux textes constitutionnels, ceux des articles 62 alinéa 2 et 68. Dans ses conclusions, le Premier avocat général de Gouttes relevait, à propos de l'article 68, son « insoutenable légèreté ». Mais cela vaut bien aussi s'agissant de l'article 62 et de nombre de dispositions constitutionnelles, souvent lapidaires et vagues. Le représentant du ministère public soulignait également à juste titre que la décision à prendre se situait au croisement de deux logiques aux principes sinon contradictoires, du moins divergents : « la logique pénale », soucieuse d'égalité, de la répression des infractions et de la protection des victimes, et « la logique constitutionnelle », où prévalent la continuité de l'Etat, la séparation des pouvoirs, l'éminence de la fonction présidentielle, le respect du suffrage universel.

Problèmes considérables, donc, qui exigeaient de la Cour de cassation qu'elle s'y confronte pleinement sans chercher à les éviter ni à diminuer la portée des positions qu'elle serait amenée à prendre. Un certain nombre d'affaires pendantes et similaires imposaient effectivement une directive d'action suffisamment claire, adressée par la Cour aux magistrats saisis. Le rapporteur l'invitait instamment à se considérer « saisie de l'ensemble du problème de la responsabilité pénale du Président de la République et de son audition par les magistrats, en quelque qualité que ce soit ». Mais si la Cour devait ainsi préciser la situation du Président de la République face au droit pénal et à la procédure pénale, il lui fallait, à titre préalable, répondre à la question de l'autorité éventuelle du considérant 16 de la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 et, ce faisant, déterminer la nature, l'étendue et la portée de l'autorité que, selon sa lecture, la Constitution attache aux décisions du juge constitutionnel.

La Cour de cassation et l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel

L'arrêt du 10 octobre 2001 clarifie l'attitude de la Cour de cassation à l'égard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il ne la modifie pas. Il l'explicite et précise désormais une position qui faisait, depuis peu, l'objet d'un débat relativement cacophonique. Cette clarification, qui repose sur l'interprétation de la portée de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, n'a elle-même d'autre valeur que celle d'une doctrine, d'une jurisprudence de la Cour. Elle pourrait être révoquée à l'occasion d'un éventuel revirement de jurisprudence qui n'est pas prohibé. Si, donc, cette clarification est un moment important du débat que l'on a évoqué, elle ne saurait le clore.

Si la Cour n'évoque pas expressément l'autorité « de chose jugée » qui s'attacherait aux décisions du Conseil, c'est bien toutefois à cette autorité que le Conseil constitutionnel qualifie expressément d' « autorité de chose jugée » (3) qu'elle renvoie. C'est pourquoi, comme le

fait le Conseil, nous utiliserons cette expression pour la désigner. Il convient donc de l'examiner dans un premier temps.

De plus, et quelle que soit l'influence qu'a pu exercer le motif de la décision du 22 janvier 1999 sur l'interprétation faite par la Cour de cassation de l'article 68 de la Constitution, celle-ci n'a pas évoqué cette « autorité persuasive » que lui demandait de reconnaître le premier avocat général dans ses conclusions. Ce dernier ne fut donc pas lui-même suffisamment persuasif et le silence gardé par la Cour sur ce point peut s'interpréter en ce sens que les décisions du Conseil constitutionnel, selon elle, ne développent, à son égard, comme à celui des pouvoirs publics et des autorités administratives et juridictionnelles dans leur ensemble, aucune autre autorité que celle qu'elle s'attache à localiser et à délimiter. Ce refus apparaît justifié.

Sur l'autorité de chose jugée qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel
L'autorité de chose jugée n'est pas « moindre » ou « plus faible » que l'autorité qui s'attache, par exemple, à la loi. Elle est simplement autre. Par ses effets, elle peut paraître plus radicale que l'autorité de « chose légiférée » : la chose jugée devient irrévocable avec l'épuisement des voies de recours, quand la loi est toujours abrogeable et modifiable par l'organe compétent. Cette distinction dans les effets correspond à une distinction dans les fonctions : le juge vide une querelle ou un débat, dit, sur le point qui lui est soumis, un droit défini et, une fois les voies de recours épuisées, il faut que cette *juris-dictio* soit définitive ; le législateur, pour sa part, exprime, traduit en un texte, à un moment donné, la volonté générale, dit une volonté politique toujours susceptible de changement. Justice et législation sont ainsi instituées, par le système juridique français, comme des fonctions essentiellement distinctes. Mais ce lien intime entre l'autorité particulière de la décision et la fonction juridictionnelle explique aussi l'étendue et la portée qu'on attribue à l'autorité de chose jugée. Elle donne à la position adoptée par la Cour de cassation sa meilleure justification.

L'étendue de l'autorité de chose jugée

On appelle étendue de l'autorité d'un acte, la détermination des éléments qui, dans cet acte, sont revêtus de cette autorité⁽⁴⁾. Il n'y a pas de différence véritablement significative entre l'interprétation par le Conseil constitutionnel et l'interprétation par la Cour de cassation de cette étendue, s'agissant de l'autorité des décisions du juge constitutionnel.

« L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire ». Cette détermination, par la Cour de cassation, de l'étendue de cette autorité rappelle les formules employées par le Conseil constitutionnel lui-même⁽⁵⁾. Ce dernier ajoute simplement que les motifs concernés sont ceux qui, non seulement, forment le soutien nécessaire du dispositif, mais aussi « en constituent le fondement même »⁽⁶⁾. Sans doute ne faut-il pas accorder à cette précision supplémentaire un sens qui permettrait de distinguer nettement la position du Conseil de celle de la Cour. Tout au plus doit-on souligner que le juge constitutionnel insiste particulièrement sur ce lien de justification qui doit attacher les motifs au dispositif et invite ainsi à une analyse stricte du rapport de justification qui doit exister entre un *dictum* et le contenu même de la décision qui transparaît un peu moins nettement dans la formulation retenue par la Cour de cassation.

Celle-ci n'a pas eu à trancher la question, qui avait tant fait couler d'encre, de savoir si le passage relatif à la protection constitutionnelle du Président de la République pour les actes commis en dehors de l'exercice de ses fonctions n'avait d'autre statut, dans le corps de la motivation de la décision du Conseil du 22 janvier 1999, que celui d'un *obiter dictum*. Le rapporteur comme le Premier avocat général soulignèrent cependant devant la Cour, non sans raisons, que le Conseil constitutionnel devait nécessairement se pencher sur le problème des poursuites éventuelles dirigées contre un chef de l'Etat en exercice à raison de crimes éventuels commis en dehors de ses fonctions et susceptibles de relever de la compétence de la Cour pénale internationale⁽⁷⁾. Mais si ces considérations peuvent suffire à estimer remplie la condition de nécessité du motif à laquelle se borne la Cour pour lui étendre

l'autorité de chose jugée, on pourrait se demander encore si cette seule nécessité de se pencher sur une question suffit à remplir l'autre condition imposée par le Conseil lui-même : nécessaire, le motif en question constituait-il « le fondement même » de la décision du 22 janvier ? La Cour n'a pas tranché sur ce point : la force obligatoire de ce motif a été écartée non pour des raisons liées à l'étendue de l'autorité de la chose jugée par le Conseil (8), mais du point de vue de la portée de cette autorité.

Par ailleurs, la Cour n'invoque pas expressément l'article 62 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel, en revanche, dans les passages auxquels il a été renvoyé (9), relie manifestement l'autorité de ses décisions, telle qu'il l'interprète, à la disposition pertinente de l'article 62. Il n'évoque aucun autre fondement susceptible de conférer une autre autorité à ses décisions et il ne tire de l'article 62 aucune autre autorité que celle qu'il qualifie d'autorité de chose jugée. Cette dernière définit donc, dans la jurisprudence du Conseil, toute l'autorité de ses décisions, du moins de ses décisions juridictionnelles (10).

L'absence de référence explicite à l'article 62 par la Cour de cassation, de même que l'omission de la précision supplémentaire évoquée plus haut, ne permet toutefois pas d'établir une divergence réelle et certaine de doctrine entre les deux juridictions sur ces questions. Tout au plus pourrait-on remarquer que la position adoptée par le Conseil constitutionnel lui-même apparaît en vérité la plus rigoureuse et la plus stricte, voire la plus restrictive quant à l'étendue de l'autorité de chose jugée attachée à ses propres décisions.

La portée de l'autorité de chose jugée

L'autorité de la chose jugée est limitée dans ses effets en fonction des conditions qui doivent être remplies pour qu'elle puisse être utilement invoquée : dans le cas habituel, la portée de cette autorité est déterminée par la triple identité d'objet, de cause et de personnes.

On n'insistera pas ici sur le caractère « absolu » de l'autorité de chose jugée qui doit s'attacher aux décisions du Conseil. La lettre même de l'article 62 impose cette autorité « absolue », outre la circonstance qu'il n'y a pas de « parties » au procès constitutionnel français. Mais ce caractère d'autorité « absolue » de chose jugée n'a d'autre effet que de lever la seule condition d'identité de parties (11). Il laisse intacte l'exigence relative aux deux autres conditions.

En estimant que « ces décisions (du Conseil constitutionnel) 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 », la Cour de cassation a précisé cette portée qui est limitée par la condition d'identité d'objet. Ce passage énonce une doctrine générale de la Cour mais ne peut viser que les décisions rendues dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des articles 54 et 61 de la Constitution ainsi que dans l'exercice des compétences que le Conseil tire des articles 37 alinéa 2 et 41 de la Constitution (12), c'est-à-dire dans tous les cas où le juge constitutionnel est saisi de « textes » (13).

A l'évidence, le texte de la Convention examinée par le Conseil en 1999 n'était pas en cause dans l'affaire de la SEMPAP : « 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 (14) en dehors de l'exercice de ses fonctions ». De cette manière, est nettement condamnée la doctrine soutenue par les juges du fond, dans l'affaire de la SEMPAP comme dans d'autres affaires, qui s'estimaient liés par l'interprétation du juge constitutionnel (15).

La position ainsi adoptée par la Cour de cassation rejoint en vérité celle qu'exprimaient traditionnellement les auteurs : « L'autorité de la chose jugée est relative quant au texte contrôlé, mais absolue dans ses effets (16). » Elle fut nettement défendue par le procureur général Touffait à l'occasion de l'arrêt *Schiavon* (17) ou encore par le commissaire du gouvernement Frydman en 1994 (18). La Cour de cassation elle-même avait déjà, en d'autres termes, affirmé le principe d'une stricte interprétation de la portée de l'autorité de chose jugée par le Conseil (19). La solution adoptée le 10 octobre par la Cour de cassation

est donc tout sauf novatrice ou révolutionnaire⁽²⁰⁾.

Cette définition de la portée de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel ne se retrouve cependant pas telle quelle dans la jurisprudence de ce dernier. La décision du 20 juillet 1988⁽²¹⁾ affirme en effet que cette autorité « est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise ». La décision du 8 juillet 1989 précise que l'identité d'objet s'analyse d'un point de vue substantiel et non pas formel : une disposition nouvelle peut reprendre la substance d'une disposition antérieurement censurée sans en adopter la lettre ; cette disposition nouvelle peut se voir opposer l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. Cette doctrine du Conseil ne concerne que le contrôle des lois. Elle ne pouvait donc être purement et simplement reprise par la Cour dans l'affaire qui lui était soumise, puisqu'il s'agissait en l'occurrence d'évaluer l'autorité d'une décision rendue sur un engagement international. On peut cependant évoquer un certain nombre des problèmes qu'elle soulève.

Prise au pied de la lettre, la doctrine énoncée en 1988 par le juge constitutionnel ne dit rien de l'autorité qu'il convient d'attacher à la déclaration de conformité d'une disposition législative⁽²²⁾. Ce silence ne semblait pas devoir s'interpréter nécessairement comme signifiant qu'une déclaration de conformité serait privée d'autorité⁽²³⁾. Pourtant, l'assertion du Conseil, en 1988, selon laquelle « l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise », une déclaration contenue dans l'article 1 du dispositif, cette assertion peut difficilement s'entendre comme conférant autorité à la déclaration de conformité contenue dans l'article 2 du dispositif de la décision de 1982.

Traditionnellement, le Conseil ne procède pas à un nouvel examen de dispositions identiques à celles qui étaient contenues dans un texte antérieur contrôlé et déclarées conformes à la Constitution⁽²⁴⁾. Mais l'on sait aujourd'hui qu'il ne s'est pas cru tenu par l'autorité d'une de ses décisions lorsqu'il a déclaré l'inconstitutionnalité de la disposition d'une loi organique qui étendait le champ d'application d'une disposition promulguée et dont il constate, en 1999⁽²⁵⁾, l'inconstitutionnalité alors même qu'il en avait formellement déclaré la conformité à la Constitution en 1985⁽²⁶⁾. Cette position, cependant, s'explique-t-elle par l'absence d'autorité de la déclaration de conformité, ou par une théorie particulière, celle du changement de circonstances ?.

Au début de la décision de 1999⁽²⁷⁾, le Conseil constitutionnel estime devoir procéder à l'examen de l'ensemble des dispositions de la loi organique dont il avait été saisi, même si certaines reprenaient le contenu de dispositions antérieures déclarées conformes à la Constitution, à raison du changement des circonstances de droit introduit par la révision constitutionnelle relative à la Nouvelle-Calédonie⁽²⁸⁾. Quel changement de circonstances pouvait toutefois justifier, dans cette décision, la remise en cause de la chose jugée en 1985 relativement au caractère automatique de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective attachée au jugement prononçant la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise ? Il s'agit, en 1999 comme en 1985, de l'application du même principe, inchangé, de nécessité des peines posé à l'article 8 de la Déclaration de 1789. Le « Bilan pour 1999 »⁽²⁹⁾ invoque « l'évolution du droit constitutionnel et conventionnel au cours des quatorze années écoulées ». Cela reste vague, n'engage pas le Conseil lui-même et n'est nullement dans la motivation de la décision. Le même Bilan ajoute : « Le Conseil constitutionnel a implicitement mais nécessairement jugé que l'autorité qui s'attache à ses décisions en vertu de l'article 62 de la Constitution ne lui est pas opposable de la même manière qu'aux pouvoirs publics, aux administrations et aux juridictions ordinaires. Il reste maître de sa jurisprudence et sa lecture de la Constitution doit pouvoir évoluer au fil du temps ». Il n'est pas fait de distinction, du point de vue de cette autorité, entre décision de conformité et décision d'inconstitutionnalité. De plus, l'inopposabilité au Conseil de ses propres décisions est affirmée catégoriquement et non pas sous la condition d'existence d'un changement de circonstances susceptible de modifier la cause de la demande ancienne, auquel cas la discussion se ramènerait à la question de l'identité de cause qui conditionne l'autorité de chose jugée. Trois questions se posent : De *quelle manière* cette autorité est-elle donc opposable au Conseil constitutionnel ? Cette autorité, si elle devait être ainsi entendue,

est-elle encore une autorité *de chose jugée*, normalement irrévocable, même par la juridiction qui a rendu la décision⁽³⁰⁾, et dans ce cas faut-il voir encore, dans le Conseil constitutionnel, une « autorité juridictionnelle » ? Est-ce bien sa « jurisprudence » ou sa « lecture » de la Constitution qui est concernée, quand il s'agit de la remise en cause d'une *décision*⁽³¹⁾ ? En vérité, une grande incertitude et une confusion certaine règnent encore sur la doctrine du Conseil constitutionnel quant à l'autorité de ses décisions.

Et l'on doit, en conséquence, admettre qu'il existe toujours des difficultés liées à la reconnaissance de l'autorité des déclarations de conformité sous réserve. Ces réserves d'interprétation constituent certainement un motif nécessaire au soutien du dispositif, c'est-à-dire de la déclaration de conformité. Mais encore faut-il, pour pouvoir étendre l'autorité depuis la conformité de la disposition jusqu'à la réserve d'interprétation, que, d'une part, une autorité s'attache certainement à la déclaration de conformité et que, d'autre part, cette déclaration, sinon les réserves elles-mêmes, soit formellement incorporée au dispositif.

La doctrine exprimée par la Cour dans l'arrêt commenté est en vérité plus propice que les formules utilisées par le Conseil constitutionnel à la reconnaissance du caractère obligatoire que devraient avoir, à l'égard du juge judiciaire, les réserves d'interprétation⁽³²⁾. Appliquant un texte flanqué de telles réserves, le juge judiciaire devrait se soumettre à la décision « concernant » ce texte comme aux réserves qui ont été le soutien nécessaire de la déclaration de conformité. Le juge judiciaire ne déclare pas limiter la portée de l'autorité de la chose jugée à la seule déclaration d'inconstitutionnalité d'un texte. L'arrêt du 10 octobre pourrait être ainsi entendu comme légitimant cette soumission des juridictions ordinaires aux réserves d'interprétations du Conseil constitutionnel⁽³³⁾, ainsi d'ailleurs qu'aux qualifications des notions ou institutions légales auxquelles le Conseil procède à l'occasion du contrôle d'un texte qui lui a été soumis, dès lors que ces qualifications sont nécessaires à la solution adoptée⁽³⁴⁾.

Mais il faut cependant évoquer la question de savoir si un changement de fait ou de droit pourrait être susceptible de modifier l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel et sous la réserve de laquelle une disposition contrôlée aurait été déclarée conforme à la Constitution. Notamment, si une loi de révision constitutionnelle peut avoir « pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevés par le Conseil constitutionnel » dans des décisions antérieures et empêcher les requérants, à l'occasion d'une saisine dirigée contre de nouvelles dispositions, de se prévaloir utilement de l'autorité de chose jugée⁽³⁵⁾, il faut admettre, le cas échéant, qu'une révision constitutionnelle puisse être susceptible de supprimer, à l'égard des juges ordinaires, l'autorité qui aurait pu s'attacher à une ancienne réserve d'interprétation. Le Conseil d'Etat a reconnu la compétence du juge administratif à procéder par lui-même à l'interprétation conforme à la Constitution d'engagements internationaux⁽³⁶⁾. On devrait étendre cette solution à l'interprétation conforme à la Constitution des lois⁽³⁷⁾. Sur ces bases, il apparaît logique d'admettre, en cas de changement de circonstances, que le juge ordinaire doive substituer une nouvelle interprétation conforme à la Constitution d'un texte à l'interprétation ancienne, fût-elle donnée par le juge constitutionnel.

En limitant formellement, en 1988, l'autorité de la chose jugée à la *déclaration* d'inconstitutionnalité d'une disposition *qui lui était soumise*, le Conseil constitutionnel suscite une autre difficulté. Que faut-il conclure s'agissant du simple *constat* de l'inconstitutionnalité d'une disposition déjà promulguée⁽³⁸⁾, qui donc *ne lui est pas soumise*, qu'il peut être amené à établir à l'occasion de l'examen d'un texte qui lui est déféré ? Si du point de vue de l'étendue de la chose jugée, l'inconstitutionnalité de la disposition promulguée est, par définition, le fondement même de l'inconstitutionnalité de la disposition nouvelle qui la modifie, la complète ou en étend le champ d'application⁽³⁹⁾, faut-il malgré tout refuser à ce constat l'autorité de chose jugée au motif que la portée de celle-ci est « limitée » à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi déferée ? On sait que depuis la décision de 1999 évoquée plus haut, la question se pose⁽⁴⁰⁾.

La doctrine formulée par la Cour de cassation le 10 octobre n'y apporte aucune réponse certaine. Mais le problème se situe précisément sur ce terrain de l'autorité des décisions du

Conseil, car si cette autorité devait jouer, lors de l'application de la loi promulguée dont l'inconstitutionnalité aurait été constatée par le juge constitutionnel, le juge ordinaire, pour en refuser l'application, n'aurait pas à méconnaître sa propre incompétence à contrôler la constitutionnalité de la loi : il se bornerait à tirer les conséquences du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel⁴¹. Cependant, du point de vue de l'autorité, précisément, le texte inconstitutionnel applicable n'aurait pas été « soumis » au Conseil, et l'on pourrait ainsi estimer qu'en écartant l'application dépasserait l'autorité d'une décision, circonscrite, dans sa portée, au texte « soumis » au juge constitutionnel⁴².

Le même genre de difficultés se poserait si le juge ordinaire avait à décider sur le fondement d'une loi, non soumise au Conseil, et qui serait rédigée en des termes identiques ou même seulement substantiellement analogues à ceux d'une autre loi déclarée inconstitutionnelle. Il faudrait alors déterminer le sens du mot « texte » tel que l'emploie la Cour dans l'arrêt du 10 octobre : s'agit-il seulement du texte formellement déféré au Conseil, ou du *contenu* de ce texte susceptible d'être reproduit dans un autre texte, formellement différent, mais substantiellement identique ou analogue⁴³ ?

Quoi qu'il en soit, deux conclusions s'imposent : il n'apparaît pas possible d'établir de contrariété certaine entre les deux jurisprudences après l'arrêt du 10 octobre ; les doctrines des deux juridictions, telles qu'elles sont formellement explicitées dans les motifs de leurs décisions, ne déterminent pas, avec certitude, les conséquences qu'il faudrait en tirer dans certaines hypothèses éventuelles ou déjà actuelles.

Sur le bien-fondé de la doctrine de la Cour de cassation

Malgré les incertitudes qui viennent d'être relevées, la position de la Cour de cassation apparaît justifiée au regard de la mission attribuée au Conseil constitutionnel. En limitant la portée de l'autorité de la chose jugée au texte soumis au Conseil constitutionnel, la Cour traduit en termes d'autorité la fonction constitutionnellement dévolue au Conseil.

Il est en effet juridiquement correct de déterminer l'objet de la chose jugée au regard de cette fonction. Le texte de la Constitution confie une compétence précise et limitée au Conseil constitutionnel. Celle-ci est « strictement délimitée par la Constitution »⁴⁴. Dans le cadre des attributions qui lui sont conférées par les articles 54 et 61 de la Constitution, le juge constitutionnel est saisi de textes et doit se prononcer sur leur conformité à la Constitution. La chose demandée est donc de savoir si un texte est ou non incompatible avec la Constitution. Elle n'est pas, *stricto sensu*, de savoir quel doit être le sens qu'il convient d'accorder à telle ou telle disposition constitutionnelle. Aucune disposition de la Constitution n'attribue au Conseil constitutionnel une mission particulière et exclusive d'interprétation de la Constitution⁴⁵. Ce n'est pas la compétence que lui attribuent les textes constitutionnels évoqués⁴⁶. L'autorité de la décision juridictionnelle rendue, si l'on veut continuer à la qualifier de « juridictionnelle », est ainsi limitée par cet objet de la demande. Toute la logique de la justification de la doctrine de la Cour de cassation tient dans cette reconnaissance, implicite mais nette, de la fonction juridictionnelle du Conseil et de l'application, par voie de conséquence, aux actes du Conseil des éléments constitutifs de cette fonction au cas particulier d'un juge statuant sur des textes de nature particulière (engagements internationaux, lois organiques ou ordinaires, règlement des assemblées parlementaires) et sur un point de droit particulier (la question de constitutionnalité). On doit ainsi reconnaître à la position adoptée par la Cour une certaine cohérence.

C'est cette cohérence qui explique son refus d'admettre qu'une quelconque autre autorité puisse s'attacher aux motifs de la décision du 22 janvier 1999.

Sur l'absence d'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel

La fonction ou la position particulière du Conseil constitutionnel au sein du système institutionnel justifieraient-elles qu'une autorité spécifique soit attachée à la doctrine, la simple jurisprudence du Conseil ? La Cour de cassation rejette nettement une telle autorité, à laquelle d'ailleurs le Conseil constitutionnel lui-même et en tant que tel⁴⁷ n'a jamais

prétendu (48). Il s'agirait d'une autorité essentiellement distincte de celle qui s'attache à la chose jugée. Autorité persuasive ou « de fait », elle est introuvable. Autorité « juridique », elle est difficilement justifiable. C'est qu'il serait préférable de ne point confondre la question de l'autorité d'un texte et celle de sa normativité.

L'autorité de chose interprétée ne serait pas le prolongement de l'autorité de chose jugée, mais une autorité essentiellement différente

Affirmer l'autorité de la simple jurisprudence, de la doctrine du Conseil constitutionnel (ou de tout autre juge), c'est en affirmer le caractère obligatoire au-delà des limites que posent les conditions de l'autorité (relative ou absolue) de la chose jugée. La prétention ainsi émise au profit de la jurisprudence constitutionnelle, doit donc être nettement distinguée de la question de l'éventuelle autorité qui s'attache aux réserves d'interprétation (49).

L'autorité des réserves d'interprétation, comme on l'a vu, se rattache à la question de l'autorité de chose jugée *stricto sensu*. Mais, de cet effet qu'il conviendrait d'attacher aux réserves d'interprétation, on ne peut tirer argument pour conclure à une autorité plus générale, déliée des conditions qui s'imposent à l'autorité de chose jugée, et qui devrait être attribuée aux doctrines contenues dans la motivation des décisions du juge constitutionnel. Parce que cette autorité ne serait plus à rattacher aux conditions de l'autorité, même « absolue », de la chose jugée, on doit tenir qu'il s'agirait d'une autorité essentiellement différente de cette dernière.

Cette autorité serait également différente de l'autorité de chose jugée en ce sens que ses effets en seraient tout aussi essentiellement distincts. La chose jugée, une fois épuisées les voies de recours, si elles existent, devient irrévocable. Or, l'effet obligatoire que l'on attribuerait à l'autorité de chose interprétée n'irait bien sûr pas si loin : « On ne saurait conférer pareille irréversibilité à une norme telle que la chose interprétée qui est supposée législative ou constitutionnelle. De même que la norme législative ou constitutionnelle est susceptible d'abrogation ou de révision, la norme jurisprudentielle - supposée législative ou constitutionnelle - est susceptible de revirement, d'infléchissement ou même d'un désaveu de la part du constituant ou du législateur (50). »

L'introuvable autorité persuasive de chose interprétée

Se pose alors la question de savoir comment l'on pourrait justifier, sur un fondement propre, une telle autorité. La question se pose du moins si l'on considère que cette autorité est une qualité juridique attachée à ces interprétations. Or, l'on affirme que la différence, apparemment « ontologique » (51), entre autorité de chose jugée et autorité de chose interprétée serait précisément que la seconde, mais non la première, « ne peut être que factuelle » (52). C'est une autorité seulement « persuasive » que le Premier avocat général, dans ses conclusions sur l'arrêt du 10 octobre, proposait à la Cour de cassation de reconnaître. On invoque une autorité purement « morale », une autorité qui vaut « en fait sinon en droit » (53). Mais, dans ces conditions, il est heureux que la Cour de cassation, qui statue comme l'on dit « en droit », n'ait pas procédé à une reconnaissance officielle de ce « fait » autoritaire.

Le mot « autorité », auquel l'usage donne une signification juridique, pour ne désigner en vérité qu'une « influence » (54), introduit une ambiguïté qu'il serait préférable d'éviter. On a du mal à saisir quelle devrait être la conséquence juridique que la Cour de cassation et, plus généralement, le juge ordinaire, devrait tirer de cette « persuasion » qui trouverait à se loger dans cet indistinct entre-deux qui sépare l'indifférence de l'obligation. Le juge ordinaire ne devrait pas rester insensible ou indifférent aux propositions interprétatives du Conseil constitutionnel ; il ne devrait pas davantage se sentir lié par elles ; il ne peut de toute façon pas être contraint à s'y soumettre. En vérité, cela relève non pas de la question de l'autorité des décisions du juge constitutionnel mais d'une *politique jurisprudentielle* dont le juge ordinaire est entièrement responsable. L'on peut bien montrer statistiquement que ces juges ordinaires suivent très largement la jurisprudence du Conseil constitutionnel (55), une statistique ne démontre cependant jamais une autorité juridique. Et il convient, pour l'analyse

de ces données quantitatives, de distinguer, plus soigneusement qu'on ne le fait parfois, les différents cas de figure qui séparent, conceptuellement, la soumission à l'autorité de chose jugée et la simple convergence de jurisprudences (56).

« Autorité persuasive » est de plus une expression problématique. Une entreprise de persuasion peut recourir à l'argument d'autorité mais, dans ce cas l'autorité est présumée, établie, reconnue par celui qui doit se persuader (57). Or, c'est, dans notre cas, précisément cette autorité qu'il convient d'établir.

De sorte que s'il veut être « persuasif », le Conseil constitutionnel devrait plutôt recourir à une argumentation qui ne tienne pas exclusivement à sa propre autorité. On doit toutefois bien constater que le mode purement assertorique sur lequel est énoncée l'interprétation, par le Conseil constitutionnel, de l'article 68 dans le considérant n° 16 de la décision du 22 janvier 1999 n'est pas propre à convaincre de sa justesse. La prétendue « autorité persuasive » de la jurisprudence gagnerait à ce que celle-ci s'exprime sur un mode moins « autoritaire », bref à ce que la motivation soit plus substantielle. Mais ce constat ne vaut pas pour le seul juge constitutionnel et renvoie au problème plus général de la forme de la motivation des décisions de justice en France.

Les justifications insuffisantes d'une prétendue autorité juridique de chose interprétée On insiste cependant parfois pour donner à cette « autorité » de chose interprétée « force juridique », et à considérer que la « nature juridique » de cette autorité « ne fait pas de doute » (58), même si l'on admet qu'elle « doit dépasser le cadre strict de l'autorité de chose jugée » (59). Il s'agirait d'une autorité spécifique attachée à la jurisprudence du juge constitutionnel. Du point de vue de son fondement juridique, cette autorité découlerait d'une fonction et d'une place spécifiques du Conseil constitutionnel dans le système institutionnel.

Ainsi, on affirme la « soumission de la juridiction administrative au Conseil constitutionnel », ce qui, par analogie, doit valoir pour la juridiction judiciaire (60). On le fait au nom de la suprématie de la Constitution. Mais puisqu'il faut bien constater que le juge administratif ne se considère pas tenu par les interprétations du Conseil constitutionnel *en général*, on critique cette résistance au motif que ces interprétations « devraient être considérées comme obligatoires ». Ce reproche s'appuie sur « la théorie générale de la justice constitutionnelle, telle qu'elle a été développée par Hans Kelsen et Charles Eisenmann » (61), deux auteurs qui doivent, sans doute, être considérés comme les autorités ultimes, supra-constitutionnelles, chargées de dire le sens de l'institution du Conseil constitutionnel (62).

La question devrait être plus précisément de savoir sur quoi se fonde cette prétendue « soumission » des juridictions ordinaires. C'est justement l'un des traits de « l'exception française » (63) en matière de justice constitutionnelle que de n'organiser aucune procédure qui relie, d'une manière ou d'une autre, les juges ordinaires au juge constitutionnel : ni renvoi en interprétation, ni contrôle concret (renvoi préjudiciel d'appréciation de la constitutionnalité d'un texte), ni recours individuel permettant de saisir le juge constitutionnel de la décision d'un juge ordinaire. Cette soumission, inorganisée, devrait en réalité passer exclusivement par cette autorité particulière qu'il faudrait accorder à la jurisprudence constitutionnelle. Mais le raisonnement paraît circulaire : les juges sont soumis au Conseil parce que la jurisprudence de celui-ci doit s'imposer à eux ; cette jurisprudence s'impose à eux parce qu'ils doivent être soumis au Conseil.

Cette position se sent toutefois confortée par la considération suivante : « La mission du Conseil constitutionnel n'est pas seulement de faire droit à la demande d'un plaideur ou de la rejeter, mais aussi d'interpréter la Constitution. Cette dimension particulière fait que les décisions du Conseil constitutionnel ne s'entendent pas seulement de la solution concrète donnée à un litige, mais aussi de la lecture de la Constitution qui inspire cette solution. L'article 62 impose aux pouvoirs publics autant la jurisprudence que le dispositif des décisions du juge constitutionnel et c'est en cela que cette jurisprudence peut être qualifiée (*lato sensu*) de législative (64). »

Mais la mission du juge judiciaire ou du juge administratif ne se limite pas non plus, si l'on suit le même mode de raisonnement, à faire droit à une demande ou à la rejeter. Ces juges ont aussi pour mission d'interpréter le droit, et même parfois le droit constitutionnel. Cette mission d'interprétation n'est donc en rien une « dimension particulière » qui s'attacherait aux décisions du Conseil constitutionnel. La lecture, par le juge judiciaire, du code civil ou du code pénal, n'en fait pas pour autant une « jurisprudence législative », et cette lecture ne s'incorpore pas, avec portée générale et abstraite, à leur décision. L'article 5 du code civil, défendant « aux juges » (en général) de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire, l'interdit⁽⁶⁵⁾.

Or, on l'a dit, aucune disposition ne confie au Conseil constitutionnel de fonction spécifique ou exclusive en matière d'interprétation de la Constitution. Cet état des textes constitutionnels distingue la fonction du Conseil de celle qui est, par exemple, formellement attribuée à la Cour de justice des Communautés européennes relativement à l'interprétation des traités institutifs⁽⁶⁶⁾ ou à la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁶⁷⁾.

S'il y a monopole de compétence au profit du Conseil constitutionnel, s'agissant du contrôle de constitutionnalité, ce n'est que relativement à la question précise de l'appréciation de conformité à la Constitution de textes de nature déterminée. Ce contrôle est concentré, mais nullement l'interprétation constitutionnelle. Dans l'exercice de leurs compétences propres, les juridictions ordinaires sont des interprètes de la Constitution tout aussi « authentiques » et légitimes que le Conseil constitutionnel. Telle est la position qu'a prise à bon droit, et malgré certaines critiques, le Conseil d'Etat⁽⁶⁸⁾, et c'est également celle que, par « espièglerie »⁽⁶⁹⁾ ou pas, se réserve la Cour de cassation, d'une manière aujourd'hui parfaitement claire.

Ainsi, la Constitution est livrée à une communauté d'interprètes, dotés de compétences et de pouvoirs distincts. L'interprétation de la Constitution est organisée comme « un procès ouvert »⁽⁷⁰⁾, ou relativement ouvert. L'absence de force obligatoire de la jurisprudence est le dispositif juridique clé, qui autorise le dialogue entre juges et l'innovation jurisprudentielle, ce qu'on appelait volontiers, autrefois, la vie du droit. En ce point, qui n'est pas mineur, le système français se distingue essentiellement des systèmes de *Common Law*.

De plus, il ne découle pas de l'article 62 que la jurisprudence du Conseil devrait s'imposer aux juges ordinaires. Dire que l'autorité dont il investit les décisions du Conseil constitutionnel « a pour objet d'assurer l'unité et la primauté de l'ordre constitutionnel »⁽⁷¹⁾ est une pure pétition de principe. D'abord, l'article 62 ne vise pas exclusivement les décisions pour lesquelles une interprétation de la Constitution est nécessaire ; c'est la même autorité qui s'attache aux décisions en matière électorale, lesquelles n'imposent pas en principe d'interprétation constitutionnelle. A leur égard, l'autorité de l'article 62 n'aurait ainsi pas le même « objet ». Ensuite, cette disposition vise l'autorité qui doit s'attacher aux « décisions » du Conseil constitutionnel. La jurisprudence du Conseil constitutionnel elle-même interprète strictement le mot décision comme le contenu du dispositif auquel s'ajoutent les seuls motifs qui font corps avec lui, et ne tire de l'article 62 qu'une seule autorité qu'elle qualifie d'autorité de chose jugée. Rattacher cette autorité de chose interprétée à l'article 62, cela voudrait donc dire tirer de cette unique disposition deux principes distincts, ce que ne fait pas explicitement le Conseil⁽⁷²⁾, et qui est, sinon impossible, du moins acrobatique. Cela passerait en outre par une interprétation pour le moins extensive du mot « décision »⁽⁷³⁾. « L'article 62 (2) règle le problème de l'autorité des décisions du Conseil, mais non le problème de l'autorité de sa jurisprudence »⁽⁷⁴⁾. »

Enfin, l'on fonde parfois cette autorité spécifique qui devrait revenir aux interprétations du juge constitutionnel sur le principe de sécurité juridique : cette autorité garantirait l'uniformité et la constance de l'application du droit constitutionnel. La garantie ne serait toutefois pas absolue puisqu'elle ne prémunit pas contre le revirement de jurisprudence constitutionnelle. Ces revirements sont sans doute rares⁽⁷⁵⁾, mais, statistiquement, les divergences d'interprétation entre juges ordinaires et juge constitutionnel ne semblent pas être plus fréquentes⁽⁷⁶⁾, et il y a plutôt « harmonieuse polyphonie » que cacophonie⁽⁷⁷⁾.

La solution retenue par la Cour de cassation, qui refuse nettement cette improbable autorité de chose interprétée, doit donc être saluée. La reconnaissance d'une force obligatoire attachée à la simple jurisprudence du Conseil constitutionnel non seulement ne peut se prévaloir d'arguments véritablement décisifs, mais encore soulèverait des difficultés pour lesquelles on n'a pas de réponse certaine (78).

Sur la distinction entre « normativité » et autorité

Un système juridique ne repose, en dernière analyse, que sur les doctrines énoncées par les acteurs de ce système. Il est un système de circulation de ces doctrines qui règlent l'action des acteurs du système. Il n'existe pas d'instance supérieure et extérieure au système qui détiendrait la vérité du droit, celle par exemple de l'article 62 de la Constitution. Il n'y a pas d'autorité transcendantale, la régulation est immanente au système (79). Chaque acteur, au moment où il agit, qu'il soit investi d'une fonction publique ou qu'il soit même simple sujet ordinaire du droit, agit en fonction de l'interprétation qu'il donne des éléments constitutifs de la situation dans laquelle il se trouve : textes applicables, doctrines déjà formulées et considérées comme pertinentes pour la situation, éléments de fait, conséquences possibles des solutions envisageables. Pour le dire autrement, chaque acteur se donne la règle d'action qu'il estime convenable dans un contexte pragmatique donné. La position adoptée ici se rattache au courant du pragmatisme, pour lequel la rationalité d'une action ne peut pas se fonder sur une instance transcendantale de la vérité, mais peut seulement se justifier dans une communauté donnée au regard d'un contexte d'action donné (80). Apparaît, dans ce cadre, comme étant proprement *normative* la règle d'action de l'acteur, c'est-à-dire le *résultat* du travail qu'il accomplit sur les textes applicables comme sur l'ensemble des autres données de ce que nous avons appelé le « contexte pragmatique » (81). En ce sens, la jurisprudence, désignant ces règles d'action que se sont données les acteurs juridictionnels du système, doit être considérée comme « normative ». Ce n'est pas tant le texte de la constitution qui, lorsqu'il est « applicable » par un juge dans un contexte donné, est « normatif » que l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite. Cela ne signifie pas que ce texte n'ait aucune valeur. Mais il n'en a qu'en tant que la « communauté de droit » dans laquelle l'acteur agit lui impose de prendre en compte ce texte et de le traiter selon des méthodes qu'elle est susceptible d'accepter (82). On peut donc bien parler d'un pouvoir « normatif » de la jurisprudence. Cependant, de la sorte, l'on n'a pas encore déterminé l'autorité de cette jurisprudence.

Dans la signification qu'on lui donne, l'autorité renvoie non pas à cette normativité que nous avons précisée, mais à l'obligation dans laquelle devrait se sentir un acteur juridique de tenir compte d'un texte, d'un énoncé, de l'introduire à la base du raisonnement par lequel il définira sa règle de conduite concrète dans le contexte où il doit rendre sa décision. De ce qu'une jurisprudence est « normative », on ne peut conclure qu'elle ait nécessairement, dans un certain contexte, « autorité » (83). Pour établir cette autorité, il est encore besoin d'une interprétation, d'une doctrine. L'autorité n'est pas un « fait », mais une construction interprétative à laquelle procède celui qui doit se dire soumis ou pas à cette autorité. Cette construction n'est cependant pas libre et arbitraire, car la subjectivité des acteurs juridiques n'est pas isolée, pure et simple, mais toujours aux prises avec la communauté où elle doit se justifier dans une situation pratique donnée.

La décision de la Cour de cassation n'a pas « neutralisé » l'article 62 alinéa 2 de la Constitution (84). En interprétant la nature (autorité de chose jugée) et la portée de l'autorité de la décision du Conseil (limitée au texte soumis à l'examen du juge constitutionnel), elle a pris une position qui se justifie non pas parce qu'elle serait conforme à une vérité supposée contenue dans le texte de l'article 62, mais parce que, au regard des méthodes admises de l'interprétation, elle apparaît convaincante, parce qu'elle s'harmonise avec les doctrines soutenues jusque là par elle-même, par les juridictions administratives et par le Conseil constitutionnel lui-même (85) ainsi qu'avec l'image de la fonction juridictionnelle que ces mêmes doctrines attribuent au Conseil constitutionnel comme avec l'image du juge dans un système qui n'est pas de *Common Law* (86).

C'est, à l'inverse, si elle avait affirmé sa soumission à la jurisprudence du juge constitutionnel que la Cour de cassation serait entrée en contradiction avec la doctrine du Conseil constitutionnel, celle du Conseil d'Etat et la sienne propre. C'est si elle avait affirmé l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel qu'elle aurait modifié la fonction jusque là admise du juge constitutionnel, attribuant à l'autorité des motifs de ce dernier l'autorité de la Constitution même. Ce faisant, elle ne l'aurait pas institué comme une simple « cour suprême » à son égard. D'abord parce que c'est impossible si l'on définit la cour suprême comme celle qui peut statuer souverainement sur les décisions rendues par des juges qui lui sont subordonnés. Ensuite, la circonstance que la Cour de cassation soit elle-même cour suprême au sein de l'ordre des juridictions judiciaires n'emporte pas pour conséquence que ses décisions seraient revêtues d'une « autorité de chose interprétée ». Reconnaître l'autorité (juridique) de chose interprétée, c'eût été instituer le Conseil constitutionnel non pas seulement comme un organe du *law making power* (87), mais plus précisément du *constitutional law making power*.

Que certaines doctrines, qui se qualifient « réalistes » (88), affirment la fonction (co)constituante du Conseil constitutionnel est une chose (que l'on peut bien contester). Que la Cour de cassation rappelle, tant par la limitation de la portée de l'autorité de chose jugée qu'elle précise, que par le refus de reconnaître une quelconque autorité de chose interprétée à la jurisprudence du Conseil, que la fonction juridictionnelle ne se confond pas nécessairement avec la fonction constituante ou législative, on n'est pas obligé de s'en plaindre. Si une jurisprudence peut être dite « normative », la solution de la Cour invite à réfléchir cependant sur ce point : la différence de fonctions entre le constituant et le juge constitutionnel ne se situe pas au plan de la normativité, mais réside dans la question de l'autorité des textes respectifs dont ils sont les auteurs. Des différences d'autorités marquent des différences de fonctions. Parce qu'elle n'admet cette autorité, s'agissant des textes contenant les motifs des décisions du Conseil constitutionnel, qu'en tant que le motif considéré est le soutien nécessaire du dispositif et dans la limite de ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil, la Cour de cassation a rappelé la doctrine communément admise selon laquelle le Conseil constitutionnel est un *juge* constitutionnel. Appartenait-il à la Cour de cassation de modifier cette fonction juridictionnelle du Conseil constitutionnel quand celui-ci, dans sa jurisprudence, ne l'y a jamais invité ni incité ? Fallait-il qu'elle statue contre la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour s'y soumettre ? Il n'est pas interdit de penser qu'elle avait de bonnes raisons pour ne pas le faire.

O. J.

Le Président de la République face au droit pénal et à la procédure pénale

En présence du pourvoi qu'avait à examiner la Cour de cassation, qui portait sur la question de savoir si le Président de la République en exercice pouvait être entendu comme témoin dans une procédure pénale, le Premier avocat général de Gouttes, dans ses conclusions, invitait d'abord l'Assemblée plénière à élargir la perspective de sa réflexion : « le problème, déclarait-il, est celui du degré de protection qu'il y a lieu d'accorder à la fonction de chef de l'Etat en général ». Une telle démarche procédait non seulement du désir que puisse s'exercer pleinement la fonction juridictionnelle dévolue à la Cour, et ce face à des textes particulièrement lacunaires, mais aussi de la conviction qu'à travers la demande d'audition de M. Chirac, c'était en réalité la mise en cause de sa responsabilité pénale qui était visée. L'Assemblée plénière fait sien ce raisonnement et donne dans son arrêt un tableau général de la responsabilité pénale du Président de la République et des mesures qui peuvent être prises à son encontre dans le cadre de la procédure pénale. La compétence de la Haute Cour de justice étant mise à part, l'arrêt consacre, au profit du président, une exemption générale de juridiction pendant toute la durée de son mandat, s'agissant du juge pénal.

Le régime de la responsabilité présidentielle

Comme le rappelle Olivier Beaud (89), la donnée primordiale qui se dégage de la lecture de l'article 68 de la Constitution du 4 octobre 1958 est celle de l'irresponsabilité du Président de la République. A celle-ci n'est apportée que l'exception du cas de haute trahison, qui relève de

la compétence de la Haute Cour de justice. A envisager strictement les textes, ici s'arrêtent les certitudes. Il est évidemment significatif que l'on ait parfaitement pu vivre avec ce que M. de Gouttes appelait dans ses conclusions cette « insoutenable légèreté des textes » depuis la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics, dont l'article 6 disposait, encore plus succinctement que notre actuelle Constitution, « le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison », tandis que l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics prévoyait « Le Président de la République ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés, et ne peut être jugé que par le Sénat. »⁽⁹⁰⁾. Jusqu'à l'actuelle présidence, la question n'avait guère été approfondie, donnant seulement lieu à quelques spéculations relatives à des cas de figure pittoresques, celui du Président tuant un perdreau alors que seule la chasse à la bécasse était ouverte⁽⁹¹⁾ étant emblématique. Par contraste, de très nombreux articles ont été consacrés à la responsabilité présidentielle depuis que les pratiques de la mairie de Paris, à l'époque placée sous la direction de l'actuel détenteur de la charge présidentielle, suscitent l'intérêt des magistrats instructeurs. Les auteurs qui se sont exprimés se livrent tous à une tentative de construire (ou reconstruire) l'entier régime de la responsabilité présidentielle, à partir des termes de l'article 68⁽⁹²⁾ et des conditions de sa rédaction⁽⁹³⁾ ainsi que de ceux de la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999. La position que vient de prendre la Cour de cassation invite, nous semble-t-il, à un rappel de l'ensemble de la matière, au risque de revenir sur des points maintes fois évoqués, mais dont il s'avère qu'ils sont, en réalité, loin d'être clairs. Les termes mêmes de l'article 68, qui édictent une irresponsabilité du Président pour les actes « accomplis dans l'exercice de ses fonctions », évoquent une opposition que le droit de la responsabilité des personnes publiques permet de bien cerner : celle des actes accomplis dans l'exercice, par l'agent en cause, de ses fonctions et de ceux qui se détachent de ces dernières. Si l'enjeu de la distinction est évidemment tout différent, la logique qu'elle implique est identique⁽⁹⁴⁾.

Les actes accomplis par le Président dans l'exercice de ses fonctions

Ce sont eux que vise explicitement l'article 68 de la Constitution, pour les faire bénéficier d'une immunité qui ne trouve sa limite que dans l'hypothèse de la haute trahison⁽⁹⁵⁾. On le sait, les tentatives de définition textuelle de la haute trahison ont toutes échoué⁽⁹⁶⁾, circonstance dont une partie de la doctrine tire la conséquence que c'est la Haute Cour de justice elle-même qui a compétence souveraine pour dégager cette définition⁽⁹⁷⁾, au fur et à mesure des espèces qui lui seraient soumises par les deux assemblées (celles-ci détenant d'ailleurs également, au titre de leur pouvoir de mettre le Président en accusation, une compétence en la matière). Mais une telle définition « réaliste » de la haute trahison nous paraît peu acceptable, compte tenu des termes utilisés par l'article 68 et du principe qui anime cette disposition. Si une majorité parlementaire massivement hostile au Président décidait de le traduire en Haute Cour et si cette dernière estimait constitutif de haute trahison le fait d'avoir annoté un catalogue de livres anciens durant le conseil des ministres, on nous accordera sans doute qu'il s'agirait là d'une qualification abusive... La haute trahison implique à l'évidence ce que MM. Francis Hamon et Michel Troper caractérisent comme « une violation à la fois grave et délibérée de la Constitution »⁽⁹⁸⁾. De 1791 à nos jours, les textes qui se sont succédé dans notre histoire constitutionnelle incriminent avec une telle régularité la haute trahison du chef de l'Etat que leur utilisation conjointe devient légitime. La Constitution du 3 septembre 1791 n'utilise pas ces termes mais l'énumération, à la section première du chapitre II du titre III, des cas dans lesquels le Roi était censé avoir abdiqué⁽⁹⁹⁾ en consacre déjà la substance. Il faut aussi citer la définition explicite contenue à l'article 68 de la Constitution du 4 novembre 1848 : « Toute mesure par laquelle le Président de la République dissout l'Assemblée nationale⁽¹⁰⁰⁾, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat est un crime de haute trahison ». Il résulte de tous ces exemples que la haute trahison stigmatise un manquement manifeste et délibéré du chef de l'Etat aux devoirs fondamentaux que la Constitution met à sa charge, une situation dans laquelle il entreprendrait sur les autres pouvoirs ou sur la nation elle-même⁽¹⁰¹⁾. L'hypothèse la plus fréquemment avancée par la doctrine sous la V^e République, celle d'une utilisation de l'article 16 en vue de perpétrer un coup d'Etat⁽¹⁰²⁾, se situe bien dans cette perspective - celle d'un passage du Rubicon. Dans l'hypothèse où elle conclurait à la haute trahison, la Haute Cour de justice devrait logiquement prononcer la révocation du président, ce qui suppose évidemment que celui-ci

soit encore en exercice au moment où elle statue¹⁰³). Il s'agirait alors d'une mise en jeu de sa responsabilité politique, la perte du pouvoir étant la seule conséquence qu'emporterait le jugement de haute trahison.

Mais une difficulté apparaît ici, du fait que la responsabilité instituée par l'article 68 emprunte, tel l'*impeachment*, les formes de la responsabilité pénale (ce que traduisent les termes « mis en accusation » et « jugé »). On sait que la doctrine de la III^e République a d'abord appréhendé la responsabilité pour haute trahison comme une responsabilité pénale. D'où les objections de Duguit, arguant de ce qu'on ne pouvait admettre que le Sénat prononçât une sanction en raison de faits que la loi pénale n'incriminait pas avec la précision voulue par le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La majorité de la doctrine réfutait cette objection en arguant du « droit spécial » lié à la fonction présidentielle et du caractère essentiellement politique de la responsabilité encourue par le Président en cas de haute trahison¹⁰⁴). La difficulté tient à l'imbrication des aspects politiques et pénaux de la responsabilité présidentielle pour haute trahison, qu'exprime bien la formule utilisée, pour la décrire, par Maurice Hauriou : « une responsabilité politique criminelle »¹⁰⁵). De ce qu'une responsabilité à l'origine conçue comme essentiellement pénale soit devenue une responsabilité essentiellement politique ne résulte pas nécessairement la disparition du premier aspect. Les auteurs divergent toutefois sur la question de savoir si la faculté qu'a la Haute Cour de prononcer des sanctions pénales est subordonnée à la commission par le Président d'un crime ou d'un délit qui s'ajouterait à la haute trahison¹⁰⁶) ou si elle existe indépendamment des prescriptions du code pénal¹⁰⁷). La gravité de la violation, dans le second cas, de la règle de la légalité criminelle serait toutefois contradictoire avec la minutie des garanties, empruntées à la procédure pénale, dont l'ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice a voulu entourer l'intervention de cette instance. La Haute Cour de justice serait donc liée par les textes du Code pénal, dès lors qu'elle voudrait frapper d'une peine autre que la révocation le Président jugé coupable de haute trahison. Même dans cette hypothèse, la règle posée à l'article 35 de l'ordonnance précitée - « Les arrêts de la Haute Cour ne sont susceptibles ni d'appel ni de pourvoi en cassation » - pose problème au regard de l'article 2 du septième protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre le droit à un double degré de juridiction en matière pénale¹⁰⁸). On ne peut en effet considérer que l'hypothèse tomberait sous le coup de l'exception prévue au paragraphe 2 de cet article, la Haute Cour n'étant pas « la plus haute juridiction » visée par ce texte (il ne pourrait s'agir que de la Cour de cassation elle-même, dont la Haute Cour ne procède en rien). Quant au caractère opératoire de la déclaration dont la France a assorti sa ratification du Protocole¹⁰⁹), il est doublement problématique : il n'est nullement certain qu'elle vise l'hypothèse ici examinée et, en toute occurrence, le bref exposé de la loi en cause, requis par l'article 57 de la Convention, fait défaut, de sorte que la réserve en question risque fort d'être considérée comme revêtant un caractère général et, par suite, d'être écartée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Il nous semble donc que, au moins jusqu'à modification de l'article 35 de l'ordonnance organique, la Haute Cour de justice devrait s'abstenir de prononcer des sanctions pénales, même lorsque les faits de haute trahison imputés au Président tombent sous le coup de la loi pénale. Une telle solution revient évidemment à faire encourir au Président une responsabilité politique en cas de haute trahison, mais à le faire bénéficier d'une irresponsabilité pénale quant aux actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions¹¹⁰). On nous accordera qu'une telle proposition n'implique pas une révision déchirante par rapport à la pratique institutionnelle qui a eu cours jusqu'ici !

Les actes accomplis par le Président de la République en dehors de l'exercice de ses fonctions L'article 68 ne portant que sur les actes accomplis par le Président « dans l'exercice de ses fonctions », un raisonnement *a contrario* est ici particulièrement tentant, qui verrait dans le Président un citoyen ordinaire devant répondre des infractions qu'il viendrait à commettre sans être dans l'exercice de ses fonctions ou qu'il aurait commises avant de prendre ses fonctions, et ce devant les juridictions de droit commun. Le droit dérogatoire n'existant qu'autant qu'il est expressément prévu, l'idéal de l'Etat de droit commandant que les

gouvernants ne soient pas soustraits à la loi générale et le chef de l'Etat républicain ne devant pas être assimilé à un monarque héréditaire - comme le Roi d'Espagne, au sujet duquel l'article 56 paragraphe 3 de la Constitution du 27 décembre 1978 dispose « la personne du roi est inviolable et n'est pas soumise à responsabilité » - cette solution paraît même s'imposer. Telle est la conviction nettement exprimée par M. Jean Foyer, qui écrit : « En tant que personne privée, le Président de la République ne bénéficie d'aucune immunité, ni d'aucun privilège de juridiction. Il est pénalement et civilement responsable, comme tout citoyen, des actes commis avant le début de ses fonctions et de ceux commis pendant la durée de ses fonctions dès lors qu'ils en sont détachables » et ajoute que cette affirmation est « juridiquement indiscutable » (111).

Faut-il ici, comme le font par souci de précision les lignes qu'on vient de citer, continuer d'utiliser les concepts élaborés en droit de la responsabilité quant à l'imputabilité des fautes au service ou à l'agent ? A certains égards, les difficultés qu'il faut affronter diffèrent effectivement, selon qu'il s'agit d'actes accomplis à une époque où le Président était en fonction ou d'actes intervenus avant sa prise de fonction. Pour les premiers, compte tenu de la fonction de représentation de la nation dont est investi le Président (112), la question se pose de savoir dans quelle mesure il peut commettre des infractions qui seraient détachables de sa fonction sans y être en rien rattachables. Pour Guy Carcassonne, « la frontière entre les actes accomplis dans l'exercice des fonctions et les autres est à peu près impossible à tracer. On n'est pas Président de la République à éclipse et le principe de la continuité de l'Etat suppose l'égalité de son chef » (113). Si l'on pousse cette thèse à l'extrême, un Président de la République verrait sa vie privée s'absorber entièrement dans ses fonctions officielles : qu'il chasse la bécasse mais tue un perdreau, assassine sa femme, sa maîtresse ou bien le Premier ministre, quoi qu'il fasse, il serait toujours censé le faire dans l'exercice de ses fonctions et ne relèverait donc que de la Haute Cour de justice, dans la seule hypothèse où il y aurait haute trahison. Une telle position paraît excessive : si l'on accorde que les fonctions présidentielles, pour paraphraser à l'envers Léon Blum, ne se détachent pas de la faute, la faute - et c'est d'elle qu'il s'agit - se détache bien des fonctions... Pour les actes antérieurs à la prise de fonction, de telles difficultés sont évidemment inexistantes, leur extériorité aux fonctions étant acquise, nonobstant leur éventuelle proximité avec la cérémonie d'investiture (cas, évoqué par Guy Carcassonne, de l'accident de la circulation causé par un élu trop impatient).

En définitive, il existe une profonde unité dans la matière des infractions commises par le chef de l'Etat en dehors de ses fonctions : l'article 68 ne règle pas explicitement leur régime juridique et la détermination de celui-ci appelle une conciliation entre les exigences du respect de la loi pénale et celles de la protection de la fonction, ce qu'a fait précisément l'arrêt de l'Assemblée plénière du 10 octobre 2001. On sait que la question tranchée par ce dernier avait profondément divisé les auteurs, les uns insistant sur le fait que « le Président est irresponsable, l'individu est responsable » (114), les autres invoquant la nécessaire protection des représentants élus du peuple par des immunités les plaçant, pendant la durée du mandat que leur a confié le suffrage universel, à l'abri des entreprises de l'autorité judiciaire (115). Dans cette controverse s'affrontent en vérité, les deux paradigmes autour desquels se range actuellement la doctrine française de droit constitutionnel : celui de l'Etat de droit, dont l'émergence tardive dans notre pays doit beaucoup à l'affirmation du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel depuis 1971, et celui du droit politique qui s'inscrit dans la tradition d'une discipline longtemps fermée à toute intervention juridictionnelle. Volonté de soumettre les gouvernants, au moins lorsqu'ils n'agissent pas dans l'exercice de leurs fonctions, à l'action du juge ou volonté de prémunir le pouvoir contre une omnipotence d'un juge envisagée avec beaucoup de réticence affleurent, avec plus ou moins de netteté, sous les opinions émises dans ce débat. Il relève évidemment de la sensibilité de chacun de ressentir des affinités pour l'un plutôt que pour l'autre des deux paradigmes. Ce n'est pas, nous semble-t-il, manquer à l'objectivité que de marquer la rupture qu'implique la justiciabilité, même marginale, des dirigeants par rapport à une tradition française aboutissant à une totale impunité de fait de ceux-ci. On peut, Olivier Beaud le fait avec beaucoup de précision dans l'article qu'on lira ci-après, indiquer les raisons juridiques et politiques de cette situation et regretter l'actuelle déliquescence de la responsabilité politique, il n'en reste pas moins que le constat de cette impunité revient à mettre l'accent sur un trait structurel du statut du pouvoir

en France. Pierre Legendre écrit, dans un livre dont l'évolution actuelle confirme sans cesse la pertinence des analyses : « On se préoccupe beaucoup en France de la légitimité des chefs, plutôt qu'on ne songe à leur demander des comptes ou à les rendre responsables, effectivement et non rhétoriquement, de leurs actes. La conception du pouvoir, dans le Texte où s'énonce un centralisme de cette sorte, est beaucoup trop liée à la terreur et au sens coupable pour que les barrières de papier puissent limiter l'autorité » (116).

En écrivant, dans le désormais célèbre considérant n° 16 de sa décision du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, « 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 », le Conseil constitutionnel a-t-il indiqué que la Haute Cour avait compétence, pendant la durée du mandat présidentiel, quant aux actes du Président étrangers à ses fonctions ? Telle a été l'interprétation unanime de la décision, par la doctrine... et par un communiqué du Conseil constitutionnel en date du 10 octobre 2000, aux termes duquel : « Conforme au texte de l'article 68 de la Constitution, la décision du 22 janvier 1999 précise que le statut pénal du Président de la République, s'agissant d'actes antérieurs à ses fonctions ou détachables de celles-ci, réserve, pendant la durée de son mandat, la possibilité de poursuites devant la seule Haute Cour de justice » (117). Dans son rapport sur l'arrêt du 10 octobre 2001, M. Roman soutient, avec beaucoup de finesse, que cette interprétation est loin d'aller de soi et qu'elle ajoute au texte de la décision du 22 janvier 1999, lequel, pas plus que l'article 68 lui-même, ne parle à aucun moment d'actes présidentiels extérieurs à la fonction. Le considérant n° 16, écrit M. Roman, « ne spécifie pas que les infractions commises en dehors de l'exercice des fonctions ou avant l'élection peuvent être soumises à la Haute Cour. Tout ce qu'il précise, c'est que l'immunité s'applique aux seuls faits commis dans l'exercice des fonctions, ce qui signifie que, pour les autres faits, le régime est différent ». A la réflexion, cette lecture de la décision du 22 janvier 1999 n'emporte pas pleinement notre conviction, en dépit de sa grande habileté et du fait qu'elle supprimerait l'incompatibilité habituellement relevée par les commentateurs entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la Cour de cassation telle qu'elle résulte de l'arrêt commenté. Deux choses nous paraissent s'opposer à la lecture du conseiller rapporteur. La première tient au fait que le Conseil constitutionnel fait référence à la responsabilité *pénale* du Président de la République comme ne pouvant être mise en cause, pendant la durée de ses fonctions, que devant la Haute Cour de justice. S'il s'agissait de la responsabilité du Président pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, pourquoi le Conseil aurait-il éprouvé le besoin de qualifier cette responsabilité de pénale, alors que la Constitution elle-même ne le fait pas, que cette précision est inutile et au surplus, on l'a vu, au minimum réductrice lorsqu'il s'agit de caractériser la responsabilité du chef de l'Etat pour haute trahison ? La seconde, qui est plus importante, est qu'il est impossible que la phrase relative à la compétence exclusive de la Haute Cour de justice se rapporte à des actes accomplis par le Président dans l'exercice de ses fonctions, parce que dans ce cas, la compétence de la Haute Cour ne cesse pas avec les fonctions : à aucun moment, la responsabilité du Président pour les actes en question ne peut être mise en cause devant une autre juridiction que la Haute Cour de justice, seule compétente pour qualifier ces actes de haute trahison. La qualité de la motivation du Conseil constitutionnel laisse certes beaucoup à désirer, mais le sens de la décision ne peut être que la volonté d'étendre la compétence de la Haute Cour, pendant la durée des fonctions présidentielles, aux actes extérieurs à celles-ci.

L'arrêt du 10 octobre 2001, quant à lui, juge que « la Haute Cour de justice n'étant compétente que pour connaître des actes de haute trahison du Président de la République commis dans l'exercice de ses fonctions, les poursuites pour tous les autres actes devant les juridictions pénales de droit commun ne peuvent être exercées pendant la durée du mandat présidentiel, la prescription de l'action publique étant alors suspendue ». Selon la Cour de cassation, par conséquent, la compétence de la Haute Cour de justice doit être limitée aux actes que le Président a commis dans l'exercice de ses fonctions, les juridictions pénales de droit commun restant compétentes pour le surplus. L'idée d'Etat de droit est donc renforcée du point de vue des compétences juridictionnelles, contrairement à l'analyse qu'avait faite,

pour sa part, le Conseil constitutionnel. Mais elle est, par ailleurs, tenue en échec, pendant la durée du mandat présidentiel, quant à la possibilité, pour les juridictions pénales de droit commun, d'exercer leurs prérogatives à l'encontre du président. La protection du Président de la République en exercice face à la mise en cause de sa responsabilité pénale pour des faits extérieurs à ses fonctions, tenait, pour le Conseil constitutionnel, à un privilège de juridiction (seule la Haute Cour de justice pouvait intervenir à son encontre), elle tient, pour l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, à une immunité, temporaire, de juridiction (l'action des juridictions pénales est suspendue). La seconde solution est plus respectueuse du paradigme de l'Etat de droit, en ce qu'elle maintient la compétence des juridictions pénales de droit commun, évitant ainsi l'enlisement des affaires devant les instances parlementaires compétentes pour saisir la Haute Cour de justice, et donne tout son poids à cette affirmation de compétence en déclarant suspendue, et non pas simplement interrompue, comme l'avait proposé le Premier avocat général dans ses conclusions, la prescription de l'action publique pendant la durée du mandat présidentiel. L'arrêt de la Cour de cassation renvoie donc à la fin du mandat (ou des mandats...) du Président le moment où celui-ci devra répondre devant les juridictions répressives des actes antérieurs à sa prise de fonction ou détachables de ses fonctions. Le terme de ses fonctions a donc pour le Président de la V^e République la signification qu'avait pour le Roi son abdication, aux termes de l'article 8 de la section première du chapitre II du titre II de la Constitution de 1791 : il « sera dans la classe des citoyens, et pourra être accusé et jugé comme eux » (118). Avant le terme ainsi fixé, le Président sera protégé par une irrecevabilité opposée à tout acte visant à la mise en cause de sa responsabilité pénale (mais cette solution confirme que les juridictions pénales de droit commun sont bel et bien compétentes, contrairement à ce qu'avait jugé en l'espèce la Chambre de l'instruction). On se trouve donc clairement en présence d'un cas de divergence entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la Cour de cassation.

Cette position de principe de l'Assemblée plénière procède d'une interprétation de l'article 68, « rapproché de l'article 3 et du titre II de la Constitution ». Cette motivation diffère de celle qu'avait retenue le Conseil constitutionnel, qui n'invoquait que le seul article 68. Elle est ensuite précisée ainsi : « Etant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat, le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ». Si le Président ne peut être l'objet de tels actes, c'est donc parce qu'il a la qualité de représentant du peuple et que la mission que lui confie l'article 5 de la Constitution exige qu'il soit mis à l'abri des initiatives, éventuellement intempestives et en tout cas perturbatrices, des magistrats en charge de la répression pénale. On rejoint la motivation que donnait du passage pertinent de la décision du 22 janvier 1999... le site internet du Conseil constitutionnel (119), invoquant, outre le principe de séparation des pouvoirs, « la continuité de l'Etat et la place éminente assignée aux fonctions présidentielles par la Constitution ». On notera que la Cour de cassation n'invoque pas le principe de séparation des pouvoirs, qu'elle ne mentionne pas les prérogatives que les articles 64 et 65 de la Constitution confèrent au Président à l'égard de l'autorité judiciaire, pas plus que celles qui se rapportent à la représentation de la France dans les relations internationales (120), et qu'elle se limite à ce qui ressortit à la fonction d'arbitrage du président, soit à celle que ce dernier exerce en tout état de la conjoncture politique. Satisfaction est ainsi donnée à ceux qui, tel Guy Carcassonne (121), plaident pour l'identité du sort fait à tous les représentants du peuple quant aux immunités destinées à protéger leur mandat - mais la singularité de la position du Président interdit évidemment, dans son cas, une quelconque levée de son immunité, ce qui fragilise cette comparaison. En résumé, la situation du Président en exercice peut aujourd'hui encore se décrire dans les termes du message aux Chambres de Millerand, sauf à tenir compte de la réduction de la durée du mandat : « En disposant que le Président de la République n'est responsable devant les Chambres que dans le cas de haute trahison, la Constitution a voulu, dans un intérêt national de stabilité et de continuité que le pouvoir présidentiel fût, pendant sept ans, maintenu à l'abri des fluctuations politiques » (122).

Le système mis en place par l'arrêt du 10 octobre 2001 protège fortement le Président pendant la durée de ses fonctions. Il comporte cependant le défaut majeur de ne pas offrir de solution satisfaisante au cas où le Président en exercice commettrait un crime non rattachable

à l'exercice de ses fonctions. La compétence de la Haute Cour de justice ne pourrait s'exercer, l'acte n'ayant, par hypothèse, pas été commis dans l'exercice des fonctions. Quant à la compétence des juridictions de droit commun, elle ne pourrait s'exercer avant la fin du mandat. Le maintien en fonction d'un Président coupable d'assassinat ou de viol serait cependant scandaleux. Le recours à la procédure prévue par l'article 7 alinéa 4 de la Constitution (constatation de l'empêchement du Président par le Conseil constitutionnel statuant à la majorité absolue de ses membres, sur saisine par le gouvernement), suggéré par un éminent auteur¹²³, doit, selon nous, être rejeté, parce qu'il reviendrait à ouvrir une nouvelle hypothèse de responsabilité du président, parallèle à celle que prévoit l'article 68. Or, la constatation de l'empêchement ne devrait permettre au Conseil constitutionnel que de prendre acte d'une situation de fait¹²⁴, non de se livrer à une qualification juridique dont la Constitution veut qu'elle soit effectuée par la Haute Cour de justice, sur saisine par les deux assemblées, au regard de la notion de haute trahison. La seule solution qui resterait dans cette hypothèse, dont on espère qu'elle restera d'école, nous a été suggérée par le président Genevois : elle consisterait à faire tomber l'immunité présidentielle en cas de flagrant délit, en dépit du fait que le texte constitutionnel ne mentionne pas celui-ci, à l'inverse de ce que fait son article 26 alinéa 2. Ce retour à la compétence normale des tribunaux répressifs, au moins en cas de crime flagrant, peut se réclamer d'un précédent¹²⁵, celui de l'arrestation, en 1847, du duc de Praslin, malgré les termes de l'article 34 de la Charte de 1830 disposant qu' « Aucun Pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la Chambre », après la découverte du corps de la duchesse, frappé de trente coups de couteau.

Il reste à examiner quelle est l'étendue de l'immunité dont bénéficie le Président durant le temps où il exerce ses fonctions.

La protection maximale accordée au Président pendant la durée de son mandat
Rappelons que la question soumise à la Cour de cassation était celle de savoir si M. Chirac, Président de la République, pouvait être entendu par un juge d'instruction en qualité de témoin. A cette question, la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 ne répondait guère, puisqu'elle ne posait que l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité pénale du chef de l'Etat en exercice devant une juridiction autre que la Haute Cour de justice. Entendre une personne comme témoin, assurément ce n'est pas mettre en cause sa responsabilité pénale, ce qui laissait, en toute hypothèse, le juge judiciaire libre de décider. Il le fait en conférant au président, pendant la durée de ses fonctions, une immunité particulièrement large, dont il détaille les corollaires avec un grand souci pédagogique. Comme on l'a vu, cette décision procède d'une prudence marquée à l'égard de tout ce qui, dans la procédure pénale, pourrait menacer la quiétude du président. La Cour de cassation aurait-elle eu présent à l'esprit l'avertissement d'Esmein¹²⁶ : « à l'égard du premier magistrat de la République, toute poursuite à fins pénales prendrait nécessairement le caractère d'un acte politique » ? Le *self-restraint* dont elle fait preuve aboutit à mettre le Président en exercice à l'abri de tout acte de procédure pénale, y compris l'obligation de comparaître en tant que témoin.

Pendant la durée de son mandat, le Président ne peut être mis en examen, cité ou renvoyé devant une juridiction pénale de droit commun, ni être entendu comme témoin assisté
La protection du mandat présidentiel, justifiée, comme on l'a vu, par une lecture systématique de la Constitution, exigeait que le président, pendant la durée de son mandat, ne puisse voir sa responsabilité pénale mise en cause. L'interdiction des mises en examen, des citations ou renvois devant une juridiction pénale de droit commun s'ensuivait nécessairement. En effet, la mise en examen suppose, aux termes de l'article 80-1 du code de procédure pénale, qu'existent à l'encontre de la personne en cause « des indices graves ou concordants rendant vraisemblable » sa participation, comme auteur ou comme complice, à la commission d'infractions pénales dont le juge d'instruction est saisi. La citation devant une juridiction pénale oblige la personne concernée à comparaître devant cette juridiction (art. 551 c. pr. pén.), tandis que les ordonnances de renvoi prises par le juge d'instruction ont pour effet la saisine du tribunal de police ou du tribunal correctionnel (art. 178 et 179 du même code), le

magistrat instructeur estimant qu'il existe contre l'inculpé des charges suffisantes. La mise en accusation devant la cour d'assises (art. 181 du même code), non mentionnée, doit être pareillement prohibée, s'agissant du Président en exercice.

En allait-il de même pour l'audition du Président comme témoin assisté ? La réponse à cette question a, semble-t-il, paru si évidente à la Cour de cassation qu'elle a mentionné en premier l'impossibilité d'entendre le Président de la République comme témoin assisté, pendant la durée de son mandat, et l'a liée à celles de le mettre en examen, de le citer ou de le renvoyer devant une juridiction pénale de droit commun, ce qui revient à nettement distinguer le cas du témoin assisté de celui du témoin ordinaire. En dépit des incertitudes ayant entouré, au fil des textes qui ont modifié la procédure pénale, le statut du témoin assisté, il était en effet acquis que le témoin assisté était devenu « une nouvelle figure du défendeur durant l'instruction » (127). Ayant perdu le statut de témoin en raison des indices pesant sur lui (128), le témoin assisté n'est pas encore mis en examen, mais peut l'être ultérieurement sans que le magistrat instructeur encoure le reproche de le faire tardivement. En somme, « l'intéressé est indiscutablement mis en cause même s'il n'est pas encore mis en examen » (129), ce qui explique que le code de procédure pénale lui ait conféré un certain nombre de droits (notamment celui d'être assisté par un avocat et d'avoir accès au dossier). Interdire l'audition du Président de la République comme témoin assisté est donc prendre acte d'une assimilation croissante de ce dernier à la personne mise en examen. La jurisprudence ultérieure de la Chambre criminelle ne manquera certainement pas d'en tirer toutes les conséquences, en particulier quant à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pendant la durée de son mandat, le Président n'est pas soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin

C'est une conception large de l'immunité du Président de la République en fonction qui a conduit la Cour de cassation à le dispenser aussi de l'obligation de témoigner : il s'agit de le mettre entièrement à l'abri de toute sollicitation émanant des magistrats instructeurs.

Cependant, la double justification donnée par l'arrêt à cette solution emporte malaisément la conviction. Est d'abord invoqué le fait que l'obligation de comparaître en tant que témoin prévue par l'article 101 du code de procédure pénale « est assortie par l'article 109 dudit Code d'une mesure de contrainte par la force publique ». Une telle motivation confond l'obligation juridique et sa sanction : s'il est indéniable que l'image d'un Président en exercice conduit par la force publique dans le cabinet d'un juge d'instruction se concilie difficilement avec la dignité qui sied à la plus haute charge de l'Etat et si, par conséquent, il fallait écarter l'application à sa personne de l'article 109, cela n'autorise en rien à le dispenser de l'obligation elle-même qui, comme le rappelait M. Badinter (130), est celle « d'aider la justice à établir la vérité afin que soient poursuivis, et éventuellement sanctionnés, tous ceux, quels qu'ils soient, qui auraient méconnu la loi que le Président de la République a aussi pour mission de faire respecter ». Quant à l'argument selon lequel l'obligation statuée par l'article 101 « est pénalement sanctionnée », il participe de la même confusion et apparaît contradictoire avec la solution que l'arrêt consacre par ailleurs, consistant à rendre impossible l'exercice des poursuites pendant la durée du mandat présidentiel : la sanction pénale de l'obligation de comparaître en tant que témoin n'eût donc pas menacé le Président avant le terme de ses fonctions. Selon les principes mêmes consacrés par la Cour, il aurait fallu envisager que cette sanction pût intervenir, une fois le mandat achevé. Ce n'est pas à dire que la dispense de l'obligation de témoigner qui résulte de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est dépourvue de justifications, mais celles-ci concernent en réalité l'obligation elle-même.

A la question : « Le Président de la République peut-il être cité en justice comme témoin et est-il tenu de répondre à la citation et de déposer ? », Esmein répondait : « La négative paraît certaine. » (131). Il invoquait, à l'appui de cette position, l'argument pris des formes solennelles dont le code d'instruction criminelle entourait la réception des dépositions de certains hauts personnages de l'Etat, alors que rien n'était prévu pour le président. Le raisonnement est alors *a contrario* et *a fortiori* : si ces dispositions ne parlent pas de la déposition comme témoin du chef de l'Etat, c'est qu'« elles ne paraissent pas la considérer comme possible » (132). L'actuel titre quatrième du livre quatrième (lui-même intitulé : « De

quelques procédures particulières ») du code de procédure pénale s'intitule : « De la manière dont sont reçues les dépositions des membres du Gouvernement et celles des représentants des puissances étrangères ». L'article 652 dispose que « Le Premier ministre et les autres membres du gouvernement ne peuvent comparaître comme témoins qu'après autorisation du Conseil des ministres, sur le rapport du garde des Sceaux, ministre de la justice. Cette autorisation est donnée par décret » (133), la déposition étant alors reçue dans les formes ordinaires. A défaut d'une autorisation du Conseil des ministres, l'article 654 prévoit que « la déposition est reçue par écrit dans la demeure du témoin, par le premier président de la cour d'appel ou, si le témoin réside hors du chef-lieu de la Cour, par le président du tribunal de grande instance de sa résidence ». L'article 656 dispose que « La déposition écrite d'un représentant d'une puissance étrangère est demandée par l'entremise du ministre des Affaires étrangères. Si la demande est agréée, cette déposition est reçue par le premier président de la cour d'appel ou par le magistrat qu'il aura délégué ». Il paraîtrait effectivement illogique que la déposition du Président de la République se fasse dans les conditions du droit commun, tandis que celle d'un secrétaire d'Etat obéirait à un rituel soigneusement réglé. Le raisonnement d'Esmein est donc toujours valable : faute d'égards spéciaux prévus pour recueillir la déposition du président, on est fondé à penser que le code de procédure pénale ne la considère pas comme possible. On conçoit que l'argument déçoive par son caractère pragmatique, il offre cependant à la solution adoptée par l'arrêt du 10 octobre 2001 un fondement assez solide, qui aurait pu se substituer, avantageusement selon nous, à ceux retenus par la Cour de cassation.

Il faut d'ailleurs rappeler que l'absence d'obligation juridique, pour le Président de la République en exercice, de comparaître en tant que témoin ne saurait l'exempter de son obligation civique de le faire, comme l'indiquait bien M. Badinter (134).

Au terme d'épisodes juridictionnels assez nombreux, la formation la plus solennelle de la Cour de cassation consacre donc au profit du Président de la République une très large immunité à l'égard de la justice pénale, et ce pendant la durée de son mandat (135). Sitôt celui-ci terminé, le Président redevient un citoyen ordinaire, abandonné aux curiosités des magistrats instructeurs et sujet à une responsabilité pénale qui n'épargne que les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, lesquels continuent de relever de la compétence exclusive, et d'ailleurs assez vaine et fort hypothétique, de la Haute Cour de justice. Cette image d'un Président glorieux tant qu'il est en fonction, menacé par la fin de son immunité, sitôt qu'il aura été raccompagné par son successeur sur le perron de l'Elysée, évoque la proximité de la roche tarpéienne et du Capitole ou encore les sombres Erinyes (les actions publiques dont la prescription a été suspendue ?) attendant l'heure de se jeter sur leur victime. Comme l'ont souligné de nombreux constitutionnalistes, cette situation est d'abord due à la disparition, dans notre pays, de la responsabilité politique - sinon sous la forme pathologique d'un désaveu systématique par le corps électoral de la majorité au pouvoir, à chaque renouvellement de l'Assemblée nationale, et ce depuis 1981 -, et à l'incapacité d'en inventer des formes nouvelles. Comment s'étonner alors du surinvestissement dont bénéficie la justice pénale ? M. Denis Salas le rappelait récemment : « On a tout demandé au juge pénal parce qu'il était le seul interlocuteur identifié comme impartial » (136). »

P. W.

Annexe

Cour de cassation, Assemblée plénière, 10 octobre 2001, *Breisacher*

POURVOI formé par M. Michel Breisacher, en cassation d'un arrêt rendu le 29 juin 2001 par la Cour d'appel de Paris (3^e chambre de l'instruction) ;

Vu l'article 575, alinéa 2, 4^o, du Code de procédure pénale et les articles L. 2132-5 et L. 2132-7 du Code général des collectivités territoriales ;

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué (Paris, Chambre de l'instruction, 29 juin 2001) qu'au vu

d'un rapport de la chambre régionale des comptes, une information a été ouverte contre personne non dénommée pour favoritisme, détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, prise ou conservation illégale d'intérêt, complicité, recel, concernant des irrégularités dans les marchés publics passés par la Société d'économie mixte parisienne de prestations, dissoute le 22 juillet 1996, dont la ville de Paris, le département de Paris et d'autres sociétés d'économie mixte étaient les actionnaires ; que, s'étant constitué partie civile en lieu et place de la ville de Paris en vertu d'une autorisation donnée le 7 juillet 2000 par le tribunal administratif, M. Michel Breisacher a saisi le 21 novembre 2000 les juges d'instruction d'une requête motivée en vue de l'audition, en qualité de témoin, de M. Jacques Chirac, à l'époque des faits maire de Paris et aujourd'hui Président de la République ; que, par ordonnance du 14 décembre 2000, les juges d'instruction se sont déclarés compétents pour procéder à l'acte d'information sollicité, aux motifs que la demande d'audition est formulée en des termes tendant à la mise en cause pénale de M. Jacques Chirac, qu'aux termes de l'article 68 de la Constitution, le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison, et que, selon l'interprétation que donne de ce texte la décision du 22 janvier 1999 du Conseil constitutionnel, « 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 » ;

Attendu que, pour confirmer l'ordonnance entreprise, l'arrêt retient que ce dernier membre de phrase est un des motifs qui fondent la décision du Conseil constitutionnel, dont, en vertu de l'article 62 de la Constitution, les décisions s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et judiciaires, et que, dès lors, tant l'article 68 de la Constitution que la décision du 22 janvier 1999 du Conseil constitutionnel excluent la mise en mouvement, par l'autorité judiciaire de droit commun, de l'action publique à l'encontre d'un Président de la République dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale, pendant la durée du mandat présidentiel, les juges d'instruction restant néanmoins compétents pour instruire les faits à l'égard de toute autre personne, auteur ou complice ;

Attendu que le demandeur fait grief à l'arrêt d'avoir statué ainsi, alors, selon le moyen :

1° Que, n'ayant statué que sur la constitutionnalité de l'article 27 du traité portant statut de la Cour pénale internationale, la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 ne dispose d'aucune autorité de chose jugée à l'égard du juge pénal agissant en application des dispositions du code de procédure pénale, qui n'ont fait l'objet d'aucune décision du Conseil constitutionnel portant sur la question de l'immunité du chef de l'Etat ;

2° Qu'en vertu du principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi, l'immunité instituée au profit du Président de la République par l'article 68 de la Constitution ne s'applique qu'aux actes qu'il a accomplis dans l'exercice de ses fonctions et que, pour le surplus, il est placé dans la même situation que tous les citoyens et relève des juridictions pénales de droit commun ;

Mais attendu que, 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 ;

Attendu que, rapproché de l'article 3 et du titre II de la Constitution, l'article 68 doit être interprété en ce sens qu'étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat, le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; qu'il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en

tant que témoin prévue par l'article 101 du code de procédure pénale, dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée ; que, la Haute Cour de justice n'étant compétente que pour connaître des actes de haute trahison du Président de la République commis dans l'exercice de ses fonctions, les poursuites pour tous les autres actes devant les juridictions pénales de droit commun ne peuvent être exercées pendant la durée du mandat présidentiel, la prescription de l'action publique étant alors suspendue ;

Attendu que, si c'est à tort que la Chambre de l'instruction, au lieu de constater l'irrecevabilité de la requête de la partie civile, a déclaré les juges d'instruction incompétents pour procéder à l'audition de M. Jacques Chirac, l'arrêt, néanmoins, n'encourt pas la censure, dès lors que les magistrats instructeurs, compétents pour instruire à l'égard de toute autre personne, n'avaient pas le pouvoir de procéder à un tel acte d'information ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ; et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ; ... [rejet]

MM. Canivet, *premier président* ; Lemontey, Dumas, Cotte, Sargos, Weber, *présidents* ; Roman, *rapporteur* ; de Gouttes, *premier avocat général* ; SCP Lesourd, *avocat*

Mots clés :

CONSTITUTION * Président de la République * Responsabilité pénale

(1) Décis. 408 DC, *Statut de la Cour pénale internationale*, Rec. p. 29, consid. 16.

(2) Cette interprétation utile de l'article L. 2132-7 était soutenue tant par le conseiller rapporteur que par le Premier avocat général dans ses conclusions. L'exigence d'une nouvelle autorisation serait incompatible avec le respect des brefs délais imposés à l'exercice des recours et priverait l'intéressé de son droit à un recours effectif consacré par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ; elle subordonnerait, de plus, le juge pénal au juge administratif. Les conclusions et le rapport sont disponibles sur le site internet de la Cour : <http://www.courdecassation.fr>.

(3) Décis. 244 DC du 20 juill. 1988, *Loi d'amnistie*, Rec. p. 119, consid. 18 (pour les décisions prises sur la base de l'art. 61) ; 312 DC du 2 sept. 1992, *Maastricht II*, Favoreu/Philip, Grandes décisions du Conseil constitutionnel (GDCC), 11^e éd., 2001, n° 45, notamment consid. 12 (pour les décisions prises sur la base de l'art. 54) ; 88-1127 du 20 avr. 1989, *A. N. Meurthe et Moselle (2^e circ.)*, Rec. p. 32, consid. 6 (pour le contentieux des élections législatives). Le Conseil d'Etat évoque, à l'occasion, l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel : CE, 16 avr. 1986, *Société méridionale de participations bancaires, industrielles et commerciales*, Rec. p. 93.

(4) Cela vaut d'un jugement, mais aussi de la loi ou de la Constitution, lorsqu'il s'agit de savoir si certains éléments de leur texte ont « force de loi » - préambules, exposés des motifs, intertitres - ou si l'on peut considérer les informations tirées de travaux préparatoires comme constituant, pour ainsi dire, des motifs déterminants de la lettre de la loi ou, même, si l'on doit considérer les documents préparatoires de la Constitution comme de tels travaux préparatoires.

(5) Et par la Cour de cassation s'agissant de l'autorité de la chose jugée par les juridictions judiciaires. Par ex. : Cass. req., 21 nov. 1899, DP 1900, 1, p. 18 ; Cass. civ., 4 janv. 1954 et 6 oct. 1954, JCP 1955, II, n° 8458, note Astima. Il faut distinguer les motifs inséparables du dispositif des motifs décisifs, dont l'autorité est fort discutée, qui sont les éléments décisifs contenus seulement dans les motifs. Sur ces questions : D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, p. 297 et s.

(6) Cons. const., decis. 18 L du 16 janv. 1962, *Loi d'orientation agricole*, consid. n° 1, Rec. p. 31 ; GDCC n° 13 ; decis. 258 DC du 8 juill. 1989, *Loi d'amnistie*, consid. n° 12, Rec. p. 48 ;

D. 1990, Somm. p. 138  ; JCP 1990, II, n° 21409, note C. Franck ; décis. 312 DC du 2 sept. 1992, *Maastricht II*, consid. n° 4, Rec. p. 76 ; GDCC, n° 45.

(7) On ne reviendra pas sur ce débat. On redira seulement la pertinence de l'analyse, sur ce point, qu'avait publiée Michel Troper dans *Le Monde* du 13 février 1999 (repris à la RFD const. 1999, p. 325).

(8) Tel était, en revanche, par exemple, le raisonnement de F. Luchaire, *La Cour pénale internationale et la responsabilité du chef de l'Etat devant le Conseil constitutionnel*, RD publ. 1999, p. 461 et s.

(9) V. les réf. citées à la note 3.

(10) La question se pose de l'autorité qu'il convient d'attacher aux décisions prises par le Conseil constitutionnel en dehors de sa fonction juridictionnelle, dans l'exercice de ses fonctions qu'on dit parfois « administratives ». Il n'est pas impossible d'imaginer que le Conseil d'Etat puisse un jour être saisi d'un tel acte. On pense, notamment, à la contestation d'une décision telle que celle du 27 juin 2001 relative aux archives du Conseil et dont la légalité a pu être, non sans quelques fortes raisons, mise en doute (P. Gonod, *Les archives du Conseil constitutionnel : remarques sur la décision du 27 juin 2001*, D. 2001, p. 2603 ). La solution serait-elle analogue à celle adoptée à l'égard d'une décision du Président de l'Assemblée nationale (CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Long/Weil/Braibant/Delvolvé/Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (GAJA), 13^e éd., 2001, n° 114), la nature de la fonction et non la nature de l'organe déterminant la compétence de la juridiction administrative, ou bien l'article 62, dans ses deux alinéas, interdira-t-il au juge administratif de se reconnaître compétent ? On sait que le Conseil constitutionnel admet, dans un cas au moins, d'être saisi de la contestation de l'un de ses actes, la liste des candidats à l'élection présidentielle, à laquelle il n'attache donc pas le caractère d'une décision insusceptible de recours au sens de l'article 62 (Cons. const., décis. du 17 mai 1969, *Ducatel c/ Krivine*, GDCC, n° 17). Quelle est en revanche la nature de la décision rendue le 10 novembre 1998 sur la demande de communication de pièces, formulée par un juge d'instruction (Rec. p. 300). Le Conseil y affirme que l'article 62 alinéa 2 s'applique à cette décision même. Est-elle revêtue d'une autorité de « chose jugée » ? Par ailleurs, on veut croire que la mention d'observations formulées par le Conseil constitutionnel en 1995 et 2000 relativement à l'élection présidentielle dans les visas d'une décision de ce même Conseil, portant sur la conformité d'une loi organique à la Constitution, puis l'indication, dans le corps de la décision, que certaines dispositions de la loi examinée « mettent en oeuvre les observations susvisées du Conseil constitutionnel » (décis. 443 DC du 1^{er} févr. 2001, *Loi organique relative à l'élection présidentielle*), ne signifient pas, à elles seules, que ces observations seraient ainsi munies d'une quelconque autorité juridique, d'une improbable force obligatoire.

(11) Donnant une définition plus large de cette autorité « absolue » : R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, n° 60. En revanche, le même auteur la définit ailleurs strictement, comme l'autorité qui confère à la décision effet *erga omnes* (*Droit du contentieux administratif*, 9^e éd., Montchrestien, 2001, n° 1208).

(12) C'est à une décision rendue sur le fondement de l'article 37 alinéa 2 (Cons. const., décis. 124 L du 23 juin 1982) que le Conseil d'Etat avait donné son plein effet en s'estimant lié par la qualification d'imposition de toute nature appliquée par le Conseil constitutionnel aux « redevances » perçues par les agences financières de bassin : CE, Ass., 20 déc. 1985, *SA Etablissements Outters*, Rec. p. 382 ; D. 1986, Jur. p. 283, note Favoreu ; RFDA 1986, p. 513, concl. Martin ; *Petites affiches*, 12 déc. 1986, p. 25, note Moderne.

(13) Les décisions du Conseil constitutionnel rendues en matière électorale comme celles qui concernent les inéligibilités et incompatibilités des parlementaires sont évidemment pourvues d'une autorité dont la portée s'analyse en fonction de leur objet, qui par définition, n'est pas un texte. Pour un exemple des conséquences de la chose jugée par le Conseil constitutionnel en matière électorale à l'égard de l'autorité administrative : Décis. 88-1127 du 20 avr. 1989,

A. N. *Meurthe-et-Moselle* (2^e circ.), préc.

(14) C'est-à-dire de toute infraction autre que celles qui seraient constitutives de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale.

(15) L'ordonnance des juges d'instruction du 14 décembre 2000 reposait sur une curieuse motivation selon laquelle l'interprétation du juge constitutionnel devait s'imposer « en l'absence de jurisprudence de la Cour de cassation (...) qui tendrait à estimer que le considérant précité du Conseil constitutionnel est un *obiter dictum* ne s'imposant pas à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». L'arrêt de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris fonde l'autorité de l'interprétation du Conseil constitutionnel sur l'article 62 de la Constitution. V. l'analyse de ces décisions dans le rapport du conseiller Roman. Ces motivations sont à rapprocher de celles, dans le même sens, de l'ordonnance du 15 avril 1999 rendue par le juge Desmure (reprise à la RFD const. 1999, p. 324).

(16) F. Moderne, Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat, Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 342, note 111. V., dans le même sens, notamment : P. Bon, Autorité de chose jugée, O. Duhamel, Y. Mény (dir.), Dictionnaire constitutionnel, PUF, 1992 ; L. Favoreu/L. Philip, GDCC, comm. sous n° 13, § 23 ; L. Favoreu *et alii*, Droit constitutionnel, Dalloz, 3^e éd., 2000, n° 480 ; B. Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Paris, STH, 1988, p. 60 ; B. Poullain, *in* : La Cour de cassation et la Constitution de la République, PUAM., 1995, p. 280 ; T. Renoux/M. de Villiers, Code constitutionnel, Litec, sous art. C. 62 ; D. Turpin, Contentieux constitutionnel, 2^e éd., PUF, 1994, n° 198 ; G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, t. 1, 12^e éd., PUF, 1992, p. 63. Le conseiller Roman, en revanche, se méprend lorsque, résumant cette doctrine, il écrit que l'autorité est « absolue en ce qui concerne les textes mêmes dont il a examiné la constitutionnalité, mais n'est que *relative en ce qui concerne les autres textes* » (nous soulignons).

(17) Cass. crim., 26 févr. 1974, D. 1974, Jur. p. 273 ; Gaz. Pal. 1974, 1, p. 230.

(18) Concl. Frydman sur CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, Rec. p. 118 ; RFDA 1994, p. 429. M. Frydman reprenait là une doctrine traditionnelle des commissaires du gouvernement : concl. Galmot sur CE, Ass. 3 févr. 1967, *Confédération générale des vignerons du midi*, Act. jur. dr. adm. 1967, p. 164 (p. 167) ; concl. Hagelsteen sur CE, 22 oct. 1979, *Union démocratique du travail*, RD publ. 1980, p. 531 (p. 536) ; concl. Théry sur CE, 29 mai 1981, *Rekhou*, RD publ. 1981, p. 1707 (p. 1714).

(19) Cass. crim., 25 janv. 1978, *Vantalon*, Bull. crim., n° 31, p. 75, Gaz. Pal. 1978, 2, p. 398, rapp. Guerder ; D. 1978, IR p. 344, obs. Roujou de Boubée. V. aussi : L. Favoreu, La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution, D. 1986, Chron. p. 171.

(20) Elle était prévisible : B. Genevois, Observations complémentaires, RFDA 1999, p. 721.

(21) Décis. 244 DC, *Loi d'amnistie*, consid. 18, Rec. p. 119.

(22) On a un peu l'impression d'un décalque, à vrai dire maladroit, du principe applicable aux décisions du juge administratif en excès de pouvoir et selon lequel seule l'annulation d'un acte administratif est revêtue d'une autorité absolue de chose jugée. Mais les autres décisions sont revêtues d'une autorité, même si elle n'est que relative. V. : R. Chapus, Droit du contentieux administratif, *op. cit.* p. 962 et s.

(23) P. Wachsmann, Act. jur. dr. adm. 1988, p. 758. Si seule la décision d'annulation prise par le juge administratif est revêtue d'une autorité absolue de chose jugée, la logique voudrait cependant que, s'agissant du juge constitutionnel, cette même autorité soit attribuée à la non-censure d'un texte : G. Vedel, Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1995, p. 552.

(24) Par ex. : décis. 373 DC du 9 avr. 1996, *Statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. p. 43, consid. 5.

(25) Décis. 410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 51.

(26) Décis. 183 DC du 18 janv. 1985, *Redressement et liquidation judiciaires, article 2 du dispositif*, Rec. p. 32. Depuis plusieurs années, d'ailleurs, le libellé des dispositifs a connu une nette évolution. S'agissant du contrôle facultatif de l'article 61 alinéa 2, le Conseil constitutionnel ne déclare qu'avec une extrême parcimonie la conformité à la Constitution des dispositions législatives, même formellement examinées dans le corps de la motivation, sans qu'on trouve nécessairement, d'ailleurs, la clef du système qui règle la question. Ainsi, pour ne prendre qu'une comparaison, la décision 425 DC du 29 décembre 1999 (Loi de finances rectificative pour 1999) déclare la conformité à la Constitution de deux articles de la loi déférée, quand la décision 424 DC, du même jour (*Loi de finances pour 2000*), se borne à déclarer l'inconstitutionnalité de deux articles, sans reprendre dans le dispositif la conformité des autres articles examinés.

(27) Consid. 4.

(28) La question du changement de circonstances est peu évoquée à raison du caractère préventif du contrôle de constitutionnalité en France. Cependant, si le contrôle s'effectue en amont de l'entrée en vigueur des textes, ses conséquences peuvent s'inscrire dans la durée. F. Moderne (art. cit., p. 344, note 123) admet que le législateur puisse reprendre des dispositions déclarées antérieurement inconstitutionnelles si les circonstances ont objectivement changé.

(29) Publié sur le site internet du Conseil (<http://www.conseil.constitutionnel.fr/bilan/bilan1999.htm>).

(30) Et dans ces conditions l'expression, telle qu'employée par le Conseil, ne serait que « métaphorique », comme l'affirment MM. Avril et Gicquel (Ombres et lumières sur la Constitution, Petites affiches, 30 octobre 2001, p. 13, note 1).

(31) Les juridictions ordinaires font elles aussi évoluer leur jurisprudence sans, pour autant, s'émanciper de l'autorité de leurs propres décisions.

(32) Le rapport du conseiller Roman le reconnaît d'ailleurs expressément.

(33) Telle qu'elle est clairement admise par le juge administratif. Par ex. : CE, 1^{er} juill. 1983, *Syndicat unifié de la radio et de la télévision CFDT*, Rec. p. 293, qui applique l'article d'une loi « tel qu'il doit être interprété à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel » ; CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, Rec. p. 118, concl. Frydman. Peut-on lire, en revanche, une soumission à l'autorité d'une décision du Conseil constitutionnel dans le rappel par le Conseil d'Etat qu'une disposition législative poursuit un objectif qui, « ainsi que l'a énoncé le Conseil constitutionnel dans sa décision (...) » à l'occasion du contrôle de cette loi, est un objectif de valeur constitutionnelle ? CE, 19 janv. 1990, *Assoc. La télé est à nous*, Rec. p. 9. Ou dans l'affirmation par laquelle le Conseil d'Etat précise que le dividende afférent à l'exercice 1981 d'une banque nationalisable peut être distribué « comme l'a d'ailleurs indiqué le Conseil constitutionnel » ? CE, 16 avr. 1986, *Société méridionale de participations bancaires industrielles et commerciales*, Rec. p. 93, préc. Enfin si le commissaire du gouvernement Vigouroux invitait le Conseil d'Etat à reconnaître l'autorité des réserves d'interprétation du Conseil sur la loi à appliquer (179 DC du 12 sept. 1984, *Limite d'âge des fonctionnaires*, consid. 17), même non incorporées au dispositif, le Conseil d'Etat, qui n'évoque ni dans les visas ni dans les motifs la décision concernée du juge constitutionnel, s'est-il véritablement soumis à ces réserves ou n'a-t-il pas procédé par lui-même à l'interprétation de la loi conforme à la Constitution (possibilité que n'excluait pas non plus le commissaire du gouvernement) ? CE, Ass., 16 déc. 1988, *Assemblée générale des administrateurs civils c/ Dupavillon et Bleton (2 aff.)*, Rec. p. 449, concl. Vigouroux.

(34) On pense aux qualifications nécessaires à la détermination du caractère législatif ou réglementaire d'une matière et qui ne sont pas des « réserves d'interprétation ». Outre l'arrêt précité *SA Etablissements Outters* : T. confl., 12 janv. 1987, *Compagnie des eaux et de l'ozone c/ SA Etablissements Vétillard*, Rec. p. 441, RFDA 1987, p. 284, concl. Massot ; Cass. soc., 25 mars 1998, *CRCAM Sud-Alliance c/ Tallagnon*, D. 1998, Somm. p. 388, obs. X. Prétot .

(35) Décis. 429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, consid. 6, Rec. p. 84.

(36) CE, Ass., 3 juill. 1996, *Koné*, Rec. p. 255  ; GAJA, n° 109, et les réf. cit.

(37) On connaît à tout le moins des interprétations de la loi conformes à des principes généraux du droit : CE, Ass., 7 févr. 1947, *D'Aillières*, GAJA, n° 62 ; 17 févr. 1950, *Min. de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*, GAJA, n° 67 (et la jurisprudence citée dans les obs.).

(38) Cette inconstitutionnalité ne devrait pouvoir être « déclarée », seulement constatée. Cela résulte de l'article 62 alinéa 1 de la Constitution, éclairé par les articles 20 à 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, qui règle l'usage du mot « déclaration » appliqué aux décisions du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité. Ainsi, la lecture selon laquelle l'interdiction de « mettre en application » une disposition « déclarée » inconstitutionnelle pourrait s'appliquer à la disposition d'une loi promulguée est interdite par l'article 23 de l'ordonnance : les mots « mise en application » ne peuvent viser que la disposition d'un règlement parlementaire. Il est donc inquiétant que le Conseil constitutionnel dans la décision 410 DC du 15 mars 1999 (Rec. p. 51, consid. 42) ait « déclaré » l'inconstitutionnalité d'une disposition promulguée, déclaration qui, d'ailleurs, n'est pas reprise dans le dispositif.

(39) Selon les termes de la décision *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* (décis. 187 DC du 25 janvier 1985, GDCC, n° 37).

(40) Le Conseil constitutionnel lui-même n'y apporte pas de réponse. C'est autre chose que le secrétariat général du Conseil publie sur le site du Conseil ce que le Conseiller Roman qualifie, non sans ironie et raison, « un étonnant document » par lequel il exprime une opinion concluant à la privation d'effets de la loi promulguée dont l'inconstitutionnalité a été constatée. Cette opinion est évidemment dépourvue de toute valeur juridique. D'ailleurs un nouveau document publié sur le site (« Avertissement important : statut de l'information disponible sur le site ») rappelle que « seuls engagent le Conseil constitutionnel les textes issus de ses délibérations » (et auxquels nous nous efforçons précisément de nous tenir). En tout cas, à titre personnel, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel (Act. jur. dr. adm. 1999, p. 333) estime qu'il appartiendra aux juridictions ordinaires de décider de l'effet qu'il convient de donner à ces « déclarations » (apocryphes) de constitutionnalité. V. sur ces débats : GDCC, obs. sous n° 37.

(41) Nous ne suivons donc pas le raisonnement du conseiller Roman qui, dans son rapport, invoque, dans cette situation, l'incompétence du juge ordinaire.

(42) Telle est la position soutenue par le conseiller Roman dans son rapport. Elle ne s'impose pas avec évidence.

(43) Dans son rapport, le conseiller Roman exclut la possibilité, pour le juge ordinaire, de tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité. Cette position peut être discutée.

(44) Décis. 313 DC du 23 sept. 1992, *Maastricht III*, Rec. p. 94, consid. n° 1.

(45) MM. Vedel et Delvolvé y insistent : La différence entre les fonctions du juge constitutionnel et celles des juges ordinaires « ne tient pas à ce que le premier aurait le monopole de l'application et de la sauvegarde des règles à valeur constitutionnelle » (Droit

administratif, t. 1, *op. cit.*, p. 61 et s.).

(46) Il exerce sans aucun doute une fonction interprétative, mais dans le cadre de la compétence qui lui est dévolue.

(47) Dont la doctrine « authentique » ne saurait évidemment se confondre avec telle ou telle déclaration de l'un de ses membres, rapportée par exemple dans *Le Monde* des 22 et 23 juillet 2001.

(48) Ce que rappelait à juste titre l'un de ses membres les plus prestigieux : « Le Conseil constitutionnel, suivant un bon sens qui ne me paraît jamais lui avoir manqué, a été finalement plus sage, ou en tout cas plus réservé que la doctrine ne l'a été en général. D'abord il s'est bien installé dans l'idée qu'il n'était pas une Cour suprême. Que par conséquent il était un ordre de juridiction, à lui tout seul peut-être (...) qu'il n'avait une autorité que si ses décisions avaient autorité de chose jugée, mais qu'il n'y avait pas d'autorité doctrinale supérieure du Conseil constitutionnel, qu'il n'était qu'un juge d'attribution. » (G. Vedel, *in* : La Cour de cassation et la Constitution de la République, *op. cit.*, p. 285).

(49) Or, cette distinction n'est pas toujours suffisamment nette dans les catalogues que l'on dresse pour montrer la convergence des interprétations des juridictions ordinaires et de celles du juge constitutionnel.

(50) A. Viala, De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée, RD publ. 2001, p. 804. L'auteur insiste donc - et il est ainsi cohérent - sur la nécessité de « distinguer » l'autorité de chose jugée de la prétendue autorité de chose interprétée (*ibid.*, p. 785).

(51) A. Viala, art. cit., p. 809.

(52) *Ibid.*, p. 785.

(53) L. Favoreu, L'effet des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard du juge administratif français, RID comp., n° spécial, vol. 9, 1987, p. 481.

(54) « La jurisprudence du Conseil constitutionnel, écrit L. Favoreu, n'a pas, évidemment, la même autorité que la chose jugée mais on aurait tort de penser que, bien que n'étant pas obligatoire pour le juge administratif, cette jurisprudence n'a pas d'influence sur lui. » (Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 173.)

(55) V. surtout, pour un bilan récent : L. Favoreu, GDCC, obs. sous n° 13.

(56) C'est donc à bon droit que N. Molfessis distingue, dans sa très complète étude, la réception « formelle » des décisions du Conseil de la réception « matérielle » de sa jurisprudence et, dans la réception formelle, la référence expresse à une décision du conseil de la prise en compte de son autorité juridictionnelle. De ce dernier point de vue, le constat s'impose : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont pratiquement jamais prises en considération pour leur autorité juridictionnelle » (Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997, p. 504 et s., p. 509 pour la citation). On évite ainsi de confondre une série de convergences plus ou moins bien attestées avec la reconnaissance d'une autorité. Par exemple, la convergence avec les positions du Conseil constitutionnel des interprétations par les juges administratifs (CE, 9 juill. 1986, *Ville de Paris*, Act. jur. dr. adm., p. 595 et chron. p. 547) et les juges judiciaires (Cass. crim., 25 avr. 1985, *Bogdan et Vuckovic (2 aff.)*, D. 1986, Jur. p. 169, note Favoreu) de l'article 66 de la Constitution ne permet pas d'analyser ces arrêts comme exprimant une soumission à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, comme des applications de l'article 62 de la Constitution.

(57) Il faut que « l'auditoire accepte l'autorité à laquelle on fait appel » : M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 357.

(58) J. Andriantsimbazovina, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, LGDJ, 1998, p. 412.

(59) *Ibid.*, p. 375.

(60) G. Drago, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, Economica/PUAM, 1991, p. 291. Le conseiller Roman, dans son rapport, constate que les « intentions » du Conseil, exprimées dans le document évoqué plus haut (note 40), publié sur le site internet du Conseil (mais dépourvu de valeur...), consistent « à instituer, sous couleur de hiérarchie des normes, une hiérarchie de juridictions » (souligné par l'auteur).

(61) *Ibid.*, p. 307.

(62) On souhaiterait déjà, à tout le moins, qu'on démontre notamment que Kelsen ait entendu attacher une telle autorité aux interprétations de « sa » Cour constitutionnelle et qu'on puisse véritablement considérer le Conseil constitutionnel comme l'exacte transposition du « modèle kelsénien » (qu'on identifie, sans autre précaution, à un certain « modèle européen »).

(63) Pour reprendre une formule de M. Fromont : « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », Le nouveau Constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Paris, Economica, 2001, p. 167.

(64) F. Zénati, La jurisprudence, Dalloz, 1991, p. 193, cité par G. Drago, Contentieux constitutionnel français, PUF, 1998, p. 430. C'est aussi au nom d'une autorité sublimée par une fonction « de veiller à la cohérence de l'ordre juridique » que M. J. Andriantsimbazovina prétend que la doctrine jurisprudentielle du Conseil constitutionnel « doit donc avoir force obligatoire pour que sa mission soit effective et efficace » (*op. cit.*, p. 370).

(65) Et il l'interdit à tout juge, civil ou répressif, judiciaire ou administratif : M.-A. Frison-Roche, J.-Cl. civil, art. 5, n° 32 et s. Nous laissons de côté pour l'instant le cas du « juge » constitutionnel.

(66) « La Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité » (art. 220 du Traité instituant la Communauté européenne).

(67) « La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34 et 37 » (art. 32 Conv. EDH). V. : G. Cohen-Jonathan, Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Liber Amicorum Marc-André Eissen, Bruylant/LGDJ, 1995, p. 39.

(68) De façon éclatante dans l'arrêt *Koné* : CE, Ass., 3 juill. 1996, préc.

(69) Pour reprendre une expression de J.-H. Robert, *in* : G. Drago, B. François et N. Molfessis, La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Economica, 1999, p. 183.

(70) Sur ce point : P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 117 et s.

(71) P. Avril, J. Gicquel, art. cit., p. 14.

(72) Sous la réserve des difficultés évoquées plus haut (note 10) de l'autorité des décisions prises dans l'exercice des fonctions « administratives » et qui ne pourrait être qualifiée d' « autorité de chose jugée ».

(73) Ainsi, pour la jurisprudence judiciaire, le dispositif même n'a d'autorité que relativement aux décisions qu'il contient. V. : R. Perrot, Rép. civ. Dalloz, v° *Chose jugée*, n° 76.

(74) E. Zoller, Droit constitutionnel, 2^e éd., PUF, 1999, p. 276.

(75) Encore que, en 1989 déjà, F. Luchaire estimait que le Conseil avait modifié sa jurisprudence « à maintes reprises » (note sous Cons. const., déc. préc. du 20 juill. 1988, D. 1989, Jur. p. 274).

(76) V. le bilan récent établi par L. Favoreu, D. 2001, p. 2683 qui conclut : « Jusqu'ici, et sauf les cas où la loi fait écran, ni le Conseil d'Etat ni la Cour de cassation ne se sont mis en contradiction avec les interprétations des normes constitutionnelles données par le Conseil constitutionnel, même lorsqu'ils n'étaient pas strictement tenus d'adopter la position prise par celui-ci. »

(77) B. Seiller, Droit administratif, t. 1, Flammarion, 2001, p. 46.

(78) Par exemple : Cette autorité de chose interprétée ne devrait-elle s'attacher qu'aux seuls motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif ? Ou bien toute prise de position du Conseil, tout *dictum* de sa part devrait-il en être revêtu ? Car cette limitation, qui s'explique dans le cadre strict de l'autorité de chose jugée - la *ratio decidendi* formant avec l'élément décisive du dispositif un corps inséparable qui fait la « décision » proprement dite, la « chose jugée » - n'apparaît plus justifiable, de cette manière en tout cas, s'agissant d'une autorité qui devrait s'attacher à une simple doctrine.

(79) Le grand juriste Georg Jellinek avait déjà fort bien exprimé cela : « On ne peut pas dire que les règles juridiques existent comme substances, ou comme attributs de substance ; on n'y découvre qu'un ensemble de processus psychologiques, ou bien des relations d'individus à individus ; ils se traduisent en des rapports déterminés que nous concevons comme des droits subjectifs ou des institutions juridiques objectives. Mais les concepts juridiques ne répondent à aucune substance concrète, aucun objet matériel ne leur correspond dans le monde extérieur. (...) Le monde juridique est un monde d'idées (...) On ne saurait trop se garder de confondre le domaine des études juridiques avec celui des sciences objectives. Le monde de l'action, le monde de la vie pratique, n'est pas le monde des choses en soi, mais le monde des choses par rapport à nous, envisagé sous un angle spécial. C'est un monde d'intérêts humains, de passions humaines, qui doivent être canalisés et mis en harmonie. C'est dans le monde des valeurs et des buts humains que le système juridique a sa place. » (G. Jellinek, L'Etat moderne et son droit, trad. fr. modif., t. 1, Giard et Brière, 1911, p. 86-87. Nous soulignons).

(80) Pour une éclairante introduction au pragmatisme : R. Rorty, L'espoir au lieu du savoir. Introduction au pragmatisme, Albin Michel, 1995.

(81) Cette conception rejoint la notion de « normativité concrète » défendue par F. Müller, Discours de la méthode juridique, PUF, 1996.

(82) On peut imaginer que demain cette communauté accepte les conséquences de la théorie « réaliste » la plus débridée et s'en remette à la décision arbitraire des juges. Mais il faudra soit éliminer toute référence à l'idée d'un Etat de droit démocratique, soit donner à ces mots une signification qui légitimerait la puissance d'une justice de cadis.

(83) Notre désaccord est donc complet avec les positions défendues par A. Viala (art. cit.) qui ne s'explique jamais du sens qu'il donne au mot autorité, non plus que du rapport qu'il établit entre autorité et normativité. Ainsi le mot « autorité » peut-il désigner, selon cet auteur, tout autant, et malgré la claire séparation kelsenienne entre le *Sein* et le *Sollen* à laquelle, pourtant, il tient, une norme (lorsqu'elle renvoie à la chose jugée) et un fait (pour la chose interprétée). Cette opposition de deux types d'autorités essentiellement différentes tiendrait pourtant à ce que la « normativité » de la chose interprétée serait différente de celle de la chose jugée (p. 783). Il faut donc concevoir une « norme » (valide ?), à savoir la chose interprétée, revêtue d'une pure autorité de fait. De plus, il semble que l'auteur confonde le contenu général d'une interprétation et la portée générale ou la fonction de législation de cette interprétation ou à tout le moins infère du premier aux secondes (p. 788, p. 803). Or,

pour statuer sur la portée ou la fonction juridiques d'un énoncé, il faut en présupposer la validité juridique qui ne vient pas, évidemment, de son contenu. D'ailleurs, l'ensemble repose sur une fausse interprétation de la Théorie pure du droit : affirmer qu'être « la signification d'un acte de volonté » est l'un des deux « critères kelséniens de la validité », l'autre étant l'objectivité de cette signification conférée par une norme supérieure (p. 786), c'est n'avoir pas compris le sens de la « validité » chez Kelsen (qui est tout entière dans cette objectivité de la signification), c'est confondre normativité (qui suppose un acte de volonté) et validité (qui insère la norme dans l'ordre juridique). Bref, on demande comment, dans ce discours, s'articulent normativité, validité et autorité.

(84) Ainsi que l'affirment P. Avril et J. Gicquel (art. cit., p. 13).

(85) Sous réserve des difficultés soulevées plus haut. Mais, non seulement, la Cour de cassation n'a pas neutralisé l'article 62, même tel que l'interprète le Conseil constitutionnel, mais elle a donné à l'autorité des décisions du juge constitutionnel une portée plus sûre et peut-être plus vaste que celle qui paraît résulter d'une stricte lecture de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelle interprétation, donc, la Cour de cassation aurait-elle « neutralisée » ?

(86) Insistant sur ce point : E. Zoller, *op. cit.*, p. 276. La question ne serait pas tant de savoir si l'article 5 du code civil s'applique au Conseil constitutionnel que celle de savoir si l'on pourrait encore qualifier, dans le paysage du droit français, « juge » un organe qui serait habilité à « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire ».

(87) Comme l'interprétait J. Larché, Le Conseil constitutionnel, organe du pouvoir d'Etat, Act. jur. dr. adm. 1972, p. 132 (p. 136, pour la formule).

(88) Sur les théories réalistes, voir : Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 4 : Dossier : Théories réalistes du droit, 2000, avec les textes de E. Millard, H. Kelsen, H. L. A. Hart et M. Troper.

(89) Dans l'article publié *infra*.

(90) Le principe de l'irresponsabilité présidentielle est réitéré tel quel à l'article 42 de la Constitution du 27 octobre 1946, qui se borne à retirer à la Chambre haute son pouvoir de juger au profit d'une Haute Cour de justice dont les membres étaient élus par l'Assemblée nationale au début de chaque législature.

(91) Joseph-Barthélémy et Paul Duez, Traité de droit constitutionnel, Dalloz, 1933, rééd. Economica, 1985, p. 620. V. l'article de P.-H. Prétot, Le perdreau mort. L'irresponsabilité du Président de la République : inviolabilité personnelle, immunité fonctionnelle, privilège de juridiction ?, D. 2001, p. 949.

(92) Cette démarche exégétique est condamnée par Olivier Beaud dans son article précité : il y voit un signe du déclin de la spécificité du droit constitutionnel tel qu'enseigné en France, dans la mesure où la doctrine serait désormais incapable d'une démarche différente de celle qui a cours dans les autres branches du droit.

(93) V. sur ce point la controverse ayant opposé, dans les colonnes de cette *Revue*, MM. B. Genevois, (1999, p. 285 s. et 717) et P. Avril (1999, p. 715).

(94) Elle est utilisée par M. Bruno Genevois dans son article « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction », à paraître in AIJC. Nous remercions vivement le président Genevois de nous avoir autorisés à citer ce texte.

(95) Et, le cas échéant, dans celle où viendrait à jouer la compétence de la Cour pénale internationale, conformément à ce qu'autorise l'article 53-2 de la Constitution (L. constit. du 8 juill. 1999).

(96) V. la proposition de loi de Pascal Duprat, en 1878, citée in J. Foyer, Rép. pén. Dalloz, v° *Haute Cour de justice*.

(97) V. ainsi G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, coll. Points Essais, 4^e éd., 2000, p. 298 : « L'unique définition est celle qui résulte de la Constitution elle-même : est une haute trahison tout acte que la Haute Cour de justice, régulièrement saisie, aura jugé tel ». Sous la III^e République, une telle analyse procédait de la nature législative des organes compétents en la matière - d'où la référence au « pouvoir souverain (...) de qualifier les faits » dans l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Malvy* du 6 août 1918, DP 1923, 3, p. 34, note L. Sarrut.

(98) Droit constitutionnel, 27^e éd. du Manuel de Georges Burdeau, LGDJ, 2001, p. 756.

(99) Refus ou rétractation du serment de fidélité à la nation, à la loi et à la Constitution, direction ou refus de désaveu d'une armée étrangère opposée à la France, refus de rentrer dans le royaume malgré l'invitation qui lui en serait faite par le Corps législatif.

(100) Rappelons que l'article 51 de la Constitution le lui interdisait formellement.

(101) La notion de trahison est d'origine féodale, dans l'accent qu'elle met sur « la fidélité, la conservation de la foi promise » (M. Rauter, *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou Cours de législation criminelle*, t. I^{er}, Charles Hingray, éd., 1836, p. 85). Cet auteur indique qu'on distingue la haute trahison (*alta traditio*), qui est « l'offense envers le seigneur lige ou suzerain » (p. 85) et « les autres délits, pour peu que l'idée de la fidélité violée pût y entrer », qui sont appelés délits de basse ou de petite trahison, tels le vol domestique ou l'adultère (p. 86). L'idée de manquement du dépositaire du pouvoir envers la nation et la constitution qui fixe ses obligations envers la nation s'inscrit directement dans cette logique.

(102) F. Hamon et M. Troper, *op. cit.*, p. 756.

(103) Comme l'a manifesté l'affaire du sang contaminé, c'est une limite inhérente à la responsabilité politique que de perdre son sens, une fois que la personne concernée n'est plus investie des fonctions qui ont conduit à sa mise en cause. La stigmatisation sous forme de blâme ou autre mesure de type disciplinaire apparaît en effet dérisoire, eu égard à la gravité des comportements dont il s'agit.

(104) Barthélémy et Duez, *op. cit.*, p. 621.

(105) Précis de droit constitutionnel, 2^e éd., Sirey, 1929, rééd. CNRS, 1965, p. 415.

(106) C'est l'opinion du doyen Vedel (*Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, rééd. 1984, p. 547).

(107) Telle est la thèse soutenue par le président P. Ardant, qui écrit dans son *Institutions politiques et droit constitutionnel* (11^e éd., LGDJ, 1999, p. 457) que la Haute Cour « est aussi souveraine dans la détermination de la peine qu'elle l'est pour la qualification des faits, elle pourrait donc condamner le Président à toute peine, prévue ou non par le code pénal ».

(108) V. en ce sens B. Genevois, *Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction*, art. cité.

(109) Aux termes de celle-ci, « le gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent protocole ».

(110) Le procédé consistant pour la Haute Cour à renvoyer l'affaire aux juridictions pénales de droit commun, après avoir jugé que la haute trahison était constituée, se heurterait en effet au texte de l'article 68 qui en prévoyant que le Président « est jugé par la Haute Cour de

justice » institue, au profit de celle-ci, une compétence exclusive.

(111) Rép. pén. Dalloz, v° *Haute Cour de justice*, 1999, n° 39.

(112) Celle-ci se rapproche, précisément, de celle qu'énonce l'article 56 de la Constitution espagnole : « Le roi est le chef de l'Etat, symbole de son unité et de sa permanence (...) il assume la plus haute représentation de l'Etat espagnol dans les relations internationales ».

(113) Le Président de la République française et le juge pénal, Mélanges Philippe Ardant, LGDJ, 1999, p. 282.

(114) O. Duhamel, Droit constitutionnel, t. 1, Seuil, coll. Points essais, 4^e éd., 1999, p. 162.

(115) G. Carcassonne, art. cité, p. 286.

(116) Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote, éditions de Minit, coll. Critique, 1976, p. 67. Cette manière d'envisager les choses ne signifie d'ailleurs nulle illusion quant aux vertus ni des réformes, ni du paradigme de l'Etat de droit. Des premières, P. Legendre relève qu' « Elles se proposent seulement, sans toucher aux frontières tracées, de retravailler le mythe, de lui changer sa face cruelle et d'adoucir ses traits, d'apaiser à l'aide de calmants certaines de ses exigences, en rendant le pouvoir plus moderne, c'est-à-dire sympathique selon les critères de l'amour industriel » (*op. cit.*, p. 45). Du second, il note « Qu'il s'agit, à l'imitation de la Nation-phare d'Outre-Atlantique, de colmater la débâcle sociale en procurant à la haine son exutoire par le commerce des procès », dans un ouvrage (*Miroir d'une Nation. L'Ecole nationale d'administration*, Arte Editions et Editions Mille et une nuits, 1999, p. 67) où il s'inquiète de l'actuel démantèlement des rites qui font exister l'Etat.

(117) Cité par le rapport de M. Roman sur l'arrêt ici commenté.

(118) Mais la disposition en question limitait cet effet aux actes postérieurs à l'abdication, conformément à ce qu'implique la conception monarchique, dans laquelle « La personne du Roi est inviolable et sacrée » (art. 2 de la même section).

(119) Cité par J. Rossetto, A propos de la responsabilité pénale des membres de l'exécutif sous la V^e République : l'indispensable responsabilité politique, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, Montchrestien, 2001, p. 411.

(120) Comme l'écrivait Carré de Malberg, « le Président apparaît ainsi comme l'organe de la nation au regard de l'étranger » (Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. II, Sirey, 1922, rééd. CNRS, 1962, p. 400).

(121) Article préc. des Mélanges Ardant, p. 286.

(122) Cité par Antide Moreau, La haute trahison du Président de la République sous la V^e République, RD publ. 1987, p. 1592.

(123) B. Genevois, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction », à paraître dans l'AIJC.

(124) Ce qui serait possible dans la seule hypothèse où le crime présidentiel procéderait d'un état d'aliénation mentale.

(125) Faustin-Hélie, Traité de l'instruction criminelle, 2^e éd., Plon, 1866, p. 490, cité par B. Genevois, *loc. cit.*

(126) Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 6^e éd., Sirey, 1914, rééd. éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 786.

(127) A. Giudicelli, *Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ?*, *Rev. science crim.* 2001, p. 45 .

(128) Aux termes de l'article 113-2, alinéa 2, du code de procédure pénale : « Toute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendue comme témoin assisté. »

(129) A. Giudicelli, art. cité, p. 47.

(130) Président ET témoin, *Le Monde*, 17-18 déc. 2000.

(131) *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 787.

(132) *Ibid.*

(133) M. Jospin vient d'indiquer qu'il solliciterait du conseil des ministres une autorisation de répondre à la demande d'un juge d'instruction de Pau de l'entendre comme témoin dans l'affaire *Destrade* (*Libération*, 8 nov. 2001), mais qu'il n'entendait pas adopter la même attitude dans l'affaire du *préfet Bonnet*, parce qu'il n'avait pas été sollicité par un juge (*Libération*, 14 nov. 2001).

(134) Art. précité.

(135) Le prochain épisode se déroulera devant la Cour européenne des droits de l'homme, que vient de saisir M. Breisacher (*Le Monde*, 14 nov. 2001). Celui-ci estime en effet que l'arrêt du 10 octobre 2001 méconnaît doublement l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : en allongeant excessivement la durée des procès mettant en cause la responsabilité pénale du président, du fait de l'interdiction d'exercer des poursuites pendant la durée de son mandat, et en faisant obstacle à l'audition d'un témoin dont l'apport à la manifestation de la vérité peut être essentiel.

(136) *L'éthique politique à l'épreuve du droit pénal*, *Rev. science crim.*, 2000, p. 168 .