UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

École de Droit de la Sorbonne
École doctorale de Droit de la Sorbonne - Droit public et fiscal
(ED 565)

Thèse pour l'obtention du grade de Docteur de l'Université de Paris 1

Discipline : *droit public*

Présentée et soutenue publiquement le 17 décembre 2020

LES IMMUNITÉS EN DROIT CONSTITUTIONNEL DANS LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE DE 1789 À AUJOURD'HUI.

Présentée par
M. Frédéric PONSOT

Dirigée par
Mme Marie-Anne COHENDET,
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

JURY

Rapporteurs

M. Julien BOUDON, *Professeur à l'Université de Reims*

M. Arnaud LE PILLOUER, *Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense*

Examinateurs

M. Pierre BRUNET, *Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Mme Marie GREN, *Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

M. François SAINT-BONNET, *Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas*

LES IMMUNITÉS EN DOIT CONSTITUTIONNEL. CONTRIBUTION À UNE ÉTUDE DE LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE DE 1789 À AUJOURD'HUI.

Avertissement

L'Université de Paris 1-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinons doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À ma famille

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer mes sincères remerciements et ma profonde gratitude à Madame le professeur Marie-Anne Cohendet qui a accepté de diriger cette thèse. Ses précieuses recommandations, ses convictions en matière constitutionnelle et sa grande disponibilité se sont révélées de précieux soutiens dans l'accomplissement de cette thèse. Qu'elle soit ici assurée de ma sincère reconnaissance.

Mes remerciements s'adressent également aux professeurs Julien Boudon, Pierre Brunet, Marie Gren, Arnaud Le Pillouer et François Saint-Bonnet pour avoir consenti à siéger dans le jury. Leurs écrits ont nourri ma réflexion. Leurs remarques et critiques la nourriront encore.

Au cours de l'élaboration de cette thèse, j'ai bénéficié également de l'aide bienveillante de plusieurs personnes. Je tiens à remercier en particulier mes collègues doctorants et chargés de TD pour leurs discussions amicales et leurs précieux conseils sur des versions de ce texte, ainsi que les nombreux professeurs côtoyés pour leurs précieuses orientations. Plus généralement, je remercie tous les enseignants qui m'ont transmis l'amour du droit public et de la recherche.

Mes pensées vont aussi tout particulièrement à ma famille, en particulier mon père et ma mère. Leur soutien moral et matériel, leur savoir littéraire et leur relecture ont été d'une grande aide. Ces mots sont insuffisants pour leur dire combien je suis éternellement reconnaissant et combien je les aime.

Enfin, j'adresse mes plus chaleureux remerciements à N. C., ma chère et tendre. Sa patience, son dévouement, ses nombreux allers-retours à la bibliothèque, ses sacrifices continus tout au long de mon doctorat ont été des piliers fondateurs à la rédaction de cette thèse et c'est pourquoi je lui dédie mes plus tendres pensées.

PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Abréviations des principales références utilisées :

AFDI : Annuaire français de droit international

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

AJFP : Actualité juridique du droit de la fonction publique

AP : Archives parlementaires

Cah. fonct. Publ. : Cahiers de la fonction publique

CCC : Cahiers du Conseil constitutionnel

D. : Recueil Dalloz

Droits : Droits, revue française de théorie juridique

EDCE : Études et documents du Conseil d'État

JCP A. : Juris-Classeur périodique - Édition Administrations et Collectivités territoriales

JCP G. : Juris-Classeur périodique - Édition générale

JORF : Journal officiel de la République française

LPA : Petites affiches (les)

NCCC :Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel

NRH : Nouvelle revue historique de droit français et étranger

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

RAN : Règlement de l'Assemblée nationale

RDP : Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger

Rec. : Recueil Lebon ou Recueil des décisions du Conseil constitutionnel

Rec. T. : Tables du Recueil Lebon

Rev. Adm. : Revue administrative

Rev. crit. : Revue critique de législation et de jurisprudence

Rev. fr. hist. idées polit. : Revue française d'histoire des idées politiques

Rev. gén. dr. : Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France

Rev. pol. idées inst. : Revue politique des idées et des institutions

RF adm. Publ. : Revue française d'administration publique

RF sc. Pol. : Revue française de sciences politiques

RF soc. : Revue française de sociologie

RFDA : Revue française de droit administratif

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

RFSP : Revue française de science politique

RID : Comp. :Revue internationale de droit comparé

RIDP : Revue internationale de droit pénal

RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études juridiques

RPDA : Revue pratique de droit administratif

RPP : Revue politique et parlementaire

RRJ : Revue de la recherche juridique et de droit prospectif

RS : Règlement du Sénat

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

RUDH : Revue universelle des droits de l'homme

S. :Sirey

Abréviations générales en langue française :

aff. : Affaire

al. : Alinéa

amdt. : amendement

AN : Assemblée nationale

art. : article(s)

Ass.: Assemblée du contentieux

CE : Conseil d'État

cf. : confère, *confero*, comparer

chap. : chapitre(s)

chron. : chronique(s)

CL : Commission des lois

coll. : collection

concl. : conclusions

cons. : considérant(s)

Cons. Const. : Conseil constitutionnel

dact. : dactylographié(es)

DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, sauf mention d'une autre date

décis. : décision(s)

dir. : sous la direction de

éd. ou rééd. : édition ou réédition

et alii : et al, et les autres personnes

ibid. ibidem : dans l'ouvrage cité précédemment

loc. cit. loco citato : à la page citée précédemment

n° numéro

notam. : notamment

op. cit. opus citatum : ouvrage cité

p. : page

préc. : précité(es)

S. : Sénat

s. ou *sq. Sequunturque* : suivant(es)

s.d. sine die : sans date

s.l. sine loco : sans lieu

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE 1
LA GÉNÉRATION DES FONDATEURS : UNE CONSTRUCTION ESSENTIELLEMENT EMPIRIQUE DES STATUTS DÉROGATOIRES (1789-1875)

Titre 1. La génération des bâtisseurs : l'émergence des immunités dans un contexte politique agité (1789-1815)

Chapitre 1. La période révolutionnaire ou la genèse intellectuelle de la problématique des immunités des pouvoirs constitués en France (1789-1799)

Chapitre 2. La synthèse ambivalente de l'héritage révolutionnaire lors des régimes napoléoniens (1799-1815)

Titre 2. La génération des constructeurs : les prémices d'une systématisation dans un cadre politique et scientifique encore tumultueux (1815-1875)

Chapitre 1. L'éclosion d'une systématisation perfectible par les « professeurs politiques » dans un contexte de développement du parlementarisme (1815-1830)

Chapitre 2. L'apparition d'un discours plus scientifique dans un contexte de profusion des régimes politiques et des formes de gouvernement (1830-1870)

PARTIE 2
LA GÉNÉRATION DES HÉRITIERS : UN CLIVAGE DOCTRINAL DANS UN CONTEXTE POLITIQUE QUASI-STABLE (1875-2020)

Titre 1. La génération des continuateurs forts de l'expérience centenaire du parlementarisme et de la République (1875-1990)

Chapitre 1. Le tournant de la fin du XIXème siècle : la consolidation théorique de la problématique des privilèges immunitaires entre consensus et dissensus (1875-1930)

Chapitre 2. Un objet relativement délaissé au tournant des années 1930 sous l'effet d'un double facteur méthodologique et politique

Titre 2. La génération des réformateurs : une rénovation doctrinale fracturée au cœur d'enjeux conceptuels nouveaux (1990-2020)

Chapitre 1. La réappropriation de l'objet des immunités constitutionnelles par la doctrine dans un contexte inédit d'affermissement de l'État de droit

Chapitre 2. Un discours constitutionnel conflictuel en matière de statuts dérogatoires des pouvoirs constitués : entre banalisation et protection du statut des pouvoirs constitués

Conclusion générale

Bibliographie

Index

Table des matières

INTRODUCTION

« *Rien ne dure qui ne se renouvelle constamment* »
(Charles De Gaulle, Vers l'armée de métier, Berger-Levrault, 1934)

1. L'objet de cette thèse a pour point de départ une observation simple : les statuts dérogatoires institués au bénéfice des pouvoirs constitués connaissent un discrédit contemporain extrêmement fort de la part des citoyens français[1]. Méfiants à l'égard du mécanisme juridique des immunités, ils n'hésitent plus à confondre les termes d'immunité et d'impunité au sens péjoratif, comme si ces deux termes étaient nécessairement synonymes, voire même tendant au pléonasme. « Témoignant de l'existence d'un problème de société »[2] alors qu'il n'en a pas toujours été ainsi au cours de notre histoire constitutionnelle comme nous le verrons, les motifs actuels de ce profond rejet sont nombreux et variés. S'entremêlent aussi bien des considérations juridiques, tirées directement des particularités de la culture juridique française qui place au centre de son système juridique le principe d'égalité des citoyens devant la loi, que de facteurs historiques et sociologiques propres aux mutations des démocraties actuelles sur lesquelles se surajoutent, plus stratégiquement, des mobiles d'opportunité.

2. À cet égard, il apparaît que la désaffection nouvelle contre la protection immunitaire dont bénéficient les gouvernants puise, tout d'abord, son origine dans la prolifération des affaires judiciaires - financières, criminelles ou délictuelles - révélées par la presse. Appuyées par une surmédiatisation du phénomène, elles mettent en cause sans distinction aussi bien des ministres, des parlementaires que le Président de la République agissant dans ou hors l'exercice de leurs fonctions[3]. Certes ce type de révélation n'est pas réellement nouveau historiquement mais la publicité qui en est faite désormais est telle qu'elle les érige en « supports de formes actuellement très diffusées de critiques de la politique »[4]. Ces déboires juridiques ont en effet pour conséquence de ramener quotidiennement sur le devant de la scène publique la question de la responsabilité des gouvernants et de l'enflammer. Ils contribuent à alimenter le sentiment d'impunité de la classe politique qui semble, maladroitement, se retrancher derrière ses immunités constitutionnelles pour

1 Olivier Beaud estime que « c'est un truisme de rappeler que l'immunité des gouvernants a mauvaise presse » (O. Beaud, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé, *in* J. Verhoeven (dir.), Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?, Paris : LGDJ, 2004, p.149. Voir en ce sens : J. Calvo, L'immunité parlementaire en droit français, Les Petites Affiches, n°114, 22 septembre 1995, p.7-11 ; Ph. Blachèr, Quand immunité rime avec impunité, Le Monde, 11 janv. 2014.
2 O. Beaud et J.-M. Blanquer (dir.), La responsabilité des gouvernants, Paris : Descartes et Cie, 1999, p.8.
3 Les exemples sont nombreux : voir P. Avril, Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, Paris : La Documentation française, 2002, p.5.
4 J.-L. Briquet et P. Garraud, Juger la politique, Rennes : P.U.R., coll. Res publica, 2001, p.14.

échapper à toute poursuite judiciaire, entretenant en cela le doute et le soupçon perpétuel sur les dirigeants politiques[5] et nourrissant *a fortiori* la crise de la représentativité[6].

3. C'est pourquoi, dans ce contexte, une forte revendication de responsabilisation et de moralisation de la vie publique a émergé progressivement à partir des années 90. Les citoyens n'admettent plus désormais de ne pas trouver un coupable en face d'eux et de constater l'absence de sanction pour les faits répréhensibles commis par les autorités constitutionnelles. Il apparaît en effet qu' « à l'évidence, la notion de responsabilité est aujourd'hui au cœur du fonctionnement et de la perception qu'ont les citoyens de la vie politique »[7]. Or face à cette demande de justice plus forte que jamais, les citoyens ont trouvé une oreille attentive en la personne du juge, principalement judiciaire. Comme le note Aurélie Channet, « l'émancipation de l'autorité judiciaire a offert une arène quant à l'expression de l'indignation des citoyens »[8]. Or il apparaît que cette évolution contemporaine a contribué à un processus de criminalisation de la responsabilité politique, principalement des ministres et du Président de la République, conduisant à une soumission des autorités constituées aux règles substantielles et procédurales de droit pénal. Ce processus récent, décrit par Olivier Beaud[9], qui est né avec la révision constitutionnelle de 1993 portant création de la Cour de justice de la République, décrit la substitution de la responsabilité pénale à la responsabilité politique qui ne fonctionne pas ou peu. La Constitution du 4 octobre 1958, dans sa volonté de rationaliser les procédures de contrôle des ministres afin de mettre fin au parlementarisme absolu des IIIème et IVème Républiques et à l'instabilité gouvernementale chronique dont elles ont souffert qui en est le corollaire, a favorisé, en réalité, la disparition progressive de la sanction négative de la

5 L'exemple récent le plus topique d'un abus dans la mise en œuvre de l'immunité parlementaire est celui du refus du bureau du Sénat de lever à deux reprises l'immunité parlementaire de Serge Dassault en 2014, qui a permis « de mieux comprendre comment l'État de droit « fonctionnait » réellement » dans nos institutions (O. Beaud, L'État de droit à la française, AJDA, 2014 p.369). En l'espèce, le présent député était soupçonné par la justice d'être au centre d'une affaire de corruption et d'achats de voix à Corbeil-Essonnes (Essonne), dont il fut maire et dont il reste sénateur. Après un premier refus à mainlevée de procéder à une levée de son immunité sur demande d'un magistrat qui enquêtait sur une tentative d'assassinat à Corbeil-Essonne, le bureau s'y opposa une seconde fois, sur demande de deux magistrats du pôle financier de Paris chargés de l'enquête sur les soupçons d'achats de vote à Cobeil-Essones, cette fois-ci à bulletins secrets en raison d'une modification du règlement du Sénat survenue en 2009, qui aurait pu permettre de mettre en garde à vue le représentant de la Nation milliardaire sur lequel pesait de forts soupçons, alors que le parquet de Paris et le parquet général avaient émis un avis favorable. Cette deuxième décision avait déclenché une vive polémique (N. Chapuis, Immunité parlementaire : quand le Sénat protège les siens, Le Monde, 9 janvier 2014), si bien que le président de la Haute Assemblée avait décidé de changer le mode de vote — vote à main levée au lieu du vote à bulletin secret. Elle donnait le sentiment « que les parlementaires se protégeaient par une sorte de corporatisme », préférant « protéger les membres de leur corporation plutôt que d'appliquer la loi de façon égale à tous les citoyens » (*ibid.*). Cependant, il est indéniable en l'espèce que la dérive dans l'utilisation de l'immunité parlementaire à des fins privées n'était pas seulement due au comportement personnel du député en cause mais « surtout à des carences institutionnelles : le secret de la décision dans le cas du bureau du Sénat » (*ibid.*). La solution logique serait donc de re-transférer la compétence du bureau vers l'assemblée en ce qu'elle est facteur de publicité, comme le propose la doctrine (*ibid.*). A noter toutefois que finalement, au bout de la troisième demande, le bureau du Sénat a accepté de faire droit aux demandes de la justice de lever la protection immunitaire de Serge Dassault.

6 Voir en ce sens : C. Bonnotte, Recherche sur la notion d'immunité en droit constitutionnel français, Thèse de doctorat : Droit constitutionnel, Limoges, 2002, p.220 et suivants.

7 A. Channet, La responsabilité du président de la République. La contribution de la « commission Avril », Paris : L'Harmattan, 2004, p.39.

8 *Ibid*.

9 O. Beaud, Le sang contaminé, Paris : PUF, coll. Béhémoth, 1999.

responsabilité politique des ministres, à savoir la perte de pouvoir. Ce même phénomène a également touché le Président de la République qui ne s'estime désormais plus responsable politiquement de ses décisions politiques, d'une défaite électorale ou de la perte d'un référendum dans lequel il s'est personnellement engagé, même s'il est vrai que juridiquement l'article 67 de la Constitution de 1958 lui garantit une irresponsabilité politique. Or, dans les deux cas, « cette faillite de la responsabilité politique a fait naître chez les gouvernés un sentiment d'impuissance, eux qui ne participent finalement à la vie politique que lors des échéances électorales »[10]. Ils se sont alors tournés vers le droit pénal comme substitut à l'impossibilité d'engager la responsabilité politique des pouvoirs constitués. Mais ce processus de criminalisation traduit un double phénomène complémentaire. Il exprime, d'une part, la judiciarisation croissante de la société, le recours au juge de droit commun apparaissant comme le seul moyen à la portée des citoyens en vue de demander des comptes aux autorités de l'État. D'autre part, corollaire inévitable de cette première tendance, il marque l'émergence d'un « pouvoir » judiciaire capable désormais de contrôler les acteurs politiques. Cette autonomisation de la justice, qui est le résultat de changements cumulés concernant en particulier les modes de recrutement et les règles de procédure des juges[11], ne doit pas pourtant être idéalisée en ce qu'elle s'est transformée, à travers de nombreux exemples, en instrument de combat partisan contre certains hommes politiques, à la manière des Parlements d'Ancien Régime. Comme le constate Philippe Raimbault, « le transfert du débat politique devant les instances judiciaires affecte les équilibres institutionnels, en offrant aux juges un surcroît de légitimité qui leur permet de s'ériger en contre-pouvoir »[12]. Dans ce mouvement, une nouvelle figure judiciaire a fait son apparition. Il s'agit du juge d'instruction, personnage ambigu entre juge et enquêteur. Ses détracteurs l'accusent de vouloir jouer les vengeurs masqués[13]. Présenté comme l'homme le plus puissant de France selon la formule attribuée à Balzac, le juge d'instruction fait peur aux autorités politiques[14]. En tant que magistrat spécialisé du siège[15], il dispose d'une totale indépendance à l'égard du pouvoir politique. Sa puissance lui est également garantie par la détention de nombreux moyens d'enquête et de contrainte sur les personnes impliquées[16]. De ce point de vue, l'appel au droit pénal s'est traduit manifestement par des mises en accusation de plus en plus nombreuses de juges d'instruction à l'égard des ministres et du Président de la République. Si par

10 A. Channet, La responsabilité du président de la République…, op.cit., p.41.

11 J.-J. Clère, J.-C. Farcy (dir.), Le juge d'instruction. Approches historiques, Dijon : Éditions universitaires de Dijon, coll. Institutions, 2010, 318 p.

12 P. Raimbault, La responsabilité pénale des décideurs et des personnes morales, Champ pénal/Penal field, XXXIVe Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, mis en ligne le 14 septembre 2005. p.42.

13 Pour l'avocat Jacques Delga, le juge d'instruction « ne devrait pas porter la double casquette de juge et d'enquêteur. On estime qu'il n'est plus alors un arbitre impartial. Il se comporterait trop en accusateur. Il est en dépit de sa bonne conscience un investigateur à charge plus qu'à décharge. On imagine en effet difficilement qu'il puisse soulever une nullité de procédure lors des investigations policières qu'il a fait conduire » (J. Delga, Réforme du système pénal et suppression du juge d'instruction ? « Maux et remèdes », Journal du droit des jeunes, 2009, n°3, p.39).

14 M. Cadelli (dir.), La figure du juge d'instruction : réformer ou supprimer ?, Limal : Anthemis, coll. de l'Association syndicale des magistrats, 2017, 138 p.

15 Article 50 du Code de procédure pénale.

16 cf. Chapitre III du titre 1er du Livre 1er du Code de procédure pénale.

cette multiplication les défenseurs de l'institution du juge d'instruction ont vu une sûreté démocratique, d'autres auteurs ont jugé qu'« à une pénalisation de la responsabilité politique (…) s'est substituée une politisation de la responsabilité pénale »[17]. Dès lors, par leurs immunités constitutionnelles, les autorités constituées n'entendent plus désormais se protéger du pouvoir exécutif menaçant, comme ce fut le cas à leur création au début de la Révolution en juin 1789, mais de l'action des juges, ou plutôt du « risque d'absolutisme judiciaire »[18].

4. En outre, l'envahissement par le droit pénal de la sphère politique révèle une autre évolution des démocraties contemporaines qui conduit à complètement redessiner, voire plaider en faveur d'une suppression des statuts dérogatoires des autorités constituées. Il est manifeste que « le surgissement du juge pénal est un symptôme d'un mal plus grave qui tient à la conception que gouvernants et gouvernés se font de la chose publique »[19]. La responsabilité pénale autonome « récuse (l)e modèle vertical, et inaugure une véritable rupture conceptuelle. Il ne s'agit plus de protéger la fonction, mais d'assurer l'égalité »[20]. Autrement dit, la substitution de la responsabilité pénale à la responsabilité politique traduit la volonté des citoyens d'obtenir que les autorités étatiques soient soumises au même régime de sanction qu'eux. Elle manifeste donc en creux la forte revendication contemporaine en faveur d'une abolition de toute différenciation entre gouvernants et gouvernés. Ce phénomène est appelé très justement par Olivier Beaud, l'« idéologie du droit commun »[21] qui récuse la « « fiction dualiste » séparant l'homme du responsable politique »[22]. Sous l'empire de cette idéologie, les parlementaires, le Président de la République, les ministres ou quelconque pouvoir constitué ne sont plus désormais perçus comme des mandataires de l'État mais avant tout comme des personnes physiques comme les autres, devant dès lors être placées sous le contrôle du droit privé considéré comme plus égalitaire[23]. Toute exception ou exemption, exonération, dispense, passe-droit au droit commun, comme peuvent l'être les immunités constitutionnelles, est perçue comme un privilège insupportable en ce qu'elles mettent à mal le principe fondamental d'égalité devant la loi. Vecteur de formation de catégorie isolée, particularisée d'individus, il est, dès lors, impératif, dans ce mode de pensée, de les faire disparaître. Ariane Vidal-Naquet résume clairement

17 P. Raimbault, La responsabilité pénale des décideurs…, op.cit., p.42.
18 D'ailleurs, suite aux nombreuses critiques dont a fait l'objet le juge d'instruction, lors notamment de l'affaire d'Outreau, ses pouvoirs ont été réduits par la loi du 5 mars 2007 qui a créé des pôles de l'instruction regroupant au moins 3 juges dans certains tribunaux de grande instance et à qui doivent être confiées les affaires les plus importantes. Dans cette optique, conformément au souhait formulé par le président de la République en 2009 et aux conclusions du Comité de réflexion sur la justice pénale présidé par le magistrat Philippe Léger, un projet de loi a vu le jour en février 2010 qui proposait de supprimer le juge d'instruction au profit d'un juge de l'enquête et des libertés. Si cette réforme n'a pas abouti, elle est révélatrice de l'opinion d'une partie de la doctrine et des praticiens en faveur de la suppression du juge d'instruction.
19 J. Delfont, Responsabilité pénale et fonction politique, Paris : LGDJ, 2006, p.6 ; sur ce point : O. Beaud et J.-M. Blanquer (dir.), La responsabilité des gouvernants, op.cit., p.7-14.
20 J. Delfont, Responsabilité pénale et fonction politique, Paris : L.G.D.J., 2006, p.6.
21 O. Beaud, Le sang contaminé, op.cit., p.96.
22 J. Delfont, Responsabilité pénale et fonction politique, op.cit., p.4.
23 P. Blachèr, Quand immunité rime avec impunité, op.cit.

ce raisonnement : « en visant un certain nombre de destinataires au détriment de la masse, les exceptions altèrent la généralité de la règle, gage de l'égalité entre les citoyens. En épousant chaque situation et chaque espèce, elles conduisent à une particularisation et à une individualisation des règles et, au-delà, à une segmentation du droit »[24] et c'est donc en ce sens que « les exceptions peuvent être perçues comme le signe d'un dysfonctionnement, plus encore d'une dénaturation de la règle de droit et du système juridique dans son ensemble »[25]. En d'autres termes, en instituant des exceptions à la règle, la norme juridique perd alors son caractère général, impersonnel et abstrait, qui sont les caractères qui font de la loi une norme respectueuse de l'égalité devant le droit. Il apparaît ainsi que « l'exception contredit un postulat philosophique – une certaine conception universaliste de l'égalité comprise comme uniformité -, qui est censé être au fondement du droit »[26]. Au vu de cet idéal, le droit en vigueur ne serait donc plus censé contenir de régime dérogatoire.

5. Toutefois, il convient de noter que cette idéologie n'est pas en réalité totalement nouvelle dans le droit positif français. Elle s'enracine directement dans notre culture juridique. Comme le remarque Ariane Vidal-Naquet, « l'exception n'a pas bonne réputation en France »[27]. Cette défiance vis-à-vis des exceptions est effectivement ancienne puisqu'elle puise sa source dans la Révolution française de 1789. Conformément aux volontés de Sieyès, « c'est d'abord contre les exceptions et les privilèges que la Nation s'est construite »[28]. Très rapidement, le principe d'égalité des citoyens devant la loi est d'ailleurs affirmé aux articles 1er et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789[29]. Entérinant les acquis de la nuit du 4 août, le préambule de la Constitution de 1791 énumère « comme une litanie les distinctions qu'il abolit pour énoncer qu'il « n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français » »[30]. L'article 6 de la Constitution de 1791 relatif à la famille du roi dispose de manière symptomatique que la dénomination de principe n'emportera « aucun privilège, ni aucune exception au droit commun de tous les Français ». Plus tard, la passion française pour l'égalité qu'il veut même dans la servitude sera révélée par Alexis de Tocqueville. Il soulignera que

24 A. Vidal-Naquet, Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle…, *in* A. Vidal-Naquet et M. Fatin-Rouge Stéfanini (dir.), La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?, Bruxelles : Bruylant, 2014, p.15-16 et p.18.

25 *Ibid*., p.16. Comme le note Jean-Marc De Moy, « l'exception est très souvent perçue de manière négative, en tant que source de perturbation du système (…). Alors que l'ordonnancement juridique viserait à apaiser les relations des êtres humains dans la société à l'aide de règles générales, abstraites et uniformément appliquées, l'exception apporterait à rebours chaos, instabilité et inégalités » (J.-M. De Moy, L'exception en droit privé, Marseille : PUAM, 2011, p.23).

26 L. Heuschling, Qu'est-ce que, en droit, une « exception » ?, in M. Fatin-Rouge Stéfanini et A. Vidal-Naquet (dir.), op.cit., p.53.

27 A. Vidal-Naquet, Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle…, op.cit, p.15.

28 *Ibid*. F. Saint-Bonnet, La nation et le droit constitutionnel substantiel. Trois moments de l'histoire d'un couple impossible, *in* Que reste-t-il de la nation dans la Constitution ?, Ed. Cujas, 2008, p.31-48 ; F. Saint-Bonnet, « Privilège » *in* D. Alland, S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, 2003, p.1209-1212.

29 Comme le note Jean-Marc Sauvé, « au XVIIIème (...), cette passion trouva sa traduction juridique dans l'égalisation des droits civils et politiques et dans l'affirmation de l'unité du peuple français » (J.-M. Sauvé, Principe d'égalité et droit de la non-discrimination, Intervention lors du Colloque organisé par le Défenseur des droits, Paris, 05 octobre 2015, https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/colloque-10ans-droits-discri.pdf).

30 A. Vidal-Naquet, Propos introductifs..., op.cit., p.15.

« les peuples démocratiques ont un goût naturel pour la liberté. (…). Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle et invincible »[31]. De surcroît, le principe d'égalité est d'autant plus fondamental dans le droit positif français qu'« il n'est pas seulement un droit parmi d'autres, mais une exigence tutrice et transversale, qui conditionne l'application des autres droits fondamentaux. Il ne fonde pas seulement un « droit à l'égalité », il est plus profondément un « droit à l'égalité des droits » »[32]. Son rayonnement s'opère donc sur tout notre ordonnancement juridique. Par conséquent, dans la culture juridique et politique de la France, l'idée même d'exception, rapprochée de celle de privilège, est frappée depuis longtemps d'illégitimité, en ce qu'elle est facteur de perturbation du système juridique et de différenciation, d'inégalités entre les individus[33]. De là découle cette idée à l'ampleur inédite d'une soumission généralisée de n'importe quel individu, personne physique ou représentant de l'État, au seul droit commun au nom du principe d'égalité devant la loi « qui est le fondement de la justice »[34].

Or il convient de constater que cette évolution actuelle marque de son empreinte toutes les branches du droit public, et spécialement le droit administratif touché par un puissant mouvement de rééquilibrage des relations entre l'administration et les administrés sous l'action du juge administratif[35]. Cet empire du droit commun est d'autant plus fort dans notre ordonnancement

31 A. de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, t. 2,, Paris : GF-Flammarion, 1981, p. 122.

32 J.-M. Sauvé, Principe d'égalité et droit de la non-discrimination, op.cit.. Selon les termes du professeur Rivero, « le pilier de l'égalité, à son sommet, s'épanouit et se diversifie, tels ces piliers de cathédrales qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte » (J. Rivero, Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, années 1961-1962, Paris : éd. Dalloz, 1965, p. 841).

33 Voir en ce sens : J.-M. De Moy, L'exception en droit privé, op.cit., p.23.

34 P. Goyard, Exception, *in* S. Auroux (dir.), Encyclopédie philosophique universelle, Les notions philosophiques, Paris : PUF, 1990, t.1, p.914.

35 Le droit administratif contemporain est touché par un puissant mouvement de « subjectivisation » selon les termes de la doctrine qui en bouleverse profondément son image. Dans le cadre de cette dynamique, « ce droit autrefois objectif et fondé à partir d'une acceptation « volontariste et rousseauiste » de l'intérêt général perd son caractère exorbitant et se structure désormais autour d'un équilibre entre les droits des particuliers et les nécessités de l'ordre administratif » (P. Fraisseix, La subjectivisation du droit administratif, LPA, 15 oct. 2004, n°207, p. 12). Par la jurisprudence du juge administratif, les intérêts particuliers et les droits fondamentaux des individus sont de plus en plus pris en compte face aux intérêts de l'administration. Or la doctrine dresse un bilan plutôt pessimiste de la modification de la nature du droit administratif vers un schéma horizontal. Pour Patrick Fraisseix, « le droit administratif, traditionnellement « droit spécial et autonome qui a ses règles propres exorbitantes du droit civil », tend, au contact de réalités juridiques et sociétales nouvelles, à se désagréger, à perdre ses spécificités originelles pour au final se déliter et ne devenir qu'un corpus juridique dénaturé par des influences exogènes (droit privé, droit communautaire, droit européen non communautaire, droit international) » (*ibid.*). Cependant, ce point de vue a été nuancé par une thèse récente qui a démontré que le droit administratif n'a jamais été étranger au droit subjectif. Les juristes français depuis le XIXème siècle ne se sont jamais enfermés dans une conception totalement objectiviste du droit administratif (*v.* N. Foulquier, Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003, 805 p.). En outre, la subjectivisation du droit administratif transforme le statut des administrés. Comme l'observe Pierre Delvolvé, « la formule « administrés » implique l'idée de subordination par rapport à l'administration. La subjectivisation entraîne l'effet inverse : les administrés ne sont plus des « sujets », assujettis à l'administration comme peuvent l'être ceux d'un monarque ; ils deviennent des sujets au sens philosophique du terme : le sujet est à la source du droit. Cela transforme ses relations avec l'administration et avec le juge » (P. Delvolvé, Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif, p.16). Sur cette problématique : cf. P. Raimbault, Quelle signification pour le mouvement de subjectivation du droit public ?, in C. M. Herrera et S. Pinon (dir.), La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux, Paris : Editions Kimé, 2012, p.97-114.

juridique qu'il est soutenu et appuyé par la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme. Après avoir récemment mis à bas le délit d'offense au Président de la République[36], la jurisprudence européenne est venue saper les fondements constitutionnels du statut protecteur du Président de la République dans le sens d'une certaine banalisation institutionnelle de la figure présidentielle[37]. En effet, si elle a jugé que « l'existence même d'un dispositif de protection d'un chef de l'État contre des poursuites ne heurte pas en soi les exigences conventionnelles », elle a refusé « dans le droit-fil de la jurisprudence forgée au sujet de l'immunité parlementaire, (…) que ce mécanisme de protection présidentielle emporte – *de jure* ou *de facto* – une « inviolabilité et immunité totales » au profit du chef de l'État »[38]. Par voie de conséquence, la juridiction européenne a estimé qu'en faisant radicalement obstacle à des poursuites pour diffamation initiées au titre de propos tenus par un président en exercice, cette immunité – telle que mise en œuvre par les juridictions nationales – emportait une violation du droit d'accès à un tribunal. Pour parvenir à une telle issue, la Cour a fait primer la logique de conciliation des droits et intérêts, selon une approche plus proche du droit pénal que du droit constitutionnel classique. On observe, dès lors, que l'instrumentalisation du principe d'égalité de tous devant la loi, nouvelle revendication collective, est poussée désormais en des termes extrêmes. Cette dynamique serait censée, en définitive, parachever l'État de droit en abolissant le système juridique de différenciation. Elle constituerait ainsi l'horizon indépassable de la démocratie, au sens où toute distinction quelle qu'elle soit serait impossible et où tout privilège serait perçu comme une discrimination intolérable à abolir forcément.

6. Pourtant, certains membres de la doctrine ne manquent pas de souligner que l'abolition de toute différenciation entre les représentants de l'État et les citoyens et la propension à l'horizontalité des systèmes juridiques modernes ne sont pas sans danger[39]. Elles présentent, à leurs yeux, deux risques majeurs. *D'une part*, cette tendance repose sur une lecture erronée du principe d'égalité devant la loi, agitée systématiquement pour limiter la portée des immunités. Ce dernier ne signifie pas un quelconque égalitarisme effrayant, vecteur d'uniformisme liberticide mais admet, au contraire, des différences justifiées par des motifs légitimes, constamment rappelés par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel[40] et du Conseil d'État[41]. En effet, comme l'affirme Jean-Marc Sauvé, « longtemps cherchée dans la seule généralité de la loi, l'égalité se développe désormais aussi par différenciation, s'intéressant non plus seulement à l'homme abstrait et universel, mais aussi à

36 Cour EDH, 5e sect. 14 mars 2013, *Eon c. France*, Req. N°26118/10 – ADL du 20 mars 2013.
37 Cour EDH, 2 décembre 2014, *Urechean et Pavlicenco c. République de Moldova*.
38 N. Hervieu, L'immunité présidentielle sous l'épée de Damoclès européenne, La Revue des droits de l'Homme, Actualités Droits-Libertés, 2014, p.8.
39 Voir en ce sens : J. Commaille, À quoi nous sert le droit ?, Paris : Gallimard, coll. Folio Essais, 2015, 522 p.
40 Conseil Constitutionnel, n°73-51 DC, 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974, *Taxation d'office* ; Conseil constitutionnel, n°79-107, 12 juillet 1979, *Ponts à péages*.
41 Pour le Conseil d'État et son arrêt fondateur : CE, Sect., 9 mars 1951, *Soc. des concerts du conservatoire*.

l'homme incarné et situé, pris dans ses déterminations physiques, sociales et économiques. Si le principe d'égalité impose ainsi de traiter de la même manière des personnes placées dans une même situation, il n'exclut pas des différences de traitement, à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi qui les établit - elles doivent être objectivement fondées -, que ces différences de traitement soient proportionnées à la cause qui les justifie et que, bien entendu, elles soient étrangères à toute discrimination »[42]. Autrement dit, le principe d'égalité n'emporte pas comme conséquence la reconnaissance d'un droit à l'uniformité, ou d'un droit à l'interdiction de toute exception. Au contraire, « notre droit épouse les aspérités du réel, non pas contre le principe d'égalité, mais pour mieux le servir. Il en va de même lorsqu'il vise à corriger, voire à compenser des inégalités résultant de pratiques discriminatoires »[43]. *D'autre part*, une telle conception extrême du principe d'égalité devant la loi pourrait compromettre à terme l'existence même d'un droit public. Cette branche du droit s'est construite en France sur une théorie de l'État reposant sur la fiction dualiste de la séparation de l'homme et de la fonction, forme actualisée de l'ancienne distinction entre les deux corps du Roi[44]. À cet égard, les immunités constitutionnelles participent de l'institutionnalisation de l'État. Elles reposent « sur une conception traditionnelle de l'intérêt général ; la raison d'État est fixée, comme une patine, sur leur édifice »[45]. Or la vision moniste du droit découlant de la lecture extensive du principe d'égalité mettrait à mal cette distinction artificielle entre le corps naturel et le corps politique, et, *a fortiori*, l'existence même de l'être abstrait en tant que personne morale qu'est l'État. Comme le souligne François Féral, « la mise en place d'un régime juridique dérogatoire souligne que l'État et ses organes, ses institutions, ne sont pas de même nature que les personnes privées, les institutions civiles et les citoyens ordinaires. C'est évidemment la notion même de droit exorbitant qui nous apparaît dans cette vision souverainiste en contrepoint de la notion de droit commun »[46]. Sans défendre un quelconque corporatisme des juristes publicistes français, certains membres de la doctrine jugent que la disparition du droit public comporterait le risque d'un dysfonctionnement complet de l'État et la perte de son autorité en France. Il semble donc que la protection des autorités étatiques « apparaît comme une forteresse menacée »[47].

42 J.-M. Sauvé, Principe d'égalité et droit de la non-discrimination, op.cit.

43 *Ibid*. À l'inverse, le principe d'égalité « ne va pas, chez nous (…), jusqu'à consacrer un droit à la différence » (*ibid*.). Le Conseil d'État a été très clair : il a décidé que « le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents » (CE, Ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, n°179049).

44 Voir en ce sens : E. Kantorowicz, Œuvres, Les deux corps du Roi, Paris : Gallimard, 2000, 1368p. ; Ph. Sueur, Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècle : la genèse de l'État contemporain, 4e éd., Paris : PUF, coll. Thémis. Droit, 2007, 2 vol., 440, 601 p.

45 J. Delfont, Responsabilité pénale et fonction politique, op.cit., p.8.

46 L'auteur ajoute que « l'État bénéficie d'un régime particulier pour ses actes, ses personnels, sa responsabilité, ses biens...Dès lors, ses responsables politiques bénéficient également d'un droit pénal dérogatoire. Ainsi, derrière les protections des corps constitués, se dessinent la notion de raison d'État et celle liée au régime juridique particulier de son appareil susceptible de déroger au droit ordinaire. Comme corollaire à la continuité de l'État, dont le service public symbolise la nécessité, la souveraineté de l'État semble être la justification historique des privilèges juridiques dont bénéficient les personnes physiques investies des hautes fonctions publiques » (F. Féral, La pérennité du régime dérogatoire, *in* P. Ségur (dir.), La protection des pouvoirs constitués..., op.cit., p.290).

47 J. Delfont, Responsabilité pénale et fonction politique, op.cit., p.8.

7. Enfin, cette demande citoyenne d'une augmentation de la responsabilité des agents de l'État résulte d'une dernière évolution sensible de la démocratie actuelle qui transforme en profondeur la perception et la légitimité des statuts protecteurs des pouvoirs constitués. Mise en évidence par la multiplication des lois sur ce sujet durant la Vème République[48], il s'agit de « la moralisation de la vie publique »[49]. Cette exigence démocratique moderne signifie que « les citoyens attendent de leurs gouvernants, notamment de ceux qui sont chargés des plus hautes fonctions, un comportement irréprochable et exemplaire »[50]. Comme l'a mis en lumière le rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique de novembre 2012, présidée par Lionel Jospin, la probité, la transparence, la vertu et l'exemplarité des responsables publics deviennent des qualités indispensables à l'exercice d'un mandat politique[51]. La question de la moralité publique des responsables politiques est devenue encore plus prégnante sous la Vème République avec l'affaire Cahuzac de 2013[52]. Dorénavant, « la légitimité élective ne suffit plus pour exercer durablement un

48 « La série de lois adoptées en matière de moralisation de la vie politique en 1988, 1990, 1993, 1995 et 2013 forme un corpus contraignant pour les responsables politiques, à l'origine d'une nouvelle expression ou branche du « droit politique » » (B. Nabli, Fondements de la « moralisation-juridicisation » de la vie politique, Pouvoirs 2015/3, n° 154, p.152). Cette moralisation de la vie publique française s'est affirmée progressivement durant la Vème République. Si un projet de loi de moralisation avait été déposé sur le bureau des chambres sous l'impulsion du Président de la République Valéry Giscard d'Estaing sans être jamais inscrit à l'ordre du jour, le véritable point de départ de ce processus est la révélation de l'affaire du Carrefour du développement en 1987 qui a conduit à l'adoption des deux lois du 11 mars 1988, « à l'origine de deux novations en droit politique : la déclaration de patrimoine et le compte de campagne » (*ibid*., p.156).

49 C. Roux, Moralisation de la vie politique, morale parlementaire…moralité constitutionnelle, Dr. Adm., 2017, p.3.

50 L. Jospin, Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, Paris : La Documentation française, 2012, p.65.

51 Cependant, la doctrine ne manque pas de remarquer que la moralisation de la vie politique, et notamment l'obligation de transparence, poussée en des termes absolus, présente des risques réels pour la démocratie, qu'il s'agisse du fonctionnement de l'État ou des libertés des citoyens. Sur ce point : A. Roux, Transparence et démocratie, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Paris: Dalloz, 2014, p.551-557; F. Lemarchand, Vers une dictature de la transparence: secret et démocratie, Éthique publique [En ligne], vol. 16, n° 1, 2014, mis en ligne le 15 août 2014. URL : http://journals.openedition.org/ethiquepublique/1382; J.-D. Bredin, Secret, transparence et démocratie, Pouvoirs, 2001/2, n° 97, p.5-15.

52 Le droit constitutionnel français contemporain connaît une généralisation des Chartes de déontologie à l'égard des pouvoirs constitutionnels, tendant à ancrer la culture déontologique qui n'est pas un phénomène inné. Le Sénat s'est doté d'un Comité de déontologie le 25 novembre 2009 ainsi que d'un Guide déontologique repris, depuis le 1er octobre 2018, à l'article 91 *bis* du Règlement du Sénat ; l'Assemblée Nationale possède également un Code de déontologie et une fonction de « déontologue de l'Assemblée Nationale » depuis le 6 avril 2011 ; le gouvernement a pris enfin une Charte de déontologie en date du 17 mai 2012. En outre, le scandale Cazuhac est à l'origine de l'adoption des lois organique (loi organique 2013-906, Journal Officiel, 12 octobre 2013, p.16824) et ordinaire (loi 2013-907, Journal Officiel, 12 octobre 2013, p.16829) du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique qui devaient marquer « un choc de moralisation ». Inspirées des travaux et propositions des commissions Sauvé (J.-M. Sauvé, D. Migaud et J.-C. Magendie, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique. Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, Paris : La Documentation française, 2011) et Jospin, ces deux textes juridiques « marquent une série d'avancées significatives en la matière » en ce qu'ils instituent « un ensemble de principes et de moyens de prévention contre la fraude, la corruption et les atteintes à la probité » (B. Nabli, Fondements de la « moralisation-juridicisation »…, op.cit., p.156). Plus généralement, après plusieurs années d'application, la doctrine en tire un bilan plutôt positif : « à l'évidence, les lois de 2013 sur la transparence de la vie publique ont constitué un saut qualitatif dans la lutte contre les atteintes à la probité publique. L'effectivité du mécanisme incarné par l'entité spécialement créée à cet effet – la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique – s'est déjà vérifiée, au point de lui assurer le titre honorifique de « gardien de la moralisation » et d'incarner un mouvement global de « moralisation-juridicisation » dans lequel s'inscrit désormais l'État moralisateur » » (*ibid*.). Ce mouvement s'est poursuivi par la saisine présidentielle de cette nouvelle institution publique, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, présidé par Jean-Louis Nadal, afin de dresser, selon la lettre de mission du 1er octobre 2014, « un état des lieux de la législation française au regard notamment des règles et pratiques mises en œuvre dans les autres grandes

mandat représentatif »[53]. Les autorités constituées élues ou non doivent « non seulement respecter le droit conformément aux exigences du constitutionnalisme, mais aussi respecter un certain art de gouverner »[54].

8. À cet égard, cet art de gouverner s'exprime en partie par un *devoir de responsabilité des pouvoirs supérieurs devant les tribunaux ordinaires pour les actes étrangers à l'exercice de leurs fonctions*. Le rapport Jospin est extrêmement caractéristique de ce nouvel état d'esprit. Celui-ci comprend un chapitre 2 dans la deuxième partie dont le titre est évocateur : « Un statut juridictionnel du chef de l'État et des ministres plus respectueux du principe d'égalité »[55]. Son contenu est encore plus caractéristique. L'exemplarité des pouvoirs constitués résiderait, selon ses termes, dans « le respect de la loi – de la loi pénale en particulier – parce qu'elle est l'expression de la volonté générale et qu'elle doit s'appliquer à tous »[56]. Autrement dit, la soumission au droit pénal serait dorénavant l'un des critères de probité des gouvernants qui seraient davantage soucieux du principe d'égalité devant la loi. De surcroît, non content d'être soumis au droit pénal, ils devraient l'être, selon le rapport, devant les juridictions de droit commun. Considérée comme un progrès démocratique, cette responsabilité pénale devant les tribunaux ordinaires serait vectrice d'une plus grande égalité devant la justice. Les travaux de la Commission Jospin sont explicites sur ce point : « de la même manière qu'ils ne doivent pas être au-dessus des lois, les gouvernants ne sauraient être totalement affranchis, en droit ou en fait, de leur obligation de rendre compte de leurs actes devant les tribunaux, notamment lorsque ces actes sont susceptibles d'une qualification pénale. L'enjeu est d'importance pour notre démocratie »[57]. Par cette affirmation, s'exprime le souhait, traduit en termes juridiques, d'un alignement des procédures juridictionnelles sur le droit commun pour les actes sans lien avec la fonction politique exercée. C'est pourquoi, dans cet esprit, deux réformes symptomatiques furent proposées : la première visait à mettre fin purement et simplement à un mécanisme juridique de protection ancien, c'est-à-dire l'inviolabilité civile et pénale du Président de

démocraties et d'émettre des recommandations s'agissant tant des règles applicables aux responsables publics, en matière de probité et de transparence, que des moyens dont dispose la Haute Autorité ». Le rapport remis le 7 janvier 2015 qui s'intitule « Renouer la confiance publique. Rapport au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics » (Paris, La Documentation française, 2015) défend « vingt propositions qui s'articulent autour de quatre axes essentiels ainsi formulés : guider l'action des responsables publics, afin de préciser le cadre déontologique dans lequel ils exercent leurs fonctions et de prévenir les éventuels manquements ; associer et informer les citoyens, pour renforcer la transparence de l'action publique et permettre à chacun de constater la probité des responsables publics ; garantir le juste usage des moyens publics, en veillant à ce que les contrôles dont font l'objet les responsables publics soient adaptés, proportionnés et efficaces ; améliorer la sanction des manquements à l'exemplarité, en matière de respect des principes de probité, d'impartialité et de déontologie » (B. Nabli, Fondements…, op.cit., p.152).

53 P. Blachèr, Quand immunité rime avec impunité, op.cit.

54 *Ibid*.

55 L. Jospin, Pour un renouveau…, op.cit., p.64.

56 *Ibid*., p.65.

57 *Ibid*.

la République[58], la seconde à supprimer le privilège de juridiction dont bénéficient les ministres[59]. En somme, le projet du rapport Jospin est révélateur d'un processus plus profond traversant les démocraties constitutionnelles qui consiste à apprécier la moralité des autorités publiques à leur degré de responsabilité devant les tribunaux ordinaires pour leurs actes de droit commun répréhensibles[60].

9. Dans ce contexte juridico-politique particulier, pour l'ensemble de ces raisons, « les citoyens français ont donc demandé une accentuation de la responsabilité des hommes politiques »[61]. De ce point de vue, il est indéniable que ces revendications ont été retranscrites sur le terrain juridique, spécialement dans le droit constitutionnel français. La contestation des fondements des régimes de protection dérogatoires institués au bénéfice des autorités constituées, a conduit manifestement à une transformation profonde de la législation relative aux immunités constitutionnelles depuis le début des années 1990. L'effacement progressif de la légitimité de tels régimes de protection, qui a frappé celui des parlementaires, des ministres et dans une moindre mesure, du Président de la République[62], s'est manifesté à travers un double mouvement dans notre législation : « la réduction de leur champ d'application et, de façon presque simultanée, la « criminalisation » de la responsabilité des autorités constituées »[63]. La première manifestation de cette double tendance est illustrée par la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993[64]. Celle-ci a conduit à « rapprocher le régime de responsabilité pénale des membres du gouvernement du droit commun, tout en lui conservant un caractère dérogatoire, justifié par les sujétions liées à la fonction gouvernementale »[65]. À cet égard, l'institution de la Cour de justice de la République - qui est venue « remplacer » la Haute Cour de Justice prévue initialement[66]- , son organisation et le droit applicable devant elle, sont l'expression topique de cette propension à l'horizontalité du droit public français. Soucieux d'éliminer toute trace de justice politique, le fait que cette nouvelle juridiction soit composée d'une Commission des requêtes, d'une Commission d'instruction et d'un organe de jugement proprement dit, que les règles de droit pénal et de procédure pénale soient applicables à

58 Voir sur ce point : la proposition n°17 relative à l'abrogation de l'inviolabilité du Président de la République en matière pénale (L. Jospin, Pour un renouveau démocratique…, op.cit., p.70) et la proposition n°18 relative à l'abrogation de l'inviolabilité du Président de la République en matière civile (*ibid*.,p.74).

59 Proposition n'°19 : « La Commission propose la suppression de la Cour de justice et l'application du droit commun » (*ibid*., p.78).

60 Une phrase du rapport Jospin synthétise cette tendance : « il paraît indispensable de rapprocher, autant qu'il est possible, leur statut juridictionnel du droit commun » (*ibid*.).

61 E. Lozdowski, Protection politique et pénale des parlementaires, in P. Ségur (dir.), La protection des pouvoirs constitués ..., op.cit., p.133.

62 Pour certains constitutionnalistes comme Marie-Anne Cohendet, la réforme du 23 février 2007 a accru l'irresponsabilité du Président de la République. Ce point sera traité dans la Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 1, §2, B.

63 C. Bonnotte, La contestation du régime dérogatoire, *in* P. Ségur (dir.), La protection des pouvoirs constitués..., op.cit., p.265.

64 Loi constitutionnelle n°93-952 du 27 juillet 1993, portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI, J.O., n°172, 28 juillet 1993, Paris : Dalloz, 1993, p.442.

65 C. Bonnotte, La contestation du régime dérogatoire, op.cit., p.271.

66 La Haute Cour de justice est devenue désormais la Haute Cour par la loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution.

des actes commis dans l'exercice des fonctions ministérielles[67], qu'un pourvoi devant la Cour de cassation soit recevable contre la décision de la Cour de justice démontrent non seulement le choix clair d'une judiciarisation fait par le constituant au travers de cette révision ainsi que l'intention d'assimiler le régime de responsabilité pénale des ministres à celui des citoyens ordinaires. La motivation de ce rapprochement ne laisse aucun doute : il trouve sa justification « dans la volonté de mettre fin à l'irresponsabilité pénale de fait des membres du gouvernement »[68]. L'argument théorique invoqué, en définitive, est donc « celui de la défense de l'État de droit, lequel impliquerait d'une part, la soumission de l'État et de ses organes, au même titre que les particuliers, au respect du droit commun, et, d'autre part, la sanction juridictionnelle du respect de ces règles »[69].

En outre, à côté de la criminalisation de la responsabilité des pouvoirs constitués, la remise en cause de la protection des organes de l'État emprunte également la voie de la réduction de son périmètre. En témoigne l'importante révision constitutionnelle du 4 août 1995[70] et celle du 23 février 2007. Dans le premier cas, l'immunité parlementaire a été fortement touchée à travers la modification assez profonde du régime juridique de l'un de ses volets, l'inviolabilité. Celle-ci s'est traduite par l'allègement des contraintes procédurales déterminant l'engagement de la responsabilité des autorités politiques étatiques étant donné que la révision constitutionnelle a mis fin au privilège de l'autorisation parlementaire préalable en cas de poursuites ou de mise en examen, qui est désormais réservée uniquement aux seules mesures restrictives et privatives de liberté. On remarque donc que la loi constitutionnelle du 4 août 1995, conformément à sa date symbolique, a (...) entendu « marquer un rapprochement du régime de responsabilité des parlementaires à l'égard du droit commun, tout au moins pour les actes détachables des fonction »[71]. Cependant, il convient de noter que cet assouplissement du barrage éventuel du Parlement opposé à une enquête judiciaire n'est que relatif dans la mesure où parallèlement, le constituant a modifié la procédure de levée de l'inviolabilité sur un point déterminant : c'est désormais le Bureau de l'Assemblée qui délibère sur cette question et non plus l'Assemblée en séance publique. On comprend dès lors que « le débat qui a lieu au sein du Bureau n'est pas public, à la différence de ce qui se passait naguère quand la discussion de la levée de l'immunité était publique, donc accessible à tous, (y compris aux chercheurs) »[72]. Il n'en reste pas moins que le champ d'application de l'immunité parlementaire a subi une atténuation manifeste. En outre, le mouvement de réduction de l'étendue de la protection

67 L'article 68-1 alinéa 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi ».
68 C. Bonnotte, La contestation du régime dérogatoire, op.cit., p.272.
69 *Ibid*.
70 Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires, JORF, n°181, 5 août 1995.
71 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif : L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, Etats-Unis), Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2011, p.381. Les équivoques de cette réforme seront traitées dans la Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, section 2.
72 O. Beaud, Préface, *in* C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit., p. X.

accordée aux autorités constituées touche également le statut dérogatoire du Président de la République, à travers plusieurs réformes. Tout d'abord, par la révision constitutionnelle du 23 février 2007[73], il a été décidé que la responsabilité du chef de l'État pourrait désormais être engagée en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »[74], circonscrite auparavant au cas de « haute trahison ». Il est ainsi possible de considérer que la nouvelle rédaction du texte, beaucoup plus large et marquée d'équivoque, peut englober un nombre de situations quasi-indéfini[75], au point que certains auteurs ont interprété cette expression comme marquant l'avènement d'une responsabilité politique du Président de la République devant les Chambres[76]. Certes le caractère très ouvert du nouvel article 68 de la Constitution est compensé par un encadrement strict de la procédure de destitution[77]. Mais les possibilités d'engager la responsabilité du premier personnage de l'État sont néanmoins aujourd'hui manifestement plus nombreuses, même si tous les constitutionnalistes français ne sont pas unanimes sur une telle interprétation[78]. Le verrou que pouvait constituer le statut protecteur du chef de l'État a donc été quelque peu desserré, participant du mouvement actuel de remise en cause des régimes dérogatoires des pouvoirs constitués. Cette première brèche a été accentuée récemment par l'abrogation discrète dans notre ordre juridique, par l'intermédiaire de l'article 21 de la loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France[79], du délit d'offense au président de la République, prévu et réprimé par l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse[80]. Or il est indéniable que ce dispositif, composante importante de l'institutionnalisation de l'État, était l'« un des éléments du statut dérogatoire accordé au chef de l'État. Il était d'une certaine

73 Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution, JORF, n°47, 24 février 2007.

74 Article 68 alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

75 Le rapport Avril, à l'origine de cette formulation, l'admet lui-même : cette notion « se garde bien de définir le manquement par sa nature ou par sa gravité, le critère pertinent tenant exclusivement au fait que ce manquement serait incompatible avec la poursuite du mandat, c'est-à-dire avec la dignité de la fonction qui serait ainsi compromise » (P. Avril, Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, op.cit., p.45-46).

76 Ce point sera traité dans la Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 1, §2, B.

77 La responsabilité du Président de la République ne peut être enclenchée que par le Parlement, constitué en Haute Cour, et sur proposition conjointe des deux assemblées qui doivent statuer à la majorité des deux tiers (article 68 de la Constitution du 4 octobre 1958).

78 La doctrine constitutionnelle contemporaine n'est pas d'accord sur l'idée d'un renforcement de la responsabilité du Président de la République par la révision constitutionnelle du 23 février 2007 et soutient, au contraire, un accroissement de son irresponsabilité pénale et politique. Voir en ce sens : M.-A. Cohendet, Le Président de la République, 2ème éd., Paris : Dalloz, 2012, p.42-43 ; M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.524-526.

79 Comme le souligne Olivier Beaud, par un amendement à un projet de loi touffu, « c'est dans la plus grande discrétion que le délit d'offense au président de la République (…) a disparu de notre ordonnancement juridique. Il est parti sur la pointe des pieds, abrogé par l'article 21 de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 (…), texte « fourre-tout » ou mosaïque législative » (O. Beaud, À propos de la suppression du délit d'offense au président de la République. Explications et réflexions, AJDA, n°1, 2014, p.25).

80 L'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 dispose : « l'offense au Président de la République par l'un des moyens énoncés dans l'article 23 est punie d'une amende de 45 000 euros ». La Cour de cassation retient une définition large du terme d'offense puisqu'elle considère que « le délit est matériellement constitué par toute expression offensante ou de mépris, par toute imputation diffamatoire qui, à l'occasion tant de l'exercice de la première magistrature de l'État que de la vie privée du Président de la République sont de nature à l'atteindre dans son honneur ou dans sa dignité » (Cass. Crim., 31 mai 1965, Bull. crim., n° 146).

manière le pendant, en matière de droit de la presse, de l'immunité pénale (art. 67 Const.) accordée au président de la République »[81].

10. Cette intervention du législateur français prend, en réalité, son origine dans un *arrêt Eon contre France* du 14 mars 2013 rendu par la Cour Européenne des droits de l'Homme au terme duquel elle juge que la condamnation pénale du requérant pour sa satire était disproportionnée et non nécessaire dans une société démocratique[82]. Dès lors, on observe que la jurisprudence libérale de la Cour Européenne des droits de l'Homme, qui a tendance à faire primer la protection des droits individuels, et en l'espèce celui de la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention EDH, sur celle de la raison d'État, tend à restreindre considérablement les privilèges attachés à la fonction de chef d'État[83]. De ce point de vue, après avoir condamné le délit d'offense envers les chefs d'États étrangers[84] dans son arrêt *Colombani et autres contre France* du 25 juin 2002[85] et

81 O. Beaud, À propos de la suppression du délit d'offense..., op.cit., p.25.

82 CEDH, 5ème sect., 14 mars 2013, *Eon c/ France*, req. n° 26118/10 : D. act. 19 mars 2013, obs. O. Bachelet ; D. 2013 p. 968, note O. Beaud ; Constitutions 2013, p. 257, note D. De Bellescize ; RFDA 2013 p. 594, note N. Droin ; Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 20 mars 2013, note N. Hervieu ; Comm. com. élect. 2013, comm. 72, obs. A. Lepage ; JCP G 2013, p. 656, note C. Picheral. En l'espèce, un militant d'extrême-gauche M. Eon avait brandi lors d'un cortège présidentiel une affiche sur laquelle était inscrite l'expression « casse-toi pov'con » en référence aux paroles d'un ancien Président de la République. Le parquet a poursuivi l'intéressé sur le fondement de l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 pour le délit d'offense au président de la République. Le tribunal correctionnel de Laval, par jugement du 23 octobre 2008, l'a condamné pour offense, à une amende de principe de 30 € avec sursis. La Cour d'appel d'Angers du 24 mars 2009 a rendu un arrêt confirmatif. Le requérant M. Eon déposa donc un pourvoi en cassation, tout en demandant l'aide juridictionnelle. Le bureau d'aide juridictionnelle la lui refusa, bien qu'il disposât de ressources inférieures au plafond légal, au motif de l'absence de moyen sérieux. Le premier président de la Cour de cassation confirma cette décision par une ordonnance du 15 juin 2009 alors que, dans sa lettre de contestation, le requérant prétendait que l'atteinte à sa liberté d'expression, résultant de sa condamnation, était un moyen sérieux. Par un arrêt du 27 octobre 2009, la Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que celui-ci ne contenait aucun moyen sérieux. Après avoir épuisé les voies de recours internes, M. Eon déposa alors un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, au moyen notamment d'une violation par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui garantit la liberté d'expression. Pour une analyse approfondie : voir Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2, §1, A.

83 Toutefois, le législateur français, en supprimant le délit d'offense au chef d'État, n'a pas non plus soumis totalement le Président de la République au droit commun de la diffamation et de l'injure. Bien entendu, il n'est toujours pas possible de l'offenser impunément. En effet, comme le note Anne-Gaëlle Robert, « des poursuites pour diffamation ou injure restent toujours possibles et les parlementaires ont du reste veillé à ce que la protection accordée au président de la République soit au moins équivalente à celle dont bénéficient les ministres, les députés, les sénateurs ou encore les fonctionnaires. L'article 31 de la loi de 1881 qui porte à 45 000 euros d'amende la peine encourue en cas de diffamation commise à l'encontre de certaines personnes a ainsi été complété pour qu'y figure expressément le président de la République. La répression reste donc en ce cas aggravée et l'auteur continue à encourir la même peine que celle qu'il encourrait lorsque les poursuites étaient engagées pour offense au président de la République » (A.-G. Robert, La suppression du délit d'offense au président de la République : nouvelle illustration de l'influence européenne sur l'évolution des délits de presse, RDLF 2013, chron. n°26, p.3). Néanmoins, certains éléments de ce nouveau régime démontrent un rapprochement avec le droit commun en matière d'injure ou de diffamation. Par exemple, on constate « un adoucissement de la répression lorsque les propos publiquement tenus relèvent de l'injure ou lorsque, bien que diffamatoires, ils ne concernent que la vie privée du président. Dans un tel cas, la peine encourue est identique à celle encourue en cas de diffamation ou d'injure envers un particulier, soit 12 000 euros d'amende alors qu'elle était de 45 000 euros d'amende sous l'égide du délit d'offense » (*ibid.*). De même, le législateur a ôté au ministère public le monopole des poursuites, celles-ci seront dorénavant subordonnés à la plainte préalable du chef de l'État (art. 48, 2° de la loi du 29 juillet 1881). D'où il résulte que la protection spéciale reconnue au président de la République apparaît désormais conforme aux prescriptions de la CEDH, surtout au regard de la condition de nécessité dans une société démocratique, puisque « l'aggravation des peine (est) restreinte aux seules diffamations commises à l'encontre du chef de l'État en raison de ses fonctions ou de sa qualité et l'auteur des propos litigieux ayant désormais la possibilité d'établir la vérité du fait diffamatoire pour s'exonérer de sa responsabilité pénale » (*ibid.*).

84 Le délit d'offense au chef d'État étranger était prévu à l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881.

85 CEDH, 25 juin 2002, n°51279/99, *Colombani c/France*, D. 2002. 2571, obs. J.-F. Renucci, 2767, obs. J.-Y. Dupeux, et 2003. 715, note B. Beignier et B. de Lamy ; AJDA 2002. 1277, chron. J.-F. Flauss ; RSC 2003. 116, obs. J. Francillon

conduit, de ce fait, le législateur français à décider de son abrogation dans la législation française par une loi du 9 mars 2004[86], les juges européens ont poursuivi récemment leur entreprise de destruction progressive des éléments du statut dérogatoire du Président de la République. Ils ont été amenés à encadrer sérieusement, dans la continuité de l'arrêt *Eon contre France*, l'immunité de juridiction civile dont il bénéficie en estimant que le droit d'accès à un tribunal protégé par l'article 6§1 « ne pouvait pas être totalement sacrifié sur l'autel de la protection présidentielle »[87] par l'arrêt précité *Urechean et Pavlicenco contre République de Moldova* du 2 décembre 2014[88]. En somme, l'ensemble de ces précédents jurisprudentiels soulève une double remarque. D'une part, le contentieux concernant le statut constitutionnel du Président de la République s'est multiplié devant le prétoire du juge européen[89], saisi par des justiciables qui n'hésitent plus à contester la conventionnalité des dispositions constitutionnelles. Si, dans la plupart de leurs décisions, les juges de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne condamnent pas le principe même des dispositifs protecteurs des pouvoirs constitués, ils incitent à remettre en cause leur existence et leurs conditions de mise en œuvre. D'autre part, ce corpus de décisions met en exergue la méthode de réflexion propre aux juges de la Cour Européenne des Droits de l'Homme face à de tels dispositifs. Ces derniers entendent manifestement faire prévaloir une *logique de conciliation des droits et intérêts*, en refusant de privilégier les droits d'une partie par rapport à ceux d'une autre, plutôt qu'une *logique constitutionnelle d'exclusion* qui caractérise la plupart des dispositifs constitutionnels européens[90].

; RTDH 2003. 976, note P. Wachsmann. En l'espèce, le journal Le Monde avait, dans l'un de ses articles, critiqué l'inaction du roi du Maroc Hassan II dans la lutte contre la production de drogue en raison de sa bienveillance. Le roi porta plainte contre le Monde qui fut condamné par les juridictions françaises. Mais la Cour EDH donna finalement gain de cause au quotidien dans l'arrêt *Colombani contre France* pour violation de l'article 10 de la CEDH. Elle estima que l'atteinte à la liberté d'expression était disproportionnée en raison de certains éléments du régime juridique du délit d'offense au chef d'État étranger. En effet, « le nerf de son argumentation réside dans la contradiction qu'elle décèle entre le régime exorbitant du droit commun (la protection pénale spéciale) et la liberté d'expression. Les gouvernants ont, selon la Cour, le droit de se défendre, y compris pénalement, contre des attaques des citoyens, mais il faut qu'ils le fassent à égalité des armes avec les requérants. C'est le régime juridique dérogatoire des preuves qui est considéré comme inconventionnel » (O. Beaud, L'offense au président de la République : petite leçon aux juridictions françaises sur la primauté de la liberté d'expression, D., 2013, p.968). Dès lors, en censurant le régime juridique de ce délit, la Cour Européenne des Droits de l'Homme mettait un point final à l'article 36 de la loi de 1881.

86 Article 52 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

87 N. Hervieu, L'immunité présidentielle sous l'épée de Damoclès européenne, op.cit., p.2.

88 On peut citer également l'arrêt CEDH, 15 mars 2011, n°2034/07, Otegi Mondragon contre Espagne, Dalloz actualité, 1er avril 2011, obs. S. Lavric ; RSC 2011. 716, obs. J.-P. Marguénaud. Ce dernier portait sur la protection pénale accordée au roi d'Espagne. En l'espèce, de violentes critiques avaient été proférées par un militant basque contre ce dernier qui aurait été, selon lui, « le responsable des tortionnaires et [est] celui qui protège la torture et qui impose son régime monarchique à notre peuple au moyen de la torture et de la violence ». Poursuivi pour « injure grave au roi », délit prévu par le droit espagnol, l'intéressé fut condamné par la Cour suprême à un an d'emprisonnement et vit son recours en amparo rejeté par le tribunal constitutionnel espagnol. Mais la CEDH donna gain de cause finalement à ce militant, qui estima que, si le délit était bien prévu par la loi, et qu'il protégeait la réputation du roi d'Espagne (poursuivant donc un but légitime), il ne respectait pas la troisième condition de « la nécessité » de la mesure de la répression dans une société démocratique. Refusant de prendre en compte uniquement le statut particulier d'un monarque constitutionnel, la Cour a considéré que la législation espagnole opérait une ingérence excessive dans la liberté d'expression, mettant en lumière une nouvelle fois la logique du juge européen de concilier les droits et non de privilégier une partie au détriment de l'autre.

89 D'ailleurs, il convient de remarquer que « l'actualité démontre chaque jour qu'un tel mouvement n'est pas près de s'épuiser » (N. Hervieu, L'immunité présidentielle sous l'épée de Damoclès européenne, op.cit., p.11), comme le démontre la possibilité pour le Président de la République française de se constituer partie civile durant son mandat, l'extension de l'immunité présidentielle aux collaborateurs de l'Élysée...

90 Une telle conciliation n'a pas été opérée dans l'arrêt CEDH, 6 janvier 2011, n°34932/04, *Paksas contre Lituanie*, par lequel la Cour EDH a été amenée à se prononcer sur la conventionnalité du mécanisme de destitution d'un chef d'État,

En effet, « cette philosophie de la mise en balance est une véritable marque de fabrique du raisonnement européen »[91] qui tranche avec la conception française des immunités constitutionnelles fondée davantage sur un rapport déséquilibré. Cette divergence de raisonnement recoupe, en fin de compte, la tension dialectique qui guide incontestablement l'esprit de la plupart des régimes dérogatoires entre le principe libéral de soumission au droit des gouvernants, auquel adhèrent farouchement les juges strasbourgeois, et leur nécessaire protection pour exercer leurs fonctions de manière sereine et continue. De ce point de vue, il est désormais évident, au regard de ces diverses décisions de jurisprudences européennes, que les débats constitutionnels nationaux sur cet objet « ne pourront plus faire l'économie de la dimension conventionnelle »[92] car « la solution de la Cour de Strasbourg confirme avec éloquence qu'à l'instar de tout autre lieu en Europe (…) la Convention européenne des droits de l'homme ne s'arrête résolument pas aux portes des palais présidentiels »[93], avec le risque d'imposer à terme sa propre vision des immunités constitutionnelles au détriment des particularismes nationaux.

11. On assiste donc véritablement dans le droit français à une réduction de la protection instituée au profit des autorités constituées depuis le début des années 1990, sous l'effet de la multiplication des révisions constitutionnelles. Il est clair que « l'érosion des immunités, la normalisation des juridictions d'exception, et l'intrusion judiciaire semblent (...) converger »[94]. Ce processus normatif s'organise « autour de l'idée d'une responsabilité pénale autonome, qui débusquerait l'homme derrière la fonction »[95]. En définitive, « ce double mouvement – de réduction (de la protection) et d'extension (de la responsabilité pénale) – témoigne, en définitive de la déconsidération et du rejet de règles juridiques dérogatoires, exorbitantes du droit commun, expression de la rationalité de

dans la mesure où, malgré les prétentions du requérant, la Cour EDH a décliné sa compétence. Elle a jugé en effet que les différents droits de la CEDH évoqués pour contester la procédure de destitution du Président ainsi que ses modalités (article 6 relatif au droit à un procès équitable ; article 7 relatif à la légalité des délits et des peines ; article 4 du Protocole n°7 relatif au droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) sont inapplicables au litige. Dans la lignée d'une jurisprudence traditionnelle (Cour EDH, Ch. 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c. France*, n° 24194/94), si elle rappelle que « le fait qu'une procédure se déroule devant une juridiction constitutionnelle ne suffit pas à la soustraire au champ d'application de cette disposition » (§ 65), l'applicabilité de l'article 6 n'est pas non plus systématique. Pour apprécier son champ d'application, la Cour soutient qu'il importe de vérifier si « les procédures devant la Cour constitutionnelle dont il est question avaient ou non trait à une « contestation sur des droits et obligations de caractère civil » du requérant ou une « accusation en matière pénale » dirigée contre lui » (§ 65). Or, selon la Cour, les conditions ne sont pas en l'espèce réunies puisque la détermination de violations graves éventuelles à la Constitution dans le cadre de l'exercice de son mandat présidentiel ou d'un manquement à son serment présidentiel ne visaient pas à trancher une contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant (§ 66) puis elle refuse de considérer qu'il s'agissait ici de procédures ayant « trait à une « accusation en matière pénale, étant donné que ladite procédure « ne visait pas à l'infliction d'une sanction par la Cour constitutionnelle à l'encontre du requérant » (§ 66). Elle juge à cet effet qu'« en tout état de cause, dans le contexte d'une procédure d'impeachment du Président de la République pour violation grave de la Constitution ou manquement au serment constitutionnel, la destitution et l'inéligibilité (qui en est une conséquence), répondent à la responsabilité constitutionnelle du chef de l'État ; elles échappent donc, par leur finalité, au domaine « pénal ». Ensuite et surtout, la décision de démettre l'intéressé de son mandat n'appartient pas à la Cour constitutionnelle mais au Parlement » (§66).

91 N. Hervieu, L'immunité présidentielle sous l'épée de Damoclès européenne, op.cit., p.11.

92 *Ibid*., p.12.

93 *Ibid*.

94 J. Delfont, Responsabilité pénale et fonction politique, op.cit., p.5.

95 *Ibid*.

l'État »[96]. Aussi, à rebours de ce discours dominant, apparaît-il nécessaire, au regard de l'importance même des statuts protecteurs des autorités constituées, d'analyser et d'apprécier les enjeux liés à l'affaiblissement continu de ces mécanismes sur le bon fonctionnement de l'État et sur notre régime démocratique. La pérennité d'un droit dérogatoire pour les autorités ou pouvoirs établis par les constitutions depuis plus de deux siècles « laisse supposer dans ce statut un motif qui ne relève pas que des circonstances, du désir d'impunité ou du déni de justice. Sans doute cette pérennité s'explique-t-elle aussi par des raisons de fond qui touchent aux fondements de l'État et à la structure même du système politique »[97]. Dans cette perspective, à travers une étude ordonnée des écrits et des argumentaires des publicistes français qui l'ont bâti et pensé au fil de notre histoire constitutionnelle, l'objet de la présente thèse consiste à mettre en perspective la problématique des immunités constitutionnelles et à apprécier l'évolution relative de ses fondements. Il s'agira d'examiner la manière dont l'institution des immunités constitutionnelles a été conçue et légitimée par la doctrine publiciste française depuis la Révolution française qui constitue le point de départ de la réflexion sur ce sujet. Il apparaîtra que les statuts dérogatoires des pouvoirs constitués ont fait l'objet d'appréhensions diverses. Ce questionnement n'a cessé effectivement de se renouveler dans la mesure où il est tendanciellement solidaire de facteurs *exogènes*, tels que le contexte historique, ainsi que de facteurs *endogènes* liés aux présupposés théoriques de chaque juriste publiciste, ou, plus généralement, pour reprendre le concept du Professeur Marie-Anne Cohendet, il dépend d'un « système de variables déterminantes »[98].

12. Avant de se concentrer sur l'histoire doctrinale de la problématique des immunités constitutionnelles, il convient préalablement d'opérer une clarification des concepts qui seront largement mobilisés tout au long de cette étude. « De même qu'il faut d'abord apprendre sa langue pour connaître un peuple étranger, pour comprendre ses mœurs et pénétrer son génie, de même la langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu »[99]. Dans un premier temps, cette introduction se propose donc d'éclairer la notion d'« immunité », tout particulièrement au sens juridique du terme, et particulièrement en droit constitutionnel (**I**), avant d'envisager, dans un second temps, l'objet même de cette étude, c'est-à-dire les représentations partiellement fluctuantes des immunités dans la doctrine publiciste française de 1789 à aujourd'hui (**II**). Il s'agira ensuite d'expliquer la méthode retenue, en particulier le choix d'une analyse diachronique et conceptuelle de l'histoire constitutionnelle française[100], ainsi que la

96 *Ibid*.
97 P. Ségur, Introduction, *in* P. Ségur (dir.), La protection des pouvoirs constitués..., op.cit., p.4.
98 M.-A. Cohendet, La notion de système de variables déterminantes, Doctrines sur « Aléas et variables en droit », nov. 2006, Paris, France. (hal-00685451).
99 Propos d'H. Capitant, cité par N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.2.
100 F. Saint-Bonnet, Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques, Jus Politicum, Revue de droit politique, n°2, Droit, politique et justice constitutionnelle, [En ligne] : http://www.juspoliticum.com/Regards-critiques-sur-la.html.

posture théorique choisie en faveur du réalisme constitutionnel (**III**). L'ensemble de ces éléments permettra, enfin, de déterminer la dialectique et la problématique propre à cette étude, avant d'exposer et de justifier le plan retenu (**IV**).

I. LA NOTION D'IMMUNITÉ

L'objet de ce premier titre est de poser les prémisses d'un essai de clarification sémantique d'une notion faussement claire[101] dans une optique qui se veut générale, puis de distinguer les deux volets des immunités (**A**). Nous constaterons alors que la notion d'immunité est une notion ambiguë dont le sens exact divise la doctrine constitutionnelle, qu'elle soit classique ou contemporaine (**B**).

A. Une notion juridique ancienne connue de toutes les branches du droit

13. Pour tenter d'appréhender correctement la notion juridique d'immunité qui revêt également une acceptation médicale, il convient tout d'abord de se référer à son étymologie. La racine du terme « immunité » est très instructive dans la mesure où elle dépasse la contingence et elle est le reflet parfait de l'esprit de ce concept, quelle que soit son évolution historique, ou quelles que soient les branches du droit dans lesquelles on l'invoque. Le terme « immunité » provient du latin *immunitas*, formé d'un préfixe privatif et de *munus*, charge[102]. Ainsi, au sens juridique, une immunité constituerait, de manière générale, une exemption de certaines règles générales, à la loi commune. Sa première acceptation serait synonyme de privilège, de dérogation, d'exception au droit commun et, par suite, pour certains, d'impunité.

14. D'ailleurs, on constate que ce mécanisme est aussi vieux que le droit lui-même, comme si l'un ne pouvait exister sans l'autre. Déjà présent sous l'Antiquité, ce mécanisme remonte au droit romain dans lequel « *l'immunitas signifie exonération d'une charge, le munus recouvrant les diverses obligations imposées par la loi, la coutume ou l'autorité* »[103]. En d'autres termes, l'immunité désigne l'exonération d'une obligation exigée par la loi, la coutume ou l'autorité. De même, plus tardivement, le droit canonique use de ce dispositif en vertu duquel les lieux, les biens et les personnes ecclésiastiques étaient libres d'une charge ou d'une obligation. L'immunité personnelle protégeait les clercs et l'immunité réelle les biens ecclésiastiques[104]. Dans le même sens, au Bas-

101 Julien Boudon estime que « la notion d'immunité est une des plus complexes du droit français. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence l'emploient comme si elle relevait de l'évidence, jouant sur le registre de la connivence » et ajoute que « même les auteurs (…) les plus clairvoyants – ainsi Charles Chouckroun dans les années 1950 – conservent le mot, aux dépens de la chose » (J. Boudon, Le privilège de juridiction de l'article 68-1 de la Constitution s'apparente-t-il à une immunité ? Autour de l'affaire Clearstream, *in* G. Clément et J. Lefebvre (dir.), Les immunités pénales. Actualités d'une question ancienne, Paris : PUF, coll. Colloques, 2011, p.31) ; F. Saint-Bonnet, « Privilège » *in* D. Alland, S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, 2003, p.1209-1212.
102 G. Cornu, Vocabulaire juridique, op.cit., p.520.
103 P. Ségur, Les notions d'immunité et d'irresponsabilité, op.cit., p.5.
104 *v.* L. Choupin, Immunités ecclésiastiques, *in* A. D'Alès (dir.), Dictionnaire apologétique de la foi catholique, Paris Beauchesne, 1915, t.II, col. 612 ; J. Gaudemet, L'Église dans l'Empire romain (IV-Vè siècles), *in* Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident, t.III, Paris : Sirey, pp.176 et suivants ; G. Le Bras, L'immunité réelle. Étude sur la

Empire et à l'époque mérovingienne, l'*immunitas* est synonyme d'exemption d'impôt[105]. À partir de la Révolution et du droit moderne, le mécanisme juridique de l'immunité s'épanouira et deviendra un véritable paradigme du droit constitutionnel français puisqu'inscrit indubitablement dans quasiment chacune des Constitutions de la France, quelle que soit la forme de gouvernement ou la nature du régime politique mises en place, sous réserve de quelques spécificités.

De ce tableau chronologique qui n'a aucune prétention à l'exhaustivité, il apparaît donc que l'immunité est une institution non seulement *millénaire* du fait de sa prégnance au fil des siècles, mais également, *répandue* puisque, dans une perspective comparatiste, il est possible de la retrouver dans la plupart des ordonnancements juridiques mondiaux. Comme le résume Michel Cosnard, *« depuis l'attestation de son existence dans l'Antiquité, tous les systèmes juridiques ont eu recours à la technique immunitaire de manière ininterrompue, au profit des personnes les plus variées »*[106]. La protection immunitaire est ainsi ancrée dans le temps et dans l'espace, ce qui en fait un instrument reconnu généralement comme légitime.

15. Preuve en est que, plus proche de nous, sur un plan national, ce procédé est utilisé quasiment par toutes les branches du droit moderne. Dans le droit positif français, nombreux sont les textes qui emploient l'expression et qui usent de cette technique juridique. Autant le droit privé que le droit public recourent en effet aux immunités. Pour ce qui est du *droit privé*, il existe plus particulièrement en droit pénal, tout d'abord, des *immunités familiales* qui font obstacle, d'une part, à ce qu'un membre d'une famille soit tenu de dénoncer les infractions commises par un proche parent[107], sauf s'il s'agit d'un crime commis sur un mineur de quinze ans, d'autre part, à ce que des poursuites pénales soient engagées contre certains membres de la famille qui auraient commis certaines infractions contre les biens : vol, escroquerie, abus de confiance[108]. De même, la législation actuelle prévoit des *immunités judiciaires* à l'article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la liberté de la presse qui exclut toute action en diffamation, injure, outrages pour les discours prononcés ou les écrits produits devant le tribunal, ainsi que pour les comptes rendus

formation de la théorie canonique de la participation de l'Eglise aux charges de l'Etat et sur son application dans la monarchie française au XIIIè siècle, thèse, sciences politiques et économiques, Rennes, Presses de Bretagne, 1920, p.7. L'expression "privilège du for" est un avantage selon lequel, une certaine catégorie de personnes peut décliner la compétence géographique résultant des règles procédurales de droit commun.

105 A. Leca, Formation et transformations du droit français. Des origines au XXIe siècle, Paris : LexisNexis, 2015, p.68.

106 M. Cosnard, Immunités, *in* D. Alland, S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, 2003, p.801.

107 Article 434-1 du Code pénal : « le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs : 1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ; 2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui (...) ».

108 Article 311-12 du Code pénal : « Ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne : 1° Au préjudice de son ascendant ou de son descendant ; 2° Au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément (...) ».

fidèles et de bonne foi des débats judiciaires. En outre, en ce qui concerne *le droit public*, ce dernier n'est pas non plus avare en immunités puisque cet instrument est employé quasiment dans toutes les sous-divisions du droit public. Parmi celles-ci, on compte notamment en droit international public les immunités diplomatiques régies par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 et la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 toutes deux ratifiées par la France qui leur confèrent une pleine valeur juridique. Comme le rappelle le préambule du Traité de 1961, « le but des privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions en tant que représentants des États ». L'immunité diplomatique protège donc les ambassadeurs et personnels diplomatiques accrédités et leur famille qui commettraient des infractions en France[109], sauf en cas de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité relevant de la compétence de juridictions pénales internationales. Dans le même sens, à un stade inférieur dans la hiérarchie des normes, toujours en droit international, une coutume internationale dont l'applicabilité a été reconnue en droit français[110], protège une immunité du même ordre aux organes et entités constituant une émanation de l'État ainsi qu'à ses agents, en raison d'actes relevant de la souveraineté de l'État. La coutume internationale joue également un rôle significatif en matière d'immunités de juridiction et d'exécution des États. Cette jurisprudence est appliquée par l'arrêt Mme Saleh, rendu en section le 14 octobre 2011, à propos de l'immunité d'exécution des États. Le Conseil d'État, bien qu'il soit resté longtemps réservé à l'égard de la coutume internationale peu enclin à la reconnaître, juge qu' « il résulte d'une règle coutumière du droit public international que les États bénéficient par principe de l'immunité d'exécution pour les actes qu'ils accomplissent à l'étranger » et que « cette immunité fait obstacle à la saisie de leurs biens, à l'exception de ceux qui ne se rattachent pas à l'exercice d'une mission de souveraineté »[111]. Enfin, cette technique juridique n'est pas non plus inconnue ni

109 Plus précisément, l'immunité diplomatique affecte l'exercice de l'action publique. Il s'agit donc à proprement parler d'une inviolabilité plutôt que d'une cause d'irresponsabilité « en ce sens que l'obstacle à la répression est seulement procédural » (X. Pin, Droit pénal général, 4ème éd., Paris : Dalloz, 2010, p.107). Par voie de conséquence, « l'infraction demeure constituée, elle peut donc être jugée dans le pays d'origine » (*ibid.*).

110 CE Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n°148683.

111 CE, sect., 14 octobre 2011, *Mme Saleh*, n°329788. Par cet arrêt, le juge administratif suprême étend la responsabilité sans faute du fait des lois ou des conventions internationales à l'hypothèse où le préjudice trouve sa source dans une coutume internationale. Dans cette affaire, Mme Saleh était employée par l'ambassade du Koweït. Cette dernière a licencié l'intéressée sans que l'ensemble des heures travaillées aient été payées et sans indemnité de licenciement. Mme Saleh a donc saisi le juge judiciaire qui, tant en première instance qu'en appel, lui a donné raison. Les juges ont estimé que l'État du Koweït ne bénéficiait pas d'une immunité de juridiction, ce qui a rendu possible les deux jugements au civil. En revanche, il existe une immunité d'exécution dont bénéficient les États, ce qui signifie qu'après une décision juridictionnelle, la justice n'est pas en mesure d'exécuter légalement la décision ainsi prise. Cette immunité d'exécution trouve sa source dans une coutume internationale. Ne pouvant du fait de l'existence de cette coutume obtenir l'exécution du jugement au civil, la requérante a donc demandé à l'Administration une indemnisation sur la base de la responsabilité sans faute du fait d'une coutume internationale. Le refus implicite de cette dernière a été attaqué devant le Tribunal administratif de Paris, mais celui-ci, le 27 avril 2007, a rejeté cette requête. Saisie en appel, la Cour administrative d'appel de Paris a confirmé ce jugement le 8 décembre 2008. Mme Saleh s'est donc pourvue en cassation devant le Conseil d'État. Ce dernier, par un arrêt de section du 14 octobre 2011, fait droit à cette demande en consacrant une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute. Il juge « qu'en vertu du quatorzième alinéa du Préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international » ; que l'article 1er de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution prévoit que l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ; qu'il en

en droit institutionnel de l'Union Européenne puisque les députés européens bénéficient de privilèges et immunités qui leur sont applicables en vertu du Protocole n°7 sur les privilèges et immunités de l'Union Européenne[112], ni au sein de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe[113], qui se sont dotés respectivement de règles relativement protectrices.

Ainsi, le mécanisme immunitaire, répandu historiquement et dans les droits étrangers, irrigue toutes les branches du droit français. Il présente chaque fois un objet commun : l'exemption de certaines règles générales. Nous nous concentrerons sur le sens propre de l'immunité en droit constitutionnel qui est attribuée à un détenteur d'une fonction afin de préserver l'indépendance de celle-ci par rapport aux autres autorités et pouvoirs étatiques. Mais sa définition est loin de faire consensus parmi la doctrine publiciste classique et actuelle.

B. L'ambiguïté de la notion d'immunité dans son acceptation constitutionnelle

16. Le terme d'« immunité », qui semble au premier abord clair conceptuellement, se caractérise, en réalité, par sa polysémie. S'il convient plutôt d'appréhender cette notion au pluriel, celle-ci possède un sens à proprement parler constitutionnel (**1**). De ce point de vue, les immunités constitutionnelles sont, classiquement, identifiées aux deux volets dont bénéficient les parlementaires, à savoir l'irresponsabilité et l'inviolabilité (**2**). Cependant, le parti pris d'une interprétation large de la notion d'immunité constitutionnelle conduit à ranger, sous cette catégorie juridique, le privilège de juridiction des ministres et du Président de la République. Or il convient de constater que la doctrine constitutionnelle française s'oppose sur sa définition même (**3**). Cette difficulté s'accentue encore un peu plus si on quitte le droit positif interne pour se concentrer sur le droit constitutionnel comparé (**4**).

résulte que la règle coutumière du droit public international d'immunité d'exécution des États, qui n'est écartée ni par cette loi ni par aucune autre disposition législative, s'applique dans l'ordre juridique interne ; que la responsabilité de l'État est, par suite, susceptible d'être recherchée, sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, dans le cas où son application entraîne un préjudice grave et spécial ».

112 De manière traditionnelle, les membres du Parlement Européen bénéficient, comme tout représentant français, d'une protection contre des poursuites en raison des opinions ou votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Comme le dispose l'article 8 du Protocole sur les privilèges et immunités de l'Union Européenne, « les membres du Parlement européen ne peuvent être recherchés, détenus ou poursuivis en raison des opinions ou votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions ». Cette protection est étendue puisqu'il est prévu que « pendant la durée des sessions du Parlement européen, les membres de celui-ci: a) bénéficient, sur leur territoire national, des immunités reconnues aux membres du parlement de leur État ; b) ne peuvent, sur le territoire de tout autre État membre, ni être détenus ni faire l'objet de poursuites judiciaires. L'immunité les couvre également lorsqu'ils se rendent au lieu de réunion du Parlement européen ou en reviennent » (article 9 alinéas 1 et 2 du PPIUE). Cependant, il convient de souligner que, classiquement, ces derniers connaissent des limites et peuvent être levés : « L'immunité ne peut ni être invoquée en cas de flagrant délit ni faire obstacle au droit du Parlement européen de lever l'immunité d'un de ses membres » (article 9 alinéa 3 du Protocole sur les Privilèges et Immunités de l'Union Européenne). Sur ce point : C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.379-380.

113 Articles 14 et 15 de l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe.

1. L'immunité au sens constitutionnel : un désaccord doctrinal manifeste

17. « Le mot « immunité » est l'un des termes de la langue du droit que l'on est le plus tenté d'employer sans lui donner un sens précis »[114]. Cette notion étant un concept faussement clair et la sémantique du mot étant complexe, l'entreprise de définition du terme « immunité » apparaît ardue. D'ailleurs il est manifeste que la doctrine est actuellement divisée sur la signification exacte de ce terme « *au point de découvrir plusieurs concepts d'immunité* »[115] (**1.1**). En ce qui concerne sa définition en droit constitutionnel, il présente une spécificité étant donné que ce mécanisme juridique est une institution mixte à la frontière du droit pénal et du droit constitutionnel (**1.2**).

1.1. Le concept d'immunité : une définition polysémique

18. Tout d'abord, une partie minoritaire de la doctrine constitutionnelle défend une définition de l'immunité par son effet[116]. Selon cette thèse, l'immunité consiste en l'impossibilité pour un tribunal de sanctionner un comportement litigieux, ou plus précisément, en l'absence de possibilité de sanction pour un acte que le droit commun (pénal, civil, voire professionnel) permet de sanctionner. Dès lors, l'immunité aurait pour conséquence pour une personne juridique, une situation, un comportement ou un acte de déroger à la loi commune. Cependant, si cette définition s'avère juste en pratique, elle présente des lacunes certaines. Outre son imprécision et son caractère trop vague, « cette caractérisation par l'effet est trompeuse puisqu'elle assimile l'institution à son résultat, lequel peut avoir des causes diverses et est source de confusion avec des notions proches »[117]. D'autres règles ou institutions ont également pour effet d'interdire toute sanction juridictionnelle à certains actes ou comportements. Par exemple, par le choix de cette option, il n'est plus possible d'opérer une distinction entre l'immunité et l'amnistie, la dispense ou la grâce qui constitue un acte de gouvernement[118]. De plus, une définition de l'immunité par son effet fait perdre toute légitimité à cette institution puisque celle-ci n'est justifiable que par son résultat. « Répondant à un objectif précis – la protection de certaines personnes à l'égard de certaines rigueurs du droit -, l'immunité n'est qu'une technique juridique au service d'un but qui lui est extérieur »[119]. L'immunité n'est jamais légitime en soi, elle s'appuie toujours sur des finalités qui la légitiment. Comme le note Michel Cosnard, « la raison pour laquelle des immunités sont attribuées à une personne déterminée ne peut

114 C. Chouckroun, L'immunité, Rev. sc. Crim. dr. pénal comp., 1959, p.29.
115 O. Beaud, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé, op.cit., p.161.
116 B. Genevois, Les immunités prévues par la Constitution et le contrôle juridictionnel, RFDA, 2000, p.511.
117 M. Cosnard, Immunités, op.cit., p.801.
118 CE, 30 juin 1893, *Gugel*, S. 1895.3.41.
119 *Ibid*.

être trouvée dans l'institution elle-même »[120]. Dépourvue de raison, l'immunité s'apparente alors à une impunité. Par voie de conséquence, la définition de l'immunité par ses effets doit être écartée.

19. Pour parer à ces difficultés, d'autres auteurs se rallient à une définition formelle de l'immunité, c'est-à-dire une définition par sa source normative. En d'autres termes, une immunité serait celle prévue par la Constitution formelle. À titre d'exemple, l'immunité en droit constitutionnel français serait fixée par l'article 67 et 68 ou encore l'article 26 de la Constitution du 4 octobre 1958. Si cette définition par la source a pour qualité de simplifier à l'extrême le problème de définition, elle s'expose néanmoins à plusieurs critiques. Tout d'abord, la lettre du texte constitutionnel peut être imprécise. On pense notamment au terme de « haute trahison » prévu par l'ancien article 67 de la Constitution de 1958 ou de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » de l'article 68 de la Constitution actuelle qui constituent le fait générateur de la responsabilité. En outre, la défense de cette définition formelle suppose de se rallier à une conception normativiste de la Constitution selon laquelle la norme constitutionnelle réside dans le texte écrit, niant toute valeur constitutionnelle aux pratiques contraires à la Constitution. Pourtant, comme le souligne Olivier Beaud, « dans un pays de Constitution écrite comme les États-Unis, la Cour suprême s'est référée à des principes constitutionnels non écrits pour régler le problème de l'immunité du Président »[121]. Dès lors, en la matière, une approche de droit politique des immunités constitutionnelles est fort instructive.

20. C'est pourquoi afin de cerner dans son entièreté le concept d'immunité, la majorité de la doctrine opte pour une définition fonctionnelle de l'immunité. D'après cette conception, « la caractéristique commune et primordiale présidant à l'attribution de toutes les immunités serait d'assurer l'exercice indépendant et serein de ses fonctions par le bénéficiaire »[122] en évitant toute procédure malveillante d'un juge, d'un citoyen ou, plus généralement, de toute personne. L'unité du concept d'immunité logerait, par conséquent, dans sa finalité. Elle serait « une technique juridique au service d'une fin de protection, cette fin pouvant varier suivant les domaines »[123]. Cette représentation de l'immunité est notamment partagée par Michel Cosnard dans sa thèse « La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités »[124]. A cet égard, si la protection de l'indépendance des fonctions d'une autorité publique constitue la justification majeure à l'existence des immunités, d'autres principes de premier ordre peuvent, à titre complémentaire, les légitimer. On peut citer notamment « le respect de la dignité – voire de la sacralité – d'une personne ou de ses fonctions, déférence due à la désignation au suffrage universel, courtoisie ou réciprocité

120 *Ibid*.
121 O. Beaud, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé, op.cit., p.160.
122 M. Cosnard, Immunités, op.cit., p.801.
123 O. Beaud, L'immunité du chef de l'État..., op.cit., p.159.
124 M. Cosnard, La soumission des États aux tribunaux internes, Paris : Pédone, 1996, 405 p. ; sur la définition fonctionnelle du concept d'immunité : *ibid*., p.31.

dans le traitement reçu »[125], la protection du principe de séparation des pouvoirs ou encore, en droit international, le principe de l'égalité souveraine. En outre, pour cette thèse, l'attribution d'une immunité à l'égard de certaines personnes pour garantir leur indépendance, aurait pour fondement une différence de situation objective justifiant une différence de traitement que reflète l'immunité. Il s'agit donc d' « un processus d'échappement au droit tentant d'établir un équilibre entre les principes de légalité et d'égalité auxquels il porte atteinte, et un autre principe juridiquement protégé »[126]. Pour autant, si la définition de l'immunité par sa finalité emporte la conviction de la majorité de la doctrine, elle est, tout de même, soumise à quelques critiques. Tout d'abord, il peut exister un doute sur la finalité réelle des immunités. En effet, « si l'immunité vise bien, à l'origine, à protéger les gouvernants contre des « poursuites malveillantes », elle ne peut pas être définie par cette finalité spécifique puisque l'immunité peut protéger un gouvernant aussi bien contre des poursuites malveillantes que des poursuites fondées et dépourvues d'arrières-pensées politiques »[127]. Il est alors plus exact d'affirmer que l'immunité a pour fonction de protéger le bénéficiaire de l'immunité contre toute poursuite, abusive ou non. C'est pourquoi certains auteurs préconisent de « restreindre cette définition [fonctionnelle] en proposant une conception qualitative de cette finalité, en introduisant un élément relatif à la nature des poursuites auxquelles il faudrait faire obstacle : seules les poursuites infondées entraîneraient l'existence des immunités »[128]. En outre, de cette première critique en découle une seconde qui est l'incomplétude de la définition fonctionnelle. Si l'immunité protège aussi bien des poursuites infondées que celles fondées, c'est parce que l'objectivité de l'immunité résulte de sa dimension procédurale que néglige la définition fonctionnelle de l'immunité. En effet, « le caractère légitime ou illégitime de telle ou telle poursuite ne peut être prouvé qu'après l'instruction du dossier et le développement de l'action publique. Or, le propre de l'immunité est justement de couper court d'emblée à l'investigation judiciaire en raison de la qualité de la personne attaquée. On ne peut pas dire par avance si une poursuite est, ou non, malveillante. Le détournement de l'institution est presque inscrit dans sa nature même »[129]. Dès lors, la définition fonctionnelle de l'immunité, en ne prenant pas en compte les questions procédurales, néglige un aspect de cette notion. Sa nature de règle de procédure pénale qui empêche tout examen du bien-fondé de la requête, constitue pourtant le cœur de ce concept. Par voie de conséquence, une définition de l'immunité par sa finalité « ne suffit pas à épuiser la densité juridique de la notion et il faut la compléter par d'autres éléments, plus techniques, pour dégager une sorte de dogmatique juridique de la notion »[130]. C'est pourquoi certains constitutionnalistes, en minorité, se prononcent en faveur d'une définition procédurale de l'immunité[131].

125 M. Cosnard, Immunités, op.cit., p.801.
126 *Ibid*. On observe que cette définition de l'immunité a pour effet de combiner une définition par ses effets et par sa finalité.
127 O. Beaud, L'immunité du chef de l'État..., op.cit., p.159.
128 *Ibid*.
129 *Ibid*.
130 *Ibid*., p.159.
131 Pour s'opposer à la définition fonctionnelle de l'immunité, les partisans de la thèse procédurale soutiennent, en

21. Pour le Professeur Olivier Beaud, « le détour par la procédure (…) paraît être le meilleur moyen d'identifier l'immunité »[132]. À cet effet, pour parvenir à appréhender correctement la dimension procédurale de l'immunité, les auteurs prennent pour point de départ de leur réflexion l'étymologie de ce terme : l'exemption. Terme pivot de la définition de l'immunité, les auteurs se penchent alors sur la signification juridique et la portée exacte de l'exemption. Dans la sphère juridique, l'exemption constitue, d'un point de vue *formel*, un obstacle à la juridiction d'un tribunal quel qu'il soit, et non à sa compétence puisque la question de la juridiction précède toujours celle de la compétence. Pour ce qui est du *contenu de l'objet de l'exemption* qui désigne l'obligation à laquelle est soustrait le bénéficiaire d'une immunité, l'obligation principale à laquelle les gouvernants échappent en droit constitutionnel grâce au mécanisme de l'immunité est la responsabilité[133]. En outre, du point de vue *organique*, l'exemption a pour effet de faire naître un rapport de droit, c'est-à-dire un lien entre deux personnes dont l'un, le bénéficiaire (personne morale ou physique), dispose de la faculté conférée par le droit objectif de s'opposer à la revendication d'un droit que posséderait l'autre, l'adressataire, autrement dit le juge ou le législateur[134], assujettis à une interdiction d'user d'un pouvoir[135]. Enfin, d'un point de vue *procédural*, l'exemption constitue une technique juridique représentant un obstacle procédural empêchant de connaître le fond du litige[136].

Il en résulte, par conséquent, que la définition procédurale de l'immunité est la suivante : elle constitue un moyen procédural pour s'opposer définitivement ou provisoirement à l'étude du droit, au bien-fondé de la requête sans faire disparaître le fond »[137]. Elle neutralise la responsabilité mais n'anéantit pas un droit, d'où la différence entre l'immunité, la responsabilité et l'irresponsabilité. En ce sens, cet aspect procédural de l'immunité est fondamental car il souligne « la spécificité de ce mécanisme qui bloque d'entrée l'« action » d'un autre pouvoir en faisant obstacle à la revendication d'un droit. L'immunité agit comme une exception préliminaire dont l'effet immédiat est le non-examen du bien-fondé de la demande »[138]. D'ailleurs, le caractère procédural de l'immunité est attesté par l'examen du régime juridique de l'immunité. L'exception d'immunité est regardée, tout

outre, que toutes les immunités (judiciaire, familiale, internationale, constitutionnelle) n'ont pas la même fin.

132 *Ibid*.

133 En droit pénal, l'exemption réside dans la peine à laquelle l'infraction qu'il a commise pourrait aboutir.

134 L'adressataire est privé de son pouvoir normatif, juridictionnel ou exécutif au sens large, c'est-à-dire de tout pouvoir de contrainte matérielle, réelle ou personnelle.

135 Pour certains auteurs, la relation n'est pas duale mais est plutôt ternaire. Comme le souligne Olivier Beaud, « l'individu qui invoque un droit subjectif mais qui voit cette prétention rejetée par le juge (l'adressataire) en raison de l'immunité dont jouit le bénéficiaire. L'individu privé d'un droit subjectif est le véritable adressataire de l'immunité » (O. Beaud, L'immunité du chef de l'Etat..., op.cit., p.158, note 44). Cette analyse caractérise la jurisprudence anglo-américaine et celle de la Cour Européenne des droits de l'Homme.

136 La qualification de l'immunité comme obstacle procédural s'illustre en droit international, en droit pénal et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sur ce point : *ibid*., p.160-161.

137 Il est également proposé une autre définition de l'immunité au sens procédural : elle représente un « obstacle procédural opposé à la revendication d'un droit ou d'un pouvoir » (*ibid*., p.161).

138 *Ibid*. D'un point de vue contentieux, les exceptions préliminaires sont le moyen procédural par lequel une partie à l'instance, normalement le défendeur, peut soulever un grief d'incompétence ou d'irrecevabilité. Il « excipe » alors d'un obstacle au procès sur le fond, et demande à la Cour de l'examiner prioritairement.

d'abord, comme un moyen d'ordre public, c'est-à-dire un moyen dont la violation est si grave que le juge se doit de la soulever d'office sans que cela ait été nécessairement demandé par l'une des parties. De plus, l'objectivité de l'immunité s'illustre à travers la question de la renonciation à l'immunité. En droit constitutionnel, en vertu d'une jurisprudence constante et ancienne[139], le parlementaire ne peut pas renoncer à l'inviolabilité parlementaire, ce qui est une conséquence de son statut d'ordre public[140]. Cependant, il convient de nuancer ce propos dans la mesure où la possibilité d'une renonciation, certes tacite, semble avoir été consentie par l'arrêt Breisacher de la Cour de Cassation du 10 octobre 2001, en ce qui concerne le témoignage auquel le chef de l'État pourrait consentir[141]. De même, en droit international, la renonciation à une immunité de juridiction ou à une immunité d'exécution, bien que les conditions soient plus strictes pour ce dernier cas[142], est

139 Dès le Second Empire, un jugement du tribunal correctionnel de Reims en date du 29 mars 1862 a posé le principe qu'aucun représentant du pays n'a le droit de se dépouiller lui-même d'une garantie qui n'a pas été créée pour lui, mais pour l'Assemblée tout entière : « Attendu que la disposition de l'article 11 du décret du 2 février 1852 est d'ordre public, le mandat de député conférant à celui qui en est investi par ses concitoyens des obligations et des devoirs dans un but d'intérêt général ; - que, dès lors, il n'appartient pas à un membre du Corps législatif de renoncer au bénéfice du décret précité et que sa renonciation ne saurait suppléer à l'autorisation du Corps législatif » (cité par E. Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, Paris : Ed. Loysel, rééd. 1989, t.1, p.1212). Véritable jurisprudence constante, ce principe a été réaffirmé par un arrêt de la Cour de Besançon, en date du 10 avril 1865, qui juge qu'un sénateur ou un député ne peut renoncer en justice à la garantie que lui assure sa qualité, alors même que l'action dirigée contre lui serait reconventionnelle à une action qu'il aurait lui-même intentée : « La Cour, considérant qu'il est de droit public qu'un membre du Corps législatif ne peut être poursuivi pendant la durée des sessions, qu'après autorisation préalable de cette Assemblée ; que cette garantie ne tient pas seulement à l'homme, mais à la fonction ou au corps dont il fait partie » (*ibid*.). En l'espèce, un maire, poursuivi pour coups portés à un député, avait formé contre ce député une demande reconventionnelle. Mais il fut jugé que « la demande ainsi formée contre un député, sans autorisation préalable, doit être rejetée, sans que le demandeur puisse être admis à obtenir un sursis à l'effet de se pourvoir à fin d'autorisation (S., 1885, II, 175) » (*ibid*.). D'ailleurs, Eugène Pierre note qu'en réalité, déjà à partir de la Monarchie de Juillet, le caractère d'ordre public de l'immunité avait été reconnue par les institutions judiciaires : « Dans les conclusions qu'il présentait à la Cour de cassation le 20 janvier 1842, le Procureur général disait avec justesse : « L'homme qui jouit d'un privilège en raison de la magistrature ou du caractère public dont il est revêtu ne s'appartient pas ; il ne peut abdiquer *volontairement* le privilège accordé non à sa personne privée, mais à son caractère public » (*ibid*.). Cependant, bien que les sénateurs et les députés n'aient pas le droit de renoncer à l'inviolabilité parlementaire devant un tribunal, il leur reste la possibilité de « venir devant la Chambre demander au Gouvernement de hâter le dépôt du réquisitoire qui doit leur permettre de s'expliquer publiquement en justice (C. D. 11 mai 1876 ; 10 janvier 1881) ; et le garde des sceaux, sollicité par un ou plusieurs membres de demander la levée de l'immunité parlementaire, peut prier la Chambre de suspendre sa séance afin qu'il lui soit possible de s'informer auprès du procureur général ; mais si le Procureur général estime qu'en l'état de la procédure il n'y a pas lieu d'introduire une demande de poursuites, le garde des sceaux ne peut inviter la Chambre à lever l'immunité (C. D. 29 mars 1897) » (*ibid*.).

140 E. Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, Paris : Ed. Loysel, rééd. 1989, t.1, p.1210. Comme l'écrivait Duguit, « Les immunités ne constituent (…) point des droits subjectifs, mais bien une situation objective » (L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, Paris : Fontemoing et cie, 1911, p.340). D'ailleurs, l'article 121 de l'ancien code pénal assurait la sanction des manquements à cette immunité, qui étaient constitutifs du crime de forfaiture, et prévoyait la peine de la dégradation civique pour les officiers de police judiciaire et les magistrats qui auraient méconnu l'inviolabilité. Il disposait que « seront, comme coupables de forfaiture, punis de la dégradation civique, tout officier de police judiciaire, tous procureurs généraux ou de la République, tous substituts, tous juges qui auront provoqué, donné ou signé, une ordonnance ou un mandat tendant à la poursuite personnelle ou accusation...d'un membre du Sénat ou de la Chambre des députés sans les autorisations prescrites par les lois de l'État ; ou qui, hors les cas de flagrant délit ou de clameur publique, auront, sans les mêmes autorisations, donné ou signé l'ordre ou le mandat de saisir ou arrêter un ou plusieurs membres du Sénat ou de la Chambre des députés » (cité par E. Pierre, Traité de droit politique…, op.cit., p.1207). Cependant, ses dispositions, n'ayant jamais été appliquées, n'ont pas été reprises dans le nouveau code pénal.

141 Cf. O. Beaud, L'immunité du chef de l'Etat..., op.cit., p.161, note 64.

142 Comme l'affirme un arrêt récent de la Cour de Cassation dans un considérant de principe, « le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution » (Civ., 1ère, 13 mai 2015, n°13-17.751). Ce dernier arrêt constitue une confirmation de jurisprudence par rapport à plusieurs arrêts précédents : « Selon le droit international coutumier, tel que reflété par la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004, si les États peuvent renoncer, par contrat écrit, à leur immunité d'exécution sur des biens ou des catégories de biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques, il ne peut y être renoncé que de manière expresse et spéciale, en mentionnant les biens ou la catégorie de biens pour lesquels la renonciation est consentie » (Civ. 1re, 28 mars 2013, n°

possible. Elle peut être expresse ou implicite - pour l'immunité de juridiction -[143]. Enfin, l'aspect procédural de l'immunité est renforcé par la spécificité de son régime de preuve quant au fait justificatif[144] . On observe effectivement que « pour l'immunité, on ne procède pas à une recherche des circonstances qui sont susceptibles de justifier l'acte illicite, on se borne à constater l'existence de l'immunité. Techniquement, l'immunité fonctionne comme une sorte de présomption d'absence de l'élément légal de l'infraction »[145]. Une fois réuni, l'ensemble des caractéristiques du régime juridique de l'immunité valide la thèse de l'essence procédurale de l'immunité, malgré quelques nuances. En outre, cette définition procédurale de l'immunité présente une deuxième vertu. Elle est un moyen de distinguer plusieurs notions connexes mais autonomes, telles que l'immunité et la responsabilité ou l'irresponsabilité sur laquelle nous reviendrons.

22. En définitive, on remarque que la doctrine éprouve des difficultés à systématiser ce concept et élaborer une théorie générale unitaire. Il n'existe pas en effet d'unité doctrinale s'agissant de la définition de la notion d'immunité. Celle-ci se scinde entre les partisans d'une définition par les effets, par la forme, par la procédure ou par la finalité, même si la majorité des auteurs privilégie la dernière solution en dépit de son imperfection. Certes une définition commune à tous les aspects du concept d'immunité pourrait se résumer de la manière suivante : « les immunités peuvent (...) être définies, dans leur ensemble, comme des institutions visant à protéger un intérêt social ou politique en faisant bénéficier certaines personnes d'une exemption de responsabilité »[146]. Mais une telle définition reste « très générale et, partant, peu satisfaisante »[147]. Il semble donc délicat d'ordonner la matière en cherchant à regrouper les diverses immunités. C'est pourquoi nous nous concentrerons sur les immunités en matière *constitutionnelle*.

10-25.938 ; Civ., 1ère, 28 mars 2013, n° 11-10.450 ; Civ., 1re, 28 mars 2013, n° 11-13.323).

143 Comme toute renonciation, elle doit être certaine et non équivoque. Elle est également soumise à un principe de spécialité. Par ailleurs, une renonciation à l'immunité de juridiction n'emporte pas renonciation à l'immunité d'exécution.

144 À la différence de l'immunité, le fait justificatif nécessite la recherche des circonstances matérielles ou juridiques qui justifient ou légitiment une infraction et dont la réalisation neutralise la responsabilité pénale en tant que cause objective. Il a un effet *in rem*, c'est-à-dire qu'il fait perdre aux faits leur qualification juridique. L'infraction n'est plus constituée. En effet, même si tous les éléments constitutifs d'une infraction sont réunis, et même si celle-ci a eu un résultat nuisible, son auteur peut ne pas être responsable pénalement s'il avait le droit, l'autorisation voire le devoir de la commettre, eu égard à une circonstance particulière. Le Code pénal en prévoit quatre : l'ordre de la loi (article 122-4 du Code pénal), le commandement de l'autorité légitime (article 122-4 du Code pénal), la légitime défense (article 122-5 du Code pénal) et l'état de nécessité (article 122-7 du Code pénal). À ces cas, la jurisprudence ajoute, dans des cas particuliers, le consentement de la victime. Le fait justificatif entraîne les effets suivants : il rend l'acte licite et conforme au droit, il supprime l'infraction elle-même, d'une manière absolue, et à l'égard de tous ceux qui y ont participé à titre de co-auteurs ou complices ; il constitue pour l'auteur un moyen de défense dont il doit apporter la preuve ; il exclut la responsabilité civile (sauf en ce qui concerne l'état de nécessité). En outre, l'admission complète d'un fait justificatif par la juridiction pénale entraîne, de la part du ministère public, un classement sans suite ; de la part de la juridiction d'instruction, un arrêt de non-lieu ; de la part de la juridiction de jugement, un jugement ou arrêt de relaxe ou d'acquittement.

145 Ch. Chouckroun, « L'immunité », op.cit., p.45.

146 P.-O. Caille, L'inviolabilité pénale du chef de l'État sous la Ve république : Contribution à l'étude des immunités en droit constitutionnel, thèse de doctorat : droit public, Lille 2, 2002. p.31.

147 *Ibid*.

1.2. Spécificité et unité de l'immunité constitutionnelle

23. Institution mixte, puisqu'à la fois règle constitutionnelle et règle pénale, l'immunité constitutionnelle présente une spécificité manifeste qui la distingue des autres types de protection immunitaire (**1.2.1**). Il sera regroupé sous la dénomination d'« immunité constitutionnelle » les immunités parlementaires instituées par l'article 26 de la Constitution de 1958, l'immunité pénale des ministres instituée par les articles 68-1 à 68-3 de la Constitution de 1958 et l'immunité du chef de l'État établie par l'article 67 et 68 du même texte. Dans toutes ces situations, il est possible de parler d'« immunité » dans la mesure où parlementaires, ministres et Président de la République bénéficient d'un régime dérogatoire au droit commun. Leur unité provient non seulement de leurs fondements mais encore de leur portée (**1.2.2**).

1.2.1. Spécificité de l'immunité constitutionnelle

24. L'immunité constitutionnelle est une institution duale en ce qu'elle est, à la fois, une règle propre au droit constitutionnel, par son fondement, ses bénéficiaires et ses fonctions, et de l'autre, une technique du droit pénal par sa dimension procédurale.

25. *En ce qui concerne son premier aspect*, les immunités établies par le droit constitutionnel, en tant qu'elles établissent un régime dérogatoire au droit commun, ne sont pas uniques dans le droit français. Leur spécificité tient avant tout à leur finalité - protéger l'indépendance et le bon exercice des fonctions étatiques -, qui ne concerne pas les autres immunités, ainsi qu'à la qualité de leurs bénéficiaires et de leurs titulaires. Une immunité constitutionnelle peut ainsi être définie comme une « *protection accordée par le droit constitutionnel au titulaire d'un mandat ou d'une fonction politique pour pouvoir exercer librement ce mandat ou cette fonction* »[148].

Par ailleurs, *en ce qui concerne sa nature pénale*, l'immunité constitutionnelle représente, du point de vue de la technique juridique, un obstacle procédural à la mise en jeu de la responsabilité de son bénéficiaire. Elle empêche le juge de connaître le fond du litige. Mais la portée de cet obstacle opposé à l'office du juge est variable : l'immunité peut conduire à une non-application de la loi ou entraîner une inapplicabilité de celle-ci[149]. Elle n'est instituée, en effet, que pour permettre à son bénéficiaire d'exercer librement son mandat ou sa fonction et cette fin peut être atteinte par la mise

148 P.-O. Caille, L'inviolabilité du chef de l'Etat sous la Vème République..., op.cit., p.36.
149 H. Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3è éd., Paris : Sirey, 1947, p.941, n°1666-1667.

en œuvre de protections de degrés divers. L'équation de l'immunité est donc la suivante : elle est « un moyen d'assurer la protection de la fonction éminente conférée à son titulaire ou à laquelle il concourt, sans pour autant devenir un privilège injustifié qui heurterait le sentiment de justice »[150]. Comme le souligne le Professeur Pfersmann, plus les obstacles institués par l'immunité seront « malaisés à franchir, plus il sera difficile d'interrompre l'exercice de la charge, plus la liberté d'action du titulaire sera accrue »[151] alors que plus le régime mis en place par l'immunité reste proche du droit commun, plus il sera facile de gêner son bénéficiaire dans l'exercice de ses fonctions. On distingue ainsi, au sein des immunités constitutionnelles, les immunités qui rendent la loi inapplicable et interdisent définitivement tout examen du litige que l'on peut qualifier d'immunités « matérielles » ou « substantielles », telles que l'irresponsabilité présidentielle ou parlementaire. À côté de celles-ci, les immunités n'ayant pour conséquence qu'une non-application temporaire ou définitive du droit commun, sont des immunités de « forme » qui n'affectent que la procédure, celle-ci étant le support de la mise en œuvre du droit commun.

Mais, en plus de leur spécificité, les immunités constitutionnelles présentent également une unité réelle.

1.2.2. L'unité des immunités constitutionnelles

26. Le premier trait commun des immunités constitutionnelles est d'être institué pour favoriser le libre exercice d'une fonction politique, ce libre exercice étant lui-même considéré comme indispensable au « maintien et (au) fonctionnement des institutions les plus importantes de l'Etat »[152]: la présidence de la République, le Gouvernement et le Parlement. Ces immunités sont donc le moyen d'atteindre un but politique, ce qui, avec les fonctions de leurs bénéficiaires, justifie la qualification d'immunités « politiques » retenue par plusieurs auteurs. Parce qu'elles doivent concourir au maintien et au fonctionnement des institutions de l'État, elles sont des règles d'organisation du pouvoir, ce qui conduit à les présenter comme des corollaires du principe de la séparation des pouvoirs. Les immunités constitutionnelles trouvent donc leur source dans la Constitution et dans l'agencement des pouvoirs qu'elle met en place. De plus, les bénéficiaires des immunités constitutionnelles sont en charge de mandats ou de fonctions politiques. Il s'agit des gouvernants ou des représentants dont l'action relève naturellement du droit public, et en tout premier lieu, du droit constitutionnel. En outre, il y a, derrière l'apparente diversité des bénéficiaires de ces immunités, une véritable unité puisque c'est au profit de l'État, ou de ses organes, qu'elles

150 B. Genevois, France *in* Annuaire international de justice constitutionnelle, 17-2001, 2002. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction - Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel, p.225.
151 O. Pfersmann, Autriche, *in* Annuaire international de justice constitutionnelle, 17-2001, 2002, op.cit., p.143.
152 R. Merle, A. Vitu, op.cit., tome II, p.57, n°36.

sont instituées. Si un député ou un Président de la République sont les bénéficiaires d'une immunité, c'est l'État qui en est le seul titulaire.

Si ces caractéristiques des immunités constitutionnelles mettent en évidence l'unité de la notion en rapprochant les immunités parlementaires, ministérielle et présidentielle, elles distinguent aussi radicalement ces immunités des autres immunités en droit français. Nul ne songerait à prétendre que la séparation des pouvoirs justifie l'institution des immunités familiales ou judiciaires. De même, ses bénéficiaires ne sont pas en charge d'un mandat ou d'une fonction politique. A l'inverse, l'État n'est pas le titulaire de ces immunités puisque ce ne sont pas ses organes qu'elles protègent. C'est davantage la société civile étant donné qu'elle a intérêt au maintien du lien familial ou à la manifestation de la vérité devant la justice. Il s'avère, dès lors, que les finalités des immunités familiales, judiciaires ou internationales ne peuvent pas être transposés aux immunités constitutionnelles. Dans le même esprit, les immunités du droit international public sont justifiées par le principe d'égalité des Etats souverains en droit international. Un tel fondement ne saurait évidemment intervenir en droit interne.

2. Typologie des immunités constitutionnelles : la distinction discutée de l'inviolabilité et de l'irresponsabilité

Comme le remarque Philippe Ségur, « les termes d'immunité, d'irresponsabilité et d'inviolabilité apparaissent (…) d'un usage incertain »[153] au sein de la doctrine constitutionnelle. Cette dernière n'est unanime ni quant à la définition de ces termes ni quant à leur distinction.

27. Classiquement, la doctrine constitutionnelle en majorité distingue, au sein des immunités, deux composantes transposées à partir des immunités parlementaires et généralisées par analogie aux autres immunités. Il s'agit de l'irresponsabilité et de l'inviolabilité[154]. De ce point de vue, la distinction de ces deux immunités résulte, d'après la doctrine, principalement de l'analyse de leur régime juridique respectif divergent. À cet égard, le premier critère de démarcation qui départage le statut juridique de chaque type d'immunité est le critère de la fonctionnalité des actes. L'irresponsabilité protégerait le titulaire d'une fonction politique contre d'éventuelles poursuites judiciaires pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions[155], tandis que l'inviolabilité le

153 P. Ségur, Les notions d'immunité et d'irresponsabilité, op.cit. p.3.
154 P. Ardant, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris : LDGJ, 1997, p.520.
155 Sous réserve de la compétence de la Cour Pénale internationale (article 53-2 de la Constitution de 1958) et de celle de la Haute Cour en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (article 68 alinéa 1 de la Constitution de 1958).

protégerait contre les attaques pour les actes accomplis en dehors des fonctions, en tant qu'individu, qu'ils soient antérieurs ou extérieurs à son mandat[156]. Cependant, cette condition fait l'objet d'une vive critique en raison de sa difficulté d'appréciation. Le second critère réside dans la durée de la protection. L'irresponsabilité garantit une protection *absolue*, c'est-à-dire elle soustrait à l'action de la loi pénale tous les actes commis dans le cadre de la fonction, et *perpétuelle* dans le sens où elle se poursuit même après la fin de son mandat, tandis que l'inviolabilité n'assure qu'une protection relative et provisoire[157]. En somme, contrairement à l'irresponsabilité dont les effets ne sont pas limités dans le temps, l'inviolabilité a une portée réduite à la durée du mandat. En outre, le troisième critère fondamental de discrimination repose sur le droit processuel. L'irresponsabilité « conduit à une incompétence du juge répressif, se traduisant techniquement par une fin de non-recevoir ». Elle interdit toute compétence du juge qui est dans l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité du bénéficiaire de l'immunité. Ce faisant, « ce type d'immunité constitue une dérogation importante au droit d'accès au juge[158] ». A l'inverse, la forme procédurale de cette interdiction diffère du cas de l'inviolabilité. Dans cette situation, le juge saisi déclare, non son incompétence, mais l'irrecevabilité de la requête. Dès lors, « l'inviolabilité n'affecte que les conditions de forme ou de délai dans lesquelles doit être exercée l'action, c'est-à-dire qu'elles ne touchent que sa recevabilité »[159]. En bref, l'inviolabilité serait une interdiction d'arrêter[160] et l'irresponsabilité une interdiction d'exercer des poursuites[161]. Enfin, le dernier critère discriminant reposerait sur l'idée que l'irresponsabilité viserait la fonction et l'inviolabilité de la personne[162]. On constate ainsi que l'opposition entre l'inviolabilité et l'irresponsabilité réside dans leur différence de régime. Toutefois, si leur régime juridique diverge, la majorité de la doctrine a une vision unitaire de la finalité de l'inviolabilité et celle de l'irresponsabilité. Toutes deux auraient une fonction identique : éviter que l'exercice du mandat, parlementaire ou présidentiel, ne soit entravé par certaines actions pénales, que ce soit pour des actes commis dans ou en dehors du mandat.

28. Toutefois, cette thèse du fondement unique de l'inviolabilité et de l'irresponsabilité a fait l'objet d'une remise en cause récente par une remarquable thèse qui a démontré la dualité des

156 Sous réserve de la responsabilité présidentielle prévue à l'article 68 alinéa 1 de la Constitution de 1958.

157 Le Président de la République, redevenu citoyen à la fin de son mandat, peut faire l'objet de poursuites (ou de reprises de poursuites) pour les actes commis avant ou pendant son mandat sans lien avec l'exercice de ses fonctions un mois après la cessation de son mandat au titre de l'article 67 alinéa 3 de la Constitution. De même, depuis la réforme du 4 août 1995, certes le régime de l'inviolabilité ne protège plus le député contre l'engagement de poursuites (mise en examen), en revanche, le député ne peut faire l'objet d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté sans l'autorisation du Bureau, sauf les cas de crime ou délit flagrant, ou de condamnation définitive.

158 O. Beaud, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé, op.cit., p.172.

159 *Ibid*.

160 L'inviolabilité est « une institution qui permet de renvoyer les poursuites à une date à laquelle elles ne pourront plus nuire à l'accomplissement par le Président de la République des devoirs de sa charge, sans pour autant léser les intérêts légitimes des tiers » (O. Beaud, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé, op.cit., p.173).

161 F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, Paris : LGDJ, 2003, p.135-136.

162 P. Blachèr, Droit constitutionnel, Paris : Hachette Supérieur, 2005, p.204. Cependant, la distinction perd de la force quand on sait que la seule justification recevable de la protection personnelle est toujours de sauvegarder la fonction, ce qui explique qu'elle soit d'ordre public.

finalités de chacune des immunités[163]. En effet, « si la doctrine différencie clairement les régimes juridiques de chacune des immunités, elle tend à en confondre les fondements. Cette identité de fondement se manifeste en général par la présentation des immunités comme un ensemble homogène, destiné à garantir l'indépendance des parlementaires »[164]. Or, pour des raisons à la fois historiques[165], chronologiques[166] et comparatistes[167], l'inviolabilité ne peut avoir un fondement similaire à celui de l'irresponsabilité. L'irresponsabilité préserve l'indépendance du mandat et, partant de là, le bon fonctionnement du régime représentatif, tandis que l'inviolabilité protège l'exercice du mandat, dans le sens où elle cherche avant tout à assurer au bénéficiaire d'être présent au sein de la chambre[168]. Leur différence provient donc du fait que l'une des protections, l'inviolabilité, « n'a pas vocation à s'exercer sur les actes qui sont au cœur même de la fonction »[169] du gouvernant, comme en témoigne le régime juridique de l'inviolabilité parlementaire. Celle-ci n'est effectivement plus un obstacle à l'engagement de poursuites depuis 1995[170]. Il en ressort dès lors que « les autorisations de poursuite ayant été supprimées, l'inviolabilité n'a plus, pour objectif complémentaire de protéger la liberté d'esprit des parlementaires, mais bien de garantir leur capacité à être physiquement présents au sein de l'hémicycle »[171]. En d'autres termes, comme le résume Cécile Guérin-Bargues, « l'inviolabilité a pour objectif de permettre au parlementaire de siéger, tandis que l'irresponsabilité cherche à garantir qu'il puisse le faire librement »[172]. Toutefois, si l'inviolabilité poursuit une finalité différente de l'irresponsabilité en matière parlementaire, cela n'est pas le cas en matière d'immunité présidentielle. Entre l'inviolabilité présidentielle et

163 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit. Toutefois, l'auteur se focalise uniquement sur le cas de l'inviolabilité et de l'irresponsabilité des parlementaires. Les immunités du Président de la République ne font pas partie du périmètre de sa réflexion.

164 *Ibid*., p.18.

165 Comme le démontre l'auteur, « l'affirmation d'un tel lien apparaît en effet historiquement contestable et, partant de là, conceptuellement réductrice. Contrairement à ce que laisse supposer une partie de la doctrine française, sous l'influence d'une lecture qui rationalise à l'excès le moment révolutionnaire, l'idée d'une protection spécifique du parlementaire ne saurait être considérée, sans autre espèce de distinction, comme une conséquence directe et inéluctable de la mise en place du régime représentatif » (*ibid*., p.21).

166 « Les immunités ont été adoptées au bénéfice des représentants bien avant que soit définitivement acquis le caractère représentatif du mandat », vecteur d'indépendance des parlementaires (*ibid*., p.22).

167 « Une étude attentive de l'histoire de la Révolution montre que la France ne se distingue guère, du point de vue de l'apparition du mandat représentatif et des immunités parlementaires, des expériences étrangères. Ici comme ailleurs, protection du représentant et mandat représentatif, non seulement ne furent pas mis en place de manière simultanée, mais visaient à l'origine des objectifs bien distincts » (*ibid*., p.19).

168 P. Avril et J. Gicquel, Droit parlementaire, 4e éd., Paris : Montchrestien, coll. Domat. Droit public, 2010, p.49.

169 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires…, op.cit., p.17.

170 Dans le système antérieur à la révision constitutionnelle de 1995, l'inviolabilité parlementaire « n'interdit pas mais paralyse et suspend seulement la mise en mouvement de l'action publique ; le juge pénal saisi de poursuites malgré l'inviolabilité parlementaire doit en constater l'irrecevabilité mais seules sont en cause les conditions d'exercice de l'action publique, la compétence générale du juge n'est pas en jeu » (P.-O Caille, Contribution…, op.cit., p.48). De même, en matière civile, « l'inviolabilité des parlementaires ne les protège aucunement d'une action civile » (*ibid*., p.49). Si, depuis la réforme du 4 août 1995, le régime de l'inviolabilité ne protège plus le député contre l'engagement de poursuites, en revanche, le député ne peut faire l'objet d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté sans l'autorisation du Bureau, sauf les cas de crime ou délit flagrant, ou de condamnation définitive (article 26 de la Constitution de 1958).

171 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires..., op.cit., p.17. « En soumettant les mesures privatives ou restrictives de liberté pour les faits extérieurs aux fonctions parlementaires à autorisation de l'assemblée, l'inviolabilité cherche avant tout à assurer au parlementaire la possibilité d'être présent au sein de la chambre » (*ibid*.).

172 *Ibid*., p.17-18.

l'irresponsabilité présidentielle, « les deux institutions concourent à la protection du président de la République »[173]. L'inviolabilité présidentielle, contrairement à l'inviolabilité parlementaire, met le chef de l'État à l'abri de toute poursuite[174]. Comme l'énonce l'arrêt Breisacher de la Cour de Cassation du 10 octobre 2001, le Président de la République ne peut, pendant la durée de ses fonctions, « être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; (…) il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin (…) dès lors que cette obligation est assortie (…) d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée »[175]. On constate donc que « cette protection est d'une portée plus importante que celle accordée aux parlementaires, même avant 1995, puisqu'elle interdit non seulement tous les actes de poursuite mais encore la convocation comme simple témoin dès lors que ces mesures sont pénalement sanctionnées »[176]. Par voie de conséquence, deux constats s'imposent. D'une part, il n'est pas possible de confondre l'inviolabilité présidentielle et l'inviolabilité parlementaire au regard de leur régime juridique respectif. D'autre part, on observe une unité de fondement des immunités présidentielles et l'hétérogénéité des finalités des immunités parlementaires. De ce point de vue, Cécile Guérin-Bargues dénonce l'attribution d'une finalité commune en matière d'immunités parlementaires car cette assimilation conduit à légitimer l'inviolabilité. Le but de l'inviolabilité usurperait celui de l'irresponsabilité pour affirmer sa crédibilité[177]. En définitive, on remarque qu'en plus de connaître un régime juridique différent, l'irresponsabilité et l'inviolabilité présentent également un dessein respectif singulier, particulièrement en matière d'immunités parlementaires.

29. En outre, d'autres publicistes opèrent une distinction différente de celle opérée entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité. Ils opposent l'irresponsabilité à l'immunité et identifient cette dernière à l'inviolabilité[178]. Dans le même esprit, certains constitutionnalistes dissocient

173 P.-O. Caille, Contribution…, op.cit., p.12.
174 Comme le note Pierre-Olivier Caille, « l'inviolabilité présidentielle est un obstacle temporaire à l'exercice des poursuites, subordonnant ainsi l'exercice de l'action publique à la levée préalable d'un obstacle de procédure » (*ibid*., p.48).
175 Ass. pl., 10 octobre 2001, *Breisacher*, préc.
176 P.-O. Caille, Contribution..., op.cit., p.49.
177 Comme le note l'auteur, « de ce refus de distinguer la finalité de l'irresponsabilité de celle de l'inviolabilité découle fréquemment une sorte de glissement doctrinal. Parce qu'elle est plus difficilement contestable, la raison d'être de l'irresponsabilité – l'exercice indépendant du mandat – sert de fondement à l'inviolabilité » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif…, op.cit., p.19). « Or, il nous semble que la doctrine française – ou plus exactement, la vulgate qui s'est progressivement agrégée à la notion d'immunité – faute de parvenir à fonder théoriquement l'inviolabilité, tend à utiliser la notion de bon fonctionnement du régime représentatif, fondement propre à l'irresponsabilité, au bénéfice de l'inviolabilité. Difficilement contestables, les raisons d'être de l'irresponsabilité viennent alors légitimer l'existence de l'inviolabilité. Un lien apparemment indissociable entre le régime représentatif et les immunités parlementaires dans leur ensemble est ainsi tissé. C'est la pertinence de cette association que nous voulons réexaminer et questionner à la lumière des enseignements de l'histoire constitutionnelle comparée et de la théorie de l'État » (*ibid*., p.21).
178 Ch. Chouckroun, « Immunités », *in* S. Rials et D. Alland (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, 2003, p801-805 ; M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, Paris, Montchrestien, coll. Focus Droit, 2006, p.342 ; J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.162-163. Dans ce cas précis, l'inviolabilité est remplacée par le terme d' « immunité de procédure ».

l'irresponsabilité de l'immunité mais prônent, au contraire, un abandon du terme d'« inviolabilité » jugé désuet et anachronique, dont le maintien n'est dû qu'à son statut de tradition constitutionnelle. Il semble en effet qu'« en la matière, l'abondance de termes ne soit justifiée que par une tradition qu'il est peut-être temps de reconsidérer »[179]. Deux raisons poussent à sa disparition. Tout d'abord, la notion d'inviolabilité « est marquée par la conception traditionnelle du pouvoir personnel d'inspiration divine, jamais très éloignée de l'idée d'« intouchabilité » du dirigeant »[180]. Or loin de garantir une impunité aux bénéficiaires contrairement aux monarques, l'inviolabilité parlementaire ou présidentielle sont strictement « limitée(s) *ratione personae* et *ratione temporis* »[181] mais également *ratione materiae*[182]. L'inviolabilité n'est qu'une protection temporaire, strictement cantonnée à certaines personnes. Elle ne constitue pas un droit subjectif. En outre, en tant que mécanisme typique de la monarchie[183], elle ne serait plus compatible avec l'idée de la démocratie et de l'État de droit qui prône une égale soumission des citoyens et des gouvernants au droit, du moins lexicalement parlant[184]. Comme le notait déjà Adhémar Esmein en 1906, « c'est là une expression impropre et qui éveille des idées exagérées et fausses. On pourrait en déduire que le représentant est en principe soustrait à l'action des lois : il y est pleinement soumis au contraire, comme les autres citoyens, sauf qu'en deux points, le droit commun est modifié en sa faveur »[185]. Julien Laferrière estime lui aussi, tout en l'utilisant, que « le terme « inviolabilité » est exagéré »[186]. C'est pourquoi certains publicistes contemporains, en minorité cependant, estiment « préférable d'éviter l'emploi du terme « inviolabilité » qui paraît dépassé à plusieurs égards et dont l'abandon n'est guère dommageable pour l'étude de la matière »[187] pour le remplacer par celui d'« immunité de procédure »[188]. Dans ces conditions, il convient dès lors de se concentrer pour ces auteurs sur les seuls concepts d'immunité et d'irresponsabilité qu'ils dissocient.

30. Selon eux, ces deux termes s'opposent compte tenu de leur ordre dans la chaîne de la responsabilité et à leur régime juridique respectif, ces deux facteurs étant à cet égard étroitement liés. Pour ce qui est de leur régime juridique, l'immunité serait une exemption de l'application de la règle, tandis que l'irresponsabilité serait la suppression de l'élément personnel dans

179 P. Ségur, Les notions d'immunité et d'irresponsabilité, op.cit., p.4.
180 *Ibid*.
181 P.-O. Caille, Contribution…, op.cit., p.11, note 10.
182 Du moins en ce qui concerne l'inviolabilité parlementaire dans la mesure où un membre d'une assemblée ne dispose pas d'une inviolabilité en matière civile et son inviolabilité pénale a été assouplie par la révision du 4 août 1995.
183 Comme le note Pierre-Olivier Caille, « le terme d'« inviolabilité » correspond à l'idée d'une protection personnelle déployant ses effets tous azimuts, il évoque parfois une intangibilité ou encore, avec une connotation péjorative, l'impunité : inviolabilité parlementaire, inviolabilité du domicile, inviolabilité du monarque » (P.-O. Caille, Contribution…, op.cit., p.11, note 10).
184 Du point de vue de son existence, l'inviolabilité présidentielle est « une institution fondamentalement républicaine et non pas (...) une protection dont serait revêtu le chef de l'État en raison de qualités propres comme l'est un monarque » (*ibid*., p.11-12, note 10).
185 A. Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 2ème éd., Paris : Sirey, 1906, p.804.
186 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 2ème éd., Paris : Domat-Montchrestien, 1947, p.721.
187 P. Ségur, Les notions…, op.cit., p.5. Ils plaident en faveur d'un remplacement du terme d' « inviolabilité » par celui d'« immunité de procédure » en tant qu'exemption provisoire.
188 *Ibid*., p.6.

l'accomplissement d'un fait politique, civil ou pénal susceptible d'être imputé au titulaire de la fonction[189]. Plus précisément, l'immunité présente deux composantes. Elle constitue *d'une part*, une exemption, provisoire ou définitive, des règles procédurales de droit commun, *d'autre part*, une exemption des règles matérielles de droit commun. Chacun de ces aspects méritent d'être développés pour distinguer clairement ces différents mécanismes. L'immunité est, d'abord, une exemption à titre provisoire des règles procédurales. Dans cette situation précise, elle est alors synonyme d'immunité de procédure. Il s'agit d'« une suspension des poursuites. Dans ce cas, en raison de la charge qu'il occupe, l'individu concerné ne pourra faire l'objet de poursuites pénales devant les tribunaux ordinaires pendant l'exercice de ses fonctions ou, du moins, ces poursuites seront-elles assorties de garanties destinées à protéger l'institution à laquelle il appartient »[190]. Au demeurant, au vu d'une telle définition, l'immunité de procédure est alors assimilable à l'inviolabilité. Outre son caractère provisoire, l'immunité peut également être une exemption définitive des règles procédurales de droit commun. Dans cette hypothèse, l'immunité s'apparente à une immunité de juridiction, dit encore « privilège de juridiction ». Ici « le titulaire de la fonction ne peut être jugé pénalement que devant une haute cour spécialisé prévue par la Constitution », s'accompagnant « souvent d'un privilège de procédure, c'est-à-dire d'une procédure pénale dérogatoire »[191]. Quoiqu'il en soit, dans cette situation, « immunité de procédure et privilège de juridiction ne font pas disparaître l'infraction et ne sont pas synonymes d'irresponsabilité. En aucun cas, il ne s'agit de supprimer l'élément matériel du crime ou du délit ni d'empêcher définitivement la répression *de ceux-ci* »[192]. De plus, outre de constituer une exemption des règles procédurales de droit commun, l'immunité est aussi une exemption des règles matérielles de droit commun qui se rencontre en matière pénale dans le cadre du privilège de juridiction : « soit la Constitution en pose *a priori* le principe, soit le caractère dérogatoire du droit pénal applicable résulte de la composition généralement politique de l'organe de jugement. Dans ces hypothèses, le droit applicable à l'espèce est à la discrétion de la juridiction »[193].

189 Cette distinction est opérée par Julien Boudon : selon lui, il y a « matière à contester l'inscription de l'irresponsabilité dans la catégorie des immunités : ici, nulle *exemption de la loi*, comme c'est le cas avec l'inviolabilité ou même avec le privilège de juridiction accordé au président de la République et aux ministres, mais *exception à la loi*. L'élément légal de l'infraction est supprimé en matière d'opinions et de votes, ce qui paralyse au passage toute poursuite contre un complice éventuel. Rien de tel au titre de l'inviolabilité : la règle de droit existe bel et bien, elle est cependant aménagée ou écartée quand elle s'applique aux parlementaires » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.162-163 [*Nous soulignons*]).

190 *Ibid*. On peut citer, par exemple, la situation des parlementaires et du Président de la République.

191 *Ibid*. C'est le cas notamment des ministres pour les infractions pénales accomplies dans l'exercice de leurs fonctions et relevant de la Cour de Justice de la République, et du chef de l'État en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat qui relève de la Haute Cour.

192 *Ibid*., p.7. L'auteur précise : « Il ne saurait donc être question d'impunité pour les titulaires des fonctions concernées. Les immunités retardent seulement l'action ou réaménagent le cadre juridictionnel pour l'appréciation des faits qui leur sont reprochés » (*ibid*.).

193 *Ibid*. Par exemple, la Haute Cour n'est pas liée par les dispositions du Code pénal en cas de manquement présidentiel car elle n'est pas considérée majoritairement comme un organe de jugement mais est assimilé au Parlement constitué en Haute Cour. Néanmoins il existe un contre-exemple tiré de l'article 68-1 alinéa 3 de la Constitution qui respecte explicitement le principe de légalité des délits et des peines : « La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi ». Toutefois, comme le souligne Philippe Ségur, « l'expérience a montré (…) que la Cour de Justice de la République, censée

31. Examinons maintenant le cas de l'irresponsabilité. À la différence de l'immunité, l'irresponsabilité n'empêche pas simplement l'application de la loi mais fait disparaître tout bonnement l'infraction. D'un point de vue technique, elle est une cause de suppression de l'élément personnel dans l'accomplissement d'un fait politique, civil ou pénal susceptible d'être imputé au titulaire de la fonction. Dans le cas de l'irresponsabilité, « ce n'est pas l'application de la règle qui est ici en cause. C'est l'imputabilité, voire la qualification même des faits qui auraient pu déclencher son application »[194]. L'irresponsabilité se retrouve en matière politique, civile et pénale. Dans ces deux derniers cas, la définition de l'irresponsabilité donnée par Philippe Ségur est, à cet égard, éclairante. En matière d'irresponsabilité pénale, « le titulaire de la charge publique échappe ici à toute qualification pénale ou civile pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Afin de protéger l'institution à laquelle il appartient, il ne doit assumer par principe aucune responsabilité. Dans cette hypothèse, la question des poursuites pénales ne se pose pas, puisque l'infraction ou, du moins, son imputabilité est réputée ne pas pouvoir exister »[195]. Le mécanisme est identique en matière d'irresponsabilité politique : l'imputabilité de la faute ou du manquement à l'auteur du fait générateur du préjudice est réputée inexistante[196]. Dans ces deux hypothèses, il s'agit d'« un véritable axiome : la non imputabilité ou l'absence de qualification juridique est posée ex ante et n'est pas démontrable »[197]. Logiquement, la nature même de l'irresponsabilité pénale et civile

appliquer le droit pénal commun, n'hésitait pas à s'en affranchir au moment du prononcé de la sanction (condamnation sans peine dans l'affaire du « sang contaminé ») » (*ibid.*).

194 *Ibid.*, p.8.

195

196 La doctrine constitutionnelle est divisée sur le fait de caractériser l'irresponsabilité politique du Président de la République, d'un point de vue procédural, comme une *immunité* politique (sous réserve de sa responsabilité devant la Haute Cour). Pour Christophe Bonnotte, cette assimilation est inadéquate pour une raison fonctionnelle : l'immunité ne concerne que « l'aménagement de la responsabilité pénale, à titre principal, et civile, à titre subsidiaire, des détenteurs du pouvoir politique » car son irresponsabilité politique « ne vise pas à le protéger des autorités instituées » mais sert plutôt à « le cantonner dans un rôle purement passif de représentation » (C. Bonnotte, Recherche sur la notion d'immunité, op.cit., p.15-16). À l'opposé, Olivier Beaud juge qu'au regard du précédent par lequel un Président de la République en exercice (M. Mitterrand) a utilisé la technique de l'immunité pour s'opposer à ce qu'une instance parlementaire demande des comptes à l'ancien chef de l'Etat (M. Giscard d'Estaing), « il n'est pas possible d'exclure de la liste des immunités constitutionnelles celle de l'immunité « politique » du chef de l'Etat au sens d'un mécanisme d'exemption de sa responsabilité politique » (O. Beaud, L'immunité du chef de l'Etat..., op.cit., p.169).

197 *Ibid.*, p.8. Par exemple, en ce qui concerne la situation des parlementaires, ils n'assument aucune responsabilité civile et pénale pour les actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions aux termes de l'article 26 de la Constitution. L'irresponsabilité, immunité absolue, soustrait les parlementaires à toute poursuite pour les actes liés à l'exercice de leur mandat. Elle couvre tous les actes de la fonction parlementaire : interventions et votes, propositions de loi, amendements, rapports ou avis, questions, actes accomplis dans le cadre d'une mission confiée par les instances parlementaires. Comme le souligne Philippe Ségur, « afin de protéger leur liberté de parole, les propos prononcés à la chambre ne peuvent jamais être tenus pour diffamatoires et sont réputés ne jamais créer de préjudice par défaut de qualification juridique. Autrement dit, l'élément légal de l'infraction est supprimé » (*ibid.*). L'irresponsabilité a pour effet d'« effacer » le caractère illicite de l'acte. Elle protège les parlementaires contre toute action judiciaire, pénale ou civile, motivée par des actes qui, accomplis hors du cadre d'un mandat parlementaire, seraient pénalement sanctionnables ou susceptibles d'engager la responsabilité civile de leur auteur (diffamation ou injure par exemple). Par conséquent, dans son domaine d'application, l'irresponsabilité a un caractère *immuable*, car aucune procédure ne permet de la lever. Elle est *permanente*, car elle s'applique toute l'année, y compris pendant l'intersession. Elle est *perpétuelle* et s'oppose aux poursuites motivées par les actes accomplis durant le mandat, même après la fin de celui-ci. Toutefois, la jurisprudence a exclu du champ de l'irresponsabilité parlementaire les propos d'un parlementaire au cours d'un entretien radiodiffusé (Cass. Crim., 7 mars 1988, Dalloz, cp.106 ; TGI Paris, 21 mars 2000 ; CA Paris 6 septembre 2001) ou les opinions exprimées par un parlementaire dans le rapport rédigé dans le cadre d'une mission confiée par le Gouvernement (TGI Paris, 17e chambre, 6 mars 1986, *Églises de scientologie c/Vivien* ; Cour d'appel, Paris, 11e chambre, 11 mars 1987 :

détermine leur régime juridique : elle est absolue et perpétuelle. Absolue « parce qu'elle couvre tous les actes accomplis durant ou dans l'exercice des fonctions »[198] et perpétuelle « parce qu'elle ne cesse pas avec ces dernières »[199]. C'est pourquoi certains auteurs érigent cette irresponsabilité au rang d'immunité qu'ils qualifient d'immunité de fond ou fonctionnelle[200]. Toutefois, pour les partisans de la distinction immunité-irresponsabilité, ces notions « méritent d'être conservées distinctes »[201] puisque, selon eux, « l'immunité exempte de l'application de la règle, l'irresponsabilité supprime la qualification juridique ou l'imputabilité à l'auteur du fait générateur de responsabilité »[202]. Et c'est en raison de leur différence de régime juridique que l'immunité et l'irresponsabilité interviennent à un stade différent dans la chaîne de la responsabilité dans la mesure où « la question de l'irresponsabilité est antérieure à celle de l'immunité et la prive de toute validité »[203].

32. En outre, d'autres encore distinguent entre l'immunité, dont le cas topique serait l'irresponsabilité, et l'inviolabilité. Selon eux, l'inviolabilité ne peut être assimilée à une immunité puisque qu'elle se borne à être une cause de *suspension* des poursuites. Dans ce cas, il est préférable d'employer à la place le terme de « privilège de procédure ». Au contraire, seule l'irresponsabilité, en tant qu'elle interdit définitivement un procès, mériterait d'être qualifiée d'immunité[204]. En résumé, seule l'immunité absolue en ce qu'elle serait un obstacle définitif serait une véritable

décisions non publiées ; décision n° 89-262 DC du 7 novembre 1989). En outre, même si elle assure une protection très large, elle n'entraîne pas l'immunité totale puisque, pour leurs interventions en séance publique, les députés restent toujours soumis au régime disciplinaire prévu par le Règlement de l'Assemblée. Pour ce qui est de la situation du Président, « il n'encourt (…) aucune responsabilité pour les actes accomplis pendant la durée de son mandat. Dans son cas, la variété de situations ou de faits possibles n'interdit pas leur qualification juridique. Il peut y avoir infraction pénale ou dommage civil, mais la nécessité de préserver l'institution présidentielle implique qu'ils ne soient jamais imputables au chef de l'État » (*ibid*., p.8-9). La situation du Président est assimilable à « la fameuse formule de W. Bagehot, s'agissant de la monarchie parlementaire : « Si le roi tue un ministre, le Premier ministre est responsable, si le roi tue le Premier ministre, personne n'est responsable » » (*ibid*., p.9, n°28).

198 *Ibid*., p.8.

199 *Ibid*.

200 Comme le souligne Philippe Ségur, les défenseurs d'une telle conception « intègrent alors l'irresponsabilité politique, ce qui présente l'avantage d'une certaine cohérence classificatoire. Cette notion d'« immunité fonctionnelle » est néanmoins réservé aux seuls parlementaires et n'est pas reprise pour le chef de l'État » (P. Ségur, Les notions..., op.cit., p.9). Par exemple : J. Gicquel et J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 34è éd., LGDJ, 2020, p.686.

201 P. Ségur, Les notions…, op.cit. p.9.

202 *Ibid*.

203 *Ibid*., p.9.

204 Proche de cette distinction, certains auteurs opposent, sur la base de leurs effets, les immunités « au sens strict » et les immunités « au sens large ». Les premières ont en commun de s'opposer *définitivement* à toute poursuite des auteurs de certaines infractions en raison de leur situation particulière au moment de la commission de l'infraction. On reconnaît ici la définition de l'irresponsabilité. Les secondes sont définies comme des « privilèges faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou à une sujétion pesant sur les autres » ou « des prérogatives reconnues à une personne (…) l'exemptant à certains égards de l'application du droit commun » (P.-O. Caille, L'inviolabilité pénale…, op.cit., p.32). L'acceptation large des immunités englobe ainsi à la fois l'irresponsabilité et l'inviolabilité. Toutefois, cette distinction n'est pas pertinente car certains cas d'immunité rentrent dans le champ des deux définitions, tels que le privilège de juridiction présidentielle et l'irresponsabilité présidentielle. Comme le remarque Pierre-Olivier Caille, « ces confusions tiennent au fait que toute immunité au sens strict est nécessairement une immunité au sens large alors que l'inverse n'est pas vrai : les deux catégories distinguées (…) se recoupent donc et ne permettent pas d'ordonner la matière » (*ibid*.).

immunité[205]. C'est l'interprétation défendue notamment par le Conseil Constitutionnel dans un communiqué du 10 octobre 2000 - destiné à expliquer sa décision polémique du 22 janvier 1999 - qui, certes, n'a pas de valeur juridique mais présente néanmoins un intérêt certain pour comprendre les classifications entre les instruments dérogatoires. De ce point de vue, statuant sur la question de l'inviolabilité du Président de la République pour ses actes antérieurs à son mandat ou commis dans l'exercice de ses fonctions, la Cour constitutionnelle française souligne que « le statut pénal du Président de la République ne confère pas une immunité pénale, mais un privilège de juridiction pendant la durée du mandat »[206]. Cela signifie par conséquent que les juges de la rue Montpensier reconnaissent au Président de la République une immunité quant aux actes commis dans l'exercice de ses fonctions, hors le cas de haute trahison, et un privilège temporaire de juridiction quant à ses autres actes. Par suite, on comprend que le Conseil Constitutionnel n'emploie le terme d'immunité que pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions qu'il assimile à l'irresponsabilité et n'inclut pas dans cette catégorie l'inviolabilité. La motivation de cette exclusion est éclairante : « si toute poursuite devant les juridictions pénales ordinaires pour des faits détachables des fonctions est suspendue pendant la durée du mandat, il y aura retour à la compétence juridictionnelle de droit commun après la fin du mandat, dès lors que le Président de la République n'aura pas été mis effectivement en accusation devant la Haute Cour de justice pour les faits concernés »[207]. Autrement dit, aux yeux du Conseil Constitutionnel, l'inviolabilité n'est pas une immunité dans la mesure où le Président de la République n'est délié du droit commun que de manière *temporaire* pendant son mandat pour ses actes réalisés en tant que citoyen et il reste responsable de manière ordinaire à la fin de son mandat devant les tribunaux de droit commun. Cependant, pour les défenseurs de la définition procédurale des immunités, cette distinction est contestable car « on ne devrait pas distinguer juridiquement selon que le procès est définitivement ou provisoirement interrompu si on définit l'immunité par l'idée d'un obstacle procédural opposé à la revendication d'un droit ou d'un pouvoir » car « une immunité qui est un obstacle provisoire à l'action en justice remplit formellement toutes les conditions caractéristiques de l'immunité »[208]. Enfin, une minorité doctrinale ne retient pas le terme d'immunité et se contente de distinguer l'irresponsabilité de l'inviolabilité[209].

205 Comme nous le verrons, le conseiller Roman, dans son rapport sous l'arrêt Breisacher, rejette la qualification d'immunité à l'égard du privilège de juridiction dont bénéfice le Président de la République pendant la durée de son mandat, en ce qui concerne les actes extérieurs ou antérieurs à l'exercice de ses fonctions au regard de la décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999 (Rapport Roman, Bull. C.cass, 15 nov. 2001, n°5.3.1).

206 Communiqué de presse du 10 octobre 2000 (en ligne sur le site internet du Conseil Constitutionnel). Dans sa décision n°98-408 DC, 22 janvier 1999, le Conseil Constitutionnel avait effectivement jugé dans son considérant 16 : « Considérant qu'il résulte de l'article 68 de la Constitution que le Président de la République, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d'une immunité ; qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de justice, selon les modalités fixées par le même article ».

207 Analyse de la décision 408 DC du 22 janvier 1999 dans les conclusions de M. de Gouttes, premier avocat général, n°III-4.

208 O. Beaud, L'immunité du chef de l'Etat en droit constitutionnel..., op.cit., p.162.

209 R. Debbasch, Droit constitutionnel, Paris : Litec, coll. Objectif droit, 2003, p.178 et s. De plus, lors du jugement de l'affaire *Breisacher* (Cass. Ass. Plén., 10 octobre 2001, RTD civ., 2002, n°1, p.169, note N. Molfessis), le conseiller

Au terme de cette présentation du paysage doctrinal relatif à la définition des composantes des immunités, on constate une grande divergence entre les constitutionnalistes, même si la majorité se réfère, par tradition plus que par conviction, à la distinction entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité au sein de l'ensemble plus général des immunités. Or, comme le note le Professeur Ségur, « cette situation de flottement lexical nuit grandement à la validité des distinctions opérées et ne facilite pas l'analyse »[210]. Dans cette situation d'ambivalence du mot « immunité », il convient dès lors de parler d'immunités au pluriel plutôt que d'immunité au singulier.

3. Immunités constitutionnelles et « privilège de juridiction »

Le privilège de juridiction dont bénéficient les ministres et le Président de la République, que ce soit respectivement devant la Cour de Justice en vertu de l'article 68-1 de la Constitution de 1958 ou devant la Haute Cour d'après l'article 68 de la Constitution de 1958, est considéré par les publicistes tantôt comme une immunité tantôt comme ne l'étant pas.

33. Pour les auteurs favorables à cette première thèse, ils adoptent une conception *large* du concept d'immunité qu'ils définissent par toute exemption au droit commun d'un point de vue juridictionnel. Dans la mesure où le privilège de juridiction permet aux ministres d'échapper à la compétence de droit commun des tribunaux ordinaires pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis, on peut parler alors, selon eux, d'immunité vis-à-vis du privilège de juridiction ministériel. De même, le Président de la République n'est pas attrait devant les juridictions ordinaires lorsqu'il est soupçonné de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. Il est mis en accusation par l'Assemblée Nationale et jugé par le Sénat réuni en Haute Cour en vertu de l'article 68 de la Constitution de 1958. En outre, l'aspect immunitaire de ce privilège de juridiction présidentiel est renforcé par le fait qu'au regard d'une lecture politique de la responsabilité présidentielle prévue à l'article 68 de la Constitution de 1958, le chef de l'État n'est pas soumis matériellement au droit commun puisque le Sénat pourrait le juger en décidant discrétionnairement des faits incriminés et de la peine encourue, en mettant de côté le principe révolutionnaire de la légalité des délits et des peines en matière pénale. Dès lors, dans ces deux situations, il s'agit d'une exemption définitive des

Roman, dans son rapport, privilégie, au sujet du chef de l'État, le terme d'inviolabilité à celui d'immunité jugée obscure : « Pour la clarté du débat le terme d'immunité est donc à éviter, bien que le langage courant confonde sous l'expression d'immunité parlementaire les deux privilèges très dissemblables reconnus aux membres des deux assemblées par les deux alinéas de l'article 26 de la Constitution (Rapport Roman, Bull. C.cass, 15 nov. 2001).

210 P. Ségur, Les notions..., op.cit., p.3.

règles procédurales de droit commun vis-à-vis de la compétence juridictionnelle. La preuve en est que « l'instauration de protections, que ce soit par l'octroi d'un privilège de juridiction en faveur des membres du gouvernement ou par celui d'une large immunité pénale au profit du Président de la République, peut choquer tous ceux qui érigent le principe d'égalité des lois en absolu constitutionnel »[211].

34. Pour les partisans de la seconde thèse, ils recourent à une définition *stricte* de l'immunité constitutionnelle, conçue comme toute exemption au droit commun d'un point de vue procédural et matériel. Or le privilège de juridiction des ministres ne remplit pas totalement les conditions de cette définition dans la mesure où, en vertu de l'article 68-1 alinéa 3, « la Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi ». En d'autres termes, les ministres ne sont pas exemptés matériellement des règles du Code pénal pour les actes commis dans l'exercice des fonctions bien qu'ils soient jugés devant une cour spéciale. S'ils bénéficient d'une dérogation au droit commun, celle-ci n'est que procédurale et juridictionnelle[212]. Pour le reste, ils restent soumis substantiellement à l'empire du droit commun. Autrement dit, « il ne s'agit pas d'une immunité car le privilège de juridiction agit en amont. (…) Ils ne sont pas exemptés (…) et le principe est qu'ils sont soumis aux lois, notamment pénales, comme les autres citoyens »[213]. Dans le même sens, pour les défenseurs d'une interprétation pénaliste de l'article 68 de la Constitution de 1958, la responsabilité du Président de la République pour manquement à ses devoirs devant la Haute Cour est de nature pénale. Il en résulte que la Haute Cour est considérée comme une juridiction ordinaire qui doit, dès lors, se conformer au principe de la légalité des délits et des peines posé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Par suite, le manquement à ses devoirs doit être défini, selon ses partisans, par un texte légal ou constitutionnel ou rentré dans une incrimination contenue dans la loi pénale, et entraîner des peines uniquement prévues par les textes de loi. Sous cet angle, la responsabilité présidentielle, même si elle relève d'un tribunal particulier, est donc régie par la législation commune. Dès lors, les privilèges de juridictions « n'immunisent pas leurs bénéficiaires de poursuites mais leur offrent des garanties spécifiques en confiant à une juridiction désignée, spécifique ou *ad hoc*, le jugement de l'affaire »[214]. C'est pourquoi le privilège

211 *Ibid*., p.10.
212 Le privilège de juridiction « ne consiste pas pour un gouvernant à être (provisoirement ou définitivement) soustrait à une action en justice, mais réside dans le fait que, pour telle ou telle personne, en raison de tel ou tel comportement, une juridiction particulière est compétente. La question n'est pas de savoir si le tribunal a ou non *juridiction* sur le litige, mais de savoir laquelle des juridictions a la *compétence* pour juger, ce qui sont deux problèmes bien différents. Ainsi, l'immunité et le privilège de juridiction ne devraient pas, logiquement, être englobés dans la même catégorie » (O. Beaud, L'immunité du chef de l'Etat en droit constitutionnel..., op.cit., p.173).
213 Julien Boudon reprend cette idée de Michel Cosnard : cf. J. Boudon, Le privilège de juridiction de l'article 68-1 de la Constitution s'apparente-t-il à une immunité ? Autour de l'affaire Clearstream, *in* G. Clément et J. Lefebvre (dir.), Les immunités pénales. Actualités d'une question ancienne, Paris : PUF, coll. Colloques, 2011, p.36.
214 Propos de Xavier Philippe cité par J. Boudon, Le privilège de juridiction de l'article 68-1..., op.cit., p.36.

de juridiction en tant que tel ne peut pas être classé, à leurs yeux, dans la catégorie des immunités constitutionnelles[215].

En réalité, si la première définition se veut la plus généraliste possible, la seconde est trop restrictive. Pour preuve, ce privilège est continuellement remis en cause par les citoyens dans la mesure où il est appréhendée comme instituant une différence avec le reste des particuliers au regard du principe d'égalité devant la justice. Ainsi, si nous avons pu constater que l'immunité se caractérise par son équivocité, cette difficulté se démultiplie encore si on quitte le droit positif interne pour porter son attention sur le droit constitutionnel comparé.

4. Une conception variable des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués en droit comparé

35. La difficulté pour définir la notion d'immunité s'accentue encore si elle se double d'un aspect comparatiste. Certes la grande majorité des États du monde connait un dispositif immunitaire dans son droit interne à l'égard des autorités publiques. De ce point de vue, concernant les privilèges des membres des assemblées, la plupart des régimes juridiques nationaux, et notamment européens, prévoient une double protection des parlementaires[216]. Comme le souligne le rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires adopté par la Commission de Venise du 21-22 mars 2014, « l'immunité parlementaire est profondément ancrée dans la *traditionnelle constitutionnelle*

215 Cette conception est notamment soutenue dans les conclusions de l'arrêt de la commission d'instruction de la Haute Cour de 1993 puisque l'ancien procureur de la Cour de cassation, M. Truche, avait critiqué la qualification juridique d'immunité pour désigner la protection constitutionnelle dont jouissent les ministres : pour lui, « il ne s'agit (…) pas d'une immunité, mais d'un privilège de juridiction » (cité par O. Beaud, La renaissance de la compétence concurrente pour juger pénalement des ministres (à propos de deux arrêts faussement connus de la Cour de cassation, D., 1998, p.184). De même, cette dissociation est opérée par le Conseil Constitutionnel dans son communiqué de presse précité du 10 octobre 2000 dans lequel il affirme que « le statut pénal du Président de la République ne confère (…) pas une « immunité pénale », mais « un privilège de juridiction pendant la durée du mandat » (cité par le rapport Roman, op.cit., n°3.2.1.3.). Au regard de cette décision, on observe que les juges constitutionnels n'emploient le terme d'immunité qu'en ce qui concerne l'irresponsabilité et écartent le privilège de juridiction de cette catégorie. En outre, cette représentation est également partagée par le conseiller Roman dans son rapport précité. Il distingue clairement dans celui-ci, dans son titre 5, entre l'immunité, le privilège de juridiction et l'inviolabilité. Il note, à cet effet, que cette triple distinction est cruciale dans la mesure où « les conséquences très différentes qui s'en évincent commandent la suite de la procédure » (rapport Roman, op.cit., n°5.3.), notamment en termes de prescription. Il recoupe ces trois catégories sous le terme général de « privilège » (*ibid.*). À l'analyse, le critère discriminant entre ces trois notions réside plutôt dans leur effet. Pour lui, l'immunité qu'il associe à l'irresponsabilité est « une immunité de fond, qui a pour conséquence une absence totale de poursuite » (*ibid.*, n°5.3.1.) tandis que l'inviolabilité est « un privilège temporaire » (*ibid.*, n°5.3.3.). Le privilège de juridiction serait, quant à lui, à la fois temporaire (pour l'inviolabilité) et définitif (pour l'irresponsabilité) en ce qui concerne la responsabilité présidentielle (dans sa version antérieure à la révision constitutionnelle du 23 février 2007). Il préfère d'ailleurs le terme de privilège de juridiction à celui d'immunité de procédure (*ibid.*, n°5.3.1.).

216 « Même s'il n'y a pas de modèle unique, on constate une claire distinction dans presque tous les systèmes constitutionnels entre les deux grands types d'immunités parlementaires » (rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires adopté par la Commission de Venise lors de sa 98è session plénière (Venise, 21-22 mars 2014), étude n°714/2013, p.4)

européenne »[217]. *En premier lieu*, l'étude de législation comparée du Sénat sur les immunités parlementaires en date de novembre 2014 constate « une nette concordance des systèmes destinés à préserver l'irresponsabilité des parlementaires »[218]. De très nombreuses législations garantissent « de façon absolue les membres du Parlement d'une forme d'irresponsabilité au titre des « votes et déclarations » émis en séance ou en commission (Canada, Pays-Bas et Allemagne, mais sous réserve, pour ce pays, des injures diffamatoires), des votes et déclarations émis « dans l'exercice de leurs fonctions » (France, Autriche, Belgique, Espagne, Italie, Portugal, Royaume-Uni et Suède - où le Riksdag peut cependant lever cette irresponsabilité afin de permettre des poursuites à la majorité des 5/6è), tandis que la protection dont bénéficient les membres du Parlement européen concerne les opinions liées de façon « directe et évidente » au mandat parlementaire »[219]. *En second lieu*, les parlementaires des États étrangers se voient accorder un certain degré de protection pour leurs actes extérieurs à leurs fonctions selon des modalités divergentes puisqu'il leur est reconnu pour leur personne, dans un certain nombre d'États, l'interdiction de détention ou de poursuites judiciaires sans autorisation de la Chambre à laquelle ils appartiennent[220]. En outre, pour ce qui est du Président de la République, il ressort de l'analyse des cas étrangers que la plupart des chefs de l'Etat bénéficient d'un statut relativement protecteur. Bon nombre de Constitutions lui confèrent une protection pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions et prévoient, exceptionnellement, en dehors des monarchies parlementaires, sa mise en accusation[221] et son jugement devant une juridiction spéciale pour des faits particulièrement graves commis dans l'exercice de ses fonctions. Dans cette hypothèse, la juridiction compétente est alors, « le plus souvent, composée de magistrats, soit réunis au sein de la Cour suprême, soit au sein d'une formation spéciale. L'existence d'une juridiction politique spécifique constitue une exception »[222]. En outre, de nombreuses Constitutions républicaines reconnaissent au chef de l'Etat une inviolabilité[223], même si les régimes de cette protection divergent profondément entre les Etats. Leur seul point d'accord porte sur le fait qu'à part les monarques, l'impunité totale des chefs de l'Etat n'existe pas. Enfin, dans quelques États, en particulier les monarchies parlementaires, la responsabilité pénale des ministres relève « parfois

217 *Ibid*., p.3. [*Nous soulignons*].
218 Étude de législation comparée, L'immunité parlementaire, n° 250, novembre 2014 [en ligne sur le site internet du Sénat: https://www.senat.fr/lc/lc250/lc250_mono.html]. On constate que « presque tous les pays démocratiques ont mis en place des régimes d'irresponsabilité (liberté spéciale d'expression) des parlementaires » (rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires..., op.cit., p.4).
219 *Ibid*.
220 Voir les exemples au point 35.
221 Dans la plupart des républiques, la responsabilité pénale du chef de l'Etat pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions est mis en cause par un vote du Parlement.
222 Rapport Roman, op.cit., p.25. Par exemple, au Portugal, le Président de la République est jugé par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire alors qu'en Allemagne et en Autriche, il est jugé par la Cour constitutionnelle. Par opposition, le système français prévu à l'article 68 vis-à-vis de la juridiction compétente se distingue de ces différentes modalités en prévoyant une juridiction spécifique.
223 « Dans certains pays [comme l'Allemagne et l'Autriche], aucune procédure ne peut commencer en cours de mandat sans l'accord du législateur et, dans les autres, les infractions commises hors de l'exercice des fonctions présidentielles ne peuvent être jugées qu'à la fin du mandat (Grèce, Portugal) » (Étude de législation comparée, La responsabilité pénale des Chefs d'État et de gouvernement, Service des affaires européennes, septembre 2001, p.3 [en ligne sur le site internet du Sénat : https://www.senat.fr/lc/lc92/lc92.html].

d'une procédure dérogatoire au droit commun pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, tandis que, pour les infractions commises en dehors de l'exercice des fonctions ministérielles, elle est partout, sauf en Belgique, engagée selon la procédure de droit commun (Royaume-Uni, Danemark) »[224]. Il apparaît, dès lors, que presque tous les États démocratiques ont mis en place des statuts dérogatoires à l'égard des pouvoirs supérieurs.

36. Pour autant, en dépit de leurs nombreuses similarités, la convergence entre les systèmes juridiques vis-à-vis de ces dispositifs juridiques doit être fortement nuancée. La différence entre les États est, tout d'abord, *terminologique*. Les multiples études de droit comparé sur les régimes dérogatoires des parlementaires mettent en exergue, par exemple, « la variété des concepts »[225] en la matière. Elles soulignent que les concepts d'inviolabilité et d'irresponsabilité en droit français « ne sont pas, en réalité, directement « transposables » du droit d'un pays à un autre »[226]. Plus par commodité et analogie que par exactitude scientifique, il est traditionnel d'associer l'irresponsabilité parlementaire française à l'*Indemnität* ou *Verantwortungsfreiheit* (Allemagne), l'*inviolabilidad* (Espagne), l'*irresponsabilité* (Belgique), l'*insindacabilità* (Italie), le *berufliche Immunität* (Autriche), l'*absolute Immunität* ou immunité absolue (Suisse) et le *freedom of speech* (Canada et Royaume-Uni)[227], et l'inviolabilité française à l'*inmunidad* (Espagne), l'*Immunität* ou *Unverletzlichkeit* (Allemagne), l'*inviolabilité* (Belgique), l'*ausserberufliche Immunität* (Autriche), *relative Immunität* ou *immunité relative* (Suisse), l'*inviolability* ou parfois aussi *immunity in the strict sense* (immunité au sens strict) ou *freedom from arrest* (protection contre l'arrestation ou immunité d'arrestation) en Angleterre.

À côté de ces différences lexicales, on constate surtout, au sein de cette tradition constitutionnelle commune, une profonde divergence des *réglementations* nationales en ce qui concerne les immunités constitutionnelles. En effet, pour ce qui est des privilèges parlementaires, le rapport de la Commission Venise distingue deux grands modèles, le « modèle anglo-saxon » et le « modèle français »[228]. Le premier, qui a influencé plusieurs Etats de Common Law et les Etats nordiques, vise simplement à protéger, grâce à de solides garanties, la liberté d'expression des parlementaires contre le pouvoir exécutif mais, par contre, l'inviolabilité est très réduite ou abandonnée. À l'inverse, le second, apparu à partir de la Révolution, reconnaît une protection étendue aux parlementaires dans un souci d'affirmer la supériorité de l'Assemblée Nationale sur les autres organes de l'Etat, puisqu'il garantit les deux aspects de l'immunité parlementaire et ce de façon

224 *Ibid*., p.3-4.
225 *Ibid.*
226 *Ibid*.
227 Plus précisément, dans les pays anglophones, l'irresponsabilité parlementaire correspond au principe de « non-liability, mais aussi parfois de non-accountability, de parliamentary privilege, ou simplement de freedom of speech (liberté d'expression) » (rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires, op.cit., p.4).
228 *Ibid*., p.5.

large. Ce modèle a ensuite été adopté « par de nombreux autres pays en Europe, puis ailleurs dans le monde. C'est celui qui a été choisi par le plus de démocraties nouvelles en Europe centrale et de l'Etst au début des années 90 »[229]. Mais il n'en demeure pas moins que, dans chacun des modèles, les modalités concrètes des protections parlementaires diffèrent fortement. En premier lieu, comme l'observe le rapport de la Commission de Venise, l'irresponsabilité parlementaire « se retrouve sous une forme ou une autre dans presque tous les parlements démocratiques du monde, avec des règles de base très comparables, mais de notables différences en ce qui concerne l'étendue de la protection »[230]. Le champ d'application personnel[231], temporel[232] et spatial[233] de l'irresponsabilité et les actes qu'elle couvre varient d'un Etat à l'autre, « selon les règles nationales et la façon dont elles sont interprétées, tout comme la délimitation de ce qu'englobe ou non l'exercice du mandat ou des fonctions parlementaires »[234]. Il est fréquent qu'elle soit absolue et ne puisse pas être levée[235], mais certaines Constitutions habilitent tout de même le Parlement à le faire[236], notamment en matière civile[237]. En second lieu, l'inviolabilité parlementaire, moins courante que l'irresponsabilité parlementaire[238], ne connaît pas de modèle unique en droit comparé et « la variété est grande en ce qui concerne les infractions qu'elle couvre et les suites judiciaires contre lesquelles elle protège »[239] au gré des traditions nationales. Certains prévoient que l'accomplissement de certains actes qui mettent en cause la liberté des parlementaires est soumis à l'autorisation de la chambre à laquelle le parlementaire appartient[240]. Dans d'autres, l'immunité est invoquée par le parlementaire lui-même qui se prévaut du « privilège parlementaire » contre des mesures dans le domaine civil et ne vaut pas en matière pénale, à l'image des systèmes de Common Law tels que le Canada et le Royaume-Uni. Enfin, l'absence de protection spécifique en matière d'inviolabilité prévaut aux Pays-Bas. Par ailleurs, cette diversité juridique s'observe également en ce qui concerne l'inviolabilité du chef de

229 *Ibid*., p.5.
230 *Ibid*., p.11.
231 Logiquement, les bénéficiaires de l'irresponsabilité parlementaire sont, dans toutes les Constitutions qui la prévoient, les parlementaires eux-mêmes. Mais, dans certains Etats (Irlande, Royaume-Uni, Pays-Bas), des personnes associées aux travaux du Parlement en jouissent, ce qui signifie dans ce cas que c'est l'activité parlementaire qui est protégée.
232 « Dans la plupart des pays, l'irresponsabilité commence avec l'exercice des fonctions parlementaires ; mais dans certains, ce peut être dès la proclamation des résultats des élections ou l'acceptation du mandat (Grèce, Italie). En Lituanie, elle commence même plus tôt encore : les candidats aux élections législatives en bénéficient pendant la campagne » (rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires, op.cit., p.12). Cependant, l'ensemble des Constitution prévoit que l'irresponsabilité, si elle se termine à la fin du mandat ou à la dissolution du parlement, est perpétuelle.
233 En principe, l'irresponsabilité ne protège les parlementaires que dans l'enceinte du Parlement (salle des séances plénières, salles de réunion des commissions et autres lieux de travail), à l'image de l'Irlande, la Norvège, le Royaume-Uni, Espagne). Mais, certains Etats ont une conception extensive de l'étendue spatiale de ce privilège (Italie, Pays-Bas, Portugal, Argentine, Bulgarie, Israël, Lettonie, Algérie, Arménie, Grèce...).
234 *Ibid*., p.14.
235 France, Belgique, Pays-Bas, Norvège, Portugal, Roumanie, Slovénie et Espagne.
236 Danemark, Finlande, Allemagne, Grèce, Hongrie, Malte, les Pays-Bas, Pologne, Ukraine.
237 À titre d'exemples : article 75 paragraphe 2 de la Constitution croate ; article 62 paragraphe 3 de la Constitution lituanienne ; articles 69 et 71 de la Constitution bulgare ; article 72 paragraphe 1 de la Constitution du Kirghizistan ; article 83 paragraphe 1 de la Constitution de Slovénie ; article 65 paragraphe 3 de la Constitution maltaise.
238 Rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires, op.cit., p.4.
239 *Ibid*. Pour une analyse approfondie : *ibid*., p.19-29.
240 Voir sur ce point le tableau comparatif n°2 sur les caractères généraux de l'inviolabilité parlementaire dans les législations étrangères reproduit dans l'étude de législation comparée, op.cit.

l'État. Alors que le régime de l'irresponsabilité présidentielle se rapproche fortement en droit comparé[241], le régime de la responsabilité des chefs de l'Etat pour les actes commis en dehors de ses fonctions fluctue considérablement. Par exemple, alors qu'en France, le premier personnage de l'État se voit reconnaître une inviolabilité civile et pénale pendant son mandat pour ses actes antérieurs et/ou extérieurs à ses fonctions au regard de l'article 67 de la Constitution de 1958, le Président américain peut lui être jugé par les juridictions civiles ordinaires, même pendant son mandat, pour des faits survenus avant sa prise de fonctions en vertu de la fameuse décision Clinton *v.* Jones du 27 mai 1997 de la Cour suprême. De même, l'inviolabilité présidentielle peut être aussi « simplement temporaire comme en Grèce et au Portugal. Les actions devant les juridictions de droit commun sont généralement filtrées, par exemple par une assemblée, comme en Allemagne et en Autriche »[242]. Enfin, le florilège de modalités en matière de jugement des infractions commis dans l'exercice des fonctions ministérielles est une nouvelle manifestation de la diversité des droits étrangers. On observe que « les infractions commises dans l'exercice des fonctions ministérielles sont jugées selon le droit commun au Royaume-Uni et au Danemark. En revanche, dans les autres monarchies parlementaires, les infractions commises dans l'exercice des fonctions ministérielles sont jugées selon une procédure dérogatoire au droit commun. En Belgique et aux Pays-Bas, ce régime spécifique s'applique à toutes les infractions liées à la fonction, alors qu'en Espagne, il ne concerne que les plus graves »[243]. De même, dans les Républiques telles que la France ou l'Italie[244], les crimes et délits accomplis dans l'exercice des fonctions ministérielles relèvent de la compétence d'une juridiction spéciale.

37. Il s'avère, par conséquent, à travers cet exposé synthétique des droits étrangers, que les manières dont les statuts dérogatoires des pouvoirs constitués sont réglementés varient énormément d'un pays à l'autre, en Europe et ailleurs dans le monde, même si ces privilèges constituent une tradition constitutionnelle commune des Etats démocratiques. Mais, en réalité, cette variété

241 Il convient toutefois de souligner que l'étendue matérielle de sa protection diffère d'un Etat à un autre. En Grèce, en Italie et en Pologne, la Constitution prévoit que le Président de la République n'est responsable qu'en cas de haute trahison ou de violation de la Constitution, tandis que dans le texte constitutionnel du Portugal, il ne répond que des délits commis dans l'exercice de ses fonctions, en Allemagne, des violations délibérées de la Loi fondamentale ou des lois fédérales. La Constitution française recourt, pour sa part, à une expression relativement floue (manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat). Sur ce point : M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.274-275.

242 Rapport Roman, op.cit., p.25.

243 Législation comparée, La responsabilité pénale des Chefs d'État et de gouvernement, op.cit., p.4.

244 Dans la Constitution italienne, les crimes et délits accomplis dans l'exercice des fonctions de ministérielles, « ou crimes et délits dits « ministériels » (*reati ministeriali*), dont il s'agit *a priori* d'actes politiques (…) déclenchent la mise en œuvre d'une justice spéciale par l'article 96 de la Constitution. Dans ce cas, les ministres sont soumis « à la juridiction ordinaire, après autorisation du Sénat de la République ou de la Chambre des députés, selon les règles établies par la loi constitutionnelle ». La loi constitutionnelle n° 1 du 16 janvier 1989 précise qu'un collège spécifique, communément appelé « Tribunal des ministres » (« Tribunale dei ministri »), composé de juges ordinaires choisis au sort, est compétent pour mettre en accusation et juger des crimes et délits ministériels, moyennant l'approbation du Parlement de poursuivre l'enquête. Si elle ne relève pas à proprement parler de la « justice politique », une telle procédure obéit tout de même à des règles spécifiques et implique la représentation nationale » (L. Clément-Wilz, La responsabilité pénale de Silvio Berlusconi : aspects de droit constitutionnel, RFDC, n°89, 2012, p.37).

normative trouve sa justification dans le fait que ces règles immunitaires ont été pensées et formulées dans un contexte historique et politique très différent du nôtre[245]. En d'autres termes, et cela constitue le fil conducteur de cette thèse, la manière de concevoir les immunités constitutionnelles dépend de sa propre culture juridique puisque la représentation des statuts exorbitants de droit commun est solidaire des conceptions de chaque État par rapport à la séparation des pouvoirs, au titulaire de la souveraineté, à la nature du régime[246], à la place de l'État et à la garantie des droits et des libertés[247]. La solution du problème de l'immunité dépend également étroitement de « la façon dont on conçoit les relations entre le pouvoir politique et les juges, et plus exactement de la manière dont on se représente le rôle de la justice et donc son pouvoir »[248]. En définitive, le droit comparé contribue à mettre en lumière la particularité du système français vis-à-vis des législations étrangères en matière de régimes dérogatoires, lequel se caractérise par une tendance à accorder une protection très étendue aux gouvernants même si celui-ci connaît, actuellement, une forte remise en cause. Dès lors, il conviendra d'analyser, à travers la présente thèse, les motifs avancés par la pensée constitutionnelle française depuis la Révolution française pour justifier une protection des pouvoirs supérieurs aussi poussée.

245 Par exemple, comme le note le rapport Roman à l'égard de la responsabilité pénale du chef de l'Etat, « toute démarche comparative présente un intérêt évident mais trouve également ses limites. Si elle permet, le cas échéant, de mettre en évidence, des évolutions convergentes, elle ne revêt pas toujours une pertinence absolue. La question de la responsabilité pénale du Président de la République n'échappe pas à ce relativisme. Peut-on, en effet, comparer les régimes parlementaires dans lesquels le chef de l'Etat est un monarque sans réel pouvoir, comme c'est le cas au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas, à ceux dans lesquels le Président de la République exerce des prérogatives réelles, comme en France ou au Portugal ? La même question se pose pour tout rapprochement opéré entre un régime présidentiel et parlementaire » (rapport Roman, op.cit., p.18-19). De même,

246 Voir les tableaux relatifs au régime et système dans les vingt-huit états de l'UE reproduit dans M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.278-281.

247 Par exemple, la Grande-Bretagne et les États-Unis ont un mandat représentatif mais ces deux Etats ignorent largement l'inviolabilité parlementaire, alors que la pensée publiciste française a tendance à associer, pour des raisons historiques, politiques et théoriques, l'inviolabilité parlementaire à ce type de mandat.

248 O. Beaud, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel..., op.cit., p. 187. Le constitutionnaliste ajoute que la représentation de chaque pays, notamment en matière d'immunité présidentielle, « ne peut pas faire l'objet d'un traitement uniforme d'un pays à un autre. L'homogénéité du droit est, sur ce point (…), loin d'être accomplie (*ibid*., p.188).

II. L'OBJET DE LA RECHERCHE : L'APPRÉHENSION DES IMMUNITÉS CONSTITUTIONNELLES PAR LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE DE 1789 À NOS JOURS

38. L'objet de cette étude est de réfléchir à la façon dont la doctrine publiciste française, de 1789 à de nos jours, a construit et pensé les immunités. Or, que ce soit le terme de « doctrine » ou celui d'« immunité », ces deux notions se caractérisent par leur polysémie. Dans ces conditions, avant d'approfondir l'analyse de notre thème de réflexion, il convient de préciser la signification choisie, que ce soit pour le terme de « doctrine » (**A**) que celui d'« immunité » (**B**). A cet égard, dans un cas comme dans l'autre, nous retiendrons une définition *lato sensu* et *stipulative.*

A. La définition *lato sensu* de la doctrine retenue dans cette étude

La ligne directrice de notre thèse est d'examiner comment la doctrine publiciste française s'est représentée les statuts protecteurs des pouvoirs publics constitutionnels. La détermination du mot « doctrine » s'avère donc primordiale. Or sa définition est indéniablement plurielle. Sans aucune prétention à la vérité, nous retiendrons une définition stipulative de la doctrine (**1**). Une fois le choix opéré de la définition de la doctrine, il convient ensuite de limiter notre propos aux conceptions des statuts dérogatoires des immunités de la seule doctrine *publiciste*, et principalement *constitutionnelle* (**2**). Enfin, d'un point de vue spatial, nous nous concentrerons uniquement sur les travaux de la science *française* du droit public (**3**).

1. Une définition stipulative de la doctrine

39. Dans la perspective de cette recherche, la définition du mot « doctrine juridique » s'avère déterminante car la présente investigation ne consiste ni en une étude dogmatique de la législation constitutionnelle[249] relative aux statuts dérogatoires des pouvoirs constitués ni en une analyse de la jurisprudence relative aux immunités constitutionnelles. L'objet de cette recherche est concentré

249 La dogmatique juridique est entendue ici comme la science du droit consistant pour l'essentiel « dans la description, l'interprétation, et la tentative de compléter les règles de droit en comblant les carences de la législation » (M.-A. Cohendet, Les Épreuves en Droit public, 4é éd., Paris : LGDJ, p.42).

uniquement sur les systèmes de pensée scientifiques développés par les publicistes français sur la problématique des immunités constitutionnelles.

40. Examinons dès lors les différents sens du mot « doctrine ». Notons tout d'abord que si ce terme possède un sens usuel[250], il présente un sens spécifique en droit. Plus exactement, dans le langage juridique, le terme de « doctrine » n'est pas univoque. Il existe plusieurs significations de la « doctrine juridique »[251]. Dans ce florilège de définitions, il est courant de distinguer trois sens principaux donnés par le Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant. La notion de doctrine s'intègre effectivement dans une grille d'analyse qui distingue une approche matérielle, une approche formelle et une approche organique[252].

Selon l'approche *matérielle* de la doctrine juridique, elle constitue « une opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (*communis opinio doctorum*), ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit »[253]. L'accent est mis sur le contenu et la doctrine a pour sens ici celui de pensée, dogme ou encore thèse. Précisément, dans ce cas, « la doctrine équivaut au « droit tel que le conçoivent les théoriciens ». Elle désigne une représentation du droit par des juristes ou, pour reprendre une formule de Bonnecase, « l'état des conceptions sur le droit et l'ensemble des solutions positives, telles que les reflètent les œuvres des écrivains juridiques »[254]. Mais une telle définition laisse penser qu'il s'agit d'une pensée sur le droit ayant une certaine hauteur de vues, elle est une pensée « autorisée » au sens où l'on prétend que « ce qui constitue la doctrine, c'est d'être une opinion qui fait autorité : une doctrine sans autorité est morte »[255]. Selon la définition *formelle*, la doctrine juridique est « l'ensemble des ouvrages juridiques »[256], autrement dit la littérature juridique. On s'intéresse donc ici au contenant des opinions doctrinales. À cet égard, « ce corpus a varié dès lors que les canaux par lesquels s'exprime cette doctrine se sont diversifiés au fil du temps ; chaque période a connu des formes littéraires différentes », cette affirmation étant d'autant plus vraie en droit constitutionnel. La transformation progressive du droit constitutionnel en discipline scientifique au cours du XIXème siècle a fondamentalement changé la nature, la forme et

250 Le dictionnaire le Robert donne la définition suivante : « ensemble de notions qu'on affirme être vraies et par lesquelles on prétend fournir une interprétation des faits, orienter ou diriger l'action de l'homme en matière religieuse, philosophique, scientifique, etc. » (Le Robert, Paris : Dictionnaire Le Robert, 1997). Le mot « doctrine » est alors synonyme de dogme, opinion, système, théorie, thèse (P. Jestaz, C. Jamin, La doctrine, Paris : Dalloz, 2004, p.3).
251 E. Millard, Ce que « Doctrine » veut dire. In Travaux de l'AFDA, La doctrine en droit administratif, n°3, Paris : Litec, 2010, p.4.
252 Eric Millard distingue cinq sens, sans que ceux-ci se superposent : « a - un ensemble d'opinions sur le droit ; b - un ensemble d'opinions sur le droit émanant d'un corps particulier (…) ; c - un corps spécifique émettant des opinions sur le droit (…) ; d - le contenant ou le support des opinions sur le droit (…) ; e - un sous-ensemble des opinions sur le droit correspondant à une fonction spécifique de l'exposition du droit (...) » (*ibid*., p.5).
253 *Ibid*. , p.3. Pour Jean Carbonnier, il s'agit des « opinions émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens » (J. Carbonnier, Droit civil, 2e éd., t.I, n°150, p.285).
254 M. Hecquard-Théron (dir.), Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ? Actes du colloque des 28 et 29 octobre 2004, Toulouse : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p.87.
255 Ph. Malaurie, Rapport français, Travaux de l'association Capitant, Paris : Dalloz, 1980 p.84.
256 P. Jestaz, C. Jamin, La doctrine, op.cit., p.3.

le contenu des manuels de droit constitutionnel[257]. Selon la définition *organique*, la doctrine juridique est « l'ensemble des auteurs d'ouvrages juridiques »[258]. À cette définition large, il convient de préférer une troisième signification qui combine l'aspect matériel et organique et caractérise la pensée juridique dans sa plus haute expression. Il s'agit de « l'ensemble des personnes qui, ayant pour mission d'enseigner le droit, ont pour vocation de réfléchir sur le droit »[259]. Autrement dit, la doctrine juridique est alors synonyme de science du droit ou de pensée juridique. Ce sens confère « une sorte de dignité, de prééminence par rapport aux autres façons de faire du droit »[260]. En effet, la doctrine poursuit une noble mission qui rejoint un peu l'idéal du juriste prôné par Friedrich Carl Von Savigny, c'est-à-dire un « prêtre terrestre »[261].

41. Cependant, cette conception est contestée à l'intérieur de la discipline juridique par la théorie contemporaine du droit à la tête de laquelle on trouve la théorie kelsénienne du droit. Celle-ci a opposé « à l'impureté de la doctrine la pureté de la science du droit et a donc entendu remplacer la première par la seconde. De synonymes, les deux termes sont devenus antagoniques »[262]. Ce conflit porte sur les deux manières de concevoir la connaissance du droit. Elles s'opposent dans leur démarche cognitive, c'est-à-dire quant à leur rapport exact vis-à-vis de l'objet que se donnent la science et la doctrine juridique à savoir le droit ou l'étude du droit. Plusieurs implications différentes en découlent. La science du droit entend se placer en dehors du droit. Son axiome majeur repose sur la distinction entre l'activité cognitive, la science, objet de connaissance, et l'objet étudié, le droit, qui doit être extérieur à celui qui l'appréhende. En clair, la science décrit ce que le droit prescrit[263]. De ce présupposé de la science du droit dérivent plusieurs conséquences directes. Concernant la première, selon la conception « scientifique » du droit, la science du droit admet qu'elle crée de la connaissance sur le droit et améliore sa compréhension mais elle refuse délibérément de participer à l'élaboration du droit. Elle n'est pas une autorité normative puisque « *la science qui décrit le monde à l'aide de propositions ne peut en aucun cas énoncer des prescriptions : la science dit ce qui est mais ne peut pas dire ce qui doit être* »[264]. Elle se borne à émettre des « propositions de droit » vraies ou fausses[265]. Deuxième conséquence, la science du droit prône une neutralité axiologique :

257 A.-S. Chambost, Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme de discours universitaire, Paris : LGDJ, coll. Contextes, culture du droit, 2014, 352 p.
258 P. Jestaz, C. Jamin, La doctrine, op.cit., p.3.
259 M. Gobert, Le temps de penser la doctrine, Droits, n°20, 1994, p.97.
260 O. Beaud, La doctrine, *in* D. Alland, S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, 2003, p. 386.
261 O. Beaud, Savigny et le droit public. Réflexions sur une lecture politique de l'oeuvre de Savigny, *in* H. Mohnhaupt, J.-F. Kervégan (dir.), Droit, nature et histoire en Allemagne au XIXème et XXème siècle, Francfor, Klostermann, coll. Ius Commune, 1997, p.169-221.
262 *Ibid*., p. 386.
263 Cela constitue le leitmotiv de la philosophie de Kelsen dans « Théorie générale des normes » et qui se fonde sur l'idéal d'objectivité scientifique largement emprunté au modèle épistémologique des sciences de la nature.
264 M.Troper, La philosophie du droit, Paris : PUF, 2003, p.26.
265 « La science du droit, comme toute science, est incapable d'émettre des prescriptions. Elle se borne donc à énoncer des propositions appelées « propositions de droit » qui décrivent des normes ayant une existence objective, indépendante de la science du droit, tandis que le droit est formé de ces normes » (*ibid*.).

la science du droit doit être pure de tout jugement de valeur[266] dans la mesure où les valeurs ne sont pas connaissables de sorte que les jugements de valeur découlent de prescriptions[267]. A l'inverse, une partie de la doctrine juridique ne revendique pas l'extériorité de sa position comme étant un élément nécessaire d'un jugement scientifique. Elle se perçoit comme scientifique car elle a une conception différente de la science : elle ne partage pas la conception déterministe de la science qui lui impose de découvrir des lois de causalité entre des phénomènes ou la conception épistémologique fondée sur la séparation rigide entre le matériau observé et l'observateur. Elle se contente d'une conception modeste de la science au sens de « tout ensemble de connaissances raisonnées et coordonnées »[268]. Par voie de conséquence, ce présupposé implique une conception différente de la connaissance du droit : celle-ci en a une vision intéressée, c'est-à-dire que la doctrine du droit entend le connaître et le révéler en lui-même, dans un but opératoire, efficient, qui concerne le droit lui-même. En tant qu'« entreprise cognitive, même lorsqu'elle se présente avec les traits de la science, elle apparaît donc fondamentalement téléologique ou téléonomique »[269]. On constate donc que la doctrine juridique et la science du droit défendent une démarche cognitive contraire qui présentent, dès lors, des implications différentes. Toutefois, le trait est ici forcé et semble quelque peu binaire. Formulée en termes d'alternative, la question semble conséquemment appeler une réponse en forme de choix ou d'exclusion en faveur ou au détriment de l'une ou l'autre de ses deux branches. Or, comme le note Étienne Picard, « pris en leur sens différents, l'un ou l'autre concepts de « science du droit » ou de « doctrine du droit » peuvent autant s'exclure que s'englober l'un l'autre »[270] : « quelques doctrines se disent précisément « scientifiques », certaines formes de la science juridique intègrent en son sein la doctrine alors que d'autres l'excluent, tandis que diverses doctrines du droit récusent toute science du droit et que d'autres l'admettent parfaitement »[271]. Les données du problème sont donc plus complexes qu'une simple alternative. Or cette confusion provient du florilège de sens possibles de chaque concept de science ou de doctrine « et le choix que l'on peut opérer entre eux procède directement, en réalité, de la conception que l'on se fait du droit lui-même, en particulier quant à la façon dont on peut le déterminer, la nature de ses sources, de ses fondements ou de son être même »[272]. En ce sens, si ces deux concepts s'opposent, il convient de noter que la doctrine juridique est aussi indispensable qu'une science du droit[273]. Cependant, comme

266 Comme le note Michel Troper, « cet idéal de pureté (présenté dans les sciences sociales sous le nom de Wertfreiheit ou neutralité axiologique) explique le nom donné par Hans Kelsen à sa doctrine : « la théorie pure du droit ». La pureté concerne non le droit en lui-même mais la théorie » (*ibid*.).

267 *Ibid*. Comme l'indique Michel Troper, « en droit, une conduite n'est pas ordonnée car elle est bonne mais elle est bonne au regard de la norme qui l'ordonne » (*ibid*.).

268 J. Carbonnier, Droit civil, 2e éd., t.1, Paris : PUF, 2017, n°22, p.53.

269 E. Picard, Science du droit ou doctrine juridique, *in* L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago, Paris : Economica, 1996, p.139.

270 *Ibid*.

271 *Ibid*.

272 Selon Étienne Picard, « chaque représentation particulière de ce qu'est le droit assigne une certaine fonction et une certaine portée à cette activité, lui donne même sa connaissance exacte en tant que science ou doctrine et accorde la précellence à l'une ou à l'autre » (*ibid*.).

273 « Il semble que si la science du droit est certainement nécessaire, la doctrine du droit demeure indépassable » (*ibid*.).

le remarque Étienne Picard, « dans un certain contexte épistémologique dominant, le pas semble tout de même donné, de nos jours, à une certaine « science du droit » au détriment de la doctrine juridique »[274]. En outre, la définition organique de la doctrine juridique implique d'opérer une seconde distinction, certes très discutable sur le plan historique et sociologique, entre doctrine et créateurs et interprètes authentiques du droit du point de vue de leur autorité normative[275]. Ainsi, le critère organique pourrait consister à désigner, certes de manière contestable, les Professeurs de droit entendus au sens large (docteurs en droit, maîtres de conférences, professeurs des universités).

42. Pour notre part, sauf exception, dans l'acceptation que nous retiendrons dans notre étude, le terme « doctrine » désignera un ensemble de spécialistes qui interprètent le droit mais ne le modifient pas, du moins de manière explicite ; en d'autres termes, toute personne, universitaire ou non, praticien ou non, qui a une opinion sur la problématique des immunités constitutionnelles. Nous retiendrons donc une définition matérielle, et dès lors, large du terme doctrine. A cet égard, les éléments de définition proposés dans les pages qui suivent ne prétendent pas valoir de manière universelle. Sans aucune prétention à la vérité, nous privilégierons une définition stipulative du terme de doctrine, c'est-à-dire qu'« elle est stipulée ou convenue au commencement de l'étude. Une définition stipulative n'est ni vraie, ni fausse. Elle résulte d'un choix et seulement utile ou non. C'est en ce sens qu'on dit que les définitions sont libres »[276]. En ce sens, nous n'opposerons pas la doctrine aux créateurs et aux interprètes authentiques du droit. Nous nous intéresserons, dès lors, aussi bien à la doctrine universitaire qu'aux opinions émises par les praticiens du droit. Le choix opéré en faveur d'une définition large réside, à cet égard, dans le fait que le droit constitutionnel en tant que discipline scientifique n'apparaît véritablement qu'à partir de la IIIème République, même si une science du droit constitutionnel encore politisée émerge à partir de la Monarchie de Juillet, notamment par l'intermédiaire de Pellegrino Rossi. En outre, les immunités des pouvoirs constitués apparaissent dès 1789 et dès cette date, des auteurs (députés, penseurs politiques) qui ne font pas partie à proprement parler de la doctrine, au sens universitaire du terme, pensent et élaborent les statuts dérogatoires des gouvernants. Se limiter à une définition stricte de la doctrine publiciste, cantonnée à la doctrine universitaire, aurait ainsi eu pour conséquence de se priver des argumentaires des révolutionnaires - alors que leurs travaux sont essentiels pour comprendre la conception française des immunités constitutionnelles - et par suite, de ne traiter qu'à la surface

274 *Ibid*., p.141.
275 Les créateurs du droit sont « en mesure de modifier directement le système juridique en produisant ou en abrogeant des normes (constituant, législateur, autorité réglementaire) et quant aux interprètes authentiques, on peut considérer qu'ils modifient le système juridique en conférant à des normes qu'ils ne créent généralement pas des significations juridiquement obligatoires » tandis que « la doctrine n'entre dans aucune des deux catégories mentionnées. Certes, le docteur tient un discours sur le droit mais ce discours est dépourvu d'effets juridiques directs : ni le droit, ni la société ne lui en reconnaissent » (R. Baumert, La Découverte du juge constitutionnel entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité dans les Républiques allemande et française de l'entre-deux-guerres, Paris : LGDJ, 2009, p.9-10).
276 F. Hamon , M. Troper, Droit constitutionnel, 32e éd., Paris, LGDJ, 2011, p.25.

cette problématique. Nous étudierons donc les opinions de toute personne sur la question des immunités, émises dans des travaux préparatoires, des ouvrages ou des manuels de droit à proprement parler. La large définition de la doctrine que nous esquissons doit permettre d'englober des pratiques très diverses que les penseurs étudiés fixent eux-mêmes. L'appréhension de la doctrine comme un ensemble de discours sur le droit formulés par des interprètes authentiques et inauthentiques nous conduira effectivement à traiter deux grands discours doctrinaux, l'un qui consiste à prescrire le droit, l'autre qui cherche à le décrire.

2. L'examen de la doctrine publiciste et principalement constitutionnelle

43. Après avoir clarifié le sens du mot « doctrine », du moins dans le sens que nous retiendrons dans notre étude, deux délimitations, tout aussi cruciales, s'imposent. En premier lieu, nous porterons notre étude uniquement sur les travaux de la doctrine *publiciste*. Cela signifie par définition l'exclusion de la doctrine privatiste, qui n'a pas étudié la question des immunités de nature constitutionnelle, sous réserve des juristes de droit pénal – à condition de considérer que les pénalistes font partie de la branche du droit privé. Sans entrer dans ce débat, la présente réflexion se concentrera, principalement, sur la pensée constitutionnelle et non pénale car les immunités constitutionnelles sont envisagées ici, avant tout, comme un problème d'ordre *constitutionnel*. Si elles sont une institution mixte puisqu'elles sont des règles de nature constitutionnelle compte tenu de leur source et de leur fonction mais qui recourent dans le même temps aux mécanismes du droit pénal pour atteindre leur finalité, il n'en demeure pas moins que le droit constitutionnel « impose sa logique » au droit pénal en la matière[277]. En outre, il s'agira de mettre en lumière la façon spécifique dont la doctrine constitutionnelle aborde cette question, même s'il sera intéressant de constater que le mode de raisonnement pénaliste qui perçoit les privilèges constitutionnels comme des exceptions au principe d'égalité devant la loi et non comme une institution du droit commun constitutionnel est en train d'imprégner une grande partie des conceptions des constitutionnalistes français contemporains. Bien entendu, le phénomène immunitaire n'est pas absent du domaine de réflexion des juristes de droit privé, comme nous avons pu le constater, à l'image des immunités familiales[278], mais les immunités constitutionnelles ne font pas partie spécifiquement de leur champ d'étude.

277 O. Beaud, L'immunité du chef d'Etat..., op.cit., p.166. Le constitutionnaliste ajoute : « l'immunité traduit, au niveau de la procédure pénale, une règle constitutionnelle de sorte que la règle d'application de celle-ci prévaut sur la règle pénale. Dans la dimension la plus concrète qui est celle de la procédure, le droit constitutionnel déroge donc au droit pénal (…). La règle constitutionnelle – même non écrite – fait céder la norme pénale, même écrite » (*ibid*.). Il prend notamment l'exemple de l'arrêt Chirac c. Defferre dans lequel la chambre criminelle de la Cour de Cassation a décidé que « la règle constitutionnelle de l'inviolabilité parlementaire paralyse l'application de la règle classique de procédure pénale selon laquelle l'interruption de la prescription a une portée absolue, liée au caractère réel de la prescription et de la poursuite », créant ainsi « une sorte de droit non écrit de la procédure pénale dérogatoire au droit commun » (*ibid*., note 83).

278 G. Clément et B. Clément, Les immunités familiales, *in* G. Clément et J. Lefebvre (dir.), Les immunités pénales, op.cit., p.49-62.

44. En second lieu, une fois cette précision apportée, il s'agit d'opérer une seconde distinction : délimiter au sein de la doctrine publiciste la doctrine *constitutionnelle*. Une telle expression s'avère indéterminée et nécessite donc d'opérer un choix. Il sera privilégié une définition principalement *matérielle* de ce terme, c'est-à-dire toute proposition émise par un individu sur la question des immunités constitutionnelles, affirmée dans des travaux préparatoires, des ouvrages politiques ou des manuels spécifiquement juridiques. Ce choix est dicté, en réalité, par l'instabilité de la discipline scientifique du droit constitutionnel en France depuis la Révolution française[279]. L'emploi d'un critère uniquement organique – entendu au sens d'un corps de professeurs spécialisés – aurait restreint le champ de la recherche et aurait surtout amputé le traitement du sujet d'une période cruciale, la période révolutionnaire, au cours de laquelle sont posés les principaux paradigmes de ce problème qui influencent encore les cadres de pensée de la doctrine constitutionnelle française actuelle.

45. De 1789 jusqu'à la première moitié du 19ème siècle, le droit constitutionnel connaît de nombreuses vicissitudes. Il alterne entre des phases d'établissement et de suppression, à l'image de la période napoléonienne et de la Restauration. Considéré comme une matière dangereuse, son étude s'opère en dehors de tout cadre universitaire. Mais il n'en reste pas moins que cette période reste riche d'enseignements dans la fabrication et la conceptualisation du mécanisme juridique de l'immunité constitutionnelle. De ce point de vue, le tournant s'opère lors de la Monarchie de Juillet par le décret du 21 août 1834 sous l'impulsion de François Guizot qui institue une chaire de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris, sous la direction de Pellegrino Rossi. À partir de cette date, le droit constitutionnel connaît un essor sans précédent dans le sens d'une plus grande dimension scientifique. Cependant, son enseignement reste dépendant des variations de régimes, plus ou moins favorables à son existence. C'est pourquoi, par exemple, les administrativistes dont l'enseignement est stable et généralisé dans l'ensemble des facultés depuis la fin de la Restauration traitent de questions constitutionnelles durant le Second Empire suite à la décision gouvernementale de supprimer la chaire vacante de droit constitutionnel de la Faculté de droit de Paris par le décret du 8 décembre 1852. Il faudra attendre, en définitive, le début des années 1880 pour que le droit constitutionnel, longtemps parent pauvre du droit public, fasse l'objet d'un développement spectaculaire. Elle devient une matière à part entière à partir de la licence et la production de la littérature constitutionnelle s'intensifie. De ce point de vue, la problématique des immunités constitutionnelles en bénéficie directement. Elle fait l'objet désormais d'une systématisation durable qui influence encore les modes de pensée des constitutionnalistes contemporains. C'est pourquoi, à partir de la IIIème république, la doctrine constitutionnelle change de visage puisqu'il

279 Bien entendu, il est possible de considérer que la matière du droit constitutionnel existe déjà en France avant la Révolution de 1789, notamment à travers des fameux livres comme *De l'Esprit des Lois* (1748) de Montesquieu.

existe un corps de professeurs de manière stable. La réflexion relative aux statuts dérogatoires des pouvoirs publics est donc relativement dépendante de l'évolution de la science du droit constitutionnel et de ses métamorphoses, tant organique que méthodologique.

3. L'examen de la doctrine publiciste *française*

46. Enfin, toujours à propos de « doctrine publiciste », la question s'est posée de savoir s'il convenait d'y intégrer ou non les travaux de la doctrine publiciste étrangère. Après réflexion, nous avons décidé d'adopter une solution intermédiaire en intégrant dans notre étude, de manière parcimonieuse, une partie de la doctrine publiciste comparatiste. En effet, celle-ci ne sera traitée qu'à la condition de mesurer son influence intellectuelle sur la pensée des constitutionnalistes français. Cette emprise sera particulièrement flagrante à partir de la IIIème République, puisque les professeurs de droit constitutionnel intègrent dans leur cours une dimension comparatiste, même si une telle méthode est déjà pratiquée de manière systématique depuis fort longtemps à l'image d'Aristote, Montesquieu[280], Pellegrino Rossi ou encore Tocqueville. Toutefois, la majorité de notre travail se focalise sur les écrits de la doctrine constitutionnelle *française*. Ce choix trouve sa justification dans le relativisme propre au droit[281], et en particulier vis-à-vis de notre thème de réflexion. Comme il a été mis en lumière précédemment, chaque État a sa propre conception des privilèges immunitaires, comme l'illustrent les différences terminologiques et de législation. Malgré l'existence d'une tradition constitutionnelle commune en matière de statuts dérogatoires, elle est le reflet de la culture juridique particulière à chaque État. De ce point de vue, même entre pays appartenant à un même famille juridique[282], les immunités constitutionnelles sont appréhendées de manière divergente.

Après le choix opéré d'une définition *lato sensu* de la doctrine constitutionnelle, il convient d'éclaircir la notion d'immunités constitutionnelles retenue dans cette étude, tout aussi cruciale dans la construction de notre problématique.

280 F. Saint-Bonnet, L'histoire du droit constitutionnel *in* J. Krynen, B. Alteroche (dir.), L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires, Paris : Classiques Garnier, p.239-249.
281 Montesquieu est l'un des théoriciens de la relativité politique et juridique, comme en témoigne son ouvrage *De l'Esprit des lois*. Découlant de son approche empiriste, il affirme : « j'ai d'abord examiné les hommes et j'ai vu les cas particuliers s'y plier comme d'eux-mêmes, les histoires de toutes les nations n'en être que les suites, et chaque loi particulière n'en être que les suites, et chaque loi particulière liée à une autre loi, ou dépendre d'une autre plus générale. (…) Je n'écris pas pour censurer ce qui est établi dans quelque pays que ce soit. Chaque nation trouvera ici les raisons de ses maximes » (cité par E. Tillet, La Constitution anglaise, un modèle..., op.cit., p.39). Montesquieu conseille d'ailleurs de ne changer la loi « que d'une main tremblante » (*ibid*., p.40).
282 M. Benillouche, Les immunités pénales en Common Law, *in* G. Clément et J. Lefebvre (dir.), Les immunités pénales, op.cit., p.133-150.

B. La définition *lato sensu* des immunités constitutionnelles retenue dans cette étude

Si elle est souvent utilisée, la notion d'immunité constitutionnelle souffre, néanmoins, d'une indétermination sémantique, comme nous avons pu l'observer. Les immunités sont, en droit constitutionnel, un concept dont la fréquence d'utilisation n'a d'égale que l'incertitude relative à sa définition. Il apparaît donc indispensable de déterminer nettement ce qu'il faut entendre par cette notion. En l'espèce, notre choix se portera sur une définition par sa finalité et ses effets (**1**). En outre, si nous porterons uniquement notre attention sur les immunités en droit constitutionnel, nous étudierons, à l'inverse, l'*ensemble* de ces privilèges dans cette branche du droit, c'est-à-dire les immunités du Président de la République, celles des parlementaires et le privilège de juridiction des ministres. Ainsi, nous retiendrons une définition large des immunités puisque nous inclurons cette dernière protection **(2).**

1. La définition de l'immunité constitutionnelle par sa finalité et ses effets

47. Plusieurs définitions des immunités sont possibles en fonction du point de vue adopté, qu'il soit organique, procédural, par ses effets ou par sa finalité. Or il s'avère que cette dernière perspective – associée également à une perspective par ses effets - est la plus pertinente pour cette étude dans la mesure où elle permet d'englober sous ce terme à la fois la protection des parlementaires, du Président de la République et des ministres. La perspective fonctionnelle est d'ailleurs le paradigme dominant au sein de la doctrine publiciste française dans la compréhension des statuts dérogatoires.

En effet, en droit constitutionnel, les immunités ont pour point commun d'assurer à leurs bénéficiaires une situation exorbitante du droit commun en les dispensant de certaines charges. En d'autres termes, les immunités constitutionnelles sont attribuées à ceux qui exercent un mandat ou une fonction politique parce que l'on craint qu'ils ne soient l'objet de pressions matérielles ou morales destinées à les empêcher d'exercer leurs fonctions. Esmein écrit plus précisément encore que la Constitution « craint que le représentant, soit de la part du pouvoir exécutif, soit de la part des simples particuliers, se trouve exposé à des poursuites vexatoires, à raison de l'accomplissement de ses fonctions et sous le prétexte qu'il y aurait commis un délit »[283]. L'immunité doit donc empêcher que les procédures juridictionnelles ne soient utilisées pour entraver l'exercice de

283 A. Esmein, Éléments..., op.cit., 2e éd., p.955.

fonctions politiques. Afin de pouvoir les exercer de manière libre et indépendante, celui qui est investi d'un mandat ou d'une fonction politique doit être soustrait à toute possibilité de poursuite pénale et même, parfois, civile. Une immunité protège d'ailleurs plus l'exercice indépendant d'une fonction que cette fonction elle-même, ce qui renforce l'aspect personnel de l'immunité puisque la fonction ne peut s'exercer qu'à travers un individu auquel elle est confiée. En définitive, une définition de l'immunité selon un critère finaliste sera préconisée.

2. Une définition large des immunités : les immunités parlementaires et présidentielles, et les privilèges de juridiction

48. La présente thèse entend focaliser sa réflexion sur plusieurs types de privilèges des pouvoirs constitués. Tout d'abord, les immunités parlementaires et présidentielles feront partie de notre champ d'étude. En tant que système d'exemption du droit commun tant d'un point de vue procédural, organique, juridictionnel que par ses effets et sa finalité, le caractère immunitaire de ces deux dispositifs ne fait pas l'objet de contestation au sens de la doctrine française. Au sein de chacune d'elles, nous distinguerons deux catégories d'immunités même si nous constaterons la difficulté pour ces deux termes à apparaître dans le vocabulaire de la science publiciste : *l'irresponsabilité* et *l'inviolabilité*. La première désignera le mécanisme juridique soustrayant les parlementaires et le Président de la République à toute poursuite pour les actes liés à l'exercice de leur mandat, de manière plus ou moins variable en matière pénale, politique et civile. La seconde sera entendue comme le dispositif juridique rendant impossible l'interpellation, l'arrestation ou la restriction de la liberté des parlementaires et du chef de l'État pour les actes étrangers à leurs fonctions.

49. En outre, si certains auteurs dénient la nature immunitaire au privilège de juridiction conféré aux ministres et au Président de la République par les diverses Constitutions françaises, la présente thèse entend défendre l'idée inverse. Le choix est fait d'une conception *large* du concept d'immunité, laquelle désigne toute exemption juridictionnelle au droit commun afin de préserver l'indépendance et l'exercice serein de leurs fonctions[284]. Cela est notamment le cas pour le privilège de juridiction du Président et des ministres dans la mesure où ils échappent, tout deux, aux règles de droit

284 En ce sens, Olivier Beaud observe que « si l'on a tendance à assimiler le privilège de juridiction à l'immunité, c'est parce qu'on a pris ce dernier mot au sens large de dérogation à la loi ». On a considéré que le privilège de juridiction était un « aménagement » du droit en faveur du chef de l'État, témoignant donc d'un droit dérogatoire au droit commun. Une telle assimilation a été rendue possible par la convergence des effets : quelle que soit sa forme (inviolabilité ou irresponsabilité), l'immunité a pour principale conséquence d'interdire que l'action en justice se poursuive, tandis que le privilège de juridiction conduit la juridiction de droit commun à se déclarer incompétente pour toute action dont elle est saisie à tort » (O. Beaud, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel..., op.cit., p.172).

commun s'agissant de la détermination de la compétence des juridictions. Ce privilège est effectivement générateur d'un véritable éclatement des procédures juridictionnelles, d'où la vive contestation citoyenne à son encontre et la proposition récurrente de sa suppression[285]. Tout d'abord, « lorsqu'un ministre du Gouvernement a commis une infraction pour partie dans l'exercice de ses fonctions gouvernementales et pour partie en dehors de l'exercice de ses fonctions, voire même seulement à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, la Cour de justice de la République ne peut connaître que des premières infractions »[286]. Les secondes relèvent obligatoirement des juridictions ordinaires, même si elles apparaissent connexes et directement liées aux premières. Surtout, « les conseillers des ministres ou les agents relevant de leur contrôle ayant participé ou concouru à la commission d'infractions qui valent à ces ministres d'être poursuivis devant la Cour de justice de la République ne peuvent être eux-mêmes poursuivis que devant les juridictions ordinaires, selon les règles de droit commun »[287]. En l'état du droit, le privilège de juridiction des ministres interdit toute confrontation entre un ministre et des conseillers ou agents relevant de son contrôle pourtant mis en examen à l'occasion de procédures de droit commun qui reposent sur les mêmes faits. En ce sens, le régime juridique du privilège de juridiction des ministres est la manifestation de son caractère dérogatoire au droit commun. Comme le souligne le rapport de la Commission Jospin, la compétence de la Cour de justice pour les crimes et délits ministériels qui est « restreinte et exclusive s'impose en droit ; elle est d'ordre public »[288]. En d'autres termes, les juridictions répressives de droit commun ne peuvent, à peine de nullité, se prononcer sur de tels actes répréhensibles des ministres et doivent se déclarer incompétents. De plus, la composition de la Cour de Justice, qui réunit en majorité des parlementaires[289], en fait également une juridiction hybride originale qui contraste avec les tribunaux ordinaires. En outre, la situation est identique à l'égard du privilège de juridiction du Président de la République.

50. En outre, cette perspective extensive est également liée à des raisons conceptuelles. La première est propre à la science au droit constitutionnel et aux tensions qui la déchirent. La doctrine française n'a cessé de s'interroger au fil de notre histoire constitutionnelle sur le problème du privilège de juridiction des ministres et des Présidents. Sans jamais trouver de solution satisfaisante, les auteurs ont pensé cette protection, sans aucun consensus. Or, sur ce point, il est intéressant de noter que ce questionnement est une formidable porte d'entrée pour mettre en lumière l'existence de courants fortement ancrés au sein de la science du droit constitutionnel. En ce sens, deux courants

285 V. sur ce point : L. Jospin, Pour un renouveau démocratique, op.cit., p.76-80.
286 *Ibid*., p.77.
287 *Ibid*.
288 *Ibid*.
289 La Cour de Justice associe trois juges magistrats issus de la Cour de Cassation, douze juges parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée nationale et le Sénat. D'ailleurs, comme le note le rapport Jospin, en raison de sa composition fortement parlementaire, « les arrêts rendus dans les affaires les plus marquantes dont la Cour a été saisie ont été systématiquement critiqués sur le terrain de l'absence d'impartialité objective de cette juridiction » *(ibid.)*, qui constitue une nouvelle preuve de la discordance de nature entre la Cour de Justice et une juridiction traditionnelle.

du droit constitutionnel ont continuellement traversé les siècles : un courant *pénaliste* qui appréhende le tribunal d'exception des ministres et du chef de l'État comme une juridiction de droit commun qui impose dès lors, conformément aux principes révolutionnaires du droit pénal, de fixer légalement les incriminations, la procédure et la peine, et un courant *constitutionnaliste* ou *politique*, qui l'envisage comme un organe politique détaché du droit commun. Par suite, chacun de ces deux courants est porteur d'une philosophie différente du droit constitutionnel, qu'il conviendra de dévoiler.

51. Enfin, une lecture large des immunités constitutionnelles présente un second avantage. Elle permet de les mettre en perspective et de les mettre en confrontation dans la mesure où la plupart du temps elles sont pensées par les publicistes sur un mode hétérarchique. Cela signifie que les immunités constitutionnelles se répondent entre elles et sont conçues de façon *inter-relationnelle*. Par exemple, les immunités parlementaires ne peuvent se comprendre si elles ne sont pas mises en relation avec les immunités présidentielles. Autrement dit, les statuts dérogatoires des pouvoirs constitués se retrouvent très souvent dans chacun des régimes au cœur de l'équilibre et du bon fonctionnement des institutions – et en sont souvent les garants - partagés entre un rôle de contre-pouvoir ou, au contraire, de protection des gouvernants à l'égard du droit commun. Présentant un intérêt réel, la réflexion sur les immunités constitutionnelles entendues au sens large mérite, pour cela, une étude approfondie.

III. LA MÉTHODE RETENUE

Si se doter d'une posture théorique, et en faire l'aveu, paraît toujours nécessaire, cette exigence est d'autant plus prégnante pour la présente thèse. Thème de réflexion polémique, la compréhension des immunités constitutionnelles ne peut se résumer à une seule étude des normes les instituant. À la lumière d'une méthode qui connaît un certain renouveau, il sera privilégié une approche minoritaire parmi les auteurs contemporains du droit constitutionnel, c'est-à-dire une approche *systémique*. Il apparaît que celle-ci renferme une forte portée heuristique par rapport à notre sujet dans la mesure où elle permet de mettre en lumière les intérêts stratégiques de chacun des auteurs dans son appréhension des immunités constitutionnelles qui est conditionné à la fois par des facteurs internes et externes (**A**). À cette fin, notre étude sera chronologique dans la mesure où cette optique permet de mettre en exergue l'idée que la représentation doctrinale des immunités constitutionnelles est déterminée, en grande partie, par le contexte politique et l'architecture des pouvoirs propre à chaque régime (**B**).

A. Le choix de l'approche systématique du droit constitutionnel

52. Notre projet théorique entend aller à l'encontre du paradigme dominant dans la science actuelle du droit constitutionnel incarné par la réduction du droit constitutionnel à l'exégèse du texte constitutionnel[290], pour lui préférer une démarche minoritaire[291], autrement dit une démarche systémique dit encore démarche du « contextualisme »[292] ou encore du « réalisme constitutionnel » - qui ne doit pas être entendu au sens de la théorie réaliste de l'interprétation. En d'autres termes, notre thèse vise à rompre l'isolement qui guette le droit constitutionnel jurisprudentiel en renouant le dialogue avec les autres sciences sociales. Dans un paysage doctrinal dominé par une conception du droit constitutionnel centrée sur l'analyse systématique des décisions de justice, notre démarche entend rendre au droit constitutionnel sa dimension intrinsèquement politique[293] et fait donc le choix de recourir à la méthode théorisée par le Professeur Marie-Anne Cohendet du « système de variables déterminantes »[294].

53. Le choix de l'une ou l'autre de ces démarches épistémologiques est d'une grande importance sur le plan de la méthode. Pour ce qui est de cette thèse, la posture théorique choisie ici s'inscrit

290 Longtemps, il a été reproché au droit constitutionnel d'être un droit mou sans organe de sanction ni d'interprète authentique. Or, historiquement, la science du droit constitutionnel a connu « un tournant dogmatique » (R. Baumert, La Découverte du juge constitutionnel, op.cit., p.539) suite à la naissance du Conseil Constitutionnel et en particulier à partir des années 1970 suite à la fameuse décision fondatrice *Liberté d'association* du 16 juillet 1971. Elle a vu l'apparition du « courant du droit constitutionnel jurisprudentiel »**,** impulsé notamment par l'École aixoise (X. Magon, Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales, *in* X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor et S. Mouton (dir.), Questions sur la question 3 (QsQ) : de nouveaux équilibres institutionnels ?, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Grands Colloques, 2014, p. 3-14.). La naissance d'une cour constitutionnelle et le développement spectaculaire de sa jurisprudence à partir de la Vème République ont effectivement bouleversé profondément non seulement l'objet, la méthode et le discours des constitutionnalités français. À cet égard, l'objet principal de son champ d'étude réside dans les décisions du Conseil Constitutionnel qui sont venues asseoir le caractère juridique du droit constitutionnel. Désormais, l'existence d'un interprète authentique nécessite, de sa part, une exégèse de ses décisions au point que « pour beaucoup de constitutionnalistes contemporains, le commentaire des décisions du Conseil est le centre de gravité de la discipline » (R. Baumert, La Découverte du juge constitutionnel, op.cit., p.538.). Le droit constitutionnel jurisprudentiel et contentieux, « en tant que discours doctrinal sur la jurisprudence constitutionnelle », s'est donnée « pour seule ambition de décrire et systématiser un discours jurisprudentiel supposé neutre et considéré comme objet premier, voire exclusif, de la matière constitutionnelle » (X. Magnon, Appréhender…, op.cit., p.3). Par là-même, il en a résulté un certain désintérêt de la doctrine constitutionnaliste contemporaine pour ses anciens modes d'investigation que sont l'histoire constitutionnelle ou la théorie juridique.

291 Comme le note Renaud Baumert, « si nul ne songe à nier l'importance de la dogmatique, des publicistes influents et de plus en plus nombreux s'élèvent contre son actuelle prédominance » (R. Baumert, La Découverte…, op.cit., p.539).

292 G. Glénard, Pour une analyse contextualiste du droit constitutionnel (l'exemple de la Constitution de 1791), Droits, n°32, 2000, p.69-87.

293 X. Magnon et A. Vidal-Naquet, Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?, Les cahiers Portalis, Association de l'Institut Portalis, n°6, 2018, p.107-128 ; A. Le Pillouer, « Droit politique » et « réalisme nanterrois ». Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel, Jus Politicum, n°24, 2020, [En ligne] : http://juspoliticum.com/article/Droit-politique-et-Realisme-nanterrois-Considerations-sur-la-methode-et- l-objet-du-droit-constitutionnel-1328.html.

294 M.-A. Cohendet, Le système des variables déterminantes, *in* Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Paris : Montchrestien, 2008, p.119-134 ; du même auteur : Les épreuves en droit public, 4è éd., Paris : Montchrestien, coll. Les méthodes du droit, 2009, p.34 et s. ; Droit constitutionnel, 4è éd., Paris : LGDJ, coll. Cours, 2019, p.174-186.

indéniablement dans la perspective du « réalisme » constitutionnel. À vrai dire, cette orientation méthodologique s'impose d'elle-même. La problématique sur laquelle nous serons amenés à réfléchir conditionne, en effet, la posture théorique retenue. Le questionnement des immunités constitutionnelles induit de se placer au-delà de l'analyse littérale des normes qui les prévoient afin de l'appréhender correctement dans sa globalité et de cerner les enjeux qu'il soulève. Cette approche est d'autant plus naturelle dans notre cas que la présente thèse porte son attention sur les contenus des discours doctrinaux relatifs à cet objet. Cette thèse entend précisément étudier comment la doctrine publiciste française appréhende et interprète les statuts dérogatoires des pouvoirs supérieurs ainsi que les logiques qui président à la construction de leurs représentations dans des contextes politico-juridiques dissemblables. Il s'agit effectivement, à travers notre travail, de déconstruire leurs constructions intellectuelles afin de mettre en évidence les présupposés qui les conditionnent. De ce point de vue, il apparaît à l'analyse que les argumentaires de la doctrine publiciste française vis-à-vis de la thématique des régimes exorbitants de droit commun dépend d'une infinité de croyances et de représentations que nous rassemblons, pour simplifier notre propos, en deux grandes séries.

54. Dans cette optique, nous poursuivrons, autant que possible, une double démarche dans cette recherche. Nous procéderons, à la fois, à une contextualisation *objective* et *subjective* par rapport à la pensée de la doctrine publiciste française. Concernant la première, il apparaît que la conception des statuts immunitaires d'un publiciste est tributaire, tout d'abord, de facteurs exogènes. Elle est le fruit de déterminations historiques, politiques, constitutionnelles et académiques propres à chaque époque qui sont susceptibles d'encourager telle ou telle manière de penser et sur lesquelles il est nécessaire de mettre l'accent. Cependant, il convient de ne pas tomber dans l'excès inverse qui consisterait à noyer le juridique dans des facteurs extra-juridiques. Le juridique devant rester prédominant, elle est complétée par une approche internaliste qui s'intéresse, quant à elle, aux présupposés théoriques propre à chaque auteur qui détermine et structure sa façon de comprendre les systèmes immunitaires. En ce sens, le discours des publicistes quant à cette thématique est dépendant, tout d'abord, de leurs postulats méthodologiques. Certains appréhendent l'activité doctrinale comme une discipline prescriptive, tandis que d'autres la conçoivent comme une « science ». Bien entendu, nous verrons dans la pensée de plusieurs auteurs que cette distinction est poreuse et plus ou moins consciente. Mais il n'en demeure pas moins que le choix de leur méthodologie juridique joue un rôle déterminant dans la manière d'appréhender ce sujet de réflexion et elle connaîtra de nombreuses variations au fil de l'histoire de la science du droit public et de ses paradigmes épistémologiques dominants. À côté de la méthodologie, leurs postulats théoriques sont également un élément essentiel de compréhension de leur grille de lecture des immunités constitutionnelles. De ce point de vue, il s'avère que la question des immunités constitutionnelles est

une question transversale qui mobilise la plupart des dogmes du droit public. La conception que chaque publiciste se fait de l'immunité dépend effectivement de sa représentation de plusieurs concepts structurels du droit public que sont : la séparation des pouvoirs, le détenteur de la souveraineté, le principe d'égalité devant la loi, la justice, la garantie des droits et le pouvoir d'État[295]. Ce sujet ne peut donc pas faire l'objet d'un traitement uniforme d'un auteur à un autre.

55. En définitive, combinés en des proportions variables, ces ensembles de croyances, qui associent des facteurs exogènes et endogènes, forment la matrice globale d'une doctrine déterminée par rapport au problème des privilèges des pouvoirs supérieurs. Ils constituent ce que Renaud Baumert appelle « l'appareil interprétatif d'un juriste »[296]. Mise en application, la portée heuristique de cette contextualisation objective et intersubjective est importante. Elle met en évidence la façon dont se forment et s'opposent des visions concurrentes d'un même objet. Il est effectivement intéressant de noter qu'à droit quasi-constant, les immunités constitutionnelles font l'objet de représentations intellectuelles diverses et diamétralement opposées. Inscrites dans un cadre de réflexion constitutionnel et politique qui ne cesse de se renouveler, leur pluralité dérive de présupposés théoriques et méthodologiques divergents.

56. En cela, la démarche que nous adoptons peut se rapprocher de ce que le professeur Marie-Anne Cohendet appelle « le système des variables déterminantes », dit SVD. Cette expression désigne « l'ensemble des éléments qui, seuls ou combinés, peuvent avoir une incidence sur la formation et l'interprétation des règles de droit »[297]. Ce SVD comprend des éléments juridiques et extra-juridiques. Parmi les éléments juridiques, Marie-Anne Cohendet prend en compte les règles infra-constitutionnelles, les décisions et les règles jurisprudentielles ainsi que les actes d'application de la Constitution par les gouvernants. Parmi les éléments extra-juridiques, elle intègre l'histoire (qui crée des habitus), les précédents (les précédents d'application de la constitution), la géopolitique, le contexte interne ou diplomatique, le système de partis, la situation des forces politiques, la situation personnelle des acteurs du jeu politique, des éléments de philosophie et de psychologie, les habitus et enfin les partis politiques en tant que tels, qui assimilent, communiquent, voire conditionnent ces habitus. De ce point de vue, sa position épistémologique présente des similitudes avec la nôtre. Cette théorie, essentiellement centrée sur le droit constitutionnel, vise à comprendre la formation de la règle et les facteurs, juridiques ou non juridiques, qui conditionnent son interprétation[298]. La seule différence réside dans le fait que le SVD cherche à expliquer « le

295 Voir sur ce point : O. Beaud, L'immunité du chef de l'État…, op.cit., p.188.
296 R. Baumert, La Découverte du juge constitutionnel…, op.cit, p.18.
297 *Ibid*., p.121.
298 Comme l'affirme Marie-Anne Cohendet, « être scientifique, ce n'est pas prétendre couper le droit du monde, c'est au contraire se donner les moyens de comprendre, avec toute l'objectivité possible, les relations entre les règles de droit et les éléments qui déterminent leur création et leur application » (M.-A. Cohendet, Science et conscience – De la neutralité à l'objectivité, *in* Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Paris : Dalloz, 2007, p. 78).

processus qui détermine le passage de la règle écrite à l'interprétation faite de la règle dans ses actes d'application »[299]. Autrement dit, cette théorie se concentre davantage sur l'interprétation des interprètes authentiques que sur celle de la doctrine. Il n'en reste pas moins que sa théorie constitue une source d'inspiration par rapport à notre approche externaliste et internaliste.

B. Une analyse chronologique et conceptuelle de l'histoire constitutionnelle française

Après avoir mis en lumière la méthodologie adoptée, il convient, désormais, de délimiter le champ d'étude sous l'angle temporel. À cet égard, il sera procédé à une analyse *diachronique* de la question des immunités en droit constitutionnel, c'est-à-dire de la naissance moderne de ce concept en droit français à partir de la Révolution de 1789 sous l'auspice principal de Mirabeau jusqu'à la Vème république durant laquelle les constitutionnalistes français n'ont jamais autant réfléchi à ce questionnement en comparaison d'autres régimes (**1**). Cependant, pour éviter le piège du catalogue des écrits sur ce sujet, il a été considéré comme plus instructif, sur un plan heuristique, de catégoriser la doctrine constitutionnelle sous forme de « générations », chacune ayant ses propres méthodes et ses propres intérêts et finalités (**2**).

1. De la Révolution française à aujourd'hui : une analyse diachronique

57. « L'intelligence actuelle du droit public et des institutions françaises ne se limite pas à l'ensemble de ses textes constitutifs : elle a une « épaisseur » istorique qui propose des clefs d'explication et qui rappelle que le droit reste encore une science humaine et sociale, bien éloignée des « sciences dures. L'istoire est à ce titre un des piliers fondamentaux de la culture juridique »[300]. Dans le cadre de notre étude, le champ temporel retenu apparaît de grande ampleur puisqu'il s'agit de s'intéresser à l'ensemble de l'histoire constitutionnelle française. Autrement dit, notre analyse traverse les différents régimes politiques qui se sont succédés à partir de la Révolution de 1789 jusqu'à la Vème République. Bien évidemment, la pensée juridique française antérieure à 1789 n'ignore pas la question de la responsabilité des gouvernants. Ce problème est relativement ancien et avait déjà été exploré profondément par la doctrine[301]. Concernant *le Roi* français, elle l'a conçu sous l'ancien droit comme un être irresponsable vis-à-vis de ses sujets, dans un premier temps,

299 M.-A. Cohendet, Le système des variables déterminantes, op.cit., p.121.
300 F. Saint-Bonnet et Y. Sassier, Histoire des institutions avant 1789, 2è éd., Paris : Montchrestien, coll. Domat. Droit public, 2006, p.224.
301 F. Saint-Bonnet, Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ?, Droits, n°32, 2000, p.7-20.

compte tenu de sa sacralité depuis le règne des carolingiens[302]. Le sacre est considéré comme un acte de grâce divine qui constitue le fondement légal du pouvoir monarchique[303] et de son inviolabilité[304]. Puis, dans un second temps, à partir du XVIème siècle, la conceptualisation par les légistes français – tels que Jean odin, Cardin Le Bret[305], Guy Coquille, Charles Loyseau ou Jean de errevermeille – du pouvoir royal comme une véritable fonction publique, distincte de la personne physique du monarque, *la dignitas regia*, annonce une évolution du fondement de son irresponsabilité, sur lequel les auteurs modernes se sont particulièrement penchés[306]. L'irresponsabilité du roi est désormais associée à la souveraineté qu'il incarne, plus qu'à sa sacralité qui conserve néanmoins un aspect symbolique[307]. Ce privilège est la condition d'existence de la souveraineté et de l'infaillibilité du Souverain[308], cette solution étant vouée à devenir relativement classique dans le droit public européen[309].

302 Y. Sassier, Royauté et idéologie au Moyen Âge. Bas-Empire, monde franc, France (IVè-XIIè siècle), 2è éd., Coll. U. Histoire, Paris : Armand Colin, 2012, p.123-188.

303 C'est le cas notamment de l'auteur anglais « Anonyme » Normand, clerc de Normandie, qui esquisse au XIIème siècle la théorie de la *théocratie royale* pour soutenir la royauté anglaise dans le conflit extrême qui oppose les rois Guillaume le Roux et Henri Ier Beauclerc, fils de Guillaume le Conquérant, à un grand partisan de la réforme, l'archevêque Anselme de Cantorbery. Dans ses traités de théologie politique rédigés autour de l'an 1100 dont *De la consécration des pontifes et des rois*, Anonyme Normand élabore « le concept d'une *persona mixta* du roi, d'une capacité double à la fois temporelle et spirituelle qui tend singulièrement à rehausser l'image de la royauté. [Il] s'insurge contre toute assimilation du roi, « oint du Seigneur » (*christus Domini*), à un laïque et se révèle comme un ardent défenseur de l'essence spirituelle d'une royauté à l'image du Christ. (…) Par la grâce, c'est-à-dire par l'onction du sacre qui fait surgir l'Esprit Saint dans l'âme royale, qui possède une vertu transfigurante et « déifiante » (*virtus déificans*), qui est donc, souligne l'Anonyme, une « apothéose », le roi chrétien est celui qui représente pour un temps sur terre l'image vivante du Christ, par nature roi et *Christus* pour l'éternité. (…) Il devient un « autre homme » et un « prophète ». Il devient *christomimètès*, semblable au Christ, et son pouvoir est le pouvoir de Dieu » (Y. Sassier, Royauté et idéologie…, op.cit., p.56-57). Sur ce point : E. Kantorowicz, Les Deux corps du roi, essai sur la théologie politique au Moyen Âge, Paris : Gallimard, 1989, p. 51-63. Par ailleurs, il convient de noter que l'Encyclopédie de Diderot contient un article intitulé « Privilège du roi » mais celui-ci ne traite pas de la protection juridique ou sacré dont il jouit.

304 Même si elle ne fut jamais consacrée juridiquement comme loi fondamentale du royaume, la théorie de la monarchie absolue de droit divin repose « sur l'idée que le roi reçoit directement son pouvoir de Dieu, qu'il en est responsable devant Lui seul, à l'exclusion de toute autorité humaine. Il en résulte une sacralisation du pouvoir et de son titulaire, ainsi que la négation de tout droit de contrôle ou de sanction terrestre (du pape ou du peuple) » (A. Leca, Formation et transformation du droit français, op.cit., p.207).

305 F. Saint-Bonnet, « Cardin Le Bret » *in* P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle), Paris : PUF, 2007, p.622-623.

306 E. Kantorowicz, Les Deux corps du roi, essai sur la théologie politique au Moyen Âge, op.cit. ; L. Marin, Politiques de la représentation, Paris : Kimé, 2005 ; A. Jouanna, Le Pouvoir absolu, Naissance de l'imaginaire politique de la royauté, Paris, Gallimard, 2014 ; S. Perez, Le corps du Roi. Incarner l'État. De Philippe Auguste à Louis-Philippe, Paris : Perrin, 2018.

307 Estelle Doudet souligne « l'impossible divinisation explicite du roi mortel dans les sociétés chrétiennes pour lesquelles l'Incarnation est l'apanage du Christ » (E. Doudet, Corps du roi en scène, Cahiers, de recherches médiévales et humanistes, n°32, 2016, p.13). Sur ce point : A. Boureau, Le Simple corps du roi. L'impossible sacralité des souverains français, XVe-XVIIIe siècle, Paris : Ed. de Paris, 1988.

308 De manière minoritaire, certains penseurs, principalement protestants, que l'on nomme « monarchomaques » tels que François Hotman ou Théodore de Bèze, défendent, au cours du XVIème siècle, l'origine *contractuelle* du pouvoir royal. Selon cette théorie, le roi ne tient son pouvoir que du consentement du peuple et ce consentement est à la base d'un contrat fondé, à l'origine, sur la bonne foi et la raison. Dès lors, dans cette conception, compte tenu de la nature de l'acte qui lie les individus au Roi, si le souverain ne respecte pas ce contrat en violant la loi civile, il est considéré comme un tyran et le peuple a le droit de lui résister. Le monarque est donc en quelque sorte débiteur d'une responsabilité contractuelle. Cette doctrine contractuelle annonce les théories du contrat social de Hobbes, Rousseau et Locke, avec la reconnaissance pour ce dernier d'un droit de résistance à l'oppression contre le pouvoir. Sur ce point : A. Leca, Généalogie de la construction juridique de l'État en France, op.cit., p.36-37 ; E. Desmons, Droit de résistance et histoire des idées, Pouvoirs, n°155, 2015, p. 29 à 40.

309 Par exemple, en Angleterre, « à partir du XVIème siècle, on s'aperçut que le sujet n'avait pas de recours de droit contre certains actes de son souverain, et l'on en vint à déclarer que le roi ne pouvait pas, n'avait pas le pouvoir de faire

De même, pour ce qui est de la responsabilité *des ministres*, les révolutionnaires français de 1789 peuvent s'appuyer sur une riche réflexion doctrinale. Dès le début du XVIIIème siècle, la Suède fait figure de « véritable laboratoire d'analyse pour les théoriciens du droit constitutionnel »[310] puisque cet Etat connaît « entre 1720 et 1722 l'ère de la liberté, durant laquelle les droits du roi, élu, sont particulièrement limités par la Constitution, au profit des parlementaires représentant l'aristocratie, avec l'ébauche du régime parlementaire »[311]. La Constitution suédoise de 1719 remplacée et complétée par celle de 1720 qui sera en vigueur jusqu'en 1772 et qui est considérée comme « la première constitution formelle moderne dans l'histoire de l'Europe continentale »[312], pose, en son article 15, le principe de la responsabilité des ministres (dits *sénateurs*) devant le Parlement[313]. Cette disposition aura pour effet de soumettre le Roi à la volonté du Parlement et d'opérer un transfert du pouvoir exécutif au gouvernement[314]. Mais ce concept de responsabilité ministérielle devant l'assemblée connaîtra une forme aboutie dans un autre régime, celui des anglais, à partir de 1782[315]. Certes le droit anglais connaissait déjà la procédure d'*impeachment* qui institue la responsabilité pénale des ministres. Ces derniers étaient mis en accusation par la chambre des Communes et jugés par la Chambre des Lords, dont la sanction pouvait aller jusqu'à la peine de mort. Or de cette responsabilité pénale naîtra progressivement la responsabilité politique et collective du gouvernement devant les Communes[316], comme l'illustre l'épisode de la démission du Gouvernement de Lord North. Ce faisant, par son expérience constitutionnelle, le régime anglais devient ainsi « le modèle de toute l'Europe, à commencer par la France »[317]. La diffusion et le rayonnement des institutions anglaises dans l'hexagone s'exercent par les théoriciens,

ces actes. C'est à ce moment que commença à être formulée la célèbre maxime: *The king can do no wrong*, le Roi ne peut mal faire. Cette prohibition se transforma très rapidement en un principe d'irresponsabilité: de par sa nature le souverain est incapable de mal faire. D'où une double série de conséquences : sur le plan constitutionnel, irresponsabilité du monarque avec le correctif du contre-seing et de la responsabilité ministérielle; d'autre part irresponsabilité juridique de la Couronne et de des serviteurs » (D. Lévy, La responsabilité contractuelle de la Couronne en droit anglais, Revue internationale de droit comparé, vol. 7, n°1, janvier-mars 1955, p.56).

310 M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 5ème éd., op.cit., p.50.

311 *Ibid*.

312 J.-P. Lepetit, La Constitution suédoise de 1720. Première constitution écrite de la liberté en Europe continentale (Partie I), Jus politicum, n°9, 2013, p.1. [en ligne: http://juspoliticum.com/article/La-Constitution-suedoise-de-1720-Premiere-constitution-ecrite-de-la-liberte-en-Europe-continentale-Partie-I-659.html].

313 « Si (dans le Sénat) il y a une plus grande inégalité dans les suffrages, alors Sa Majesté embrasse toujours le parti que le plus grand nombre des sénateurs a déclaré le plus avantageux, comme étant selon toute apparence le plus sur et le meilleur ; et cela avec d'autant plus de raison que lorsqu'il résulte quelque pernicieux effet d'une telle résolution, ceux des sénateurs qui en auront été cause par leurs mauvais conseils en seront responsables devant les Etats ». L'article 14 prévoit une clause d'exonération : « on ne doit pas leur imputer [aux sénateurs] les mauvais succès qui peuvent arriver ensuite de leur suffrage quand leur opinion, leur pensée et leur jugement auront été fondées sur des raisons valables ». Sur ce point : G. de Proschwitz, Responsabilité : l'idée et le mot dans le débat politique du XVIIIe siècle, Actes du Xème congrès de linguistique et philologie romanes, Strasbourg, 23-28 avril 1962, Georges Straka (éd.), t.1, Paris : Klincksieck, 1965, 85-97 ; M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.256-257.

314 Sur ce point : P. Fahlbeck, La Constitution suédoise et le parlementarisme moderne, Paris, 1905 ; P. Lauvaux, A. Le Divellec, Les grandes démocraties contemporaines, 4è éd., Paris : PUF, 2015, p.601-652.

315 D. Baranger, Parlementarisme des origines. Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien), Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1999.

316 Sur ce point : J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel. Tome 1 Théorie générale – Histoire – Régimes étrangers, 2è éd., Paris : PUF, p.192.

317 M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 5ème éd., Paris : Montchrestien, 2011, p.237.

principalement par les auteurs de l'Encyclopédie[318] ou encore par Montesquieu. Le juriste bordelais, nourri de références livresques, marqué par un séjour londonien de plus de dix-huit mois, possède « une très fine connaissance, sans doute l'une des plus fines de son époque, de la réalité politique anglaise »[319]. Le chapitre VI du livre XI de l'Esprit des lois intitulé « De la Constitution de l'Angleterre » en est la démonstration. Il systématise les principaux agencements de la Constitution anglaise tout en établissant les instruments qui fondent la liberté politique. Les philosophes des Lumières et, plus tard, les révolutionnaires en 1789 ont ainsi à leur disposition une somme conséquente[320] relative aux mécanismes de responsabilité des gouvernants[321].

Enfin, en ce qui concerne les régimes de protection *des parlementaires* avant 1789, ils n'existent pas à proprement parler dans le droit français puisque la France ne possède pas encore de Parlement au sens d'assemblée législative durant cette période. Les États généraux fonctionnent sur la base d'un rapport de nature contractuelle entre députés et commettants. La nature corporative de cette représentation d'origine médiévale implique un mandat qui ne soit pas représentatif mais impératif. L'histoire des immunités parlementaires en France démarre avec l'épisode de la convocation des États généraux, même si à l'origine le Règlement électoral des États généraux du 24 janvier 1789, qui organise l'élection et la convocation de ses membres, ne prévoit aucune protection pour les députés. On ne mentionne le procédé des immunités parlementaires avant 1789 que dans des Constitutions étrangères. Par exemple, Cécile Guérin-Bargues observe que « les privilèges

318 Plus largement, pour Édouard Tillet, auteur d'une thèse sur le degré de propagation du modèle anglais en France avant 1789, cet ouvrage a « contribué à la diffusion du modèle anglais auprès de l'élite éclairée européenne » (E. Tillet, La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières, Paris : PUF, 2001, p.301). Cette large publicité est due, selon Édouard Tillet, à la plume du chevalier Louis de Jaucourt qui, dans l'Encyclopédie, « a fait œuvre de vulgarisateur insatiable d'un idéal de gouvernement tempéré, en conjuguant les thèses de Locke avec les innovations constitutionnelles de Montesquieu » (*ibid*., p.302). Mais l'auteur ajoute que le discours des encyclopédistes sur le régime anglais n'est pas univoque puisque se mêlent des auteurs plus ou moins favorables à la monarchie absolue : « la palette des jugements sur cette nation est variée » (*ibid*., p.301).

319 *Ibid*., p.251.

320 « À partir de 1748, la Constitution anglaise est désormais une référence incontournable pour les publicistes, l'anglicisme « constitutionnel » étant devenu un mot à la mode » (*ibid*., p.294). Cependant, Édouard Tillet estime qu'« au cours de cette période caractérisée par une précision dans la compréhension des mécanismes institutionnels en vigueur de l'autre côté de la Manche, le modèle anglais suscite à la fois l'adhésion et le rejet, la fascination et la désapprobation, apparaissant comme un modèle politique sous tension » (*ibid*.). Mais il n'en demeure pas moins pour lui qu'« au-delà de cette réflexion sur la liberté anglaise, qu'elle soit enviée, contestée ou décriée, il semble que les références à cette nation aient été un instrument efficace au service de la contestation des assises de la monarchie d'Ancien Régime » (*ibid*.).

321 Comme le note Édouard Tillet, « le pouvoir n'est plus pensé dans L'Esprit des lois dans un cadre transcendant » (*ibid*., p.267). Comme le souligne l'auteur, Montesquieu déclare que la personne du monarque « doit être sacrée », et non « est sacrée » (Montesquieu, De l'Esprit des lois, op.cit., XI, 6, p. 300). Mais pour ne pas violer l'inviolabilité du monarque d'après l'adage the King can do no wrong auquel Montesquieu fait allusion, la chambre basse peut, grâce à la procédure d'impeachment, engager la responsabilité pénale des conseillers qui viendraient à violer « les droits du peuple » (*ibid*., p. 301). Montesquieu déclare en effet : « comme celui qui exécute ne peut exécuter mal, sans avoir des conseillers méchants et qui haïssent les lois comme ministres (…), ceux-ci peuvent être condamnés et punis » (*ibid*., p.300). D'ailleurs, Édouard Tillet note qu' « en se référant aux droits du peuple, Montesquieu donne à cette procédure une teinte démocratique » et que, d'un point de vue institutionnel, « le pas vers une responsabilité politique des ministres est d'ailleurs presque franchi par Montesquieu lorsque ce dernier précise que le corps des représentants est choisi autant pour faire les lois que pour « voir si l'on a bien exécuté celles qu'il a faites » (EDL, XI, 6, p. 298) » (E. Tillet, La Constitution anglaise..., op.cit., p.267). Montesquieu affirme à cet effet que les membres du gouvernement sont « souvent obligés de justifier de leur conduite devant un conseil populaire » (*ibid*., XIX, 27, p.482).

parlementaires apparaissent en Angleterre au cours du XIVème et du XVème siècles »[322]. Il est traditionnel de considérer que l'immunité parlementaire aurait été créée aux premiers temps du Parlement anglais[323]. Dès le XIVème siècle, commence à être reconnue aux parlementaires la liberté de discuter et de délibérer sans ingérence de la Couronne, - le freedom of speech - avant d'être formalisée en 1689 dans le Bill of Rights à l'article 9[324]. En parallèle, une tradition est née en vertu de laquelle les membres du Parlement bénéficient d'une certaine protection contre les mesures restreignant la liberté personnelle, en particulier en droit civil, appelée « le freedom from arrest ». On trouve également, à la veille de la Révolution française, des exemples Outre Atlantique puisque les membres des assemblées coloniales puis les membres du Congrès jouissent des protections inspirées de la tradition anglaise[325].

Dès lors, il s'avère que la réflexion relative aux protections exorbitantes des gouvernants est le résultat d'un long processus séculaire qui plonge ses racines dans les riches débats et pensées débutés à partir de l'Antiquité. Certaines constructions historiques françaises ou étrangères influencent indéniablement encore la pensée moderne sur cet objet. Néanmoins, l'œuvre révolutionnaire française de 1789 et les régimes suivants représentent une césure dans l'histoire intellectuelle concernant cette question en France. La consécration du principe d'égalité devant la loi au centre de notre ordre juridique, l'affirmation de la souveraineté nationale au détriment de la souveraineté royale ou encore l'enracinement de la responsabilité des gouvernants comme impératif démocratique et libéral à partir de cette époque, sont autant de facteurs qui redessinent fortement les données du problème.

58. Par conséquent, le point de départ de la réflexion est fixé à la période révolutionnaire. Comme le souligne Michel Verpeaux, cette période « constitue une rupture dans le droit public français »[326].

322 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.34.

323 Certaines recherches font remonter le privilège parlementaire aux tribuns de la plèbe dans la Rome antique puisque « attenter à leur personne ou les entraver dans l'exercice de leurs fonctions était passible de la peine de mort » (v. Rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires adopté par la Commission de Venise, 21-22 mars 2014, op.cit., p.5). Néanmoins, l'opinion doctrinale commune juge que l'origine de l'immunité parlementaire est anglaise et « remonte à la session du parlement anglais qui a eu lieu du 12 janvier au 12 février 1397, quand la Chambre des communes vota un projet de loi qui dénonçait la conduite scandaleuse de la cour de Richard II d'Angleterre ainsi que les charges financières excessives qui en résultaient. Le député Thomas Haxey, qui avait pris l'initiative de cet acte, dirigé directement contre le roi et sa cour, fut jugé et condamné à mort pour trahison. Cependant, grâce aux pressions exercées par les Communes, la sentence ne fut pas exécutée, le souverain ayant accordé sa grâce. Cet incident amena la Chambre des communes à examiner la question du droit des parlementaires de discuter et de délibérer en pleine autonomie et liberté, sans interférence de la couronne » (Direction générale des études, L'immunité parlementaire dans les Etats membres de l'Union Européenne et au Parlement européen, Série Affaires juridiques, W 8/ rév.10, 1999).

324 « Que la liberté de parole, des débats et des procédures dans le sein du Parlement, ne peut être entravée ou mise en discussion en aucune Cour ou lieu quelconque en dehors du Parlement lui-même ; ».

325 Section 6 alinéa 1 de la Constitution américaine de 1787 : « (…) [Les sénateurs et représentants] jouiront du privilège de ne pouvoir dans aucune affaire, sauf pour trahison, crime et violation de la paix publique, être mis en état d'arrestation pendant leur présence à la session de leurs chambres respectives, ni pendant qu'ils s'y rendent ou qu'ils en reviennent ; et, pour tout discours ou débat dans l'une ou l'autre chambre, ils ne pourront être interrogés dans aucun autre lieu ». Sur ce point : C. Guérin Bargues, Immunités parlementaires..., op.cit., p.42-58.

326 M. Verpeaux, La naissance du pouvoir réglementaire 1789-1799, Paris : PUF, coll. Les Grandes thèses du droit français, 1991, p. 8.

La Révolution française de 1789 inaugure effectivement une phrase créatrice sans précédent. De ce point de vue, s'agissant des immunités parlementaires, le décret du 23 juin 1789 constitue un tournant en ce qu'il est considéré traditionnellement comme le premier texte à avoir institué une protection immunitaire à l'égard des membres de l'Assemblée nationale naissante. Ainsi, dès le début de la Révolution française, le principe d'un mécanisme dérogatoire au droit commun est posé, parallèlement au développement du mandat représentatif des députés. Cette construction est notamment l'œuvre du Comte de Mirabeau, qui peut être considéré en quelque sorte comme l'un des premiers penseurs de la problématique des régimes dérogatoires. Il a ensuite paru indispensable d'envisager chacun des régimes politiques successifs qu'a connus la France depuis 1789 jusqu'à aujourd'hui en se focalisant sur les penseurs de chacune de ces périodes, afin de percevoir l'évolution des représentations doctrinales par rapport cette problématique.

Quant à la manière d'aborder ce matériau riche et volumineux que représentent les travaux des publicistes entre la Révolution française et de nos jours, elle est en quelque sorte imposée par le genre d'exercice qui est celui d'une étude historique : il s'agira ici de respecter l'un des canons du genre en accordant une place à la chronologie. Néanmoins, notre analyse chronologique de l'histoire constitutionnelle se veut conceptuelle à un double point de vue. Tout d'abord, les périodes déterminantes de notre histoire constitutionnelle vis-à-vis du questionnement des statuts immunitaires constitutionnels ont été découpées sous forme de « générations » de constitutionnalistes. En outre, notre thèse obéit à une certaine manière de faire de l'histoire constitutionnelle qu' Olivier Beaud appelle « une histoire située »[327], c'est-à-dire que les doctrines des publicistes sont replacées dans la conjoncture historique et politique qui les conditionnent. Il sera ainsi mis en lumière l'importance du contexte dans lequel elles sont nées et se sont développées. Toutefois, une présentation purement historique de la doctrine comporte le risque d'une surévaluation de l'impact des circonstances dans la production des idées. C'est pourquoi une analyse également endogène de la pensée des auteurs est parallèlement mobilisée.

59. En somme, l'intérêt d'une analyse chronologique quant au traitement doctrinal du problème des immunités constitutionnelles se révèle important. Chacune des périodes historiques étudiées constitue une phase importante dans l'évolution de sa compréhension. Chacune d'elles, à sa manière, a construit ce questionnement, même si l'assise théorique fondamentale a été posée principalement par la période révolutionnaire. Il apparaît effectivement que la réflexion des auteurs de la Révolution nourrit encore la réflexion des constitutionnalistes contemporains. Ce faisant, toutes les périodes, identifiées comme déterminantes, rendent compte d'une étape dans la construction de la réflexion constitutionnelle des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués. Plusieurs strates peuvent être identifiées : la période révolutionnaire durant laquelle les publicistes révolutionnaires ont posé

327 O. Beaud, Avant-propos. Le regard du juriste, in R. Baumert, La Découverte du juge…, op.cit., p.XXI.

les bases de la réflexion, la période de la monarchie parlementaire qui redessine le cadre réflexif en raison de l'apparition du parlementarisme, la période de la République parlementaire à partir de la IIIème République propice à une synthèse durable de la problématique des régimes dérogatoires, la période moderne marquée par l'apparition inédite des fossoyeurs. L'éclairage de l'histoire constitue, dès lors, un instrument essentiel pour appréhender la pensée publiciste par rapport à l'institution immunitaire.

2. Le découpage de l'histoire doctrinale des immunités en générations

60. Le présent sujet, par son caractère éminemment vaste, implique des choix, et donc des limitations. Celles-ci sont d'autant plus nécessaires en raison de l'acceptation large de l'expression d'« immunités constitutionnelles ». La question qui se pose néanmoins est celle de savoir comment il est possible, à la fois, d'ordonner les données volumineuses qui ont été ici rassemblées et d'éviter deux écueils. Le premier serait de dresser un simple catalogue des écrits relatifs aux immunités en droit constitutionnel. L'autre serait de privilégier un auteur. Conscient de ce double risque, il a été procédé à une synthèse qui n'écarte *a priori* aucun auteur, quelle que soit l'importance qu'on peut accorder rétrospectivement à chacun d'eux.

61. Le découpage temporel retenu dans cette recherche est fondé sur le concept de *génération*, entendu comme un ensemble de personnes ayant connu des influences intellectuelles communes. Cette classification présente le mérite de mettre en évidence que les publicistes, dans des contextes politiques différents, ont élaboré des discours divergents sur la question des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués, guidés en cela par des démarches épistémologiques et des finalités contraires. A l'analyse, deux césures principales ont émergé : la « génération des fondateurs » entre 1789 et 1875, divisée elle-même entre celle des bâtisseurs et des constructeurs, et la « génération morcelée des héritiers » entre 1875 à aujourd'hui, partagée entre celle des continuateurs et des réformateurs. L'étude de ces différentes générations, guidées par des postulats théoriques particuliers dans un cadre réflexif politique opposé, mettra en lumière la richesse de la littérature constitutionnelle s'agissant de cette problématique qui occupera chacun de nos régimes. Comme le note Pascale Deumier, « la véritable richesse de la doctrine [juridique] est dans cette capacité à formuler une proposition de droit dépourvue d'autorité juridique. Elle est le gage de son entière liberté, la dispense de rechercher l'uniformité - la division doctrinale étant au contraire son moteur -, l'autorise à tous les changements et variations sans craindre pour la sécurité juridique ou pour sa responsabilité »[328].

328 P. Deumier, Introduction générale au droit, Paris : LGDJ, 2011, p.370.

IV. LA PROBLÉMATIQUE, L'INTÉRÊT DE L'ANALYSE ET LE PLAN

62. La présente thèse vise à mettre l'accent sur les argumentaires scientifiques développés dans les travaux constituants de 1789 et, par la suite, dans les manuels de droit public, et sur les désaccords qui divisent les publicistes français sur la problématique des immunités constitutionnelles de la période de 1789 à de nos jours ainsi que sur les présupposés théoriques et politiques qui structurent plus ou moins explicitement leurs controverses doctrinales. Partant de là, la problématique de notre recherche est la suivante :

> *Grâce à quels piliers théoriques la doctrine constitutionnelle française a-t-elle pensé, à partir de 1789 jusqu'à aujourd'hui, les statuts dérogatoires que représentent les immunités constitutionnelles, des trois principaux organes de l'État (parlementaires, ministres, et chef de l'État) et en quoi la représentation doctrinale des immunités en droit constitutionnel est-elle tributaire de facteurs endogènes et exogènes ?*

63. Dans cette optique, ce travail porte sur la genèse intellectuelle des statuts dérogatoires en France. Les révolutionnaires français ont posé les fondements intellectuels de cette problématique, souvent guidés par des logiques d'opportunité, mais qui influenceront directement les professeurs de droit du début de la IIIème République. Les premières expériences révolutionnaires fournissent effectivement un apport substantiel à la thématique de la protection des pouvoirs constitués, en posant ses idées maîtresses et ses fondements déterminants, agencée principalement autour de la théorie révolutionnaire de la représentation nationale. Par la suite, le problème des statuts dérogatoires des gouvernants se pose avec la même intensité lors de chacun de nos régimes. Il s'agira, dès lors, d'examiner la façon dont cette institution a été pensée et débattue par la doctrine publiciste au cours de notre histoire constitutionnelle. De ce point de vue, il apparaît que la problématique des statuts dérogatoires n'a pas été conçue de la même manière par chaque régime. Elle a fait l'objet d'appréhensions diverses et a été prescrite pour des raisons parfois contraires, même si des modes de pensée, notamment sur la question des immunités parlementaires articulée autour de la souveraineté nationale, ont connu une grande constante au fil de notre histoire.

Or cette thèse vise également à démontrer que les représentations cognitives de la doctrine et leurs désaccords sur cet objet découlent, en réalité, de postulats politiques, historiques et théoriques divergents. C'est pourquoi notre travail suit une démarche qui associe une approche externaliste et

une approche internaliste. Les arguments des juristes publicistes sont en permanence replacés, à la fois, dans leur contexte historique, politique et académique – qui constituent les facteurs exogènes - mais également dans le système doctrinal qui l'induit – qui représente le facteur endogène -. De la sorte, la confrontation entre le contexte et les prises de position juridiques offre un éclaircissement mutuel et permet d'éclairer leur portée stratégique. Cette contextualisation objective et subjective met également en lumière le fait que, sous l'effet de ces deux catégories de facteurs, la problématique des immunités constitutionnelles n'a cessé de se renouveler. Par conséquent, à travers cette recherche, l'accent est mis sur la dynamique des idées doctrinales, c'est-à-dire sur les paramètres qui expliquent, à court et à plus long terme, l'évolution des conceptions au sein d'un milieu doctrinal donné, à l'image en partie de la théorie du SVD du professeur Marie-Anne Cohendet. L'histoire de la problématique des statuts dérogatoires en France sera donc découpée au rythme des générations de publicistes qui ont, chacune d'elles, pensé ce questionnement dans un contexte particulier et selon des paradigmes méthodologiques et théoriques différents.

64. L'intérêt de cette thèse est donc triple. D'un point de vue *scientifique*, cette étude vient combler une lacune de la littérature constitutionnelle française. Pour reprendre une expression de Montesquieu, la question du traitement des statuts dérogatoires par la doctrine constitutionnelle française est un « enfant sans mère ». Notion impensée, les auteurs n'ont pas élaboré de théorie générale des immunités constitutionnelles, celles-ci n'étant jamais pensées sur un mode global et complémentaire. On dénombre effectivement très peu d'études sur ce sujet de réflexion, même si on note un renouveau de la production scientifique vis-à-vis de celui-ci au tournant des années 1990. Les rares recherches qu'il est possible de recenser se concentrent sur un objet précis, que ce soit spécifiquement les immunités parlementaires ou présidentielles. En outre, d'un point de vue *théorique*, le questionnement des immunités constitutionnelles est une formidable clef d'entrée à la mise en lumière de courants qui traversent la science française du droit constitutionnel dont les philosophies sont diamétralement contraires. En effet, à l'analyse, le mouvement doctrinal relatif aux immunités en droit constitutionnel est extrêmement hétérogène. L'observation de l'évolution de la représentation des régimes immunitaires de 1789 à aujourd'hui par la doctrine constitutionnelle française révèle l'existence d'une fracture en son sein. D'un côté, un courant que l'on appellera *constitutionnaliste*, ardent défenseur de l'autonomie du droit constitutionnel qui conçoit, par conséquent, l'immunité comme une règle du droit commun constitutionnel faisant partie intégrante de notre tradition constitutionnelle et soutenant, dès lors, le bien-fondé des immunités, et de l'autre, un courant *pénaliste* dit encore courant *légaliste*, qui perçoit l'immunité comme une exception au principe d'égalité devant la loi, cet état justifiant de ce fait sa nécessaire restriction voire même sa suppression pure et simple. En bref, disposant d'une valeur propédeutique indéniable, l'étude de la problématique des statuts dérogatoires des gouvernants est un terrain privilégié permettant d'ouvrir

la réflexion sur l'évolution de la science française du droit constitutionnel, que ce soit vis-à-vis de son organisation, de ses méthodes ou de ses objectifs. Enfin, l'intérêt de cette thèse est également *démocratique*. La mise en perspective historique offre un mode unique de compréhension des immunités constitutionnelles, permettant de le resituer dans sa complexité et dans sa logique. Au-delà, la prise en compte de la dimension historique de la problématique des statuts dérogatoires des gouvernants renforce son caractère de science et contribue, de ce fait, à le dégager de certaines contingences du discours politique. Notre recherche permet ainsi d'éclairer d'un jour nouveau le débat qui divise les deux courants de la science contemporaine du droit constitutionnel décrits ci-dessus, et d'apporter quelques éléments de réponse. La question des immunités constitutionnelles est également, en dernier ressort, un champ propice où s'affrontent les conceptions représentative, directe et continue de la démocratie – c'est-à-dire comme un enjeu central de la théorie politique moderne.

65. Dans cette optique, nous examinerons le rôle pionner des publicistes révolutionnaires dans l'élaboration et la conceptualisation juridique des immunités constitutionnelles qu'ils structurent autour du concept nouveau de la souveraineté nationale. Toutefois, ces derniers réfléchissent encore de manière pragmatique sans véritable systématisation au gré des circonstances politiques agitées et des présupposés théoriques de chaque auteur, malgré quelques prémisses de mise en ordre suite à l'apparition d'une chaire de droit constitutionnel dans les années 1830. C'est la génération que nous avons appelé des « fondateurs » (**Partie 1**).

66. La rupture s'opère à partir de la IIIème République avec l'affirmation d'un corps de professeurs spécialisés en droit constitutionnel qui s'attache à systématiser et enraciner les principales notions du droit public pour l'ériger au rang de science conformément à la volonté du pouvoir républicain en place. À partir de la fin du XIXème siècle, forts d'un siècle d'expérience du régime représentatif et dans une moindre mesure de la République, les publicistes abordent à nouveau, mais de façon synthétique et théorisée, le thème des privilèges exorbitants ouvert par les constituants révolutionnaires et poursuivi par la science pré-classique du XIXème siècle, même si un dissensus constant au regard de notre histoire constitutionnelle persiste au sujet de la nature du privilège de juridiction des ministres et du chef de l'Etat. Mais cet héritage intellectuel se révélera équivoque. Si la science moderne du droit constitutionnel n'a jamais autant réfléchi à cette thématique depuis l'affaire du sang contaminé au début des années 1990, un fort mouvement doctrinal inédit au regard de notre histoire tend, sous l'influence de la criminalisation de la responsabilité des gouvernants et d'une redéfinition du concept de démocratie, à soutenir théoriquement leur inévitable réduction. C'est la génération morcelée des héritiers (**Partie 2**).

PARTIE 1. LA GÉNÉRATION DES FONDATEURS : UNE CONSTRUCTION *ESSENTIELLEMENT* EMPIRIQUE DES STATUTS DÉROGATOIRES (1789-1875)

« *Rien ne naît ni ne périt, mais des choses déjà existantes se combinent, puis se séparent de nouveau* » (Anaxagore)

67. « Les premiers mois de la révolution, de juin à octobre 1789, n'expriment pas seulement l'un des moments les plus élevés du débat politique et juridique dans l'histoire européenne des derniers siècles. Ils constituent aussi une phase d'accélération historique extraordinaire, qui conduit la France, en un laps de temps très bref, de la monarchie absolue de droit divin à la préfiguration républicaine, en passant par la défaite de l'hypothèse d'une monarchie constitutionnelle, mixte, que défendaient Mounier et le premier comité de constitution »[329]. Cette citation reflète parfaitement l'importance de la phase révolutionnaire dans l'élaboration de la théorie française des immunités constitutionnelles.

Les premières expériences constituantes françaises fournissent un apport substantiel à la question des fondements de la protection des pouvoirs constitués, y compris à la pensée de la doctrine constitutionnelle moderne. Les débats et les solutions révolutionnaires témoignent de la complexité de la question, mais en révèlent la substance véritable. À cet égard, cette conceptualisation s'opère dans un contexte particulièrement agité qui détermine les cadres de pensée des acteurs politiques. Émergeant de débats constituants d'une exceptionnelle richesse, les régimes dérogatoires répondent, avant tout, à un souci de protection, *à court terme*, des nouveaux représentants contre les tentatives d'emprisonnement du pouvoir exécutif, puis, *à long terme*, de l'œuvre révolutionnaire, c'est-à-dire le Parlement, incarnation de la Nation, conformément aux volontés de Mirabeau auteur du fameux décret du 23 juin 1789. Par suite, les systèmes immunitaires imaginés par les constituants révolutionnaires participent à asseoir sa suprématie en garantissant une indépendance à ses membres à l'égard des autres pouvoirs. C'est ainsi autour de l'idée de la hiérarchie des pouvoirs que la doctrine *lato sensu* fonde l'utilité et la légitimité des mécanismes de protection des

329 P. Pasquino, Le concept de Nation et les fondements du droit public de la Révolution : Sieyès, *in* F. Furet (dir.), L'héritage de la Révolution française, Paris : Hachette, 1989, p.309.

parlementaires, représentants de la Nation, et du pouvoir exécutif. À cette fin, ils mettent en place un statut particulièrement privilégié à l'égard des membres de l'Assemblée en leur reconnaissant une inviolabilité et une irresponsabilité qui se rapprochent de leur acceptation contemporaine. Ils accordent, de concert, une protection amoindrie au pouvoir exécutif, par l'intermédiaire du statut du Roi et le privilège de juridiction des ministres, dans le but d'assurer leur subordination au pouvoir législatif. Cependant, à partir de la Convention, du fait d'un environnement politique bouleversé par la mort du Roi et la disparition de la crainte du pouvoir exécutif, associé à une modification du contexte idéologique à cause de la contestation de la théorie de la représentation nationale, le fondement des régimes dérogatoires connaît une transformation tangible. Leur finalité n'est plus uniquement de sauvegarder le corps législatif des exactions du pouvoir exécutif, mais surtout de protéger le peuple souverain du danger despotique des assemblées. La période qui s'étend du 20 juin 1789 jusqu'au Consulat voit ainsi s'échanger les arguments fondateurs du problème de la protection des pouvoirs constitués en France. Il en résultera « des solutions empiriques, inédites et évolutives, qui ne cesseront de se redéfinir, en fonction des rapports de force conjoncturels, jusqu'à la rupture du 18 Brumaire an VIII qui scelle la fin des expériences révolutionnaires »[330]. C'est la génération que nous avons appelé des « bâtisseurs » (**Titre 1**).

68. Or la période qui s'ouvre à partir de la Restauration jusqu'à la fin du XIXème siècle marque un nouveau tournant dans l'histoire doctrinale de la problématique des privilèges des pouvoirs supérieurs. À compter de cette époque, sous l'effet de facteurs politiques, constitutionnels et académiques, on observe une évolution sensible de la pensée juridique et politique quant à la compréhension de cet objet, tournée indéniablement vers une entreprise de systématisation. Si préserver le pouvoir législatif des pressions de l'exécutif et le soustraire au danger des excès populaires – et par là-même protéger la Révolution -, furent en définitive les principales motivations des constitutions révolutionnaires, ces objectifs, élaborés de façon empirique, sont balayés par l'épreuve des faits. Au-delà de ce facteur politique, la libéralisation et la démocratisation des institutions à partir de la Restauration s'accompagnent, parallèlement, du développement et l'approfondissement de l'étude du droit constitutionnel entre 1814 et le début de la IIIème République. Alors que les écrits et surtout l'enseignement du droit constitutionnel sont, jusqu'à la fin de l'Empire, maigres et revêtent un caractère peu scientifique, les monarchies constitutionnelles sont source de progrès significatifs. C'est donc dans un contexte fort différent que prend naissance le travail de systématisation des publicistes qui rompt avec l'empirisme de la période révolutionnaire précédente. Cet effort analytique, encore perfectible car largement politisé et inscrit dans un cadre constitutionnel encore relativement instable, fournit néanmoins un matériau intellectuel notable pour la doctrine constitutionnaliste classique de la IIIème République. Voici le temps de la génération des « constructeurs » (**Titre 2**).

330 C. Euzet, Les fondements doctrinaux..., op.cit., p.27.

TITRE 1. LA GÉNÉRATION DES BÂTISSEURS : L'ÉMERGENCE DES IMMUNITÉS DANS UN CONTEXTE POLITIQUE AGITÉ (1789-1815)

69. « Nous sommes persuadés que le droit constitutionnel de la Révolution française devrait être, pour tous ceux qui étudient le droit public, ce qu'est le droit romain pour ceux qui étudient le droit civil. Tout civiliste s'appuie sur le droit romain ; toute l'armature politique des peuples modernes est issue des textes, de la pensée, de l'esprit de la Révolution française »[331]. Cette assertion de Mirkine-Guetzévitch se vérifie dans le cadre de cette étude, puisque la période révolutionnaire constitue le creuset intellectuel de la problématique des immunités institutionnelles. L'analyse de cette période permet d'appréhender de quelle manière s'articulent les différentes immunités. À ce titre, ce premier chapitre est exclusivement concentré sur *la période révolutionnaire*, préalablement définie comme la période allant de la réunion des États généraux de 1789 jusqu'au coup d'Etat du 18 Brumaire an VIII. De ce point de vue, l'accent est mis sur les débats constituants qui mettent aux prises des orateurs éminents formant la doctrine publiciste de cette époque, et « dont les discours ont souvent une haute valeur doctrinale » comme « Mirabeau avant tous, mais aussi en des sens divers : Barnave, Cazalès, Dupont de Nemours, Duport, Lally-Tollendal, Lanjuinais, Malouet, l'abbé Maury, Mounier, Thourel, et déjà Robespierre »[332]. Phase d'intense activité intellectuelle, cette période est assurément fertile dans l'histoire constitutionnelle française en ce qu'elle a contribué à poser les bases de la réflexion en la matière. Outre la mise en place de dispositifs immunitaires, elle voit s'échanger les argumentations fondatrices de la problématique de la protection des pouvoirs constitués en France. La période suivante (1792-1795), au cours de laquelle la question des statuts dérogatoires fait l'objet de vives discussions constitutionnelles, s'inscrit, dans une certaine mesure, dans les schémas de pensée de la période révolutionnaire, même si certains facteurs comme la mort du Roi et la mise en place du Comité de Salut Public modifient considérablement les données du problème des privilèges des gouvernants.

De même, bien qu'il présente une part de nouveautés, on observe, à partir du régime du Directoire, une volonté affirmée de la part des rédacteurs de la Constitution et de la pensée constitutionnelle de cette époque de réaliser une synthèse durable de l'héritage important issu de la période révolutionnaire. En effet, l'œuvre constitutionnelle des Thermidoriens, si elle donne à l'histoire de la Révolution un cours nouveau, se situe d'abord dans la continuité théorique de la période précédente,

331 B. Mirkine-Guetzévitch, Les problèmes constitutionnels de la Révolution française, Revue de Synthèse, février-décembre, 1934, p.56.
332 F. Moreau, Précis élémentaire de droit constitutionnel, 10e éd., Paris : Sirey, 1928, p.6.

étant donné qu'elle persiste à concevoir et à structurer les régimes dérogatoires à travers le prisme du principe révolutionnaire de la prééminence de l'Assemblée souveraine. La Constitution thermidorienne du 22 août 1795 (V Fructidor an III) est en effet marquée par le retour à une volonté de protection renforcée, en réaction aux excès de la période jacobine de la Révolution. Cette orientation, qui s'affirme avec force au regard des statuts dérogatoires mis en place, a son fondement dans « le double souci de préserver l'œuvre révolutionnaire tant du peuple que du retour à l'Ancien Régime. Il en résulte une rupture avec 1793 et, dans une certaine mesure, un retour aux solutions de 1791 »[333]. Dès lors, malgré quelques innovations qui perfectionnent la technique constitutionnelle des immunités parlementaires marquant un saut qualitatif indéniable, les penseurs du Directoire suivent une ligne théorique qui prolonge le commencement de la période révolutionnaire (**chapitre 1**).

70. À l'inverse, la période 1799-1814 ne constitue pas un apport fondamental à la problématique des immunités constitutionnelles. À partir du Consulat et des régimes suivants, les constituants entendent terminer la Révolution. En dépit d'une certaine poursuite de la réflexion constitutionnelle sur ce sujet après le coup d'État de Napoléon, celle-ci s'appauvrit durant l'autoritarisme de la période napoléonienne en raison de facteurs politiques et scientifiques (**chapitre 2**).

333 C. Euzet, Les fondements doctrinaux..., op.cit., p.37.

CHAPITRE 1. LA PÉRIODE RÉVOLUTIONNAIRE OU LA GENÈSE INTELLECTUELLE DE LA PROBLÉMATIQUE DES IMMUNITÉS DES POUVOIRS CONSTITUÉS EN FRANCE (1789-1799)

71. Temps des fondateurs, la période révolutionnaire, c'est-à-dire la phase allant de la réunion des États généraux de 1789 jusqu'au coup d'Etat du 9 novembre 1799, qui marque l'avènement de la République et, conjointement, la chute de la royauté, constitue une phase essentielle de l'histoire doctrinale de la problématique des régimes dérogatoires de droit commun des pouvoirs publics. Cette conceptualisation réalisée par les constituants s'opère, à cet égard, au gré des circonstances politiques dans un climat agité.

72. Le problème de la protection des pouvoirs constitués suscite de vifs débats constitutionnels dans les commencements de la période révolutionnaire. Comme le remarque Christophe Euzet, celui-ci « se pose avec la même intensité lors des expériences constituantes de 1789-1791 puis de 1793 »[334]. À cet égard, « la préoccupation immédiate de la première constituante, au-delà du souci avoué de préserver l'ensemble des pouvoirs institués au nom de la séparation des pouvoirs, semble résider par-dessus tout dans la volonté de protéger l'organe révolutionnaire, l'Assemblée, d'un retour à l'Ancien Régime »[335]. La reconnaissance d'une immunité à l'égard des représentants par le décret du 23 juin 1789 initié par le juriste aixois, le comte de Mirabeau, semble participer de cet objectif. Toutefois, un doute persiste sur la finalité réelle de cet acte. La doctrine constitutionnelle est partagée sur ce point entre un courant qui conçoit l'immunité parlementaire comme la conséquence de l'apparition du mandat représentatif et un courant qui l'appréhende comme une protection contre les manœuvres du pouvoir exécutif à l'égard des jeunes représentants de la nation. En outre, les penseurs de cette période, guidés par le paradigme naissant de la suprématie de l'Assemblée sur le reste des pouvoirs, construisent le régime de responsabilité de l'exécutif sous sa domination, comme l'illustrent le débat sur l'inviolabilité du Roi et la création de la Haute Cour nationale chargée de juger les ministres (**section 1**).

73. Mais la période qui fait suite à la suspension puis à l'exécution du Roi, « révèle des clivages idéologiques importants, qui marquent en profondeur les travaux préparatoires de la Constitution de 1793. Le conflit, qui oppose les tenants d'un système représentatif à ceux qui plaident en faveur d'une démocratie semi-directe, renvoie à une interrogation qui conduira successivement à des solutions constitutionnelles opposées »[336]. À cet égard, dans les premiers mois de sa mise en œuvre, le régime de la Convention nationale se situe dans la continuité intellectuelle du début de la période

334 *Ibid.*, p.29.
335 *Ibid.*
336 *Ibid.*, p.29.

révolutionnaire dans la mesure où ses penseurs poursuivent la volonté similaire de sanctuariser l'Assemblée et, corrélativement, de soumettre l'exécutif afin de se protéger d'une réapparition de l'ordre ancien. Cependant, l'exécution du Roi en janvier 1793, ajoutée à la création du Comité de salut public en avril 1793[337] qui annonce en creux la Terreur dans un contexte intérieur et extérieur mouvementé, vont modifier complètement le cadre de réflexion des constituants par rapport à la problématique des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués (**section 2**).

74. Néanmoins, le régime du Directoire qui succède à la période mouvementée de la Terreur, entend « terminer la Révolution »[338] et fixer les bases de la réflexion en matière constitutionnelle. Les Thermidoriens cherchent, en effet, à rompre avec les soubresauts de l'épisode révolutionnaire et essaient de tirer les leçons de l'échec des deux textes précédents[339]. La motivation profonde des constituants est donc de prévenir tous les dangers des régimes précédents et d'établir des institutions modérées et durables. Cet effort de rationalisation de l'organisation et du fonctionnement institutionnel poursuivi par les constituants est, à cet égard, favorisé par un contexte politique et un rapport de forces institutionnel davantage assagis par rapport aux régimes précédents. Comme le note Boissy d'Anglas, les constituants de l'an III se trouvent dans une position bien « différente (...) de celle des deux assemblées qui (l')ont précédées ! Quels que fussent leurs principes, elles étaient forcées de favoriser l'enthousiasme qui ne connaît pas de bornes : il nous est permis d'écouter la raison qui ne veut pas d'excès. En guerre avec le trône qu'elles minaient et qui les menaçait, toujours occupées à anéantir deux corps puissants, dont les richesses et le crédit rendaient la chute aussi difficile que dangereuse, l'esprit de destruction devait présider à leur système. (…) L'esprit d'organisation doit diriger le nôtre. (…) Nous pouvons les remplacer par des institutions sages, dont l'effet constant soit le maintien de l'ordre et de la tranquillité »[340]. L'enthousiasme révolutionnaire

337 Décret du 6 avril 1793.

338 En référence au titre de l'ouvrage de Michel Troper : M. Troper, Terminer la Révolution. La Constitution de 1795, 2006, Paris : Fayard, 778 p.

339 Comme l'affirme Boissy d'Anglas, rapporteur du projet de la Constitution de l'an III au nom de la Commission des onze (elle est composée de Berlier, Boissy d'Anglas, Cambacérès, Creuzé-Latouche, Daunou, La Reveillère-Lépeaux, Lesage, Louvet, Merlin de Douai, Sieyès et Thibaudeau, mais un décret du 15 floréal an III ayant posé le principe de l'incompatibilité entre les fonctions de membres de la commission des Onze et les fonctions de membres du Comité de Salut Public et du Comité de sûreté générale, Baudin des Ardennes, Durand-Maillane et Lanjuinais remplacent Cambacérès, Merlin de Douai et Sieyès qui ont préféré abandonner leur siège au sein de la commission), « c'est une grande entreprise que d'obtenir par la sagesse un ouvrage que souvent on n'obtient que du temps mais puisque nous voulons devancer l'avenir, enrichissons-nous du passé. Nous avons devant nous l'histoire de plusieurs peuples ; nous avons la nôtre ; parcourons le vaste champ de notre révolution, déjà couvert de tant de ruines qu'il semble partout nous offrir les traces et les ravages du temps (…). Nous avons consommé six siècles en six années. Que cette expérience si coûteuse ne soit pas perdue pour vous. Il est temps de mettre à profit les crimes de la monarchie, les erreurs de l'Assemblée constituante, les vacillations et les écarts de l'Assemblée législative, les forfaits de la tyrannie décemvirale, les calamités de l'anarchie, les malheurs de la Convention, les horreurs de la guerre civile : c'est en méditant sur le tableau rapide des causes de la révolution, des progrès de l'esprit public, de la succession orageuse des opinions et des événements (…) que vous pourrez assigner vous-mêmes le terme où vous voulez arriver » (discours préliminaire au projet de Constitution pour la République française prononcé par Boissy-d'Anglas, au nom de la Commission des onze, dans la séance du 5 messidor an III (23 juin 1795), reproduit dans Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 11 messidor an III (29 juin 1795), p.81).

340 Discours préliminaire au projet de Constitution pour la République française prononcé par Boissy-d'Anglas, au nom de la Commission des onze, dans la séance du 5 messidor an III (23 juin 1795), op.cit., p.84.

étant retombé, les constituants à partir de 1795 peuvent, par conséquent, travailler et penser l'articulation des pouvoirs dans des conditions plus sereines en comparaison des régimes antérieurs. Dès lors, la Constitution de l'an III représente dans notre histoire constitutionnelle « la toute première tentative d'établissement de la République sur le fonctionnement normal d'institutions représentatives », participant d'« une rationalisation du fonctionnement du pouvoir politique, à l'aube d'une ère nouvelle pour la Révolution »[341]. Le cadre de réflexion des constituants à partir de cette période connaît donc une transformation certaine, et laisse entrevoir une évolution dans la façon de se représenter les dispositifs immunitaires des pouvoirs constitués, et ce dans un sens plus équilibré par rapport aux régimes antérieurs.

75. Néanmoins, il convient de remarquer que le régime politique mis en place entre 1795 et 1799 se révèle davantage délicat à étudier, car la première série des archives parlementaires se termine à l'heure actuelle à l'année 1794. À partir de cette date, il faut donc s'en remettre aux comptes-rendus publiés par la Gazette nationale ou le Moniteur universel, qui constitue un journal moins étoffé que les archives publiées par Madival et Laurent, même si Michel Troper a publié dans l'un de ses ouvrages traitant de cette période, des documents et de nombreux extraits relatifs aux débats constituants de 1795[342]. Toutefois, en dépit de cette difficulté, il s'avère que les discussions constituantes entre le 11 et le 30 Thermidor an III sont d'une grande richesse puisque dans de multiples séances, « l'assemblée (peut être) assimilée à une chaire de droit constitutionnel »[343]. En comparaison, avec la suppression des anciennes Facultés de droit « à l'agonie »[344], l'enseignement du droit se renouvelle durant le Directoire par la création des Écoles centrales par l'intermédiaire du décret du 7 ventôse an III (25 février 1795) portant établissement d'écoles centrales pour l'enseignement des sciences, des lettres et des arts. Elles ont pour mission d'assurer désormais, à la fois, l'enseignement secondaire et l'enseignement supérieur dans le domaine juridique. Mais il apparaît que toutes les écoles ne dispensent pas un enseignement de droit public[345], les archives

341 A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, *in* G. Conac, J.-P. Machelon, La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel, Paris : PUF, 1999, p.111.
342 Voir en ce sens : M. Troper, Terminer la Révolution. La Constitution de 1795, Paris : Fayard, 2006, ann. 1 à 8, p.227-745 ; N. Havas, La responsabilité ministérielle en France..., p.195-196.
343 M. Bonnard, Les pratiques parlementaires sous le Directoire, RFDC, n°2, 1990, p.236.
344 J. Imbert, L'enseignement du droit dans les Écoles centrales sous la Révolution, op.cit., p.37.
345 « Qu'il s'agisse du contenu ou des méthodes d'enseignement, les professeurs de législation usent et abusent de l'entière liberté qui leur était laissée par le gouvernement : ils fixent eux-mêmes leur programme et s'efforcent généralement de le traiter en fonction des capacités intellectuelles de leurs étudiants » (J. Imbert, L'enseignement du droit dans les Écoles centrales... , op.cit., p.46). Malgré la circulaire ministérielle du 20 floréal an VII et les observations du Conseil de l'Instruction publique qui tentent d'orienter les thèmes d'enseignement dispensés dans les Écoles centrales, Jean Imbert distingue ainsi durant le Directoire trois groupes de professeurs en fonction du programme de leur enseignement : certains se bornent au droit privé, d'autres orientent leurs cours vers le droit public au sens large et enfin un troisième groupe donne aux élèves une vue complète de la législation, aussi bien publique que privée dans une quinzaine d'écoles centrales enseignant à la fois la morale (le droit naturel), le droit des gens, le droit constitutionnel et les idées politiques, l'économie politique et le droit civil, la procédure et le droit pénal. Sur ce point : *ibid.*, p.49-53.

témoignant au contraire de sa rareté[346] et de sa piètre qualité[347], à quelques exceptions près. Par conséquent, la réflexion théorique a lieu, en pratique, en dehors du champ universitaire. Il faut, à cet égard, souligner l'apport significatif du Groupe de Coppet qui tente de peser sur les orientations théoriques de la Commission des Onze (**section 3**).

SECTION 1. UNE RÉFLEXION DOCTRINALE AXÉE PRINCIPALEMENT SUR LES PARLEMENTAIRES ET SUR LEUR NÉCESSAIRE SANCTUARISATION (1789-1792)

76. Le commencement de la période révolutionnaire, c'est-à-dire la période allant de la réunion des Etats généraux de 1789 à la journée du 10 août 1792 marquant la chute de la royauté, constitue une phase essentielle de l'histoire de la problématique immunités, en ce qu'elle pose les bases intellectuelles de la réflexion. En ce sens, les discussions constitutionnelles entre 1789 et 1791 « visent avant tout à protéger la Révolution, dont le fer de lance est l'institution législative naissante. Le choix du régime représentatif induit, par-dessus tout, la protection de l'organe chargé d'incarner la volonté nationale »[348]. C'est pourquoi les constituants établissent « un régime beaucoup moins favorable à l'endroit du pouvoir exécutif, suspecté d'être, par nature, nuisible aux intérêts de la Révolution »[349]. Cette idée représente « une idée maîtresse, un fondement déterminant de l'ensemble de la théorie française de la protection des pouvoirs institués »[350] (**§1**).

346 Jean Imbert dénombre le cours de Hanf, professeur de législation, en raison du nom de son ouvrage « Principes du droit public français » ou encore dans le Calvados, celui de Dubuisson qui « donne des leçons de droit naturel et de gouvernement politique ; il puise les premières dans Pufendorf et Burlamaqui, et celles-ci dans Montesquieu, Rousseau et Filangieri. (…) » (J. Imbert, L'enseignement du droit dans les Écoles centrales..., op.cit., p.50). A l'École centrale de Haute-Garonne, où enseigne le plus jeune des professeurs de législation, Bellecourt (23 ans) « instruit ses élèves sur l'origine et les progrès de la société et sur la Constitution de l'an III » ; il traite également « de la justice, du droit en général, du droit naturel et du droit des gens » (*ibid*.). En Haute-Marne, Henrion « analyse la Constitution,…et la rapproche des autres Constitutions des États libres, anciens et modernes » (*ibid*.).

347 Comme le note Jean Imbert, « choisis localement par un jury d'instruction plein de bonne volonté mais généralement incompétent, les professeurs de législation furent dans l'ensemble d'assez médiocres juristes et de piètres pédagogues. Les bons enseignants se comptent sur les doigts de la main : Berriat Saint-Prix à Grenoble, Proudhon à Besançon, Perreau à Paris, Lanjuinais à Rennes, Thieriet à Nancy » (J. Imbert, L'enseignement du droit dans les Ecoles centrales..., op.cit., p.43). En outre, la matière du droit public est entendue au sens large, proche de la science politique, puisqu'elle englobe sous cette appellation les grandes théories politiques de l'Ancien droit (Hobbes, Pufendorf, Montesquieu, Helvetius, Burlamaqui, Grotius, Smith et Rousseau) complétée par une étude de la Constitution de 1795 conçu comme « un modèle idéal à atteindre » (J. Imbert, *ibid*., p.52). Par conséquent Jean Imbert tire un bilan négatif de l'institution des Écoles centrales : « les historiens les plus sérieux sont en général assez sévères à leur égard. A l'époque même, la plupart des préfets avaient signalé, dans leurs statistiques de l'an IX, le mauvais recrutement ou le dépérissement des écoles centrales. Si nous nous bornons aux cours de législation, nous pouvons affirmer qu'ils ont été dans leur ensemble d'un niveau très bas. Les élèves, en l'absence d'une formation secondaire solide, avaient grand-peine à suivre le cours de législation (…). Les professeurs, recrutés à la hâte, étaient bien souvent peu compétents ; certains candidats, anciens professeurs des Facultés de droit, avaient été éliminés pour des raisons politiques. Les programmes, laissés à la fantaisie de chacun, étaient généralement encyclopédiques, abordaient aussi bien – ou aussi mal – le droit public que le droit privé, et n'hésitaient pas à aborder des notions de morale, camouflées sous la rubrique « droit naturel ». Et surtout, les horaires réservés à l'ensemble des matières juridiques ne permettaient qu'un survol des matières enseignées (en général 6 heures par semaine) » (*ibid*., p.55).

348 C. Euzet, Les fondements doctrinaux..., op.cit., p.31.

349 *Ibid*., 31.

350 *Ibid*., p.31.

77. Il en résulte que la discussion doctrinale pour ce qui est de la protection des pouvoirs institués, « portera moins sur les privilèges accordés aux membres de ladite Assemblée, largement consensuels, que sur le statut du Roi et de l'ensemble du pouvoir exécutif, éminemment plus délicat à régler »[351]. Le débat sur l'inviolabilité du Roi, est, en ce sens, emblématique. S'il est vrai que, dans un premier temps, cette interrogation est reléguée au second rang dans les discussions constitutionnelles étant donné que son irresponsabilité est perçue comme un legs incontestable de l'Ancien Régime, la fuite du Roi à Varennes en juin 1791 oblige les révolutionnaires, par la force des choses, à repenser ce dispositif au cœur des équilibres institutionnels. Ils sont conduits, sous le poids des circonstances, à réfléchir à la justification et la nécessité d'un tel mécanisme dans l'édifice constitutionnel en construction. Leurs réponses mettront en lumière de profonds désaccords doctrinaux. Finalement rattachée à l'exercice du droit de veto suspensif reconnu au monarque, son inviolabilité est conçue comme un instrument devant permettre à ce dernier de s'opposer librement à la volonté du corps législatif, soulignant ainsi paradoxalement le choix des constituants d'encadrer le pouvoir législatif souverain **(§2)**. Cependant, « derrière la solution de compromis qui solde finalement ce débat »[352], la volonté des constituants de mettre en place, par ailleurs, une responsabilité du monarque dans certaines hypothèses, souligne une nouvelle fois le souci dominant de placer l'Assemblée en situation hégémonique (**§3**).

§1. La volonté de protéger l'œuvre révolutionnaire en garantissant l'indépendance des représentants souverains face aux pressions du pouvoir exécutif

78. L'étude de l'apparition et de l'évolution des immunités parlementaires dans les premiers temps de la Révolution est riche d'enseignements. Car si le vocabulaire juridique de l'époque est encore imprécis, c'est à ce moment que naissent en France les deux formes sous lesquelles ces immunités se déclinent encore aujourd'hui. Il s'agit de l'irresponsabilité, garantissant la liberté des opinions prononcées par les députés en séance, et de l'inviolabilité, protégeant les représentants contre les poursuites judiciaires dirigées contre eux pour les actes qu'ils commettraient hors de l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, un doute subsiste au sein de la doctrine constitutionnelle française moderne sur le fondement exact et la motivation réelle des immunités parlementaires au moment de leur création[353]: *sont-elles la conséquence logique et nécessaire du mandat représentatif, ou une mesure d'opportunité pour soustraire les représentants auto-proclamés de la Nation aux manœuvres*

351 *Ibid*., p.30.
352 *Ibid*., p.32.
353 Voir par exemple la thèse de Cécile Guérin-Bargues, intitulée « *Immunités parlementaires et régime représentatif. L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, Etats-Unis)* » parue en 2011 (réf. précitée).

judiciaires du Roi et de l'exécutif ? Deux thèses doctrinales principales se font face : la thèse rationaliste et la thèse exécutive (**A**).

Or l'enjeu de cette question, c'est-à-dire le fondement originel exact de l'immunité parlementaire révolutionnaire, est crucial dans la mesure où sa réponse détermine directement sa légitimité ainsi que son régime juridique. C'est pourquoi, pour trancher cette dispute juridique importante relativement ancienne et réouverte par une thèse récente[354], il conviendra de se concentrer sur le principal initiateur du fameux décret du 23 juin 1789, c'est-à-dire le Comte de Mirabeau. A-t-il appréhendé les immunités parlementaires dans une perspective théorique, autrement dit comme la conséquence du mandat représentatif, ou, au contraire, fut-il guidé par des préoccupations circonstancielles, dans une perspective pragmatique, sous la pression d'un pouvoir exécutif hostile ? Une contextualisation objective et subjective de la pensée de Mirabeau fournissent des éléments de réponse indéniables (**B**). En outre, l'année suivante, l'œuvre du juriste aixois est poursuivie dans une optique systématique puisqu'un professeur au Lycée de Paris, Jacques Vincent Delacroix, livre une première théorisation des immunités parlementaires. Ses commentaires présentent l'intérêt de révéler la représentation qui est faite des statuts dérogatoires des parlementaires dans le cadre du premiers cours de droit public moderne en France (**C**).

A. Une vive controverse constitutionnelle quant à la finalité réelle des immunités parlementaires à leur naissance par le décret du 23 juin 1789

79. Dès les premiers jours de la Révolution, une protection immunitaire est conférée aux représentants de la Nation grâce au décret du 23 juin 1789. Cependant, les contours exacts de ce décret sont incertains, autant du point de vue de son sens, de sa nature, de son fondement que de son champ d'application qui le conditionne. Comme le note Cécile Guérin-Bargues, « le juriste contemporain est (…) un peu déconcerté face aux prémices de la protection immunitaire »[355]. Sur cette question, il est possible de distinguer deux thèses principales opposées. Selon la première thèse, qui est majoritaire parmi les constitutionnalistes actuels, les immunités apparaissent comme « un tout qui constitue, dans son ensemble, un corollaire du mandat représentatif, une garantie essentielle à l'indépendance des parlementaires » à l'égard des représentés[356]. La raison d'être initiale des immunités parlementaires serait dès lors, avant tout, théorique (**1**).

354 *Ibid*.
355 C. Guérin-Bargues, L'inviolabilité des révolutionnaires ou la naissance d'une curieuse tradition parlementaire, in M Biard, P. Bourdin, H. Leuwers et A. Touret, Vertu et politique. Les pratiques des législateurs (1789-2014), Rennes : Presses universitaires de Rennes ; Paris : Société des études roberpierristes, 2015, p.283.
356 *Ibid*., p.284.

À l'inverse, selon la thèse minoritaire, la protection immunitaire conférée aux représentants par le décret du 23 juin 1789 ne cherche pas, *à l'origine*, à protéger l'indépendance des parlementaires à l'égard de leurs électeurs mais il est « essentiellement mise en place dans un souci de garantie vis-à-vis du pouvoir exécutif »[357]. On comprend que pour les défenseurs de cette thèse, la finalité des immunités est principalement dictée par des impératifs circonstanciels et pragmatiques, plus que par des raisons théoriques (**2**).

1. Les immunités parlementaires, une œuvre théorique : un instrument de protection de l'indépendance des parlementaires à l'égard du peuple

80. La thèse majoritaire défend l'idée que la protection immunitaire reconnue à l'égard des députés lors de la Révolution le 23 juin 1789, que ce soit l'irresponsabilité ou l'inviolabilité, forment un ensemble homogène fondé sur une justification théorique commune : le régime représentatif[358]. Loin de constituer « une mesure de prudence purement circonstancielle »[359], le décret du 23 juin 1789 est interprété plutôt comme « une conséquence rationnelle d'une théorie de la représentation qui lui serait antérieure »[360]. Selon cette doctrine, dès leur apparition, « les immunités parlementaires garantissent l'indépendance des parlementaires et le libre fonctionnement des assemblées »[361]. Cette thèse établit, par conséquent, un lien systématique entre l'ensemble des immunités parlementaires et le régime représentatif. L'œuvre révolutionnaire, pourtant à ses débuts, est, de ce fait, profondément rationalisée par ce schéma de pensée, dont les positions ne sont pas dictées par les événements troublés. Pour appuyer une telle proposition, les partisans de la thèse rationaliste-représentative s'appuient sur plusieurs arguments complémentaires solides, d'ordre historique (**a**), juridique (**b**), théorique (**c**) et pratique (**d**).

a. Les immunités parlementaires, conséquence rationnelle de la construction doctrinale de la représentation nationale élaborée par Sieyès

81. L'un des premiers arguments avancés par les partisans de la thèse rationaliste repose sur le fait qu'au moment où les constituants adoptent ce décret, la souveraineté nationale et le régime représentatif, qui représentent les soubassements théoriques principaux des immunités parlementaires, ont fait l'objet d'une large théorisation. En effet, avant même que la Révolution française éclate, cette théorie est exposée par l'abbé Emmanuel Sieyès dans deux ouvrages écrits

357 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit., p.23.
358 Par exemple, pour Julien Boudon, « les immunités parlementaires vont de pair avec le mandat représentatif » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.162).
359 *Ibid*., p.28.
360 C. Guérin-Bargues, L'inviolabilité des révolutionnaires..., op.cit., p.287.
361 C. Bigaut, La responsabilité pénale des hommes politiques, Paris : LGDJ, 1996, p.82.

dans la foulée de la convocation des États Généraux pour 1789, et tous deux parus en 1788. Il s'agit du livre « *Vues sur les moyens d'exécution dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789* », suivi quelques mois plus tard du célèbre « *Qu'est-ce que le Tiers-Etats ?* », daté de janvier 1789.

82. Comme son titre révélateur l'indique (« dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789 »), ce riche corpus, qui va bouleverser totalement le droit public français, livre une théorie politique d'ensemble de la Nation. Il donne aux constituants de la période révolutionnaire toutes les clés pour une régénération nationale. D'ailleurs il apparaît que cette théorie complète de la souveraineté nationale est largement connue et diffusée par les constituants[362]. L'exposé de sa pensée constitutionnelle est déterminant pour comprendre son influence dans la conceptualisation des immunités parlementaires révolutionnaires selon les défenseurs de la thèse rationaliste des immunités parlementaires.

83. Pour percevoir la finalité de la théorie de Sieyès et son influence sur la représentation des régimes dérogatoires des membres des assemblées, il convient de revenir brièvement au point de départ de sa théorie, c'est-à-dire aux circonstances de l'année 1788. Le 23 septembre de la dite année, le Parlement de Paris décide que les États généraux du Royaume, assemblés politiques composées de députés envoyés par les trois ordres, seront « régulièrement convoqués et composés suivant la forme observée en 1614 ». La « forme » en question implique la délibération et le vote par ordre, sans doublement de la représentation du Tiers État. Or, ce dernier ait fortement opposé à de telles modalités d'organisation. Il revendique au contraire, eu égard à son importance quantitative, le même nombre de députés que les ordres privilégiés réunis, c'est-à-dire son doublement, ainsi que le vote par tête[363]. En réalité, ces exigences techniques cachent des enjeux politiques sous-jacents majeurs car « *admettre les prétentions du Tiers revenait à rejeter l'organisation traditionnelle de la société pour tenir compte d'une loi déjà révolutionnaire, la loi du nombre* »[364]. À l'inverse, rejeter ces revendications était un des moyens pour les classes privilégiées de protéger leur privilège et de maintenir une société d'ordres hiérarchisés inégalitaires.

C'est ici que l'apport de Sieyès est primordial. Le penseur politique souhaite faire table du passé et mettre fin à la société d'ordre pour créer une unité nationale. Son projet implique un rejet de la nation corporative. L'abbé développe alors une théorie politique de la Nation, « touchant tant à la

362 Comme le souligne Marcel Morabito, « rédigée durant les mois de novembre et décembre 1788, cette brochure connut d'emblée un foudroyant succès, plus de trente mille exemplaires étant enlevés en quelques semaines » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, 12e éd, Paris : Montchrestien, 2012, p.40).
363 Comme le note justement Marcel Morabito, « le maintien du vote par ordre, chaque ordre disposant d'une voix, aurait privé le doublement d'effet. » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle..., op.cit., p.40).
364 *Ibid*., p.41.

formation de la nation qu'à ses modalités d'expression »[365]. Cependant, comme le souligne Elisabeth Zoller, « la Révolution française n'a pas inventé le concept de Nation qui existait depuis le XVIème siècle et qui était synonyme de groupe humain, de communauté, quels qu'en soient les composants, mais l'a radicalement transformé »[366]. Pour l'abbé, le fondement du lien social et la base de la Nation est *le travail*, facteur de richesse d'une société[367]. La Nation est donc définie, dans sa pensée, comme l'ensemble des producteurs de biens et de valeurs qui comprennent les travaux privés et les fonctions publiques, excluant par-là même les classes privilégiées qui ne travaillent pas[368].

84. En outre il convient de noter que ce point de départ sociologique trouve des prolongements sur le terrain juridique. La Nation est également perçue par le publiciste comme un sujet de droit, titulaire du pouvoir constituant au motif que « la nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale ; elle est la loi même. Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel »[369]. Autrement dit, en tant que corps originel exprimant la continuité des générations

365 *Ibid*.

366 E. Zoller, Introduction au droit public, 2è éd. Paris : Précis Dalloz, 2013, p.188. Au XVIIIème siècle, la Nation est en effet synonyme d'État. Comme le note Elisabeth Zoller, « dans la définition que donne l'Encyclopédie sous la plume du chevalier de Jaucourt (1765), Nation est « un mot collectif, dont on fait usage pour exprimer une quantité considérable de peuple qui habite une certaine étendue de pays, renfermé dans certaines limites, qui obéit au même gouvernement » et qui se distingue par son caractère particulier » », autrement dit les trois critères cumulatifs classiques de reconnaissance d'un Etat (*ibid*., p.188).

367 Pour Sieyès, la formation de la nation est une manifestation du droit naturel. Agrégation spontanée d'individus dans l'état de nature, la Nation est antérieure à la société politique, qui apparaît par l'adoption d'une Constitution. Suivant une option aristotélicienne, l'abbé considère que le rassemblement des hommes est guidé principalement par la nécessité, rejetant l'idée rousseauiste d'un quelconque contrat social ou d'un libre arbitre. La Nation est donc la conséquence de la loi qui la prédétermine, *la loi du besoin*. Or ce fondement économique détermine sa composition. En effet, la Nation n'est pas la réunion de tous ceux qui habitent sur le territoire et qui manifestent le désir de vivre ensemble. Pour l'abbé, « elle ne réunit que les actionnaires de l'entreprise sociale, c'est-à-dire ceux qui produisent et participent à l'utilité *commune* » (cité par M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France..., op.cit., p.41). Grand lecteur d'Adam Smith comme l'a démontré Pasquale Pasquino (cf. P. Pasquino, Sieyès et l'invention de la Constitution moderne, op.cit.), Sieyès s'inspire de l'idée fondamentale du libéral et économiste anglais selon laquelle le travail de l'homme produit des richesses. En effet, selon lui, le lien social résulte de l'échange économique entre les hommes, idée qui constitue « la pierre fondatrice de l'essai de Sieyès » (E. Zoller, Introduction au droit public, op.cit., p.189). C'est la raison pour laquelle l'abbé considère que le Tiers Etat forme à lui seul la Nation : « Qui donc oserait dire, demande-t-il, que le Tiers n'a pas en lui tout ce qu'il faut pour former une nation complète ?...Si l'on ôtait l'ordre privilégié, la nation ne serait pas quelque chose de moins, mais quelque chose de plus...le Tiers embrasse donc tout ce qui appartient à la nation ; et tout ce qui n'est pas le Tiers ne peut pas se regarder comme étant de la nation » (E. Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?, op.cit., chapitre I et VI). Il est, à ses yeux, le regroupement de tous ceux qui, par leurs efforts résultant de leur travail, concourent au bien collectif. En effet, « il assume l'intégralité du travail de la nation, à savoir tous les travaux particuliers (agriculture, industrie, commerce et négoce, professions libérales) et la plupart des fonctions publiques comme l'épée, la robe et l'Église, et l'administration » (E. Zoller, Introduction au droit public, op.cit., p.189). Il en résulte pour Sieyès que le Tiers-Etat – et non pas de façon générale et abstraite le peuple - a donc en lui tout ce qu'il faut pour former une nation complète, se suffisant à lui-même et donc autonome. Or la conséquence d'un tel postulat est l'exclusion de la Nation des classes privilégiées (noblesse) qui ne travaillent pas et ne participent donc pas à l'intérêt commun (selon l'abbé, « l'ordre noble n'entre point dans l'organisation sociale ; qu'il peut bien être une charge pour la nation, mais il ne saurait en faire partie » (E. Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers-Etat, op.cit., p.124)). L'auteur ajoute : « une telle classe est assurément étrangère à la nation par sa fainéantise » (*ibid.*, p.125).

368 Comme le souligne Pasquale Pasquino, « le critère à la fois d'appartenance au et d'exclusion du corps de la nation est la participation au travail. C'est elle qui fait des individus particuliers des citoyens, c'est-à-dire des membres de la Nation » (P. Pasquino, Le concept de Nation..., op.cit., p.310)

369 Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers-Etat, op.cit., p.67. A noter que Sieyès renverse donc la conception de Hobbes pour qui « sans la personne du représentant souverain, il est impossible de concevoir le peuple ; avant ou sans représentant, il n'existe rien d'autre qu'une dissentiens multitudo, un état de nature compris comme absence de tout lien social » (P. Pasquino, Le concept de Nation..., op.cit., p.316). Pour Hobbes, l'unité du peuple et sa capacité de vouloir et d'agir sont le produit et l'effet, et non le fondement du pacte social, qui seul fait naître la réalité du peuple comme unité.

successives et la permanence d'une tradition socio-culturelle, la Nation est une personne morale souveraine entendue dans le sens de puissance supérieure, détenant de ce fait le pouvoir suprême. À cet égard, on observe que cette idée de la souveraineté nationale n'est pas innocente. Par cette affirmation, l'abbé entend ainsi discréditer par anticipation la forme monarchique des États généraux. Les États généraux ne sont pas qu'un simple corps constitué, soumis comme tel à la souveraineté royale, et ne disposant pas dès lors du pouvoir souverain de rédiger une nouvelle Constitution, car cela représenterait un obstacle à toute régénération sociale et politique. Au contraire, en défendant la souveraineté de la Nation, Sieyès préconise le renversement de l'Ancien Régime et de la société par ordres héritée de la société féodale. La Nation est le pouvoir lui-même, le pouvoir suprême, et tous les autres pouvoirs dérivent d'elle.

85. Passée cette première phase de la formation de la Nation et de sa souveraineté, Sieyès envisage une seconde phase, celle de la société politique, où le pouvoir constituant est exercé par le moyen de la *représentation*, commise par la Nation. C'est là la pierre angulaire de la pensée politique de l'abbé. En effet, « la théorie de la représentation constitue le centre même de la doctrine politique de Sieyès »[370], et la base même aujourd'hui du droit public moderne. Les arguments qu'il expose en sa faveur sont de différents ordres, sans compter l'argument traditionnel de l'étendue du territoire[371]. Le premier de nature technique, fait valoir que le régime représentatif s'impose comme la transposition sur le plan politique d'un principe social fondamental : la division du travail, théorie chère à Adam Smith dont nous avons déjà noté l'importance dans la pensée de Sieyès. Ainsi, les affaires publiques doivent être exercées par des citoyens spécialement chargés de s'en occuper. Prenant le contre-pied de Rousseau qui voit dans la division du travail la naissance de la société et le début de l'asservissement humain, l'abbé considère qu'elle permet d'augmenter la liberté et la richesse commune. En effet, « le progrès d'une société se caractérise par une spécialisation des fonctions, fondée sur une spécialisation des aptitudes, qui permet une production plus rapide et un rendement meilleur »[372]. Or Sieyès va encore plus loin car il ajoute une dimension supérieure aux représentants par rapport au reste des citoyens : non seulement les affaires publiques doivent être exercées et traitées par quelques citoyens, mais uniquement par les plus compétents d'entre eux. C'est ici le second argument, cette fois-ci philosophique, que Sieyès avance pour défendre le régime représentatif. Selon cette thèse traditionnelle, le penseur politique souligne l'inéluctable inégalité

370 J. Roels, Le concept de représentation…, op.cit., p.111. L'auteur ajoute : « si l'on ne peut parler de Sieyès sans parler de représentation, la réciproque est certes également vraie » (*ibid*., p.111).
371 Sieyès dira : « Les associés sont trop nombreux et répandus sur une surface trop étendue, pour exercer facilement eux-mêmes leur volonté commune. Que font-ils ? Ils en détachent tout ce qui est nécessaire pour veiller et pourvoir aux soins publics ; et cette portion de volonté nationale et par conséquent de pouvoir, ils en confient l'exercice à quelques-uns d'entre eux » (E. Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?, op.cit., p 51-52).
372 J. Roels, Le concept de représentation politique..., op.cit., p.113. En conséquence, l'auteur note que Sieyès a une acceptation large de la notion de représentation : « Le Parlement et le Gouvernement n'en figurent qu'un cas très particulier ; tous les hommes se représentent mutuellement dans la sphère de leurs occupations propres, toutes nécessaires aux destinées sociales » (*Ibid*., p.113).

naturelle entre les individus. Tout citoyen ne dispose pas des compétences nécessaires pour gérer la chose publique qui doit être réservée uniquement à l'élite représentative[373]. De cette manière, en confiant la gestion des questions publiques à des citoyens spécialisés pour vouloir et agir à notre place, la liberté des individus est sauvegardée « car non seulement ils sont déchargés d'une série de préoccupations contraignante, pour lesquelles ils n'ont aucune qualification, mais encore ils sont finalement responsables d'eux-mêmes dans les représentants qu'ils choisissent. (…) La liberté politique consiste en la possibilité de se choisir de bons représentants, et donc de mauvais »[374].

86. On remarque, dès lors, que Sieyès se livre à une véritable apologie du régime représentatif. De la sorte, l'abbé prend le contre-pied de la doctrine de Rousseau qui avait manifesté la plus expresse méfiance vis-à-vis du gouvernement représentatif au motif que la volonté ne se représente pas. Au contraire, comme le souligne Jean Roels, pour Sieyès, « le régime représentatif n'est pas un pis-aller en raison de l'étendue du territoire, il est un bien en soi, un signe de progrès ; il faut le développer, le raffiner »[375]. Le penseur politique est l'adversaire de la démocratie pure, compte tenu du fait qu'elle confie le pouvoir à la masse inculte et elle demeure inadaptée à un Etat fortement étendu, ce qui empêche de fait toute délibération collective de la Nation. Dès lors, la principale conséquence de la théorie du régime représentatif de l'abbé est d'exclure toute influence populaire de la marche du gouvernement, domaine réservé de l'élite intellectuelle de la Nation. Or, face à de telles modalités, Sieyès reconnaît parfaitement que sa théorie politique soit fondée sur une opposition explicite à la démocratie pure, au sens athénien du terme. Il l'avoue expressément dans son fameux discours du 7 septembre 1789 : « Le peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (et la France ne saurait l'être), le peuple ne peut parler que par ses représentants »[376]. Il ajoute en ce sens : « Donc, les citoyens qui se nomment des représentants renoncent et doivent renoncer à faire eux-mêmes immédiatement la loi : donc ils n'ont pas de volonté particulière à imposer. Toute influence, tout pouvoir leur appartiennent sur la personne de leurs mandataires, mais c'est tout. S'ils dictaient des volontés, ce ne serait plus cet état représentatif ; ce serait un état démocratique »[377]. Au terme de son cheminement politique, comme l'indique Jean Roels, « Sieyès aboutit de la sorte à un régime essentiellement modéré, une aristocratie des Lumières, des loisirs et du mérite, une élite intellectuelle et civique, un gouvernement qui exclut de son sein tout élément extrême »[378].

373 Sieyès, séance du 7 septembre 1789, Archives parlementaires, t.8, p.594 : « La très grande pluralité de nos concitoyens n'a ni assez d'instruction ni assez de loisir, pour vouloir s'occuper directement des lois qui doivent gouverner la France ; leur avis est donc de nommer des représentants, et puisque c'est l'avis du grand nombre, les hommes éclairés doivent s'y soumettre comme les autres ».

374 J. Roels, Le concept de représentation..., op.cit., p.115. De même, en délaissant les affaires publiques, le citoyen peut pleinement se concentrer sur ses propres tâches privées, vecteur de progrès social et économique.

375 *Ibid*., p.114.

376 E. Sieyès, séance du 7 septembre 1789, A. P., 1ère série, t.VIII, 7 septembre 1789, p.595.

377 *Ibid*., p.594.

378 J. Roels, Le concept de représentation politique..., op.cit., p.121. L'auteur ajoute : « En ce sens, on peut dire que la Révolution française a uni les deux tendances du dix-huitième siècle, le républicanisme conservateur de Rousseau et le despotisme éclairé et progressiste des Physiocrates et de Voltaire, le rêve résigné et moralisateur du citoyen et l'espoir des bourgeois de pouvoir s'enrichir sans entraves » (*ibid*., p.120-121).

87. Toutefois, Sieyès va essayer de surmonter cette contradiction et sa solution exercera une influence directe sur la conceptualisation des immunités parlementaires. Certes, selon sa théorie, la volonté des représentants est identifiée à la volonté de la Nation. Celui qui prononce les paroles est assimilée à celui à qui ces paroles sont rapportées. Or le danger que comporte un tel système est que le représentant, sous couvert de vouloir pour la Nation, défende ses intérêts personnels au détriment de l'intérêt général, agissant pour son seul profit. C'est ce que Pierre Brunet appelle « le paradoxe de la représentation »[379]: « ceux qui parlent doivent, pour parler, être libres, mais une fois libres, comment garantir qu'ils continueront de se considérer comme partie de l'unité ? »[380]. Or, pour surmonter un tel paradoxe, Sieyès avance deux propositions sur lesquelles, passé le mois de septembre 1789, l'Assemblée ne reviendra plus et dont il convient de constater qu'elles sont encore en vigueur dans le droit public moderne français.

88. Pour le publiciste, le peuple n'est pas le souverain, la souveraineté appartenant à la Nation. Plus exactement, pour lui, le peuple est souverain en tant qu'il forme une Nation. Autrement dit, « les millions d'hommes et de femmes qui peuplent le territoire français sont souverains ensemble, non séparément, [et] souverains dans les intérêts qui les unissent, non dans ceux qui leur sont particuliers »[381]. Cela signifie que la nation n'est pas le peuple réel dans sa diversité, mais le peuple pensé dans ce qui fait son unité, quels soient la race, la religion et le sexe de ses citoyens. Il en résulte que le peuple est représenté en tant que Nation, et non simplement en tant que peuple selon la conception rousseauiste, autrement dit la représentation est nationale et non populaire. En effet, « alors que la représentation populaire se veut un décalque aussi fidèle que possible de la réalité sociale, la représentation nationale est une construction intellectuelle de celle-ci qui ne se justifie que par le but qu'elle poursuit : une représentation parfaite qui ne puisse mener qu'au bien public »[382]. Pour Sieyès, les hommes doivent être représentés dans ce qui les unit et non dans ce qui les divise. Seul l'intérêt commun est représentable et doit être représenté. Les intérêts particuliers doivent donc être nécessairement écartés de la représentation nationale. En effet, l'abbé distingue trois sortes d'intérêts qui se partagent le cœur des hommes : en premier lieu, *l'intérêt commun*, celui par lequel les individus s'unissent entre eux et dont il est le seul qui puisse être traité collectivement[383]. À coté de cet intérêt, il y a les intérêts non communs que sont les *intérêts de*

379 P. Brunet, Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation..., op.cit., p.92. Plus exactement, Pierre Brunet reprend cette expression du présent article doctrinal : H. F. Pitkin, « The paradox of representation », *in* J. R. Pennock and J. W. Chapman (1968) (dir.), Representation, New York : Atherton Press, Nomos X (38-42), p.39. Plus exactement encore, il la rebaptise le « dilemme de l'organe » : « si l'organe crée cette volonté de lui-même, il risque de primer l'ensemble dont il n'est que l'organe. Mais, dans le même temps, s'il reproduit cette volonté, alors il n'est plus un organe vivant et actif mais un mécanisme mort et passif » (P. Brunet, « Vouloir pour la Nation... », op.cit., p.93).
380 P. Brunet, Vouloir pour la Nation..., op.cit., p.92.
381 E. Zoller, Introduction..., op.cit., p.180.
382 *Ibid*., p.183.
383 « Le droit à se faire représenter n'appartient aux citoyens qu'à cause des qualités qui leur sont communes, et non à cause de celles qui les différencient » (E. Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers-Etat, op.cit., p.208). Et l'auteur ajoute : « Les

corps et les *intérêts personnels*, qui constituent les deuxièmes et troisièmes types d'intérêts. *Les intérêts de corps* favorisent le rassemblement des hommes mais uniquement de quelques-uns tandis que les *intérêts personnels* amènent l'homme à s'isoler et à ne songer qu'à lui-même.

Par conséquent, pour que les représentants poursuivent et parviennent au bien public, seul l'intérêt commun, « celui par lequel un homme s'accorde avec tous ses co-associés et qui est l'objet de la volonté de tous »[384], doit être représenté. Les intérêts particuliers et les intérêts de corps doivent donc être « isolés »[385] de la représentation nationale. En clair, comme le résume Elisabeth Zoller, « la représentation nationale non seulement ne donne pas, mais encore, ne veut pas donner une image fidèle de tous les intérêts du peuple, elle ne retient que ses intérêts communs »[386]. Dans ces conditions, l'intérêt commun qui est l'intérêt public n'est pas le résultat de la somme des intérêts privés mais celui de la somme des intérêts que les hommes ont décidé par un acte de libre volonté de mettre en commun[387]. La Nation a ses propres intérêts, la société a les siens. Elle constitue une puissance extérieure au corps social, elle n'est pas le miroir des intérêts particuliers de la société. Dans ces conditions, l'intérêt général est donc le leitmotiv des représentants de la Nation.

89. Or, pour ce faire, pour que soit surmonté « le paradoxe de la représentation », c'est-à-dire pour que les représentants n'aient en vue que l'intérêt public et que les intérêts particuliers soient isolés, Sieyès est amené à définir les modalités pratiques de la représentation. Ce point intéresse directement la problématique des immunités parlementaires. Sieyès formule deux propositions qui permettront de constituer une assemblée de représentants vertueux n'ayant en vue que l'intérêt public. La première concerne le mode d'élection des assemblées dont les enjeux apparaissent cruciaux. Les élus doivent être choisis de façon à représenter l'intérêt commun et non les intérêts privés. C'est la raison pour laquelle un membre du corps législatif ne représente pas ses électeurs, ni sa circonscription, mais la nation toute entière. Il est l'élu de la Nation. Pour Sieyès, si un député représentait uniquement sa circonscription, le pouvoir législatif ne pourrait exercer ses fonctions, aucune délibération ne serait possible.

Or, de ce premier postulat en découle une conséquence fondamentale : du fait qu'un représentant est l'élu de la Nation et non de sa circonscription, sa volonté est toujours guidée par la recherche de

intérêts par lesquels les citoyens se rassemblent sont donc les seuls qu'ils puissent traiter en commun, les seuls par lesquels et au nom desquels ils puissent réclamer des droits politiques, c'est-à-dire une part active à la formation de la loi sociale, les seuls par conséquent, qui inspirent au citoyen la qualité représentable » (*ibid*., p.210).

384 E. Zoller, Introduction au droit public, op.cit., p.183.

385 « Il faut que dans la décadence même des mœurs publiques, lorsque l'égoïsme paraît gouverner toutes les âmes, il faut, dis-je, que, même dans ces longs intervalles, l'assemblée d'une nation soit tellement constituée, que les intérêts particuliers y restent isolés » (E. Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?, op.cit., p.86).

386 E. Zoller, Introduction..., op.cit., p.183.

387 « La théorie française de la représentation est indissociable de la croyance à l'existence d'un intérêt public, distinct des intérêts privés et formé des intérêts déclarés communs à l'ensemble des associés dans un contrat social (…). Dans la théorie française, l'intérêt public ne se confond pas avec la somme des intérêts privés ; c'est un choix politique, volontaire, fait de tous les intérêts mis en commun dans le contrat social » (E. Zoller, Introduction..., op.cit., p.183-184).

l'intérêt national, autrement dit l'intérêt public, mais jamais des intérêts particuliers. Il représente non ceux qui ont voté pour lui, ce qui l'obligerait à défendre des intérêts privés, mais la Nation entière. En d'autres termes, il est *indépendant* à l'égard de ce qui ont voté pour lui et donc de leurs volontés. Il a le droit et le devoir de décider pour le compte de la Nation, en toute conscience et sur tous les sujets qui peuvent se poser. À cet égard, il semble, comme vous le verrons, que les révolutionnaires étaient conscients de cet enjeu au moment de concevoir les immunités parlementaires.

90. *D'autre part*, l'abbé met en avant un deuxième outil destiné à faire sortir de la représentation une assemblée composée de membres n'ayant en vue que l'intérêt général. Ce moyen rationnel est la délibération[388]. En effet, comme le souligne Pierre Brunet, « Sieyès propose une théorie de la délibération au terme de laquelle la nation dispose d'une volonté qui, bien que posée par les représentants, ne saurait être identifiée avec la volonté personnelle et subjective de chacun d'entre eux »[389]. Sa théorie part du postulat que l'intérêt général n'existe pas en soi, de manière transcendante, il ne préexiste pas avant d'avoir été exprimé. En d'autres termes, la volonté générale doit être découverte et procède d'un acte de connaissance. À cet effet, Sieyès fait confiance au mécanisme de la délibération pour *découvrir, révéler* le mystérieux intérêt général. Par cet instrument, chaque représentant exprime en toute indépendance, délesté des intérêts particuliers comme nous l'avons vu, mus dès lors par sa seule intelligence et sa raison humaine, son point de vue, lequel sera ensuite discuté par un autre représentant également libre qui exprimera à son tour sa propre opinion, d'après le principe directeur du contradictoire. Et de cette confrontation rationnelle des opinions, de cette pluralité des voix, émergera, selon un processus de « fermentation »[390], « un seul avis », un consensus qui formera la volonté générale[391].

388 M. Fleury, La délibération en droit public interne, thèse de doctorat : droit public, Paris 1, 2016.
389 P. Brunet, Vouloir pour la Nation…, op.cit., p.94.
390 L'expression est employée par Sieyès lui-même, lequel résume de manière limpide ce processus de fermentation : « Les membres de l'assemblée délibérante sont entre eux ce que sont sur la place publique les citoyens d'une petite peuplade ; ils ne se réunissent pas seulement pour connaître l'opinion que chacun pouvait avoir la veille, et se retirer ensuite ; ils s'assemblent pour balancer leurs opinions, pour les modifier, les épurer les unes par les autres, et pour tirer enfin des lumières de tous, un avis de la pluralité ; c'est-à-dire la volonté commune qui fait la loi. Le mélange des volontés individuelles, *l'espèce de fermentation* qu'elles éprouvent dans cette opération, sont nécessaires pour composer le résultat qu'on en attend » (E. Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers-Etat, op.cit., p.545).
391 Le déroulement de ce processus de cristallisation des volontés individuelles est parfaitement décrit par Sieyès lui-même : « Dans toutes les délibérations, il y a comme un problème à résoudre qui est de savoir, dans un cas donné, ce que prescrit l'intérêt général. Quand la discussion commence, on ne peut point juger de la direction qu'elle prendra pour arriver sûrement à cette découverte. Sans doute l'intérêt général n'est rien, s'il n'est pas l'intérêt de quelqu'un ; il est celui des intérêts particuliers qui se trouve commun au plus grand nombre des votants. De là, la nécessité du concours des opinions. Ce qui vous paraît un mélange, une confusion propre à tout obscurcir, est un préliminaire indispensable à la lumière. Il faut laisser tous ces intérêts particuliers se presser, se heurter les uns avec les autres, se saisir à l'envi de la question, et la pousser chacun suivant ses forces vers le but qu'il se propose. Dans cette épreuve, les avis utiles, et ceux qui seraient nuisibles se séparent ; les uns tombent, les autres continuent à se mouvoir, à se balancer jusqu'à ce que, modifiés, épurés par leurs effets réciproques, ils finissent par se fondre en un seul avis ; comme on voit dans l'univers physique un mouvement unique et plus puissant se composer d'une multitude de forces opposées » (E. Sieyès, Vues sur les moyens..., op.cit., p.91).

Par là-même, par ce processus, la délibération apparaît comme un moyen de légitimation de la représentation. Car, comme l'indique Pierre Brunet, la volonté générale, qui est le résultat et le point final de la délibération, s'avère être autant un acte de volonté qu'un acte de connaissance d'individus libres et rationnels[392]. Dans ces conditions, « la volonté générale n'est pas arbitraire. (…) Elle ne procède pas de la discrétion d'un seul dont la force ou la puissance expliquerait qu'on lui soit soumis, (…) elle ne peut plus être rattachée à des volontés particulières, elle cesse d'apparaître comme l'expression de subjectivités : cela justifie donc l'obéissance et la soumission des individus à la volonté générale »[393]. Le processus de la délibération présente donc le mérite de surmonter le paradoxe de la représentation et d'éviter la confiscation de la souveraineté par une oligarchie représentative grâce à un intérêt général objectif. C'est pourquoi la théorie de la délibération occupe une place primordiale dans la pensée de Sieyès.

91. La théorie constitutionnelle de Sieyès réalise une œuvre profondément novatrice et offre aux révolutionnaires français un matériau conceptuel d'envergure. Elle pose les fondements théoriques à la transformation de la nature du mandat des députés aux Etats généraux. Ce faisant, à l'énoncé de sa théorie, il est possible de considérer que celle-ci, largement connue des révolutionnaires à la date du 23 juin 1789, a joué un rôle important dans la naissance des immunités parlementaires. Ces dernières apparaissent, en effet, comme un de ses préalables indispensables. Elles sont la garantie d'une délibération aboutissant à l'expression de la volonté générale comme acte de connaissance, grâce à des législateurs libres d'esprit et de corps. Les immunités parlementaires plongeraient donc leur racine dans la théorie politique de la Nation de Sieyès. En outre, les défenseurs de l'origine rationnelle des statuts dérogatoires des membres des assemblées lors de la Révolution de 1789 avancent d'autres arguments pour justifier leur point de vue.

b. Les immunités parlementaires, corollaire de la transformation de la nature des mandats des députés aux États généraux

92. La doctrine constitutionnelle française, en majorité, n'hésite pas à établir un lien étroit entre la naissance du mandat représentatif et celle des immunités parlementaires. Pour cela, elle s'appuie, en

392 « Sieyès concilie habilement l'idée que la volonté générale procède autant d'un acte de volonté que d'un acte de connaissance, de sorte que nul ne peut se sentir exclu de la délibération : la volonté est, en ce sens, générale » (P. Brunet, Vouloir pour la Nation..., op.cit., p.94). En effet, si elle constitue d'abord un acte de volonté car la volonté générale n'existe pas avant d'avoir été créé et discuté, faisant de ce fait la part belle aux volontés individuelles susceptibles d'être peu soucieuses de l'intérêt général et d'entraîner une aliénation de la souveraineté, elle procède aussi et surtout d'un acte de connaissance puisque elle est *découverte, révélée* par des individus libres et rationnels détachés de toute influence locale. Comme l'affirme Sieyès, « sa connaissance suit la délibération et ne la précède pas » (propos d'E. Sieyès cité par P. Brunet, Vouloir pour la Nation..., op.cit., p.94). En d'autres termes, de la confrontation et de la combinaison des volontés à l'origine individuelles, subjectives va jaillir une volonté différente de celles-ci, une volonté commune qu'est la volonté générale. De ce fait, la volonté générale n'est plus subjective, mais devient objective. La délibération objectivise la volonté générale, en transcendant les volontés subjectives. Elle permet l'expression de la volonté de la collectivité qui n'existait pas jusque-là et qui est indépendante des volontés personnelles des individus.
393 P. Brunet, Vouloir pour la Nation…, op.cit., p.95.

premier lieu, sur un argument d'ordre *chronologique*. Elle fait valoir que les premiers mois de la Révolution française furent marqués par la transformation de la nature du mandat dévolu aux représentants des États généraux et la proclamation *quasi concomitante* des immunités. Autrement dit, la protection du représentant et le mandat représentatif furent mis en place de manière simultanée. Les deux institutions ont donc une même origine révolutionnaire.

93. En second lieu, outre l'argument chronologique peu convaincant pour lier ces deux mécanismes juridiques, elle avance un second argument plus sérieux tiré de la *logique*. À leurs yeux, l'ensemble des immunités parlementaires consacrées par le décret du 23 juin 1789 ne seraient que la conséquence directe et nécessaire de la transformation du mandat impératif en mandat représentatif dans la mesure où, à l'image du mandat représentatif, elle participerait de la même finalité, qui est celle de garantir l'indépendance des représentants de la Nation à l'égard de leurs mandats. En d'autres termes, le décret du 23 juin viendrait, dans un même mouvement, *prendre acte* mais également *affermir* la liberté des députés à l'égard de leurs électeurs, acquise quelques jours plus tôt et amorcée par la théorie sieyesienne de la représentation.

En effet, cinq jours avant le fameux décret du 23 juin 1789, deux événements majeurs fondateurs ont permis la proclamation inédite du caractère national, puis constituant de l'Assemblée du Tiers Etat, et, ce faisant, la fin au lien de subordination entre les députés et leurs électeurs : ce sont la déclaration sur la constitution de l'Assemblée du 17 juin 1789 et le Serment du Jeu de Paume du 20 juin 1789. Dans un premier temps, par *la déclaration sur la Constitution de l'Assemblée*, le Tiers-Etat se constitue, à l'instigation de Sieyès, en Assemblée Nationale, proclamant ainsi avec vigueur le principe, non de la souveraineté populaire, mais de la souveraineté nationale. À l'origine, le Tiers-Etat, du fait qu'il est une composante des États généraux, n'est qu'un corps constitué, soumis comme tel à la souveraineté du Roi. Chacun des trois ordres représentent un des trois peuples séparés par des intérêts divergents, autrement dit le contraire d'une Nation. Si les membres du Tiers ont obtenu du Roi le doublement de la représentation du Tiers-Etat, ils réclament le vote par tête, et non par ordre, aux États généraux et la délibération en commun, ce que refusent catégoriquement le Roi et les autres ordres pour maintenir leurs privilèges. Pendant tout un mois, les députés du tiers état font preuve de résistance. Ils refusent de siéger pour des raisons tactiques afin de ne pas se constituer en ordre séparé et proposent aux membres du clergé et aux nobles de se joindre à eux pour délibérer en commun lors d'une ultime invitation le 10 juin, sans succès. Cependant, quelques jours plus tard, forts d'avoir été rejoint par certains membres des autres ordres (19 députés du clergé), le Tiers-Etat considère qu'il incarne lui-même et lui seul la Nation dans la mesure où, reprenant l'argument sociologique de Sieyès développé dans ses écrits comme nous l'avons vu, il représente environ 96 % de la population française[394]. C'est la raison pour laquelle il se constitue en Assemblée

394 Cette idée ressort très nettement de la résolution du 17 juin 1789 : « L'assemblée, délibérant après la vérification

Nationale, par 491 voix pour et 90 contre, le 17 juin 1789. La fameuse *Déclaration* proclame ainsi :

> « *puisqu'il n'appartient qu'aux représentants vérifiés de concourir à former le vœu national, et que tous les représentants vérifiés doivent être dans cette assemblée, il est encore indispensable de conclure qu'il lui appartient et qu'il n'appartient qu'à elle, d'interpréter et de présenter à la volonté générale de la nation, il ne peut exister entre le trône et cette assemblée aucun veto, aucun pouvoir négatif.*
> *L'assemblée déclare donc que l'œuvre commune de la restauration nationale peut et doit être commencée sans retard par les députés présents et qu'ils doivent la suivre sans interruption comme sans obstacle* »[395].

94. Or il convient de remarquer que cette Déclaration constitue un véritable tournant de l'entreprise révolutionnaire, puisque, comme le souligne Germaine de Staël, elle « était la révolution elle-même »[396], pour deux raisons principales. Outre d'opérer un transfert inédit de la souveraineté du roi à l'Assemblée, sur lequel nous reviendrons, les élus rompent, en se proclamant Assemblée unique de la Nation, avec la structure sociale d'Ancien Régime fondée sur la division en trois ordres. Elle annonce ainsi l'avènement de la conception moderne de la représentation, esquissée originellement par Sieyès au début de l'année 1789[397]. Désormais, un député ne représente plus seulement son ordre et ses intérêts corporatifs mais l'ensemble de la Nation et agit dans l'intérêt national. Cette transformation de la nature du mandat des députés ressort très clairement de la Déclaration du 17 juin 1789 qui fait découler le mandat représentatif et l'indivisibilité de la représentation de l'indivisibilité de la souveraineté : d'après les termes de cette résolution, « parce que la représentation étant une et indivisible, aucun des députés, dans quelque ordre ou classe qu'il soit choisi, n'a le droit d'exercer ses fonctions séparément de la présente assemblée »[398]. De même, elle soutient qu'« une telle masse de députation ne saurait rester inactive par d'absence des députés de quelques bailliages ou de quelques classes de citoyens ; car les absents qui ont été appelés ne peuvent point empêcher les présents d'exercer la plénitude de leurs droits (...) »[399]. Elle met en avant ici l'idée centrale que le régime représentatif s'accommode fort bien de l'incomplétude de la Chambre, dans la mesure où chaque député est censé représenter la Nation tout entière. Bien que désignés par une partie seulement de la population au sein d'une zone déterminée, les députés sont titulaires d'un mandat *national*, et non pas territorial. Le régime représentatif se satisfait donc pleinement d'un nombre de représentants en surnombre ou en sous-effectif, à l'inverse de la souveraineté populaire, puisque, dans ce type de souveraineté fractionnée, chaque citoyen détient

des pouvoirs, reconnaît que cette assemblée est déjà composée des représentants envoyés directement par les quatre-vingt-seize centième au moins de la nation. Une telle masse de députation ne saurait rester inactive par d'absence des députés de quelques bailliages ou de quelques classes de citoyens ; car les absents qui ont été appelés ne peuvent point empêcher les présents d'exercer la plénitude de leurs droits, surtout lorsque l'exercice de ces droits est un devoir impérieux et pressant » (Déclaration de l'Assemblée Nationale du 17 juin 1789, A.P., 1ère série, t.VIII, p.127).

395 Déclaration de l'Assemblée Nationale du 17 juin 1789, A.P., 1ère série, t.VIII, p.127.

396 Cité par M. Winock, 1789, L'année sans pareille, Paris : Hachette, 1988, (Collection Pluriel) p.107.

397 Comme le souligne Marcel Morabito, « on retrouve dans cette déclaration (…) toute l'audace de Sieyès, pour qui la représentation unitaire, a une vocation fondamentalement révolutionnaire : la destruction de la structure politique ternaire d'Ancien Régime. » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle..., op. cit., p.51).

398 Déclaration de l'Assemblée Nationale du 17 juin 1789, A.P., 1ère série, t.VIII, p.127.

399 *Ibid*.

une part inaliénable de la souveraineté. Du reste, on le voit, s'accomplit par cette Déclaration révolutionnaire, la transformation de l'ancienne représentation, particulière et consultative, en une représentation unitaire, générale et souveraine. Le 17 juin 1789 est ainsi la date retenue comme celle de la naissance *officielle* du mandat représentatif français et de la souveraineté nationale[400]. Elle proclame et marque par là-même l'indépendance des représentants de la Nation à l'égard de leurs mandants.

95. En outre, dans le prolongement de ce premier événement fondateur, la nouvelle indépendance conquise par les députés, grâce à la Déclaration du 17 juin 1789 a été confortée, dans un deuxième temps, trois jours plus tard, par un second événement fondateur : le Serment du Jeu de Paume, qui affermit cette orientation. En effet, deux jours après la date historique du 17 juin 1789, l'ensemble du clergé décide de rejoindre finalement le Tiers-Etat, mais la noblesse refuse toujours et en appelle au secours du Roi. Le 20 juin, le monarque tente donc de s'opposer à cette Assemblée afin d'endiguer le processus révolutionnaire en voie de le déposséder de sa souveraineté, en fermant la salle des Menus-Plaisirs à Versailles aux députés qui avaient pris l'habitude de se réunir dans cet endroit, sous le prétexte de préparer le lit de justice du 23 juin[401]. Trouvant porte close, les députés se rendent dans une salle proche où l'on pratiquait le jeu de paume et y prêtent le fameux Serment du Jeu de paume par lequel ils s'engagent, les uns avec les autres, à fournir au royaume une Constitution :

> « *L'Assemblée nationale considérant qu'appelée à fixer la constitution du royaume, à opérer la régénération de l'ordre public, et maintenir les vrais principes de la monarchie, rien ne peut empêcher qu'elle ne continue ses délibérations dans quelque lieu qu'elle soit forcée de s'établir, et qu'enfin, partout où ses membres sont réunis, là est l'Assemblée nationale.*
> *Arrête que tous les membres de cette Assemblée prêteront à l'instant le serment solennel de ne jamais se séparer et de se rassembler partout où les circonstances l'exigeront, jusqu'à ce que la constitution du royaume soit établie et affermie sur des fondements solides; et que, ledit serment étant prêté, tous les membres de chacun d'eux en particulier, confirmeront par leurs signatures cette résolution inébranlable* »[402].

Par le Serment du Jeu de Paume, l'Assemblée Nationale se déclare donc assemblée nationale constituante. Se considérant comme souveraine en ce qu'elle représente l'ensemble de la Nation, elle s'estime seule compétente pour rédiger une Constitution, acte symbolique de souveraineté par excellence, et fixer un ordre constitutionnel stable. Or, la reconnaissance de ce pouvoir par sa propre volonté d'une Constitution souligne, à nouveau, le changement de paradigme provoqué par la conception révolutionnaire de la représentation, et confirme une nouvelle fois l'indépendance acquise par les députés à l'égard de leurs mandants. En effet, par cette promesse, « ce n'est pas

400 L'Assemblée fait d'ailleurs immédiatement acte de souveraineté en déclarant autoriser provisoirement la levée de tous les impôts.
401 Une affiche les prévenait que « le roi ayant résolu de tenir une séance royale aux Etats généraux, lundi 22 juin, les préparatifs à faire dans les trois salles qui servent aux assemblées des ordres exigeaient que ces assemblées fussent suspendues jusqu'après la tenue de ladite séance. », Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - 1ère série (1787-1799), T. 8 du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789, p. 137.
402 A.P., 1ère série, t.VIII, p.138.

envers les électeurs que les députés s'engagent, mais entre eux. Ils se déclarent responsables les uns devant les autres de la rédaction de la Constitution, par la foi de ce serment mutuel »[403]. Les députés prennent en effet cette décision cardinale seuls, sans avoir besoin de solliciter et obtenir au préalable l'acceptation de leurs mandataires, ni sans devoir leur rendre compte de leur résolution. Par ce Serment, il apparaît par conséquent que les députés, en ce qu'ils sont investis d'un mandat représentatif, ont le pouvoir de décider au nom et pour le compte de la Nation, en toute indépendance et sur tous les problèmes qui peuvent se poser. Tenant son pouvoir de la Nation, et non des citoyens qui l'élisent, chaque élu est libre d'agir en conscience et, si ses opinions venaient à changer, ses électeurs ne pourraient pas le révoquer. Le mandat confère ainsi à l'élu un pouvoir discrétionnaire.

96. Dès lors, « parce qu'ils représentent la Nation, parce qu'ils s'identifient collectivement à celle-ci, les députés deviennent la source unique et exclusive de leurs propres obligations »[404]. C'est en cela qu'il est possible de considérer que le décret du 23 juin 1789, qui proclame les immunités parlementaires, s'inscrit dans le prolongement direct de ces deux événements fondateurs amorcés par la théorie constitutionnelle de Sieyès[405]. Ce texte jouerait un rôle d'approfondissement de l'indépendance nouvelle des représentants de la Nation, à des jours d'intervalles très proches. Il semblerait effectivement que les députés entendent, par ce décret, non seulement *attester et tirer les conséquence* de leur autonomie récemment acquise mais également l'*accentuer* et la *consolider.* Car les immunités parlementaires, et en particulier l'irresponsabilité, constituent un élément indispensable au bon fonctionnement du mandat représentatif, étant donné qu'elles protègent la liberté d'expression et de décision de la représentation nationale. Elles préservent la possibilité pour l'assemblée d'exercer pleinement le pouvoir délibérant, les parlementaires n'ayant pas à craindre de devoir rendre compte de leurs votes, opinions, ou discours émis dans le cadre de leurs fonctions devant leurs électeurs ou une quelconque autorité. Elles sont, dès lors, le prolongement logique et nécessaire du mandat représentatif.

97. Dans ces conditions, il semble ainsi que, pour des raisons chronologiques et logiques, le décret du 23 juin 1789 et la théorie du mandat représentatif entretiennent un lien étroit dès leur apparition. Or, les statuts dérogatoires des députés répondent également à une exigence fonctionnelle propre au mandat représentatif que le Roi avait perçu lui-même dès le début de la réunion des États généraux fortement opposé au mandat impératif : favoriser une délibération libre, efficace et éclairée au sein de l'organe délibératif.

403 M. Morabito, Histoire constitutionnelle..., op. cit., p.52.
404 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op. cit., p.101.
405 C. Clavreul, L'influence de la théorie d'Emmanuel Sieyès sur les origines de la représentation en droit public, Thèse d'état : Droit public, Paris 1, 1982, 665 p.

c. Les immunités parlementaires, conséquence de l'exigence fonctionnelle de libre délibération d'une Assemblée délibérante naissante

98. En outre, à côté de cet argument théorique, un argument cette fois-ci juridique étaye également la thèse de l'origine rationaliste-représentative des immunités parlementaires. En effet, à la date du 23 juin 1789, la théorie du mandat représentatif n'est plus simplement un modèle idéal, une pure construction théorique mais s'est vue formalisée dans une norme juridique. La théorie de la représentation est désormais dotée d'une véritable dimension normative autonome. Effectivement, le texte juridique décisif qui opère une transformation de l'ancienne représentation médiévale - *subjective et consultative* - en une représentation moderne - *générale et souveraine*, conduisant à faire perdre aux députés leur qualité de commis des différents corps au profit de celle de représentant de la Nation, est le règlement électoral royal du 24 janvier 1789, auquel il convient d'ajouter la déclaration royale du 23 juin 1789[406]. Cette première disposition juridique[407] présente un intérêt majeur dans le sens où elle permet de déterminer et d'expliquer l'origine probable des immunités parlementaires et de mettre en relief le lien étroit existant entre la théorie de la représentation et celle des immunités parlementaires. Il convient, par conséquent, d'examiner les conditions de sa naissance et son contenu.

99. Historiquement, après avoir décidé de la réunion des États généraux le 5 juillet 1788 pour résoudre les problèmes financiers de l'État français[408], Louis XVI signe le 24 janvier 1789 la lettre de convocation, en même temps que *ledit* règlement fait pour l'exécution de cette lettre et indiquant le mode d'élection des députés ainsi que le fonctionnement interne proprement dit de l'Assemblée. Il convient de souligner que les modalités constitueront une innovation majeure en ce qu'elles marqueront l'avènement de la conception moderne de la représentation[409]. Traditionnellement, les

406 A cet égard, il convient de remarquer que ce texte pourtant fondamental par son rôle majeur dans l'avènement de la représentation moderne et du droit public en général, n'a fait l'objet d'aucune étude doctrinale d'envergure, sous réserve de l'article doctrinal de J. Cadart, Le régime électoral des États généraux de 1789 et ses origines (1302-1614), Annales de l'Université de Lyon, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1952.

407 En l'espèce, nous prenons en compte uniquement le règlement royal du 24 janvier 1789 et la Déclaration du Roi concernant la présente tenue des Etats généraux du 23 juin 1789 au motif que ces derniers sont antérieurs ou concomitants à la date du 23 juin puisque nous cherchons à démontrer qu'à la date du 23 juin 1789, autrement dit au jour de l'édiction du décret instituant les immunités parlementaires, ces deux textes étaient les seuls à avoir consacré juridiquement la théorie du mandat représentatif dont le décret du 23 juin 1789 semble tirer les conséquences, bien qu'il convient de noter que plusieurs autres règlements royaux ultérieurs le feront également (Règlement fait par le Roi concernant les mandats des députés aux États généraux du 27 juin 1789…). L'ensemble de ces déclarations et règlements royaux ont détruit la conception traditionnelle des États généraux et ont établi pratiquement les bases essentielles du régime représentatif.

408 Adressée à tous les gouverneurs des provinces, la convocation pour le 27 avril suivant des États-Généraux débutait ainsi : « Nous avons besoin du concours de nos fidèles sujets pour nous aider à surmonter toutes les difficultés où nous nous trouvons relativement à l'état de nos finances » (Lettre du Roi pour la convocation des Etats généraux à Versailles le 27 avril 1789, extrait du préambule des 51 articles du Règlement général du 24 janvier 1789).

409 Si les États généraux ont été réunis pour la première fois par Philippe Le Bel en 1302, ils n'avaient plus été réunis depuis 1614. Or il apparaît qu'au moment où Louis XVI décide en 1788 de cette convocation, après une longue période de deux siècles sans réunion, « il n'existe pas de corps de doctrine ou de textes qui puissent donner à l'administration royale matière à définir les règles du jeu électoral » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle..., 16è éd., op.cit., p.43). En

députés aux États généraux avaient pour mission de défendre les cahiers de leurs électeurs. Traduit en langage constitutionnel, cela signifie que les élus étaient liés à leurs électeurs par un mandat impératif. En effet, avant 1789, chaque élu était supposé représenter ses seuls électeurs qui limitaient son mandat par les instructions précises contenues dans leur cahier. Dépourvu d'une liberté de décision, il était considéré comme le porte-parole, le procureur de l'un des ordres d'une circonscription déterminée mais en aucun cas, le représentant de la Nation[410]. Les Rois successifs, soucieux d'incarner à eux-seuls la Nation, s'étaient toujours opposés à toute prétention d'une représentation nationale des députés des bailliages[411].

100. Le fondement de cette conception subjective et locale de la représentation provient de la rédaction même des cahiers. Comme le souligne Jacques Cadart, la convocation des États généraux comporte « deux procédés intimement mêlés qu'il est factice de les considérer séparément avant 1789 : la royauté demandait à toutes les circonscriptions de rédiger des cahiers des plaintes et des doléances de leur habitants *en même temps* qu'étaient élus des députés chargés de porter au souverain ces documents et de conseiller le roi au nom de leurs électeurs »[412]. En d'autres termes, lié par leur contenu, la mission des députés se limite exclusivement à venir défendre aux États généraux les cahiers de leurs électeurs. Les représentants ne sont désignés que dans ce seul et unique but et ne peuvent s'en écarter en exprimant leur propre opinion, au risque de faillir à leur fonction[413]. Or il est possible de constater que cette conception traditionnelle de la représentation n'est plus adaptée en 1789 à l'entreprise royale de régénération du Royaume. Le contexte politique a changé : confronté à une crise exceptionnelle, le Roi est conscient que le mandat impératif des représentants constituerait un obstacle insurmontable pour transcender les divisions profondes de la société française. Un tel mandat empêche toute discussion objective, chacun étant amené à défendre indéfectiblement les intérêts de sa propre circonscription au détriment de l'intérêt général, au point de faire échouer le projet de réforme de la monarchie. Tout en s'inspirant des doléances des cahiers,

effet, aucune règle non écrite sur le régime électoral ou le fonctionnement même de l'Assemblée ne pouvait constituer une base de travail et une source d'inspiration pour la monarchie. Il n'existait aucune tradition électorale en la matière, bien que le monarque semble s'être inspiré du parlementarisme anglais pour la fixer comme nous le verrons.

410 D'ailleurs, la validité de cette conception subjective et particulière de la représentation, à l'origine d'un lien de subordination entre le député et l'électeur à l'image du mandat de droit civil, était illustrée par le fait que, selon une coutume établie, le salaire du député et ses frais de voyage et de séjour étaient payés directement par ses électeurs, ou du moins par son ordre, de telle sorte qu'il constituait en quelque sorte le salarié de ses électeurs. Sur ce point : J. Cadart, Le régime électoral des États généraux de 1789 et ses origines (1302-1614), Annales de l'Université de Lyon, Sirey, 1952, p.152.

411 Comme le souligne Jacques Cadart, « en 1483, on soutint que les députés d'un bailliage représentaient « la chose publique du pays » et non pas leurs ordres ; de là à considérer les députés comme les représentants de la France entière et non de leur circonscription il n'y avait qu'un pas. Le roi s'en rendit compte et s'y opposa. Cette théorie avait disparu au XVIème siècle : les députés représentaient seulement leurs électeurs et en dépendaient étroitement. » (*ibid.*).

412 *Ibid.*, p.147.

413 Comme le note Jacques Cadart, « si des questions leur étaient posées dont les réponses n'étaient pas comprises dans les cahiers ils devaient retourner devant leurs électeurs : en 1560, le roi demanda des subsides aux députés qui répondirent ne pas avoir d'instructions sur ce point et retournèrent devant leurs électeurs avant de les accorder. De même les députés devaient refuser toutes les demandes royales contraires aux cahiers. » (J. Cadart, Le régime électoral des Etats généraux..., op.cit., p.153).

les députés devaient donc pouvoir donner librement leur avis sur toutes les questions que le Roi leur soumettait afin de le conseiller au mieux dans ses choix.

101. C'est sur ce point que le fameux règlement du Roi du 24 janvier 1789 amorce une mutation inattendue du droit public : ce dernier prévoit que « les pouvoirs dont les députés seront munis devront être *généraux* et *suffisants* pour proposer, remontrer, aviser et consentir, ainsi qu'il est porté aux lettres de convocation »[414]. Le règlement royal du 24 janvier 1789 pour l'exécution des lettres de convocation est encore plus explicite :

> « Sa Majesté exhorte les électeurs à se rappeler que les hommes d'un esprit sage méritent la préférence (...). *Sa Majesté est persuadée que la confiance due à une assemblée représentative de la nation entière empêchera qu'on ne donne aux députés aucune instruction propre à arrêter ou à troubler le cours des délibérations*. Elle espère que tous ses sujets auront sans cesse devant leurs yeux, et comme présent à leur sentiment, le bien inappréciable que les États-Généraux peuvent opérer, et qu'une si haute considération les détournera de se livrer prématurément à un esprit de défiance qui rend si facilement injuste, et qui empêcherait de faire servir à la gloire et à la prospérité de l'État, la plus grande de toutes les forces, l'union des intérêts et des volontés. »[415].

Par cet acte décisif et fondateur, le Roi abolit le mandat impératif des députés des États généraux fondé sur les cahiers, expression de revendications corporatistes, pour lui préférer un mandat représentatif et ouvre ainsi la voie, involontairement, par une ruse de l'histoire, à la métamorphose de la représentation. Il détruit la représentation *subjective* et *locale* au profit d'une représentation *objective* et *nationale*. Comme le note Jacques Cadart, « les élus n'étaient plus les mandataires d'une ville ou d'une province vivante. Ils étaient désignés par des circonscriptions uniformisées et sans vie. Ils n'étaient plus animés d'un esprit particulariste et provincial. Ils étaient devenus interchangeables, standardisés, à l'échelle nationale »[416], conformément au principe d'indivisibilité de la souveraineté. Désormais les cahiers et les instructions des électeurs ne lient plus les élus, le mandat impératif disparaît en droit, remplacé par un mandat libre dont les seules limites sont celles que la conscience des élus estime justes. Ce faisant, il confère une indépendance sans précédent aux représentants de la Nation, que ce soit à l'égard des électeurs ou du monarque lui-même[417]. Or il convient de remarquer que si le Roi n'est pas conscient des implications révolutionnaires futures de

414 L'article 45 de la lettre du roi datée du 24 janvier 1789 pour la convocation des Etats généraux à Versailles le 27 avril 1789 est ainsi libellé : « Les cahiers devront être rédigés avec le plus de précision possible, et les pouvoirs dont les députés seront munis devront être *généraux* et *suffisants* pour proposer, remonter, aviser et consentir, ainsi qu'il est porté aux lettres de convocation (...) » (extrait du « Règlement fait par le Roi pour l'exécution des lettres de convocation du 24 janvier 1789 », A.P., 1ère série, t.1, p.549 [Nous soulignons]).

415 Préambule au Règlement du 24 janvier 1789, *in* A. P., 1ère série, t.1, p.544-545 [Nous soulignons].

416 J. Cadart, Le régime électoral des États généraux..., op.cit., p.163. Représentant désormais tous les Français et non plus un certain nombre de communautés aux intérêts particuliers, l'assemblée des députés devenait l'expression de l'intérêt général et de la représentation nationale.

417 Comme le souligne Jacques Cadart, « le roi ne se rendait pas compte de l'accroissement de puissance qu'il donnait ainsi gratuitement aux députés mais il en fut l'auteur : une fois de plus il fut l'artisan de sa ruine. Le roi eut si peu conscience de l'indépendance ainsi acquise par les élus qu'il n'hésita pas à étendre considérablement les pouvoirs consultatifs des anciens Etats généraux en donnant à l'assemblée convoquée de véritables pouvoirs de décision.Il créa ainsi lui-même, de toute pièces, la démocratie représentative. » (J. Cadart, Le régime électoral…, op.cit., p.155-156).

l'interdiction du mandat impératif, c'est parce que cette prohibition répond principalement dans son esprit à une nécessité purement fonctionnelle, à une exigence pragmatique.

102. De ce point de vue, on touche ici à un point central quant à la problématique des immunités. En effet, si le pouvoir exécutif a fait le choix du mandat représentatif, c'est parce qu'il avait besoin que l'Assemblée puisse réellement délibérer en engageant la Nation, faute de quoi la réunion des États généraux ne pourrait pas faire œuvre utile. Car il est incontestable que, dans le cadre du mandat impératif, les pouvoirs des élus étant strictement déterminés par les instructions de leur mandants, il s'ensuit que « leur réunion, liée à l'avance, ne pouvait utilement délibérer ; la discussion ne pouvait changer les votes et se révélait sans objet, aucune négociation ni transaction ne pouvant intervenir entre ces volontés particulières et irrévocables (sauf à retourner devant les commettants), de telle sorte que l'assemblée n'était en mesure que de ratifier ou de rejeter ce qui lui était présenté »[418]. On comprend donc que c'est un impératif *fonctionnel* d'indépendance des assemblées délibérantes et de capacité de délibération qui fonde l'idée monarchique du mandat représentatif. Le mandat impératif est incompatible avec le développement d'une assemblée délibérante à sa genèse et rend difficile sa marche ainsi que son travail. La délibération au sein d'un organe collégial n'est garantie que par la reconnaissance d'une liberté d'expression à l'égard de ses membres permis par l'absence d'un lien de subordination entre l'électeur et l'élu. Indépendance de l'élu et capacité de délibération sont donc intimement liés. Comme le souligne Pierre Avril, « la représentation parlementaire s'analyse d'abord comme *l'instrument* juridique qui rend possible le fonctionnement d'une assemblée délibérante en créant les moyens nécessaires à ce fonctionnement ; pour cela, elle met en œuvre une technique objective qui évacue, dans la détermination des effets de l'élection, toute relation subjective ou contractuelle entre les électeurs et les députés »[419]. Cette finalité ressort, d'ailleurs, très clairement du règlement électoral du Roi du 24 janvier 1789 : aucune instruction ne sera donnée par les mandants aux députés afin de pas « arrêter ou (...) troubler le cours des délibérations ». En outre, il convient de noter que les conditions d'apparition du mandat représentatif *français* rejoint celle de l'expérience du parlementarisme anglais, qui avait perçu

418 P. Avril, Note sur les origines de la représentation, *in* F. D'Arcy (dir.), La représentation, op.cit., p.99-100.
419 *Ibid*., p.102.

également très tôt, dès le XVIème siècle[420], cette nécessité fonctionnelle d'un mandat indépendant comme condition *sine qua non* d'une délibération des chambres.

103. En fin de compte, on comprend donc que, chronologiquement, la genèse du mandat représentatif ne serait pas le produit de la théorie de la souveraineté nationale élaborée par Sieyès. Elle résulterait, en réalité, d'une considération fonctionnelle propre à toute assemblée naissante : permettre une délibération, *libre*, *efficace* et *éclairée*[421]. Or, il convient d'observer que cette dernière observation intéresse directement la question des immunités parlementaires car elle permet de souligner le lien étroit entre le mandat représentatif et la protection immunitaire des députés. En effet, les immunités parlementaires sont l'une des garanties, à la fois, de l'indépendance des députés et de la liberté des délibérations des assemblées délibérantes. Elles sont l'un des principaux instruments juridiques qui rendent possibles le fonctionnement du pouvoir délibérant, dans la mesure où il s'agit d'une technique juridique qui met en place un obstacle procédural empêchant toute poursuite judiciaire civile ou pénale contre les opinions, votes et discours prononcés par le parlementaire au sein de la Chambre en tant que représentant de la Nation tout entière. De cette façon, elles favorisent la liberté d'expression et la liberté de décision de la représentation nationale à l'égard de leurs électeurs. C'est pourquoi il est possible de considérer dans ces conditions que le décret du 23 juin 1789 viendrait tirer les conséquences du changement de nature du mandat des députés des États généraux opéré par le règlement électoral royal du 24 janvier 1789 et assurerait une des finalités du mandat représentatif qui est celle de la liberté des délibérations nécessaire au bon fonctionnement d'une assemblée délibérante, et non pas répondre à un intérêt circonstanciel de protection contre le pouvoir exécutif contrairement à la thèse soutenue par la majorité de la doctrine constitutionnelle. D'ailleurs, il s'avère que cette idée est confortée par le fait que le même jour, c'est-à-dire le matin du 23 juin 1789, autrement dit le jour même de la consécration des immunités parlementaires, le Roi, dans la droite lignée de l'esprit du règlement du 24 janvier 1789, cassa toutes les restrictions de pouvoir des députés considérées comme « anticonstitutionnelles »[422] et ordonna aux députés qui se considéreraient comme liés par un mandat impératif de délibérer en ne donnant

420 Il est intéressant de souligner que le règlement royal du 24 janvier 1789 reprend directement les termes employés par les writs of summons, ordres convoquant les électeurs anglais, lesquels exigeaient, dès 1294, que les députés aient « full and sufficient power to do and consent to those things which then and there by the common counsel of our realm shall happen to be ordered...so that for want of such power...the affairs may in no wise remained unfinished » (S. B. Chrimes, English Constitutional History, Oxford : UP, 1973, p.79 cité par P. Avril, La représentation, op.cit., p.100). Pierre Avril ajoute : « Le principe énoncé par Coke, confirmé par Blackstone, se trouve illustré par le célèbre discours de Burke à ses électeurs de Bristol en 1777 : « Le Parlement n'est pas un congrès d'ambassadeurs d'intérêts différents et hostiles ; intérêts que chacun doit soutenir en tant que représentant et avocat contre les autres représentants et avocats, mais le Parlement est une assemblée délibérative d'une seule nation, avec un seul intérêt, celui du tout, où ce ne sont pas les buts, les préjugés locaux qui doivent guider, mais le bien général, résultat de la raison générale du tout. Vous choisissez un député, c'est bien, mais lorsque vous l'avez choisi, il n'est plus député de Bristol, il est membres du Parlement » (cité par *ibid*., p.101).

421 Une délibération éclairée dans le sens où elle écarte du débat les arguments et intérêts particuliers.

422 Article premier de la Déclaration du Roi concernant la présente tenue des États généraux, lors de la séance royale du 23 juin 1789 *in* Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787-1799), Tome VIII - Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1875. p.143

qu'un avis consultatif sur les affaires pressantes de l'État. Il exprima à cette occasion très clairement sa conception du mandat à ce propos :

> « *Sa Majesté déclare que, dans les tenues suivantes d'États généraux, elle ne souffrira pas que les cahiers ou les mandats puissent être jamais considérés comme impératifs. Ils ne doivent être que de simples instructions confiées à la conscience et à la libre opinion des députés, dont on aura fait choix* »[423].

Par conséquent, loin de toute coïncidence, cet acte royal est la manifestation que les immunités parlementaires représentaient une des modalités techniques permettant d'atteindre la finalité de protéger l'indépendance des parlementaires à l'égard de leurs électeurs et de permettre le bon fonctionnement d'une assemblée délibérante.

104. Au jour du 23 juin 1789, la démocratie représentative semble donc devenir une réalité en France. Il s'opère une véritable révolution juridique et politique, dont le décret du 23 juin 1789, tel un acte *récognitif*[424], ne ferait que prendre acte et tirer les conséquences. Chronologiquement, il semble, dès lors, que les immunités soient une conséquence, à la fois, d'une nécessité fonctionnelle, affirmée dès le 24 janvier 1789, que le fruit de la construction doctrinale de la souveraineté nationale affirmée dès le 17 juin 1789. Cependant, cette argumentation présente quelques faiblesses puisqu'il faudra attendre la séance du 8 juillet 1789, soit après la date du 23 juin 1789, pour que l'Assemblée reprenne à son compte l'exigence fonctionnelle qu'elle met au service d'une souveraineté nationale revendiquée sans partage :

> « *La nation française étant tout entière légitimement représentée par la pluralité de ses députés, ni les mandats impératifs, ni l'absence volontaire de quelques membres, ni les protestations de la minorité ne peuvent jamais ni arrêter son activité, ni altérer sa liberté, ni atténuer la force de ses statuts, ni enfin restreindre les limites des lieux soumis à sa puissance législative, laquelle s'étend essentiellement sur toutes les parties de la nation et de possessions françaises* ».

En définitive, dès le début de l'été 1789, la transformation de l'ancienne représentation, subjective et locale, en une représentation objective et nationale, est accomplie. Il s'avère qu'il existe un rapport de dépendance, tant d'un point de vue logique que chronologique, entre les immunités parlementaires et le mandat représentatif, perçu *soit* comme la conséquence de la théorie de la

423 Déclaration du Roi concernant la présente tenue des États généraux (23 juin 1789) in Archives parlementaires, tome 8, p.143. Par cette déclaration, le Roi ordonne donc aux députés qui se croyaient ainsi liés de demander un nouveau pouvoir à leurs électeurs qui prendraient « les délibérations nécessaires pour donner à leurs députés de nouveaux pouvoirs *généraux* et *suffisants* aux termes des lettres de convocation et *sans aucune limitation*, sa Majesté les ayant formellement interdites par l'article 6 de sa susdite déclaration ». Les procès-verbaux de ces délibérations seront ensuite envoyés aux députés et au Garde des Sceaux. Dans le même esprit, quatre jours plus tard, le 27 juin 1789, le Roi édicta un nouveau règlement sur ce point précis confirmant la nature représentative du mandat des députés aux États généraux dans le « Règlement fait par le Roi concernant les mandats des députés aux États généraux ».

424 Selon la définition proposée par le Professeur Seiller, « l'émission d'un acte récognitif ou déclaratif permet d'attester la reconnaissance d'un fait, d'une situation, d'une qualité, afin que puissent en être tirées les conséquences juridiques qui y sont attachées. L'auteur de l'acte récognitif se borne ainsi à entériner quelque chose qui préexiste et s'impose à lui. En usant de son pouvoir, il ne crée pas plus la chose visée qu'il ne lui est permis de la modifier. » (B. Seiller, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, octobre 2015, p.218).

souveraineté nationale soit comme exigence fonctionnelle pour permettre une délibération sereine et rationnel.

d. Les immunités parlementaires, moyen de protection face aux pressions populaires contre la Constituante

105. Un dernier argument est avancé par la thèse rationaliste-représentative pour souligner le lien conceptuel originel intime entre le mandat représentatif et les immunités parlementaires. Celui-ci prend appui sur les conditions de travail particulièrement *difficiles* des députés à l'Assemblée Nationale constituante dans les jours précédant le décret du 23 juin 1789. De nombreuses études historiques ont en effet souligné le climat de pression dans lequel travaillent les représentants de la Nation au sein de l'organe délibérant[425] lors notamment des premiers mois de la Révolution, auquel s'ajoutent des pressions extérieures à l'assemblée[426]. Il se manifeste concrètement à l'intérieur de l'assemblée par une « emprise du public présent dans les tribunes et rebelle à toute réglementation, (des) campagnes d'intimidation et désignation à la vindicte populaire des députés soupçonnés de modération »[427]. Ce climat d'intimidation à l'Assemblée est notamment mis en lumière avec force par le député du Tiers-Etat de Bar-le-Duc, Adrien Duquesnoy[428], dans son *Journal*[429], sorte de cahier de bord au jour le jour de la Révolution française[430], par un incident qu'il rapporte, proche temporellement du décret du 23 juin 1789. Les faits se déroulent le 17 juin 1789, lors de la discussion de la motion suggérée par l'abbé Sieyès à propos de la dénomination de l'assemblée

425 Pour des exemples d'études historiques sur ce sujet, cf. H. Coniez, Écrire la démocratie : de la publicité des débats parlementaires, 2e éd., Paris : L'Harmattan, 2012, p.61-70 ; D. Godineau, Surveiller la vertu politique ou tyranniser l'Assembler ? Le rôle des tribunes politiques pendant la Révolution française, *in* M. Biard, P. Bourdin, H. Leuwers, A. Tourret (dir.), Vertu et politique, les pratiques des Législateurs (1789-2014), Rennes : PUR, 2015, p. 153-169 ; Taine, Les origines de la France contemporaine, 1876-1894, Paris, rééd. Robert Lafont, 1986, p.379-407 ; F.-A.. Aulard, L'éloquence parlementaire pendant la révolution française, t.1, Paris : Hachette, 1885, p.51-79 ; F. Furet et R. Halevi, La monarchie républicaine : la Constitution de 1791, Paris : Fayard, 1966, p.137-145.

426 Comme le souligne Cécile Guérin-Bargues, « les éléments extra-parlementaires, parfois mêlés aux représentants lors des premières délibérations, sont ensuite confinés au sein des tribunes, par un système de billets d'accès qui devient rapidement l'objet de multiples trafics » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires..., op.cit., p.74-75).

427 *Ibid*., p.74.

428 Selon un de ses biographes, « Adrien Duquesnoy appartenait à une famille bourgeoise ; il vivait très indépendant, s'occupant de lettres et d'agriculture, n'étant avocat que de nom, professant même un certain dédain pour ses confrères. Il représente parfaitement le bourgeois intelligent et modéré, souhaitant l'établissement de réformes, sans violence, espérant sans cesse, au milieu des crises les plus ardentes, voir la paix s'établir, professant un respect sympathique envers le roi, n'incriminant pas la reine, mais ne ménageant pas son antipathie à l'égard des personnages qui entouraient l'un et l'autre, et aussi à l'égard de l'abbé Maury et de Mirabeau » (A. De Barthélémy, Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers Etat de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante (3 mai 1789-3 avril 1790), Bibliothèque de l'école des chartes, tome 56, p.378. Pour une biographie plus complète, cf. référence ci-dessus.

429 A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers-Etat de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante (3 mai 1789-3 avil 1790), Libraires de la société contemporaine, 1894. Il est indéniable que « le journal d'Adrien Duquesnoy est un des documents les plus précieux à consulter pour toute personne qui veut se faire une idée nette des commencements de la Révolution. C'est un tableau fidèle et aussi impartial que possible des événements, ainsi que des passions qui agitaient les esprits » (A. De Barthélémy, Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers Etat de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante (3 mai 1789-3 avril 1790), Bibliothèque de l'école des chartes, tome 56, 1895, p.378).

430 Ces notes « à défaut de journaux et de publications officielles, permettent de saisir sur le vif les fluctuations, les impressions plus ou moins passionnées qui se manifestaient dans les débuts en France de la vie parlementaire (...) » (A. De Barthélémy, Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers État de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante (3 mai 1789-3 avril 1790), op.cit., p.378).

réunissant désormais le Tiers Etat et une partie du clergé. Il propose de substituer à la dénomination initiale d'« *Assemblée des représentants connus et vérifiés de la Nation française* » le titre lapidaire d'« *Assemblée Nationale* »[431]. Alors qu'une forte majorité de députés fait preuve d'enthousiasme quant à cette nouvelle appellation proposée, une minorité de représentants s'y oppose fortement. Les débats sont houleux : ceux qui ne veulent pas acquiescer, soupçonnés par Duquesnoy de vouloir délibérément retarder au maximum le projet de Constitution pour que le pouvoir exécutif trouve le moyen de l'empêcher, se promènent dans la salle en criant « A demain ! », « à demain ». C'est alors que pour mettre fin à ce tumulte, une voix venue de nulle part se fait entendre : « Assis, les bons citoyens ». Quatre cents personnes s'assoient, mais quatre-vingt restent debout. Or Duquesnoy rapporte à cet instant un incident troublant qui nous renseigne sur le degré d'indépendance des députés à cette phase du processus révolutionnaire : aux personnes restées debout, le public lui-même « leur a crié de sortir ». Il ajoute :

> *« L'un d'entre eux ayant demandé aux spectateurs, qui étaient là au nombre de plus de 1200, s'ils devaient se retirer , on leur a répondu : « Vous êtes des traîtres, des mauvais citoyens, retirez-vous ! », 60 personnes sont sorties et peut-être allait-on opiner, lorsqu'un homme fort sage a observé qu'il y avait beaucoup de danger qu'on ne fît des protestations »*[432].

Cet exemple révèle donc que quelques jours avant l'édiction du décret instituant une immunité parlementaire, à la date du 17 juin 1789 – et même au-delà[433]-, la liberté des débats des représentants de la Nation, garantie du mandat représentatif, et la neutralité du public ne sont pas garanties au sein de l'Assemblée, même s'il convient de noter qu'à cette date précise, le mandat

431 Le 15 juin, les Communes ayant achevé la vérification des pouvoirs, Sieyès présente une motion sur la constitution des Communes en « *Assemblée des représentants connus et vérifiés de la Nation française* » (Archives parlementaires, tome VIII, p. 109). Mirabeau propose que les Communes prennent le nom d' « *Assemblée des représentants du peuple français* » (*ibid*., p.111). Jean-Joseph Mounier recommande celui d'« *Assemblée légitime des représentants de la majeure partie de la Nation, agissant en l'absence de la mineure partie* » (*ibid*., p.113).

432 A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers-Etat de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante, op.cit., p.101. Pour clore ce tumulte, le Président de l'Assemblée Nationale, Jean-Sylvain Bailly, décidera finalement de mettre fin à la présente séance, et de la reprendre à partir de vingt et une heures le même jour afin d'adopter, dans le calme cette fois-ci, la motion de Sieyès.

433 Le député rapporte en effet dans son Journal plusieurs événements instructifs qui renseignent sur le climat de tension précédant les jours du décret du 23 juin 1789. Le premier incident a lieu le 20 juin au moment du vote du Serment du jeu de Paume. Il note que « le peuple maltraite, insulte ceux qui lui désignent les chefs de parti. Dans un Paris où la fièvre monte un peu plus chaque jour (…), on sent la foule capable des plus terribles excès » et ainsi lorsque un député (Martin d'Auch) signe son refus du Serment du jeu de Paume, il considère qu'« il valait mieux ne pas signer que signer seul avec protestation dans une assemblée excessivement intolérante, où les opinions ne sont pas libres, où l'on tient note de ceux qui ont eu un avis différent de celui de la majorité pour les diffamer, où la modération est un crime... » (cité par M. Winock, 1789, L'année sans pareille, op.cit., p.112. Le député en question, hué, dénoncé, a été obligé de se sauver par une porte dérobée pour éviter qu'il ne soit porté atteinte à son intégrité physique, et préférera ne plus revenir en séance pendant plusieurs jours. Pour Taine, « il y a trente membres de l'Assemblée qui tiennent tout en main, font la pluie et le beau temps, de concert avec un public toujours menaçant, n'hésitant pas à interpeller les députés, et même à lever la main sur les récalcitrants à la sortie de la salle » (cité par M. Winock, op. cit., p.112). Dans ce même climat, il rapporte un événement éclairant le 21 juin 1789 : certains membres du clergé ayant accepté de rejoindre le Tiers-Etat, il note que « lorsque le clergé est sorti de la salle, le peuple s'est attroupé et a applaudi avec transport l'archevêque de Chartres et d'Orange, l'archevêque de Vienne ; celui de Bordeaux n'a pas voulu sortir. On a fort maltraité de paroles l'abbé Maury. La pétulance du peuple, sa violence sont inconcevables ; il serait temps peut être d'y mettre un frein » (A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers-Etat de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante, op.cit., p.111).

représentatif n'a pas encore été adopté définitivement par l'Assemblée et sera ratifié le soir même[434]. Quoi qu'il en soit, si la publicité matérielle des débats[435] est en principe un élément clé du mandat représentatif en ce qu'il constitue un moyen de contrôle des mandataires, facteur de vertu politique[436], ce principe fondamental est détourné de son rôle ici. Les citoyens en tribune ne sont pas simplement des spectateurs mais des véritables acteurs politiques. Ils exercent une véritable pression sur la représentation nationale, dotés entre autres du pouvoir d'exclure de la salle des opposants à leurs idées, et influencent, par là-même, le sens de leurs décisions. En effet, ils ne se cantonnent pas seulement à un rôle incitatif à agir mais, en imposant leur propre volonté, ils

434 Le mandat représentatif sera consacré le soir du 17 juin 1789 bien que la motion de Sieyès visant à la qualification d'Assemblée Nationale ait été déposée dès le 15 juin 1789.

435 La « publicité des débats » est, en réalité, une notion polysémique. Elle revêt deux principales acceptations complémentaires : dans un sens strict, la publicité des débats parlementaires désigne l'ouverture des séances au public, c'est-à-dire l'autorisation reconnue aux citoyens d'assister, en général depuis des tribunes bordant l'hémicycle, aux débats des représentants du peuple. Elle est qualifiée de « publicité matérielle » en ce qu'elle désigne la présence physique des individus. Elle constitue un enjeu démocratique fondamental. Comme le souligne Hugo Coniez, « avant même de commencer à siéger, toute assemblée doit faire un choix fondamental entre le huis clos et la publicité, entre le secret et la transparence. Cette décision orientera le résultat des travaux et elle déterminera la distance séparant les citoyens et leurs parlementaires et par là-même, la nature de la délégation du pouvoir accordée par les premiers au second. Elles sont le symbole de l'ouverture et du degré de démocratisation du régime » (H. Coniez, Écrire la démocratie : de la publicité des débats parlementaires, op.cit., p.12). À cet égard, le mandat représentatif s'accommode de délibération parlementaire à huis-clos. En outre, à côté d'une acceptation matérielle, la publicité des débats comporte *cumulativement* un aspect formel, deuxième dimension la plus importante, qui est la médiatisation des débats à travers l'édiction des débats et des comptes-rendus officiels par voie papier ou dématérialisée. En effet, les assemblées ne pouvant accueillir l'ensemble du peuple, il n'y a pas de publicité effective si l'ensemble des citoyens ne sont pas en mesure de lire et de méditer en dehors de l'assemblée les choix opérés par les dépositaires de la souveraineté nationale. Les vertus de cette publicité formelle des débats sont multiples : elle joue un rôle d'information du public, de constat officiel, de mémoire historique (le *Moniteur* constitue un outil précieux pour un chercheur) et d'éclaircissement de la volonté du législateur pour les juridictions. Ce faisant, ces différentes techniques, matérielle ou formelle, participent du même idéal démocratique : la transparence des décisions publiques et l'égalité entre les citoyens.

436 La publicité des débats parlementaires est l'un des rouages essentiels de la démocratie représentative en ce qu'elle atténue la dérive oligarchique propre à cette forme de gouvernement. Instrument ancien observable dès l'Antiquité, elle permet aux citoyens de s'informer, de comprendre et d'accepter l'élaboration des décisions politiques, elle est vecteur de patriotisme et de développement du sens civique en ce qu'elle rend plus responsable les citoyens alors informés des contraintes pesant sur la prise de décision, mais surtout elle est l'outil le plus efficace du contrôle des gouvernés sur les gouvernants. Véritable garantie contre l'abus de pouvoir, elle assure une surveillance de la représentation nationale car elle met à la vue de tous leurs actes et déclarations. Ainsi, comme le note Hugo Coniez, elle est « un mécanisme régulateur de la démocratie représentative (…). Elle garantit que le pouvoir politique, qui ne saurait durablement agir contre l'avis de la majorité des électeurs, conserve une représentativité et un soutien populaire minimaux » (H. Coniez, Écrire la démocratie..., op.cit., p.15). Ce faisant, elle légitime les dépositaires de la souveraineté nationale, participant par là-même du renforcement de l'autorité de la loi. Elle contribue à instaurer un climat de confiance, contrairement au secret. Elle introduit également une dimension morale étant donné qu'elle constitue un instrument sérieux de lutte contre la corruption, les menaces, le mensonge, les chantages, les attaques personnelles et les intimidations, ou encore une garantie d'impartialité de la procédure. Cependant, si ces avantages sont nombreux, ses inconvénients le sont aussi. Outre le risque de divulguer des informations à haut risque, elle présente l'inconvénient majeur d'inciter à privilégier la démagogie, l'art rhétorique à l'argumentation rationnelle. Ce reproche était déjà soulevé en son temps par Platon qui mettait en avant le risque de dévoiement démagogique du débat en présence d'un public, du fait de son incompétence, son émotivité et sa vulnérabilité à la manipulation, et préférait le dialogue socratique propre à atteindre le Vrai. C'est cette raison qui explique sous le Second Empire l'interdiction de toute publicité des débats parlementaires – qui se résume en quatre dispositions rigoureuses : une restriction drastique des places en tribune qui vont devenir vides au cours du régime, la suppression de tout compte-rendu sténographique, la création d'un compte-rendu analytique officiel maîtrisé entièrement par le Président (article 42 de la Constitution du 14 janvier 1852), l'impression d'un discours à destination du public soumis à l'autorisation des Chambres-, car Louis Napoléon Bonaparte considère que les Assemblées du Premier Empire étaient « une foule de gens qui s'acharnaient à discuter sur les nuances avant d'avoir assuré le triomphe de la couleur » (cité par B. Gaudillère, La publicité des débats parlementaires (1852-1870), Parlement(s), Revue d'histoire politique, 2008, n°3, p.29). Il ajoute en 1843 : « Avec une tribune, les avocats seuls remportent, en général, tous les triomphes. Sans tribunes, tout homme de bon sens peut exercer l'influence que donne (…) l'expression d'un sentiment vrai, d'une idée juste, dépouillée de toute ostentation et de tout luxe de paroles » (cité par B. Gaudillère, op.cit., p.29). Cependant, plus généralement, Louis Napoléon Bonaparte veut avant tout museler tout débat politique, dans l'État comme dans les chambres. La limitation des débats n'est qu'un élément parmi beaucoup

s'approprient en quelque sorte le pouvoir souverain de décision[437], appartenant en principe aux seuls représentants de la Nation. Adrien Duquesnoy relève en effet :

> « *L'intérêt que prend le public aux discussions des Communes est vraiment inconcevable. Hier, plusieurs personnes ne sont pas sorties de la salle de toute la journée ; la cour, les vestibules sont remplis, et des femmes, jeunes, très belles, faites pour d'autres plaisirs, animent par leurs discours et leurs regards le patriotisme de ceux qui pourraient avoir besoin d'être excités par autre chose que par l'importance de l'objet* »[438].

106. En outre, les jours suivants le 17 juin, un début de terreur et d'intimidation commence à s'instaurer sur la minorité. Des listes circulent dans le public. La maison d'un député de Paris, défavorable à la motion de Sieyès, est menacée d'être incendiée. Duquesnoy en arrive alors à la conclusion redoutable, exprimant le pouvoir de la peur :

> « *Il faut être de la plus grande circonspection, et, lorsqu'on n'est pas de l'avis du grand nombre, peut-être vaut-il mieux se taire que de heurter sans espoir de succès et en se compromettant personnellement* »[439].

Or, si ce pouvoir de décision et de surveillance étroit des citoyens, en tribune ou à l'extérieur, à l'encontre de leurs mandataires s'avère acceptable et indispensable voire primordial dans le cadre d'un mandat impératif, il apparaît largement critiquable dans l'optique d'un mandat représentatif au regard de sa finalité. Car, grâce à ce dernier, le député, en tant que représentant de la Nation, dispose, en principe, du pouvoir de décider pour le compte de la Nation, en toute indépendance, libre d'agir en conscience. Le mandat représentatif confère à l'élu un pouvoir discrétionnaire : il n'a pas à tenir compte de l'avis d'aucune autorité ou corps, que ce soit de ses électeurs ou des citoyens en tribune. Il est à l'abri de toute pression populaire, ce qui lui permet de prendre des décisions guidées par l'intérêt général. *A contrario*, si un lien de dépendance s'établissait entre les électeurs et les élus, ce serait le triomphe de la souveraineté du peuple[440], ce qui semble être le cas à la date du

d'autres : il s'ajoute à la réduction drastique du nombre de députés et des candidatures officielles, du découpage arbitraire des circonscriptions, absence du droit d'initiative et d'amendement des parlementaires, suppression de la tribune. Comme le remarque Bernard Gaudillère, « ce goût du secret – d'ailleurs conforme au caractère du Président- ne se limite pas au Parlement : la loi du 7 juillet 1852 supprime la publicité des séances des conseils généraux, et le Moniteur ne publie plus à partir de 1852 les discours de réception aux Académies, souvent frondeurs » (B. Gaudillère, La publicité des débats..., op.cit., p.30). Il faudra attendre 1870 pour que la publicité des débats parlementaires ne connaisse plus de limites et s'épanouisse pendant les régimes suivants, au point que certains Secrétaires généraux des assemblées, dont le plus prestigieux en droit constitutionnel, Eugène Pierre, commencèrent leur carrière comme rédacteurs des débats. Car, bien qu'elle présente des défauts, les avantages de la publicité des débats sont intrinsèquement supérieurs. Publicité et démocratie sont deux notions complémentaires, le secret étant le propre des régimes autoritaires, même si le reproche de nuire à la sincérité des opinions et de paralyser la liberté d'expression des représentants n'a cessé de perdurer au fil des régimes.

437 L'abbé Maury, connu pour ses interventions anti-démocratiques, les qualifie de « nouveau souverain, ce souverain des tribunes » (cité par D. Godineau, Surveiller la vertu politique ou tyranniser l'Assemblée ? Le rôle des tribunes politiques pendant la Révolution française, *in* M. Biard [et *al*.], Vertu et politique, Les pratiques des Législateurs (1789-2014), op.cit., p. 156).

438 A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy..., op.cit., p.104.

439 *Ibid*., p.104. Notre député ajoute : « On tient des notes de tout, elles circulent dans le public ; peut-être seront-elles bientôt imprimées, et tel homme, dont les intentions sont d'ailleurs pures, sera perdu dans sa province, parce qu'il n'aura pas été assez circonspect » (op.cit., p.104). Le député doit rendre compte en quelque sorte de son action devant sa circonscription, attitude en contradiction totale avec l'esprit du mandat représentatif.

440 Comme le remarque Dominique Godineau, « les sans-culottes considéraient (…) que le droit de contrôle et de surveillance des élus étaient un des attributs de la souveraineté populaire, qu'ils exerçaient, entre autres lieux, dans les

23 juin 1789, et ce en dépit de la proclamation quelques jours auparavant de la nature représentative du mandat des représentants entaché encore d'équivoque à cette date, puisque les représentants ne disposent pas à cette date d'une autonomie réelle à l'égard de leurs mandants permettant de considérer le mandat représentatif comme effectif[441].

C'est pourquoi il semble que, dans un tel contexte d'intimidation et de soumission des députés et au vue de la nouvelle qualité de représentants de la Nation des députés, le décret du 23 juin 1789 - dans une acceptation large - poursuit manifestement deux objectifs. En proclamant l'irresponsabilité et l'inviolabilité des représentants de la Nation, ce texte majeur visait tout d'abord à contribuer à instaurer, dans un environnement hostile, un climat d'indépendance entre les représentants de la Nation et les représentés au sein de cette jeune et fébrile assemblée. En effet, en les mettant à l'abri de toute poursuite pour leurs discours, votes ou opinions exprimées au sein de l'Assemblée nationale et en protégeant leurs personnes, les représentants n'avaient plus à craindre d'exprimer leur intime conviction. Ils étaient protégés de toute pression populaire, et ce quel que soit leur position personnelle. La protection de leur liberté d'expression et de leur personne permettait ainsi une mise à distance des électeurs ou des citoyens en tribune, à qui ils n'avaient plus à rendre de compte, conformément à l'esprit du mandat représentatif consacré quelques jours plus tôt le 17 juin 1789. Ce faisant, elle participait à un *approfondissement* et à un *enracinement* du mandat représentatif récemment acquise quelques jours auparavant[442]. Ils pouvaient pleinement jouir de leur autonomie conférée par le mandat représentatif et exercer sereinement leur mission[443].

tribunes de l'Assemblée (…). Et lorsque fin août 1792, des pétitionnaires avaient demandé à être entendus, ils s'étaient adressés en ces termes à l'Assemblée : « Peuple des tribunes, Assemblée Nationale, et vous, Monsieur le Président, nous venons... ». La hiérarchie est éloquente : les tribunes représentent bien le peuple souverain, de qui les députés tiennent leur pouvoir » (D. Godineau, Surveiller la vertu politique..., op. cit., p.156).

441 L'historienne Dominique Godineau considère qu'il est « indéniable que les représentants ont dû compter avec la présence d'un public engagé, plus ou moins turbulent et qui n'était pas sans aucune influence. En ce sens, les tribunes ont constitué un acteur collectif, de la vie parlementaire pendant la Révolution » (*ibid*., p. 169).

442 Même si Cécile Guérin-Bargues défend tout au long de sa thèse l'idée directrice que les immunités parlementaires sont nées de la volonté révolutionnaire de se protéger des exactions du *seul* pouvoir exécutif et non pas de l'emprise des représentés, elle admet néanmoins subrepticement que les pressions populaires, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Assemblée, ont pu jouer un rôle dans l'apparition du mandat représentatif et au-delà dans celle des immunités parlementaires. Elle reconnaît en effet qu'« on ne saurait toutefois réduire à l'excès l'incidence de ces interventions populaires sur le *fonctionnement* du régime représentatif », qualifiant cette influence de « déterminante » (C. Bargues-Guérin, Immunités parlementaires..., op. cit., p.74).

443 Les immunités parlementaires présentent l'avantage de pouvoir concilier deux intérêts *a priori* contradictoires : la publicité matérielle des débats parlementaires et l'indépendance de la parole des parlementaires. D'un côté, se sachant protégé juridiquement, le parlementaire est en mesure d'exprimer et défendre librement en conscience son opinion au sein de l'hémicycle, malgré la présence matérielle d'un public. De l'autre, le parlementaire étant à l'abri de toute pression, le public pourra assister aux séances, ce qui permettra aux spectateurs présents de se forger leur propre avis et de le combattre du point de vue des idées en dehors de l'assemblée voire de le sanctionner rétrospectivement *a fortiori* par les urnes au moment de l'échéance électorale. Ainsi la publicité des débats et l'irresponsabilité s'alimentent en réalité mutuellement. Elles sont complémentaires. En effet, comme le note Cécile Guérin-Bargues, « la publicité des débats incite, plus qu'elle ne fait obstacle, à la mise en place de l'immunité (…). La publicité du débat, en diversifiant son audience, modifie en profondeur son contenu. Les parlementaires ne s'expriment pas simplement pour se convaincre les uns les autres, mais idéalement pour rallier à leur position le pays tout entier. Chaque intervenant a donc intérêt à conférer à sa position une dimension générale irréductible à son intérêt particulier. Cette exigence aboutit à une sorte de « dépersonnalisation » des opinions qui rend possible et nécessaire leur examen indépendamment des personnes qui les énoncent (…). La publicité qui entoure le débat public permet ainsi de détacher les propos de leurs auteurs et autorise ce faisant la mise en place d'une irresponsabilité (…). Ce n'est plus une opinion personnelle que l'on entend immuniser,

107. En outre, le décret du 23 juin 1789 s'inscrivait, également, dans une démarche qualitative. Il répondait en effet à une exigence fonctionnelle propre à toute organe délibérant naissant : il rendait possible une délibération libre, rationnelle et constructive, attitude absente comme l'a révélé le député Duquesnoy à la date du 23 juin 1789. Il est incontestable, comme nous l'avons souligné, que le regard porté par les citoyens en tribune sur le travail des élus les privait de la liberté nécessaire à leur mission et les inciter à privilégier la démagogie plutôt que la recherche de l'intérêt général par peur des représailles populaires. Il nuisait à la sincérité des opinions et à la formation sereine de la volonté générale, paralysée par la proximité des spectateurs. Ainsi le décret du 23 juin 1789, en protégeant la libre expression et la diversité des opinions des représentants, contribuait de la sorte à les inciter à délaisser leurs postures idéologiques, à renoncer à toute auto-censure, à éviter la rhétorique et la surenchère inutile afin de séduire le public présent, comme l'a souligné le député Duquesnoy, à renoncer à des comportements stratégiques et ce afin de dégager des compromis nécessaires. Il permettait par là-même une délibération rationnelle authentique qui n'aurait en vue que le bien commun, comme le veut le mandat représentatif, à l'aune des recommandations de Sieyès. Les immunités parlementaires instituées par le décret du 23 juin 1789 étaient donc incontestablement facteurs d'authenticité et de sincérité de la délibération parlementaire. Elles manifestaient la volonté d'apaiser un climat révolutionnaire électrique et houleux, peu propice à une prise de décision parlementaire sereine et rationnelle.

108. Ce faisant, cette façon d'envisager le décret du 23 juin 1789 comme la conséquence et le prolongement du mandat représentatif participant par là-même de son enracinement, et non comme un seul instrument de protection contre les exactions du pouvoir exécutif ou de l'autorité judiciaire, est corroboré par un dernier élément : les termes même du dudit décret. En effet, le décret du 23 juin 1789 mentionne explicitement le terme de « particulier » :

> « *L'Assemblée Nationale déclare que la personne de chaque député est inviolable ; que tous* particuliers*, toutes corporations, tribunal, cour ou commission qui oseraient, pendant ou après la présente session, poursuivre, rechercher, arrêter ou faire arrêter, détenir ou faire détenir un député, pour raison d'aucune proposition, avis, opinion ou discours par lui faits aux États généraux (...). L'Assemblée nationale arrête, que dans les cas susdits, elle prendra toutes les mesures nécessaires pour rechercher, poursuivre et punir ceux qui en seront les auteurs, instigateurs ou exécuteurs* »[444].

mais la parole parlementaire, c'est-à-dire l'exercice des fonctions, que l'on cherche protéger » étant donné que la parole est empreinte d'intérêt général (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires..., op. cit., p.180-181).

444 A.P., 1ère série, t.VIII, p.147, 23 juin 1789. Le texte ici cité est le texte du procès-verbal du décret du 23 juin 1789, considéré comme le seul authentique, et reproduit dans les Archives parlementaires. Une note sous ledit décret précise néanmoins que plusieurs versions de ce décret ont été imprimées après la séance royale et mentionne, à titre de document, un paragraphe présent dans l'une de ses versions qui semble reconnaître une inviolabilité parlementaire dans le sens constitutionnel moderne du terme. Il est libellé comme suit : « Arrête pareillement que toutes poursuites civiles et criminelles, contre lesdits députés, seront interdites à toutes personnes, *en quelque qualité* qu'elles soient, et à tous tribunaux pendant la session, si elles ne sont pas expressément autorisées par l'Assemblée Nationale ». On remarque ici que la référence aux « particuliers » observable dans le décret du 23 juin 1789 dans sa version officielle a disparu et a été remplacée par la formule plus générale de « toutes personnes, en quelque qualité qu'elles soient ».

Cet ultime indice *littéral* paraît éloquent. Le décret du 23 juin 1789 s'adresse directement aux commettants puisque ces derniers rentrent juridiquement dans son champ d'application *ratione personae*. Ainsi, en faisant mention des « particuliers » dans le présent décret, ce sont donc bien les représentés, et non pas le seul pouvoir exécutif ou l'autorité judiciaire, qui se trouveraient, dès l'origine, visés par les immunités parlementaires instaurées par le décret du 23 juin 1789. La jeune représentation nationale entendait se protéger non seulement des deux « pouvoirs » constitués mais également des commettants eux-mêmes, en cherchant à proscrire tout lien juridique de dépendance entre eux et leurs électeurs, condition *sine qua non* d'une délibération réelle et objective qui s'avérait impossible en raison des pressions populaires quotidiennes auxquelles ils étaient confrontés à l'intérieur et à l'extérieur de l'Assemblée. On comprend dès lors que la singularité du contexte révolutionnaire, caractérisée par son agitation intrinsèque, semble appuyer la thèse analysant la proclamation des immunités comme le corrélat nécessaire et logique du mandat représentatif naissant.

109. Plus généralement, au terme de cette démonstration, il semble possible de considérer que, selon la thèse défendue par une partie de la doctrine constitutionnelle, le mandat représentatif et les immunités parlementaires entretiennent des liens profonds dès l'origine, et ce dès juin 1789, que ce soit pour des raisons *chronologiques*, *historiques* ou *rationnelles*. Les privilèges parlementaires ont été le vecteur de la transformation d'un organe consultatif en instance délibérante souveraine et, au-delà, l'une des conditions nécessaires à son bon fonctionnement en créant les conditions d'une délibération parlementaire, libre, rationnelle et éclairée en son sein, à l'instar du mandat représentatif. À l'analyse, la thèse rationaliste-représentative des immunités parlementaires repose sur des arguments convaincants. Cependant, cette doctrine n'est pas majoritaire au sein des constitutionnalistes français classiques ou contemporains. Cette position controversée fait l'objet de vives critiques. Elle est combattue par une thèse diamétralement opposée, que nous qualifierons de « thèse exécutive des immunités parlementaires ». Selon elle, la protection immunitaire des représentants proclamée aux premières heures de la Révolution, loin de chercher à garantir l'indépendance des parlementaires à l'égard de leurs électeurs à l'image du mandat représentatif, fut essentiellement mise en place dans un souci de se protéger d'un pouvoir exécutif menaçant. Son origine ne serait donc pas seulement théorique mais d'abord circonstancielle. Elle ne s'inscrirait dans aucun présupposé théorique, mais serait guidée uniquement par des considérations d'opportunité.

2. Les immunités parlementaires, une œuvre circonstancielle : un mécanisme destiné à sauvegarder l'indépendance des parlementaires à l'égard du pouvoir exécutif et des juges

110. En France, la doctrine constitutionnelle, dans son immense majorité, a pris l'habitude de concevoir le problème de l'origine révolutionnaire des immunités parlementaires sous le seul angle de la protection contre le pouvoir exécutif[445]. Cette conception classique a d'ailleurs été réaffirmée récemment par la thèse de Cécile Guérin-Bargues[446]. À ce titre, la démarche qui consiste à fonder les immunités parlementaires dans leur ensemble comme une conséquence directe et nécessaire de la transformation du mandat impératif en mandat représentatif aux premières heures de la Révolution, apparaît éminemment discutable à leurs yeux. Elle se fonde, pour cela, sur deux arguments principaux : un argument d'ordre historique et un argument d'ordre chronologique. Tout d'abord, *historiquement*, selon cette thèse, au moment de leur consécration le 23 juin 1789, les immunités parlementaires ne cherchaient pas à protéger les représentants des représentés, à l'image du mandat représentatif, mais furent essentiellement mises en place à l'encontre des exactions du pouvoir exécutif royal qui était soucieux d'interrompre le processus révolutionnaire en voie de le déposséder de sa souveraineté millénaire. Les objectifs poursuivis respectivement par le mandat représentatif et la protection immunitaire, au moment de la Révolution, étaient donc divergents, du moins dissemblables. Il semblerait donc que ce soit davantage le principe de la *séparation des pouvoirs entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif* qui justifie l'instauration des immunités parlementaires au cours de la phase révolutionnaire, plutôt que le mandat représentatif. Cette thèse semble confirmée par l'apport du droit comparé puisque, d'un point de vue historique, comme par exemple en Grande-Bretagne, la protection des parlementaires est née au XIVème siècle en réaction aux ingérences du Roi **(a)**. En outre, *chronologiquement*, la protection immunitaire des représentants est apparue à une date à laquelle le caractère représentatif du mandat était encore incertain. Sa consécration n'interviendra officieusement qu'à partir de la séance du 7 septembre 1789 pour ne devenir définitive et officielle que par un décret du 22 décembre 1789, soit 7 mois après le décret du 23 juin 1789. D'ailleurs cet asynchronisme entre l'apparition du mandat représentatif et celle d'un statut protecteur aux représentants est également observable dans l'histoire constitutionnelle anglaise et américaine **(b)**.

445 Par exemple, pour Cécile Bargues-Guérin, « contrairement à ce que laisse supposer une partie de la doctrine française, sous l'influence d'une lecture qui rationalise à l'excès le moment révolutionnaire, l'idée d'une protection spécifique du parlementaire ne saurait être considérée, sans autre espèce de distinction, comme une conséquence directe et inéluctable de la mise en place du régime représentatif » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires..., op.cit., p.457).
446 *Ibid*.

a. Le décret du 23 juin 1789 : une mesure d'opportunité visant à protéger la jeune représentation nationale des exactions du seul pouvoir exécutif

111. La thèse majoritaire refuse catégoriquement d'inscrire la naissance des immunités parlementaires dans le sillage de la théorie du mandat représentatif apparue à la Révolution. Pour justifier une telle position, outre l'argument de l'asynchronisme entre l'apparition de ce type de mandat et celle d'une protection immunitaire sur lequel nous reviendrons, elle procède à une analyse minutieuse des circonstances précises des jours, voire des heures décisives précédant le vote du décret du 23 juin 1789. À cet égard, on peut observer que, d'un point de vue épistémologique, sa démarche se veut davantage empirique que conceptuelle. Et de son étude des faits ressort l'enseignement que, loin d'être la conséquence rationnelle d'une construction théorique, à savoir le mandat représentatif, le décret sur l'immunité serait incontestablement « une mesure de prudence purement circonstancielle prise à l'encontre du pouvoir exécutif », qui « par le radicalisme de sa formulation, apparaît comme un moyen, pour l'Assemblée, d'affirmer de manière symbolique l'ampleur de son nouveau pouvoir »[447].

De cette affirmation éclairante basée sur une perspective temporelle, il semble pour les défenseurs de cette thèse que le décret du 23 juin 1789 a bien été conçu comme un instrument dirigé contre le seul pouvoir exécutif, d'une part, *à court terme* et, d'autre part, *à long terme*. Reformulé en d'autres termes, il constituerait, à leurs yeux, une mesure défensive de protection contre l'exécutif de manière *immédiate*, au jour du 23 juin **(α).** Mais il représenterait également, sur le long *terme*, une mesure offensive d'affirmation contre le pouvoir exécutif par la garantie irréversible de la souveraineté de la Nation et *a fortiori* de l'Assemblée **(β)**. Il convient donc d'examiner brièvement chacune de ses temporalités.

α) L'inscription du décret du 23 juin 1789 dans un temps court contre le pouvoir exécutif : protéger la personne des députés

112. Tout d'abord, dans une temporalité *courte*, le décret proclamant des immunités parlementaires est dicté par le contexte immédiat de la journée du 23 juin 1789. Il règne en cette journée incontestablement un climat de tension et d'intimidation élevée, orchestrée par le pouvoir royal sur la personne même des représentants. Déjà, quelques jours auparavant, le 17 juin 1789, suite à la Déclaration sur la constitution de l'Assemblée affirmant avec vigueur le principe de la souveraineté

447 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires..., op.cit., p.28.

nationale, le secrétaire d'État Puységur avait fait concentrer des troupes autour de la capitale[448]. La pression est encore accentuée sur la jeune représentation nationale le 20 juin par la fermeture de la salle de l'hôtel des Menus Plaisirs, sous prétexte de préparatifs de la séance royale décidée par le souverain prévue le 22 juin et qui est, en réalité, un moyen insidieux pour l'empêcher de se réunir afin de délibérer[449]. Il en résultera un déplacement vers la salle du Jeu de Paume à Versailles et la prononciation du Serment historique du jeu de paume par les députés en rébellion. Dans le même esprit, la date du 23 juin marque la contre-offensive, mûrement réfléchie[450], lancée par la Cour, contre ceux qui ont eu l'audace de se constituer en Assemblée Nationale. En effet, le roi convoque une réunion générale des États généraux, réunion qui doit se tenir sous protection militaire et en dehors de la présence du public. Comme le souligne l'historien Michel Winock, « tout semble avoir été organisé (…) pour humilier »[451] la nouvelle représentation nationale, à l'image du discours du Roi dans lequel il balaye sans ménage les principaux acquis de la Révolution. D'une part, le monarque déclare nulle la motion du 17 juin et ordonne aux trois ordres de siéger en chambre séparée, anéantissant de ce fait le caractère national de l'Assemblée :

> « *le Roi veut que l'ancienne distinction des trois ordres de l'État soit conservée en son entier, comme essentiellement liée à la Constitution de son royaume ; que les députés librement élus par chacun des trois ordres, formant trois chambres, délibérant par ordre, et pouvant, avec l'approbation du souverain, convenir de délibérer en commun, puissent seuls être considérés comme formant le corps des représentants de la nation* »[452].

113. D'autre part, allant encore plus loin dans son entreprise de démolition de l'œuvre révolutionnaire, le roi dénie à l'Assemblée son pouvoir constituant en ce qu'il en est le seul détenteur conformément à la conception absolutiste d'Ancien Régime :

> « *Si, par une fatalité loin de ma pensée, vous m'abandonniez dans une si belle entreprise, seul, je ferai le bien de mes peuples ; seul, je me considérerai comme leur véritable représentants* »[453].

Enfin, après avoir mis en garde les députés qu'« aucun de vos projets, aucune de vos dispositions ne peut avoir force de loi sans mon approbation spéciale »[454], le Roi termine cette démonstration de force en ordonnant qu'ils se séparent avant de reprendre le lendemain leurs séances dans les chambres affectées à chacun des ordres, et « y donner un avis consultatif »[455].

448 M. Winock, 1789, L'année sans pareille, op.cit., p.108.
449 On prête à Bailly la formule suivante, ce dernier considérant que le roi n'a pas le pouvoir de suspendre une séance de l'Assemblée décidée par elle-même : « Je crois que la nation assemblée ne peut pas recevoir d'ordres » (cité par M. Winock, 1789, L'année sans pareille, op.cit., p.110).
450 Pendant plusieurs jours, Louis XVI et ses ministres l'ont préparé. Necker proposait notamment un plan de conciliation qui préconisait une monarchie constitutionnelle de type anglais (partage de souveraineté entre les deux chambres et le Roi) mais le monarque, attaché à la conception absolutiste classique d'Ancien Régime, le rejette (cf. M. Winock, 1789, L'année sans pareille, op.cit., p.114).
451 M. Winock, 1789, L'année..., op.cit., p.115.
452 Article 1er de la Déclaration royale, A.P., 1ère série, t.VIII, p.143, 23 juin 1789.
453 Déclaration royale, A.P., 1ère série, t.VIII, p.145, 23 juin 1789.
454 A.P., 1ère série, t.VIII, p.146, 23 juin 1789.
455 Article 5 de la déclaration du 23 juin 1789 : A.P., 1ère série, t.VIII, p.143.

114. On remarque, dès lors, qu'à travers cette Déclaration royale, le Roi réaffirme les fondements et les principes anciens de la monarchie française et consolide ses prérogatives[456]. Elle permet de comprendre l'état d'esprit des parlementaires qui voyaient leur entreprise politique s'effondrer, en dépit de quelques concessions[457]. En effet, après le départ du Roi, les députés du Tiers sont partagés entre la peur, l'indignation et la colère[458]. C'est pourquoi ils décident de rester fermement à leur place accompagnés d'un certain nombre de curés, alors qu'on leur demande instamment de quitter les lieux par la voie du marquis de Brézé, Grand-maître des cérémonies, chargé de transmettre à l'Assemblée l'ordre de dispersion du roi. On connaît la célèbre réponse de Mirabeau, député de Provence, surnommé « l'Orateur du peuple », sur lequel nous reviendrons, qui rétorque alors cette phrase historique : « nous ne quitterons nos places que par la puissance des baïonnettes »[459]. À cet égard, on observe que l'allusion aux baïonnettes n'est pas de pure forme. Le pouvoir royal se préparait effectivement à employer la force contre la représentation nationale. Comme le souligne l'historien Michel Winock, « selon certains témoignages (par exemple Staël-Holstein, dans une lettre au roi de Suède), il est « certain » que peu après la séance royale la cour projetait de faire procéder à des arrestations d'une trentaine de députés et de faire disperser le reste »[460].

115. On perçoit, par voie de conséquence, que, dans un tel contexte, les députés et leur propre personne ne sont plus objectivement en sécurité. Le pouvoir royal exerce une pression psychologique et militaire sans précédente sur la jeune représentation nationale, sur laquelle pèse le risque quasi-certain d'un emprisonnement. Leur intégrité physique est incontestablement en danger. Dès lors, compte tenu de ces circonstances, l'objet et la finalité du décret du 23 juin 1789 deviennent aisément identifiables. En reconnaissant une protection immunitaire aux députés, l'Assemblée entend, par ce décret[461], protéger, sur-le-champ, l'intégrité physique de ses membres contre toute mesure privative ou limitative de liberté hâtive, diligentée par une autorité judiciaire

456 Pour le député Duquesnoy, « jamais le despotisme ne s'expliqua en termes plus audacieux, que jamais esclaves ne s'entendirent donner des ordres plus impérieux. » (A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy, op.cit., p.118).
457 Par exemple, au cours de cette séance, Louis XVI introduit la liberté de conscience et la liberté de la presse.
458 Ce mélange de sentiments négatifs ressort de la description faite par le député Duquesnoy de la séance royale : il note que pendant la déclaration du monarque, « un silence profond régnait dans la salle, le silence de l'indignation et du courroux ; il n'a été interrompu que par quelques cris très rares de « Vive le Roi » sortis de quelques bouches épiscopales ou aristocrates, mais il n'y en a pas eu un seul dans les communes ; loin de là, on imposait silence aux mains et aux bouches qui applaudissaient » (A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy, op.cit., p.118). Il ajoute que « dans le cours des opinions, on a fait la critique la plus amère de l'opération de ce matin » (op.cit., p.120).
459 A.P., 1ère série, t.VIII, p.146, 23 juin 1789. Une note précise : « Le recueil des discours de Mirabeau, publié par M. Rarthe donne la variante suivante : « Allez dire à votre maître que nous sommes ici par la puissance du peuple et qu'on ne nous en arrachera que par la force des baïonnettes. » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.146, note 1). Le député Duquesnoy avance une nouvelle version, soulignant leur pluralité. Mirabeau aurait prononcé l'affirmation suivante : « Monsieur, allez dire à votre maître que l'Assemblée nationale a décidé qu'elle ne quitterait pas la salle. Qu'on nous en fasse sortir par force, si on l'ose. C'est une variante nouvelle à ajouter aux versions déjà nombreuses de l'apostrophe de Mirabeau » (A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy, op.cit., p.119).
460 M.Winock, 1789, L'année sans pareille, op.cit., p.119. L'auteur ajoute que « divers mémorialistes (Thibaudeau notamment) nous décrivent des élus, alarmés de ces menaces, qui, le soir du 23, ou découchent ou se barricadent à leur domicile » (*ibid*., p.119).
461 Après que Barnave eut rappelé à ses collègues qu'ils s'étaient constitués en Assemblée Nationale et qu'ils n'avaient pas à en démordre, Mirabeau les invita à voter une déclaration symbolique sur leur inviolabilité. Après un court débat, la motion est adoptée à une large majorité.

soumise aux ordres du pouvoir exécutif. Ce décret intervient en effet dans le prolongement direct de l'intervention royale et vise à réagir dans la foulée aux répercussions de celle-ci sur la liberté, en péril, des députés. La séance royale du 23 juin et le décret du même jour qui en découle entretiennent donc un rapport étroit de cause à effet. Il s'ensuit que le décret du 23 juin 1789 constitue une mesure défensive de protection, dictée par les circonstances, dirigée non contre les citoyens et les électeurs, mais contre le pouvoir royal lui-même. C'est la raison pour laquelle la doctrine constitutionnelle, en majorité, considère que le décret est une mesure *conjoncturelle* contre le pouvoir exécutif.

Cependant, loin de se résumer à une simple mesure d'opportunité contre les arrestations et les exactions probables du pouvoir royal, le décret du 23 juin est également une mesure à portée plus générale, devant être resituée par rapport à l'évolution globale de la Révolution depuis l'ouverture des États généraux. Il est, à la fois, l'expression de la souveraineté nouvelle de l'Assemblée mais également sa garantie contre le pouvoir exécutif.

β) L'inscription du décret du 23 juin 1789 dans un temps long contre le pouvoir exécutif : protéger l'œuvre révolutionnaire matérialisée par le transfert de la souveraineté du Roi vers la Nation

116. Dépassant les seules circonstances propres au 23 juin 1789, cet acte juridique s'inscrit aussi, plus globalement, dans un temps long contre le pouvoir exécutif. A ce titre, cette proposition prend appui sur le processus historique de la Révolution française et les conquêtes obtenues depuis l'ouverture des États généraux. En effet, ce décret ne se comprend pas s'il n'est pas replacé dans le processus révolutionnaire de dépossession royale de la souveraineté au profit de celle de la Nation, qui opère un transfert inédit dans l'histoire moderne ouvrant une nouvelle ère du constitutionnalisme. Dès lors, dans cette optique globale, il est possible de dégager deux enseignements complémentaires du décret du 23 juin.

117. Tout d'abord, en instituant une protection immunitaire en faveur des parlementaires, ce texte vise incontestablement à protéger les acquis de la Révolution opérés à compter de l'ouverture des États généraux jusqu'à la date du 23 juin 1789, couronnés par la conquête de la souveraineté constituante au détriment du Roi par la Déclaration du 17 juin 1789 et le Serment du Jeu de Paume trois jours plus tard. À ce titre, si le décret du 23 juin 1789 sauvegarde cette œuvre révolutionnaire et le transfert de souveraineté qui en découle, c'est parce qu'il protège, physiquement, les protagonistes qui incarnent cette souveraineté nationale et qui en sont les principaux défenseurs. En interdisant toute poursuite civile et pénale contre les députés - sous réserve de l'autorisation de

l'Assemblée - par la proclamation de leur inviolabilité au sens moderne du terme[462], le décret affirme le caractère intangible de leur propre personne et par là-même le changement de souveraineté qu'ils viennent de provoquer. En d'autres termes, la protection du corps des députés, représentants *physiques* de la souveraineté nationale, était la garantie de la permanence et de la survie de la souveraineté de la Nation, conquête de la Révolution. *A contrario*, la souveraineté nationale étant incarnée par des êtres physiques, leurs arrestations arbitraires diligentées par le pouvoir exécutif aurait signifié la fin de l'œuvre révolutionnaire, faute de représentants, et le retour de la souveraineté royale. Cela ressort clairement de la motion proposée par Mirabeau le 23 juin : « *Assurons notre ouvrage en déclarant inviolable la personne des députés aux États généraux. Ce n'est pas manifester une crainte, c'est agir avec prudence, c'est un frein contre les conseils violents qui assiègent le trône* »[463]. En d'autres termes, la protection physique des députés et la poursuite et les chances de réussite de projet révolutionnaire sont étroitement liées, étant donné que la première conditionne directement la seconde. Le succès du transfert de souveraineté dépend de la protection même des personnes qui sont censées représenter et porter le projet révolutionnaire. Dès lors, le décret du 23 juin 1789 constitue, pour la doctrine, une mesure de protection contre la menace imminente d'une perte de la souveraineté de la Nation du fait d'une arrestation de ses représentants. Il représente un obstacle au retour de la souveraineté royale. Mesure défensive contre le pouvoir exécutif, sa visée est aussi *offensive.* Il est l'occasion de manifester expressément la souveraineté de la Nation assemblée.

118. Soucieux de prendre en main leur destin en consolidant le renversement de l'équilibre constitutionnel, le décret sur l'inviolabilité, symbole de leur détermination, est également un moyen, pour les députés, de réaffirmer l'ampleur de leur nouveau pouvoir[464], à deux égards au moins. En témoigne, d'une part, d'un point de vue *formel*, le fait de s'accorder eux-mêmes une protection immunitaire, sans attendre la ratification du pouvoir royal. De la sorte, « son adoption tend à réaffirmer la souveraineté constituante de l'Assemblée, qualité qu'elle s'est auto-attribuée dès le 17 juin, mais que le Roi continue à rejeter, en se rattachant à la conception traditionnellement

462 Un doute subsiste sur la portée réelle du décret du 23 juin 1789. Une lecture littérale semble plaider en faveur d'une interprétation restrictive du décret, en ce qu'il ne confère une immunité qu'aux seuls actes accomplis *dans* l'exercice des fonctions, c'est-à-dire une irresponsabilité. Cependant nous pouvons noter, bien que cette question fera l'objet de développements ultérieurs, que plusieurs versions de l'arrêté ont été imprimées comme le révèle une note des Archives parlementaires (A.P., 1ère série, t.VIII, p.147, note 1). L'une d'elle, sur laquelle nous nous appuyons ici, comporte un paragraphe qui interdit toute poursuite civile ou pénale contre un député sans autorisation de l'Assemblée, laissant supposer l'existence d'une inviolabilité, même si elle ne distingue pas selon les actes ont été commis ou non dans l'exercice des fonctions : « Arrête pareillement que toutes poursuites civiles et criminelles, contre lesdits députés, seront interdites à toutes personnes, en quelque qualité qu'elles soient, et à tous les tribunaux pendant la session, si elles ne sont expressément autorisées par l'Assemblée Nationale » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.147, note 1).
463 A.P., 1ère série, t.VIII, p.147, 23 juin 1789.
464 Le député Duquesnoy observe en effet que le pouvoir royal n'a pas « suivi la progression des idées depuis l'ouverture des Etats ; ils n'ont pas senti que le moment d'une grande révolution était venu, qu'on pourrait bien le retarder, lui donner, si je puis le dire, un autre cours, mais qu'il était impossible de l'empêcher » (A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy, op.cit., p.120).

consultative des États généraux »[465]. En tant que pouvoir souverain, l'Assemblée dispose désormais de la faculté d'édicter des règles de droit de manière unilatérale, sans le consentement d'aucune autorité dont celle du pouvoir royal qui ne peut pas non plus l'annuler. Ses actes juridiques s'imposent *ipso facto* au monarque.

D'autre part, d'un point de vue *matériel*, par ce décret, la conception monarchique de la représentation est anéantie au profit de celle révolutionnaire de la représentation nationale. En effet, « le 23 juin, l'Assemblée fait œuvre créatrice (…) puisqu'elle ne protège plus les députés en tant que conseillers du Roi, mais bien *es qualité*, en tant que représentants de la Nation »[466]. S'inscrivant donc directement dans l'esprit de la Déclaration du 17 juin sur la constitution de l'Assemblée et le Serment du jeu de paume du 20 juin, l'Assemblée recherche, outre la protection de leur personne, à réaffirmer la liberté des débats en son sein, sur lesquels le pouvoir royal ne doit disposer d'aucune emprise. Ses membres ne sont plus dorénavant des sujets du Roi mais des représentants d'une Nation, souveraine, qui dénient au monarque ou à quelque autre autorité, le fait de se voir imposer quelque décision que ce soit ou influencer dans son vote. Fixant elle-même sa propre organisation interne, le décret du 23 juin 1789 paraît ainsi témoigner de l'indépendance organique et fonctionnelle que les parlementaires ont acquis vis-à-vis du pouvoir royal[467]. On perçoit, dès lors, aisément le fossé qui sépare cette conception proprement révolutionnaire de celle monarchique, qui postule au contraire que la représentation n'est appelée à s'exercer que dans le cadre d'un organe purement consultatif, les États généraux, dont les membres, en tant que simples *conseillers* du Roi, bénéficient d'une protection qui ne demeure conçue que comme un corollaire de l'immunité du souverain[468]. Ils demeurent soumis au bon plaisir du monarque en leur qualité de corps constitués. Or, dorénavant, signe des temps nouveaux, « le corps politique n'est plus (…) contenu dans le roi mais dans l'Assemblée laquelle, comme le roi, prend alternativement les traits du corps tout entier ou de sa tête »[469]. Par conséquent, cette Assemblée, devenue souveraine, ne peut plus se contenter d'une protection se déduisant de l'immunité de l'ancien souverain. Dépourvus de protection, les députés éprouvent le besoin pressant de se mettre à l'abri des ripostes probables du pouvoir exécutif dépossédé de ses prérogatives[470]. La protection immunitaire des députés change donc de sens et

465 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit., p.33.
466 *Ibid*., p.32.
467 Acte de résistance majeur, le député Duquesnoy considère ainsi que par cet arrêté, « il faut avouer qu'il est impossible de faire un mépris plus marqué de l'autorité royale, et jamais sans doute il ne fut aussi bien fondé » (A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy, op.cit., p.121). Il ajoute : « C'est quand les rois s'oublient, quand ils prostituent leurs pouvoirs, quand il les dégradent eux-mêmes en s'en servant au détriment de la liberté publique, qu'il faut leur apprendre qu'il est une force supérieure à celle de tous les rois de terre, celle de la raison, de la justice, de la vérité, (…), de l'opinion » (*ibid*.).
468 Sur ce point : C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit., p.24 à 25.
469 P. Brunet, Vouloir pour la Nation..., op.cit., p.89.
470 Le droit comparé nous enseigne que cette modification radicale de la signification de la protection traditionnellement dévolue aux conseillers du Roi n'est pas propre à la France. La même évolution s'est produite dans le régime anglais par la construction progressive de la notion de « privilège du Parlement » composé d'une irresponsabilité (freedom of speech) et d'une inviolabilité (freedom from arrest). En effet, comme le note Cécile Guérin-Bargues, en Angleterre, « dans un contexte pré-parlementaire, les privilèges demeurent essentiellement fonctionnels puisqu'ils ont

peut être interprétée comme participant d'une affirmation à nouveau de la souveraineté de la Nation[471] et de son incarnation, la Chambre.

119. Au terme de cette analyse, les partisans de la thèse exécutive dégagent deux leçons principales sur le sens réel du fameux décret de Mirabeau. Premièrement, la doctrine constitutionnelle, en majorité, est amenée à considérer que les immunités parlementaires ont été érigées, non dans le souci de protéger les parlementaires des représentés, mais dans celui de les prémunir des éventuels excès du pouvoir exécutif. Il semble ainsi que l'immunité parlementaire vise à préserver en creux, non pas le mandat représentatif, mais un méta-principe fondamental du constitutionnalisme moderne : *la séparation des pouvoirs législatif et exécutif.* Les points de tension entre les deux thèses sont donc évidents. Deuxièmement, la doctrine estime que, dirigées contre le seul pouvoir exécutif, les immunités parlementaires n'ont donc pas originellement la même fonction que le mandat représentatif, qui s'adresse essentiellement aux commettants en cherchant à proscrire tout lien juridique de dépendance entre représentants et représentés[472].

En outre, la doctrine soutient un second argument d'ordre chronologique, qui participe également à la remise en cause de ce lien réputé indissociable, par une minorité de la doctrine, entre l'avènement du régime représentatif et la proclamation concomitante des immunités lors des premiers mois de la Révolution.

surtout pour vocation de protéger la capacité des membres des assemblées à exercer leurs fonctions de conseiller du roi. Leur dimension institutionnelle se réduit à la protection de la nature juridictionnelle, et non parlementaire, des assemblées. À partir du XVIème siècle, avec la montée en puissance des prérogatives du Parlement, les privilèges changent de nature. Ils garantissent la transformation des assemblées en institutions véritablement parlementaires, c'est-à-dire en lieux d'initiative législative et de contrôle de l'exécutif. Les privilèges constituent alors un ensemble de droits et de prérogatives qui a pour vocation de protéger des atteintes du pouvoir exécutif (...) » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit., p.40). Pour une étude approfondie : *ibid*., p.34-p.41.

471 L'affirmation de l'inviolabilité des députés présente également une dimension symbolique. Elle est une transposition laïque de l'inviolabilité du Roi découlant, pour sa part, de la sacralité du monarque (héréditaire). De cette façon, les représentants deviennent d'une certaine manière des « divinités » obtenant ainsi le statut d'être supérieur. Comme le souligne très justement Cécile Guérin-Bargues, « proclamer l'inviolabilité des députés, c'est donc affirmer le caractère sacré et dorénavant intangible du transfert de souveraineté » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.58).

472 A cet égard, la doctrine souligne que l'observation du droit comparé conduit à la même conclusion : en effet, « l'histoire constitutionnelle britannique et américaine (…) permet de mettre en évidence une différence très nette de finalité entre la protection immunitaire dévolue aux représentants et le mandat représentatif » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.58). A l'image de la France, les immunités parlementaires en Angleterre et aux Etats-Unis ont été érigées par la peur suscitée par les représailles probables du pouvoir exécutif subissant une perte de ses prérogatives et non contre les commettants eux-mêmes. En effet, « l'analyse de l'apparition des protections immunitaires, tant dans la France révolutionnaire que dans l'Angleterre médiévale, au sein des colonies d'Amérique ou des Etats-Unis nouvellement constitués, (impose) un constat similaire. Partout, la mise en place d'une protection spécifique du représentant trouve sa raison d'être initiale dans la crainte qu'inspire le pouvoir exécutif », sous réserve du cas spécifique du Congrès confédéral (ibid, p.57). Sur la naissance des immunités parlementaires en Angleterre et aux États-Unis : cf. C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.34 à p.58.

b. L'ambivalence du mandat dévolu aux représentants lors de la proclamation des immunités parlementaires

120. Traditionnellement, pour considérer que les immunités découlent logiquement de l'adoption du mandat représentatif, la doctrine minoritaire s'appuie sur un argument d'ordre temporel. Elle met en avant le fait que, d'un point de vue chronologique, les immunités parlementaires sont apparues au moment précis où s'opérait la transformation du mandat impératif en mandat représentatif dévolu aux représentants des États généraux. En effet, trois jours après la proclamation de la nature représentative de leur mandat par la Déclaration du 17 juin sur la Constitution de l'Assemblée, réitérée par le Serment du Jeu de Paume du 20 juin, est instituée de manière quasi-concomitante une protection immunitaire, ces quelques jours d'intervalles mettant en lumière que les immunités parlementaires seraient la condition primordiale à la préservation et de la pérennité du mandat représentatif. Mandat représentatif et protection immunitaire présenteraient ainsi une origine révolutionnaire commune, fixée aux alentours de juin 1789. Le lien conceptuel entre celles-ci résulterait du caractère quasi-simultané de leur apparition historique.

Or, la doctrine majoritaire rejette fortement cette thèse. Si elle s'appuie également sur un argument chronologique, elle aboutit cependant à des conclusions opposées. Elle souligne, au contraire, que leur apparition respective, en réalité, n'est pas, d'un point de vue chronologique, simultanée, puisqu'« à l'heure où sont proclamées en France les immunités, le lien qui unit représentants et représentés est encore ambivalent, à mi-chemin entre Ancien Régime et Révolution »[473]. Elle observe que les immunités ont été adoptées au bénéfice des représentants bien avant que soit définitivement acquis le caractère représentatif du mandat, ce dernier étant beaucoup plus tardif. À cet égard, pour mettre en lumière l'ambiguité de leur mandat, elle fonde son argumentation sur trois points principaux.

121. *Tout d'abord*, bien que les députés se soient déclarés représentants de la Nation, beaucoup d'entre eux continuent à se percevoir comme les commis de leurs commettants, puisque s'estimant liés par un mandat impératif, *au moment même* et *après* la proclamation des immunités[474]. Il faudra, en réalité, attendre la motion du 8 juillet 1789 pour que, semble-t-il, le mandat représentatif soit définitivement entériné en France (et *a contrario* le mandat impératif soit définitivement prohibé), c'est-à-dire plusieurs semaines après le décret du 23 juin 1789. L'Assemblée est en effet convaincue par la motion proposée par Sieyès formulée en ces termes :

> « *L'Assemblée nationale, instruite par les déclarations de plusieurs de ses membres, que quelques bailliages ont tellement lié leurs députés par des mandats indiscrets, qu'ils pensent ne pouvoir*

473 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit., p.67.
474 *Ibid*.

prendre part à la délibération commune ; et considérant que ces bailliages ont, par cette erreur, préjudicié à leurs propres intérêts, puisqu'ils se sont privés ainsi de leurs représentants directs à l'Assemblée;
« Juge digne de sa sollicitude générale, d'inviter les bailliages à rendre à leurs députés la liberté nécessaire à de vrais représentants de la nation. Au surplus, l'Assemblée déclare que la nation française étant toujours tout entière légitimement représentée par la pluralité de ses députés, ni les mandats impératifs, ni l'absence volontaire de quelques membres, ni des protestations de la minorité ne peuvent jamais ni arrêter son activité, ni altérer la liberté, ni atténuer la force de ses statuts, ni enfin restreindre les limites des lieux soumis à sa puissance législative, laquelle s'étend essentiellement sur toutes les parties de la nation et des possessions françaises »[475].

122. Malgré tout, la doctrine constitutionnelle contemporaine refuse catégoriquement de considérer la motion du 8 juillet 1789 comme l'acte de naissance du mandat représentatif en France[476]. Elle estime que, même si celle-ci affirme de manière incontestable le caractère représentatif du mandat des membres de l'Assemblée, il n'en reste pas moins que le débat entourant l'adoption de ce texte et la teneur des arguments soulevés par les protagonistes au cours de celui-ci sont révélateurs de l'incertitude qui demeure encore sur la nature réelle du mandat confié aux députés, après la date du 23 juin. Les circonstances à l'origine de cette motion mettent en lumière également cette équivoque. En l'espèce, le 26 juin, bien que le Roi ait proclamé la nullité des restrictions de pouvoir[477], deux représentants de la noblesse, le marquis de Lally-Tollendal[478] et le comte de Clermont-Tonnerre[479],

475 A.P., 1ère série, t.VIII, p.207, 8 juillet 1789. Plus précisément, l'Assemblée n'adopte pas à proprement parler le projet de motion proposée par Sieyès mais l'arrêté suivant, à une large majorité, qui vise à annuler les mandats impératifs : « L'Assemblée nationale, regardant ses principes comme fixés à cet égard, et considérant que son activité ne peut être suspendue, ni la force de ses décrets affaiblie par des protestations ou par l'absence de quelques représentants, déclare qu'il n'y a lieu à délibérer. » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.208, 8 juillet 1789.

476 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit., p.67 à p.71.

477 Déclaration du 23 juin 1789, article 3 et 6, A.P., 1ère série, t.VIII, p.143, 23 juin 1789. Son article 3 dispose en effet : « Le Roi casse et annule, comme anticonstitutionnelles, contraires aux lettres de convocation et opposées à l'intérêt de l'État, les restrictions des pouvoirs qui, en gênant la liberté des députés aux États généraux, les empêcheraient d'adopter les formes de délibération prises séparément par ordre ou en commun, par le vœu distinct des trois ordres. » (*ibid.*).

478 Le comte de Lally-Tollendal considère être lié par un mandat impératif avec ses électeurs, même s'il semble qu'à la lecture de sa déclaration, son obligation de respecter ses engagements pris à l'égard de ses électeurs soit plus une obligation morale, « un serment », qu'une obligation juridique. Rien donc ne l'empêcherait de les outrepasser, à part sa morale et sa conscience personnelle. Il déclare : « Messieurs, je me présente à cette auguste Assemblée, adhérant de cœur et d'esprit à ses dispositions, mais n'étant point maître de ma volonté sur tous les objets. Je viens me soumettre à une vérification commune. Elle a toujours été dans mes principes, ainsi que dans-mon cœur, et elle ne m'était pas interdite par mon mandat. Malheureusement ce mandat ne m'a pas laissé aussi libre sur l'opinion par tête. Il est possible qu'il paraisse moins limitatif à d'autres députés dont je respecte la délicatesse autant que je crois à la mienne, et dont les vertus et les lumières doivent rendre l'opinion imposante. Mais l'obligation qu'entraîne un serment dépend de l'idée qu'on y a attachée en le prêtant. Or, dans l'instant où j'ai prêté le mien, je me suis cru, et je me crois, encore invinciblement enchaîné à l'opinion par ordre » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.158, 26 juin 1789).

479 Le comte de Clermont-Tonnerre se trouve face à un dilemme : le devoir de voter par ordre, imposé par ses commettants, l'empêche de participer à cette chambre nationale et à ses travaux, parmi lesquelles la rédaction d'une Constitution qui fait pourtant partie des directives de ces mêmes commettants. Il affirme en effet : « Messieurs, notre mandat contient, comme mandat impératif, l'ordre formel, d'obtenir une constitution; et l'énonciation des bases sur lesquelles elle doit être assise exige que nous opinions par ordre, et que nous soyons soumis à la majorité de notre ordre sur cette question. Mais il est ajouté dans le même article du mandat, que les États généraux aviseront dans leur sagesse à empêcher que le veto d'un des ordres ne s'oppose à la confection des lois qui intéressent le bonheur public. L'ordre où nous avons siégé d'abord ayant adopté le veto de chaque ordre comme un principe constitutif de la monarchie, il nous devenait impossible de concourir aux délibérations d'une Chambre dont les principes s'opposaient évidemment à l'exécution des intentions expresses de nos commettants; mais il n'est pas de notre délicatesse de juger de nous-mêmes une question que l'obscurité de notre mandat rend problématique : et malgré les motifs puissants qui nous animent et le désir ardent d'unir nos travaux aux vôtres, nous sommes obligés d'attendre que l'opinion de nos constituants nous soit plus clairement connue; et, jusqu'à ce moment, nous prions l'Assemblée de permettre que, sans accepter de voix, nous opinions dans son sein. » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.159, 26 juin 1789).

refusent de voter par tête, dans la mesure où ni leurs commettants ni leurs Cahiers ne les ont autorisés à le faire et exigent donc de retourner devant les électeurs pour connaître leur nouvelle position éventuelle. On constate alors qu'à cette date, la doctrine des mandats impératifs est encore fortement ancrée dans la mentalité française[480], surtout au sein de la noblesse et du clergé[481]. Or, il convient de noter que le mandat impératif ayant été prohibé le 17, 20 et 23 juin, la question ne devrait même pas se poser. Malgré cela, en plus que le débat ait bien lieu, à la date du 7 juillet, les députés font preuve, au cours de celui-ci, de modération et tiennent une position contradictoire. Comme le souligne Cécile Guérin-Bargues, ils veillent à affirmer « la nature représentative du nouveau régime, sans paraître confisquer au citoyen l'essentiel de ses prérogatives »[482].

À cet égard, l'exemple topique de cette ambiguïté vis-à-vis du mandat des députés est l'argumentation paradoxale du député Bertrand Barère pendant le débat, à travers la distinction qu'il opère. Il différencie « le cas où un particulier donne des pouvoirs à un autre particulier sur les objets qui l'intéressent personnellement, de celui où les Assemblées élémentaires donnent à des députés des pouvoirs qui doivent être exercés dans une Assemblée générale »[483]. Dans le premier cas, devant statuer sur des intérêts particuliers, le député doit être soumis à la volonté du représenté, tandis que, dans le second cas, dans la mesure où les questions portent sur des enjeux nationaux, le député est libre de ses opinions, puisque le rôle de l'Assemblée consiste essentiellement à délibérer sur les affaires publiques. Par voie de conséquence, le mandat impératif est, dans cette hypothèse, nul. En effet, selon Barère, « aucun des commettants particuliers ne peut être législateur en matière d'intérêt public »[484]. Dès lors, dans la pensée de Barère, les clauses impératives ne sont nulles vis-à-vis des représentants uniquement lorsque l'intérêt général est concerné mais restent pleinement valides dans tous les autres cas. Ainsi on comprend que Barère, par ce raisonnement modéré, tient à sauvegarder la validité du mandat impératif pour satisfaire les commettants et n'entérine donc que

480 A cet égard, Jean Roels avance une explication à la persistance du mandat impératif dans les esprits des révolutionnaires français durant cette période : selon lui, « le Comte d'Antraigues (…), commissaire conciliateur entre la noblesse et le Tiers, avait défendu la doctrine des mandats, et ce au nom même de la souveraineté populaire et de la doctrine de Rousseau. Dans sa plus célèbre brochure, qui rivalisa durant quelques mois avec celle de Sieyès, il écrit avec force : « Quand la nation, assemblée en États Généraux, ne peut être réunie que par ses représentants, il s'établit aussitôt une loi qui est, j'ose le dire, le palladium de nos libertés. C'est que la nation elle-même est restée maîtresse de tous ses pouvoirs ; c'est dans les assemblées où elle élit ses représentants qu'elle prononce son vœu. Ses représentants ne sont que les porteurs des ordres de leurs commettants, et ne peuvent jamais s'en écarter. Dès lors, les droits des Etats généraux sont les droits de la nation elle-même...énonçant sa volonté par ses représentants » » (citation tirée de E. H. L. A. de Launay, Mémoire sur les États généraux, leurs droits et la manière de les convoquer, s.1., 1788, p.20, dans J. Roels, Le concept de représentation politique au dix-huitième siècle français, op.cit., p.124). La question du mandat impératif est l'un des thèmes de prédilection du représentant de la noblesse D'Antraigues qui y consacre une brochure particulière : « Mémoire sur les mandats impératifs, Versailles », 1789. Il affirme d'ailleurs en 1792 : « Ce fut moi qui le premier développait dans un *Mémoire sur les États généraux*, la doctrine de nos ancêtres sur les mandats impératifs et la soumission absolue qui leur était due par les députés » (E. H. L. A. de Launay, Adresse à l'ordre de la noblesse de France, Paris, 1792, p.18).
481 Le marquis de Lally-Tollendal et le comte de Clermont-Tonnerre sont deux membres de la noblesse. Cf : A. Soboul, Dictionnaire historique de la Révolution française, Paris : PUF, 1989.
482 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.68.
483 A.P., 1ère série, t.VIII, p.205, 7 juillet 1789.
484 *Ibid*.

partiellement l'indépendance de la représentation nationale[485]. Le débat entourant la motion du 8 juillet 1789 illustre donc le fait que la validité du mandat représentatif est fragile à cette date, et divise encore les députés, alors même que ceux-ci se sont déjà vus reconnaître leurs immunités le 23 juin. C'est pourquoi, même si la thèse du caractère représentatif du mandat défendue par Sieyès emportera la conviction de l'Assemblée le 8 juillet 1789[486], la doctrine estime qu'en réalité, à cette date, la question du mandat représentatif n'est pas encore définitivement tranchée[487].

123. D'ailleurs, cette question rebondit à nouveau quelques mois plus tard à propos du veto royal, et ne sera finalement close qu'à partir de début du mois de septembre 1789. En effet, pour la doctrine, « ce n'est qu'à partir d'un discours fondateur de Sieyès, le 7 septembre 1789, à l'occasion d'un débat sur le veto royal, que la Constituante s'inscrit résolument dans l'orthodoxie représentative, en entérinant la substitution de la représentation nationale à l'électorat »[488]. Sans entrer dans le détail de ce débat[489], Sieyès met fin à cette oscillation et détermine, à travers cette intervention, la conception révolutionnaire relative aux mandats impératifs[490]. Opposé au député rousseauiste

485 En revanche, de manière paradoxale, il refusera le retour des représentants devant leurs électeurs pour être déliés de leurs engagements, arguant de l'indépendance de la représentation nationale. Il affirme : « Dès qu'on déclare nulles les clauses impératives des mandats, quel besoin a-t-on de recourir aux commettants? Ce n'est pas nous qui, en annulant les clauses impératives, excéderons nos pouvoirs; ce sont eux qui ont excédé les leurs. » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.205, 7 juillet 1789). De la sorte, il s'inscrit dans la thèse représentative du mandat qu'il a pourtant cherché à limiter en insistant largement sur la validité des mandats impératifs vis-à-vis des commettants. Barère défend donc une position intermédiaire, symptomatique de l'état d'esprit des députés quant à la nature de leurs mandats.

486 Sieyès argue du fait que par rapport à la question du caractère représentatif ou non du mandat des députés, « il n'y a pas même lieu à délibérer sur le fond. Les principes sur lesquels mon opinion est fondée ont déjà été consacrés par l'arrêté du 17 juin » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.207, 8 juillet 1789).

487 Pour Cécile Guérin-Bargues, « la vigueur des débats, l'attitude des protagonistes qui multiplient les précautions oratoires et tentent de sauvegarder la validité à l'égard des commettants de certaines clauses impératives illustrent, au-delà du décret du 8 juillet, les ambiguïtés qui continuent de peser, dans l'esprit des constituants, sur la nature du mandat conféré aux députés » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.71).

488 C. Guérin-Bargues, « L'inviolabilité des révolutionnaires ou la naissance d'une curieuse tradition parlementaire », in M.Biard, P. Bourdin, H. Leuwers et A. Tourret (dir.), Vertu et politique, op.cit., p.292.

489 Sur les débats de septembre 1789 quant à la nature du mandat des députés : cf. C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.71 à 74 ; J. Roels, Le concept de représentation politique au dix-huitième siècle français, op.cit., p.125 à p.127.

490 La doctrine constitutionnelle connaît cependant une division entre ceux qui considèrent Sieyès comme un fervent adversaire du mandat impératif et ceux, au contraire, qui en font un véritable partisan. Si la première thèse semblait dominer au début du XXème siècle, cette dernière a fait l'objet d'une profonde remise en cause profonde dans les années 80. Selon les premiers, le mandat impératif est « l'un des thèses les plus célèbres de Sieyès » (P. Bastid, Sieyès et sa pensée, op.cit, p.366). La raison en est simple : « les circonstances politiques de 1789, qui rendaient si aiguë la question des mandats impératifs, ont amené Sieyès à creuser spécialement cette partie de sa doctrine, à développer une argumentation dans laquelle nous entrons moins aujourd'hui, parce que les problèmes pratiques sont différents. En 1789, on était aux prises avec la résistance des bailliages qui prétendaient lier leurs députés et qui compromettaient ainsi le grand rassemblement national. C'est contre ses prétentions que Sieyès s'insurge » (*ibid,* p.366). Selon l'abbé, « admettre le mandat impératif, ce serait morceler l'unité nationale entre les circonscriptions, entre les citoyens, ce serait porter atteinte à toute l'architecture de la société. Ce serait affirmer qu'il n'existe que des individus et des groupes radicalement hétérogènes les uns par rapport aux autres, sans aucun élément constant par lequel ils puissent se rejoindre et communier » (*ibid,* p.366). A l'inverse, pour les seconds, « Sieyès, loin d'être l'inventeur du mandat représentatif, a constamment défendu l'idée que les citoyens actifs, chargés de désigner les représentants, avaient aussi la possibilité de les contrôler et de révoquer ceux qui ne rempliraient pas leur tâche. Pour lui, le mandat de droit public a toujours été comparable à un mandat de droit privé, contrairement à ce qu'avait cru interpréter de ses écrits Carré de Malberg » (A. Laquièze, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIXème et XXème siècle », in P.-Y. Quiviger, V. Denis et J. Salem (dir.), Figures de Sieyès, Publications de la Sorbonne, 2008, p.113). Car, suivant la démonstration de Colette Clavreul, Sieyès était favorable, contrairement à Rousseau, à une souveraineté limitée (C. Clavreul, L'influence de la théorie d'Emmanuel Sieyès sur les origines de la représentation en droit public, op.cit., T.I, p.195 et suiv. ; T.II, p.422 et suiv.).

Rabaut de St-Etienne qui défend vigoureusement le principe des mandats impératifs et–donc la participation au pouvoir législatif des commettants à travers leurs mandataires[491], Sieyès défend, au contraire, « le principe cardinal du nouveau droit public français »[492], c'est-à-dire le principe selon lequel les représentants, choisis par la majorité des citoyens, ne représentent pas un ordre ou une localité, mais la Nation tout entière[493]. Le fondement de son discours est l'unité nationale, chacun des élus portant en lui l'unité de la Nation et son corollaire, l'unité territoriale. La principale conséquence de cette doctrine est donc de limiter le rôle des citoyens à un simple pouvoir électoral, l'élection s'analysant en un simple choix de personnes et non à une transmission de pouvoir à leur représentant. Les citoyens se trouvent priver de participer au pouvoir législatif[494]. Il en résulte en définitive que l'argumentation de Sieyès fixera les positions de la première Assemblée[495] en ce qui concerne le gouvernement représentatif[496], cette conception étant encore admise de nos jours dans le droit constitutionnel français[497].

491 « Le pouvoir originaire et unique appartient à la nation : lui seul est pouvoir, les autres ne sont que des autorités (…). Maintenant, si je considère le pouvoir (et je n'ai plus besoin de dire que ce n'est pas l'autorité, ni les autorités), j'y distingue ce que la nation, ce que le souverain distribue, et ce qu'il garde. Ce qu'il distribue, c'est l'exécution ; ce qu'il garde c'est la législation » (R. de Saint-Etienne, A.P., 1ère série, t.VIII, p.569, 4 septembre 1789). Il ajoute : « Ce ne sont (…) pas réellement les représentants qui font la loi, c'est le peuple dont les représentants ne sont que l'organe ; donc c'est lui qui a le pouvoir législatif, et l'Assemblée générale ne l'a pas. » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.569, 4 septembre 1789).

492 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.73.

493 Selon Sieyès, « un député (…) est nommé par un bailliage au nom de la totalité des bailliages ; un député l'est de la nation entière ; tous les citoyens sont ses commettants » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.594, 7 septembre 1789).

494 Selon Sieyès, « puisque, dans une assemblée bailliagère, vous ne voudriez pas que celui qui vient d'être élu se chargeât du vœu du petit nombre contre le vœu de la majorité, à plus forte raison vous ne devez pas vouloir qu'un député de tous les citoyens du royaume écoute le vœu des seuls habitants d'un bailliage ou d'une municipalité contre la volonté de la nation entière. Ainsi, il n'y a, il ne peut y avoir, pour un député, de mandat impératif, ni même de vœu positif, que le vœu national : il ne se doit aux conseils de ses commettants directs qu'autant que ces conseils seront conformes au vœu national » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.595, 7 septembre 1789).

495 Comme l'observe Cécile Guérin-Bargues, « dans les mois qui suivent ce discours fondateur, l'attitude de l'Assemblée consiste généralement à s'inscrire dans la droite ligne de l'orthodoxie représentative (…). Confrontée par exemple à des tentatives de révocation d'élus par leurs électeurs, elle s'y oppose avec la dernière fermeté », même si la question du mandat impératif reviendra quelques fois sur le devant de la scène après le 7 septembre 1789 (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.74).

496 Sieyès est en effet un ardent défenseur du régime représentatif qu'il oppose et préfère à la démocratie au sens pur du terme : « Il est (...) inutile qu'il y ait une décision dans les bailliages ou dans les municipalités, ou dans chaque maison de ville ou village ; car les idées que je combats ne mènent à rien moins qu'à cette espèce de Chartreuse politique. Ces sortes de prétentions seraient plus que démocratiques. La décision n'appartient et ne peut appartenir qu'à la nation assemblée. Le peuple ou la nation ne peut avoir qu'une voix, celle de la législature nationale. Ainsi, lorsque nous entendons parler d'un appel au peuple, cela ne peut vouloir dire autre chose, si ce n'est que le pouvoir exécutif pourra appeler de la nation à elle-même, et non pas des représentants à leurs commettants, puisque ceux-ci ne peuvent se faire entendre que par les députés nationaux. L'expression *l'appel au peuple* est donc mauvaise, autant qu'elle est impolitiquement prononcée. Le peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (et la France ne saurait l'être), le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants. » (A.P., 1ère série, t.VIII, p.595, 7 septembre 1789).

497 Les textes révolutionnaires, à l'image de l'instruction de l'Assemblée Nationale du 8 janvier 1790 : « les mandats impératifs étant contraires à la nature du Corps législatif, qui est essentiellement délibérant, à la liberté des suffrages dont chacun de ses membres doit jouir pour l'intérêt général, au caractère de ses membres, qui ne sont point les représentants de la nation, enfin à la nécessité de la subordination politique des différentes sections de la nation au corps de la nation entière, aucune assemblée d'électeurs ne pourra, ni insérer dans le procès-verbal de l'élection, ni rédiger séparément, aucun mandat impératif. Elle ne pourra pas même charger les représentants qu'elle aura nommés, d'aucuns cahiers ou mandats particuliers ») ou encore le décret du 22 décembre 1789 relatif à la constitution des assemblées primaires et les différentes Constitutions françaises ont entériné purement et simplement les théories développées par l'Abbé sur ce point. Par exemple, la Constitution de 1791, dans son titre III, chapitre 1, section III, article 7, dispose : « Les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat ».

124. Or, il convient de noter que la détermination de la date exacte de naissance du mandat représentatif en France et de son enracinement dans notre régime, ne présente guère d'intérêt en lui-même s'il n'est pas resitué par rapport à la problématique générale des immunités parlementaires. À cet égard, elle permet de mettre en lumière que les immunités ont été adoptées au bénéfice des représentants bien avant que soit définitivement acquis le caractère représentatif du mandat, puisque ce dernier ne sera entériné véritablement qu'à compter du 7 septembre 1789. À la date du 23 juin et même postérieurement, le mandat dévolu aux représentants est encore marqué d'équivoque. Dès lors, comme le souligne Cécile Guérin-Bargues, « cette persistance de la conception traditionnellement impérative du mandat, à mesure que l'on s'éloigne de la date de proclamation des immunités parlementaires, interdit de faire de ces dernières une conséquence directe du mandat représentatif »[498].

125. En outre, une telle conclusion s'impose d'autant plus qu'elle trouve confirmée par l'atmosphère régnant au sein et à l'extérieur de l'assemblée, qui illustre à nouveau l'ambiguïté quant à la nature juridique du lien entre représentants et représentés à la date du 23 juin 1789. En dépit de la proclamation du mandat représentatif le 17 juin, les pressions externes et internes du peuple contre les députés se poursuivent même après la date du 23 juin 1789. Par exemple, dans les jours suivant ce décret, le 25 juin 1789, des gardes armés interdisent l'entrée du public dans les salles où se réunissent les différents ordres. La motivation de cette mesure est révélatrice de la nature du rapport unissant les mandants aux mandataires : sous l'emprise des représentés, il s'agit de « donner sûreté aux citoyens menacés par le peuple »[499]. En témoigne également, dans le même esprit de soumission, le même jour, l'exemple symptomatique du clergé, réfléchissant à se joindre à l'Assemblée. Divisés sur cette question, 22 ecclésiastiques acceptent cependant de rejoindre le Tiers-Etats mais certains refusent encore. Or, à la fin de la délibération, les ecclésiastiques restés dans la chambre du clergé n'osent en sortir car ils ont peur pour leur intégrité physique : comme le révèle le député Adrien Duquesnoy, « deux mille personnes les attendent pour les maltraiter » en raison de leur refus de rejoindre le Tiers Etat[500]. Leur incertitude est justifiée puisque certains membres du clergé seront maltraités[501]. Au-delà de la violence du peuple, ces deux épisodes mettent en exergue que ce dernier exerce une influence incontestable et notable sur les représentants, et oriente de cette façon leur décision. Comme l'affirme Dominique Godineau, « il est (…) indéniable

498 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.74.

499 A. Duquesnoy, Journal d'Adrien Duquesnoy, op.cit., tome 1, p.125. D'ailleurs, malgré cette interdiction, deux voire trois cent personnes sont entrées dans la salle du Tiers Etat (*ibid*., p.128). À cet égard, pour garantir leur sécurité et donc leur indépendance physique et mentale, les députés envisagent même de déménager de Versailles pour s'installer dans une autre commune de la Nation, à Nantes (cf. *ibid*., p.125).

500 *Ibid*., p.128.

501 Adrien Duquesnoy atteste que « l'archevêque de Paris a été excessivement maltraité par le peuple ; on assure même qu'il a reçu un coup de bâton sur les reins. (…) L'archevêque ne s'est (…) dérobé à la fureur du peuple qui voulait sa vie, que par l'intervention de quelques députés des communes, qui ont obtenu sa grâce » (*ibid*., p.128). Il dénonce l'attitude du peuple et sa violence : « C'est un très grand malheur que le peuple se porte à ces excès ; il est difficile de voir où ils s'arrêteront, difficile encore qu'aucun avantage puisse jamais dédommager des maux qu'ils occasionnent » (*ibid*.).

que les représentants ont dû compter avec la présence d'un public engagé, plus ou moins turbulent et qui n'était pas sans aucune influence. En ce sens, les tribunes ont constitué un acteur collectif, de la vie parlementaire pendant la Révolution »[502]. Or une pareille participation du peuple au pouvoir apparaît totalement contraire à l'essence même d'un mandat représentatif qui postule l'indépendance totale du représentant de la Nation. À cet égard, Marcel Winock estime que le peuple militant et l'Assemblée entretiennent, durant cette période, une relation dialectique : « quand le peuple se fait trop pressant, c'est au risque de la liberté des débats ; mais quand celui-ci viendrait à manquer, on aurait tout à redouter de la force armée : l'arrestation, la dissolution, le coup d'État »[503]. C'est pourquoi il semble que « la Révolution avait besoin de l'opinion comme d'un chœur antique ; elle avait besoin du peuple militant comme d'une phalange à opposer aux régiments du roi »[504]. Mais de cette situation découle une conséquence négative : « s'établissaient, du même coup, des relations de dépendance : l'Assemblée devrait se protéger non seulement de ses adversaires mais encore de ses amis trop empressés »[505]. Dans un tel contexte, il apparaît, dès lors, que la nature juridique du rapport entre représentants et représentés est encore incertaine, à mi-chemin entre le mandat impératif du début des États généraux et le mandat représentatif de l'époque moderne, à une date pourtant où les immunités ont déjà été proclamées. En d'autres termes, au jour de la consécration des immunités parlementaires, l'existence d'un mandat représentatif est encore discutable. Dès lors, du fait de leur apparition à une date séparée, l'irresponsabilité et l'inviolabilité ne peuvent, une nouvelle fois, être considérées comme découlant de l'adoption du mandat représentatif. Pour la doctrine, ces deux notions doivent être dissociées au regard de leur origine respective.

126. En dernière analyse, le droit comparé constitue le troisième et point final qui permet de vérifier la dissociation entre l'apparition d'un mandat représentatif et celle des immunités parlementaires. Sans entrer dans le détail, la thèse récente de Cécile Guérin-Bargues[506], grâce à l'étude de l'histoire constitutionnelle de plusieurs États, a mis en exergue le fait qu'à l'image de la France, « les privilèges firent leur apparition, en Angleterre comme, dans une moindre mesure, aux Etats-Unis, alors que le caractère représentatif du mandat était marqué d'équivoques »[507]. En la

502 D. Godineau, Surveiller la vertu politique ou tyranniser l'Assemblée ? Le rôle des tribunes publiques pendant la Révolution française, *in* M. Biard, P. Bourdin, H. Leuwers, A. Tourret (dir.), Vertu et politique, Les pratiques des Législateurs (1789-2014), op.cit., p.169. L'auteur avance trois justifications à l'implication populaire aux débats parlementaires : « la densité des enjeux et de la vie politique, dans et hors de l'Assemblée ; l'affirmation par les représentants eux-mêmes que l'exigence de vertu politique nécessitait de délibérer sous les yeux d'un public ; la conceptio active qu'avait ce public de la souveraineté populaire » (*ibid.*).

503 M. Winock, 1789, L'année sans pareille, op.cit., p.120. D'ailleurs, il apparaît que la survie de l'Assemblée Nationale après le « lit de justice » du Roi le 23 juin, est due à l'effervescence du peuple. En effet, Michel Winock note que « c'est une manifestation populaire qui (aura) raison des velléités de coup d'État qui se formulent à la cour » le 23 juin (M. Winock, 1789, L'année sans pareille, op.cit., p.119). De même, ce jour-là, les députés de la salle nationale étaient portés par le mouvement populaire, ce qui donnait au roi et à son entourage matière à réfléchir. Ainsi il semble que l'effervescence du peuple soit un mal nécessaire pour la progression des idées des constituants.

504 *Ibid.*

505 M. Winock, 1789, L'année sans pareille, op.cit., p.121.

506 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., 457 pages.

507 *Ibid.*, p.93. Pour une analyse de la naissance du mandat représentatif en Angleterre et aux Etats-Unis dont la conception diverge, le premier prônant une conception extensive, le second une conception stricte : ibid., p.76-p.93.

matière, quel que soit le pays considéré, ce n'est pas contre les représentés mais contre le pouvoir exécutif que sont dirigées à l'origine les immunités parlementaires[508]. Dans ces conditions, contrairement à ce que soutient la thèse représentative, il paraît difficile pour la doctrine majoritaire de conclure à l'existence exclusive d'un lien conceptuel entre mandat représentatif et immunités parlementaires.

127. Une étude poussée tend donc à montrer que, pour des raisons chronologiques, téléologiques et comparatives, le mandat représentatif, tel qu'il a été forgé entre le début des Etats généraux et le mois de septembre 1789, n'entretient que des relations assez lointaines, *à l'origine*, avec les immunités parlementaires. Dans ces conditions, la thèse représentative qui opère une telle articulation apparaît éminemment fragile et demeure donc contestable pour la doctrine majoritaire. Selon cette dernière, cette thèse procède, en réalité, d'une construction artificielle et déformante des faits historiques. Pointant du doigt les limites de cette approche abstraite et généralisante, elle considère que la liaison qu'elle opère entre la naissance du mandat représentatif et celle des immunités parlementaires résulte d'un « surinvestissement historique »[509] qui tente, au prix de la vérité, de rationaliser à l'excès les premiers mois de la Révolution. Au contraire, selon elle, les immunités parlementaires trouvent leur justification, non dans l'apparition du mandat représentatif, mais dans la crainte que suscite le pouvoir exécutif menaçant d'emprisonner, *à court terme*, les représentants de la toute nouvelle Assemblée et par là-même de mettre un point final, *à long terme*, au transfert de souveraineté. Autrement dit, la protection immunitaire conférée aux députés est destinée à tenir à distance le pouvoir législatif d'un pouvoir concurrent, potentiellement hostile, de façon à garantir un nouveau principe du constitutionnalisme moderne : la séparation des pouvoirs.

128. Ce faisant, plus largement, au terme de la présentation des thèses doctrinales *représentative* et *exécutive* des immunités parlementaires, on comprend donc que la question du fondement réel des privilèges des députés à leur apparition au moment de la Révolution, fasse l'objet d'un vif et profond dissensus au sein de la doctrine constitutionnelle contemporaine. Faire le constat de l'existence d'une telle dualité des représentations des immunités parlementaires, c'est donner à voir les tensions qui les traversent. Chacune d'elles présente des implications divergentes : pour l'une, les immunités parlementaires seraient le prolongement nécessaire à l'enracinement d'une construction doctrinale,

508 Dans le cas du Royaume-Uni, comme l'observe Cécile Guérin-Bargues, « les privilèges parlementaires sont à l'origine doublement spécifiques : ils trouvent leur origine dans la nature juridictionnelle du Parlement médiéval et sont alors conçus comme un corollaire de l'immunité du souverain. La montée en puissance de la Chambre des communes aboutit néanmoins à une modification radicale de leur nature. Ils se retournent contre la Couronne et apparaissent alors comme un système de protection qui est, lui aussi, essentiellement dirigé contre le pouvoir exécutif » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.34). Dans la même optique, dans les colonies britanniques d'Amérique, « l'irresponsabilité et ses corollaires constituent un instrument visant à éviter les intrusions du gouverneur au cœur de l'Assemblée délibérative » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.45). Seul le Congrès confédéral constitue une exception compte tenu du fait qu'il n'a pas d'origine juridictionnelle. Pour une étude approfondie : *ibid*., p.44 à p.58).

509 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.96.

le mandat représentatif, afin de se prémunir des exactions des représentés, pour l'autre, elles seraient essentiellement une mesure de prudence purement circonstancielle, édicté à l'encontre du seul pouvoir exécutif. Or la pensée constitutionnelle française a eu jusqu'ici tendance à majoritairement valoriser la seconde proposition et, par conséquent, de façon récurrente, à marginaliser la première en la considérant comme contradictoire. On observe, à cet égard, que les points de clivage entre ces deux conceptions portent essentiellement sur les destinataires du décret du 23 juin 1789 ainsi que sur les finalités réelles de celui-ci, ces deux points étant d'ailleurs liés. Dans ces conditions, afin de tenter de trancher cette dispute juridique et de résoudre ce « conflit », il paraît judicieux de se pencher sur l'initiateur du décret du 23 juin 1789, le comte de Mirabeau. Pour cela, la méthode de *l'histoire située* sera mobilisée.

B. La résolution de la controverse grâce une contextualisation objective et subjective de la pensée de l'initiateur de la « conceptualisation » des immunités parlementaires : le comte de Mirabeau

129. Il s'agit ici de contribuer à l'élucidation de la controverse juridique exposée ci-dessus. Pour cela, notre étude part du postulat selon lequel, pour comprendre le décret du 23 juin 1789, il convient d'examiner, en réalité, en profondeur la pensée du principal initiateur du décret du 23 juin 1789, c'est-à-dire le comte de Mirabeau. Cet acte novateur est directement influencé par son créateur. En ce sens, cette démarche singulière résulte d'un choix épistémologique bien précis. Elle s'insère dans un projet plus global relatif à l'interprétation des textes de la doctrine juridique, et plus particulièrement constitutionnelle. Celui-ci consiste à replacer la pensée d'un auteur dans l'histoire politique et constitutionnelle, c'est-à-dire ouvrir l'histoire de la doctrine à une histoire « externe »[510], mais à également introduire des éléments biographiques dans l'analyse des œuvres juridiques. La biographie intellectuelle peut contribuer en effet à élucider le statut d'une œuvre, par exemple en mettant en lumière de puissants mobiles politiques qui peuvent la traverser. En d'autres termes, il s'agit d'expliquer l'homme par l'œuvre et l'œuvre par l'homme. Une telle *contextualisation objective* et *subjective* de l'œuvre des juristes apporte des éléments d'information précieux vis-à-vis de notre objet. À cet égard, pour cerner la pensée de Mirabeau à la Constituante, il est primordial de prêter attention à ses œuvres écrites dans les années précédant la Révolution qui l'ont façonné ainsi qu'à son histoire personnelle, tout en la resituant dans la conjoncture historico-politique de son temps (**1**). Cette méthode éclaire d'un jour nouveau la finalité exacte de celui-ci. Contrairement à la thèse représentative, Mirabeau, en ardent défenseur de la séparation des pouvoirs et adversaire

510 Sur la question de la méthode contextualiste : J.F. Spitz, Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Q. Skinner, Droits, n°10, 1989, p.133 ; O. Beaud, L'art d'écrire chez un juriste : Carl Schmitt, *in* C.M. Herrera (dir.), Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Paris : éd. L'Harmattan, 1995, p.15.

résolu de l'absolutisme royal et de l'arbitraire qui l'accompagne, entend protéger l'intégrité et la suprématie de l'Assemblée contre les arrestations arbitraires, contre lesquelles, en tant que victime lui-même, il n'a cessé de se battre tout au long de sa vie. Cette méthode contextualiste révèle également que ce décret peut être aussi perçu comme le moyen pour cet homme engagé de connaître la postérité par son cri de révolte contre l'autorité royale, lui qui n'a cessé de rêver d'une carrière nationale glorieuse et de servir la Nation **(2)**.

1. La conception du juriste aixois tributaire de facteurs exogènes et endogènes

130. Pour élucider le sens réel du décret du 23 juin 1789, ce texte est replacé dans les circonstances de l'époque selon une démarche externaliste, mais également dans la pensée constitutionnelle et politique de Mirabeau selon une démarche internaliste. Concernant le premier point, toute l'œuvre de Mirabeau vise à dénoncer la transformation de la monarchie de la fin du XVIIIè siècle en despotisme et la part d'arbitraire qu'elle engendre. L'un de ses combats principaux porte, plus précisément, sur les lettres de cachet qui en sont le symbole, et auxquelles il sera directement confronté le 23 juin 1789 **(a)**. C'est pourquoi, en tant que monarchiste convaincu, le tribun entend régénérer la monarchie, condition de sa pérennité. Pour cela, il dresse un ensemble de réformes qui conduiront à la mise en place d'une monarchie limitée. Parmi celles-ci, la séparation des pouvoirs apparaît à ses yeux comme une priorité, seul mécanisme capable de protéger la liberté, « bien le plus précieux » aux yeux de Mirabeau, et qui exercera une influence directe sur sa conception et sur la naissance des immunités parlementaires. Auteur d'un projet profond, il enrichira sa pensée constitutionnelle par de nombreux voyages à travers l'Europe qui en feront un spécialiste du droit comparé. Armé de ce projet solide et complet à la veille de la Révolution française de 1789, cet homme ambitieux manifeste la volonté de le défendre, confirmant l'ambition politique qui l'anime et son désir de servir. Le décret du 23 juin 1789 lui fournit l'occasion de passer à la postérité. La convocation des États généraux permet à Mirabeau de passer de la politique *spéculative* à la politique *active* **(b)**. L'ensemble de ces éléments externes et internes exerceront une influence décisive sur la conception des immunités parlementaires par l'auteur du fameux décret du 23 juin 1789.

a. Une vive dénonciation de la transformation de la monarchie en despotisme sous le signe du républicanisme classique

131. Le décret du 23 juin 1789 proposé par Mirabeau doit, tout d'abord, être examiné à la lumière du contexte historique dans lequel il s'insère. Né le 9 mars 1749, Mirabeau grandit à l'époque de la monarchie absolue, appelée aussi « l'absolutisme », dans laquelle le détenteur de la souveraineté, le Roi, concentre en ses mains l'ensemble des pouvoirs, ne connaissant que quelques garde-fous pour le limiter[511]. Or, tout au long de sa vie et de ses écrits, le fil directeur de sa pensée sera de dénoncer la dégénérescence de la monarchie française vers l'absolutisme, synonyme à ses yeux de despotisme. Pour ce faire, Mirabeau puise en grande partie les armes de sa critique dans un courant de pensée d'origine romaine, très présent dans les écrits de Rousseau et de Mably mais également, dans une moindre mesure, dans ceux de Montesquieu, « le républicanisme classique »[512]. En effet, selon l'historien du droit François Quastana, auteur d'une thèse sur le sujet, cette idéologie politique qui « joue un rôle (...) majeur en France dans les décennies pré-révolutionnaires a pour mot d'ordre : citoyenneté, liberté, éloge de la vertu, haine du despotisme et de l'esclavage, critique du luxe, des armées permanentes et de la corruption des mœurs »[513]. Or Mirabeau partage l'essentiel des thèmes de ce courant dont il se réapproprie les thèses. Il constitue, pour lui, un arsenal idéologique précieux dans sa contestation politique de l'absolutisme, notamment dans ses premières œuvres « l'Essai sur le despotisme »[514] et « Des lettres de Cachet »[515], sans que cela ne débouche toutefois sur une volonté de la part de ce monarchiste convaincu de fonder institutionnellement une république[516]. S'appuyant sur cette doctrine, il dresse un diagnostic des maux qui minent la monarchie française au XVIII ème siècle, se transformant en violent réquisitoire contre le despotisme. À cet égard, au premier rang des maux à l'origine de la dégénérescence de la monarchie, Mirabeau place les ordres arbitraires, illustrés par les lettres de cachet et les emprisonnements arbitraires, pratiques contre lesquelles le décret du 23 juin 1789 entendra directement lutter **(α)**. Il dénonce par là-même le despotisme ministériel qu'il entend « tuer » **(β)**. En outre, à côté des idées du républicanisme classique, Mirabeau puise également sa critique de la monarchie dans la théorie du droit naturel et celle des monarchomaques qui lui fournissent les armes pour délégitimer la monarchie de droit

511 P. Sueur, Histoire du droit public français. XVè-XVIIIè siècle, t.II, 4è éd., Paris : PUF, 601 p.
512 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau (1771-1789) : « républicanisme classique » et régénération de la monarchie, Aix-en-Provence : PUAM, 2007, 650 p.
513 *Ibid*., p.83.
514 Mirabeau, Essai sur le despotisme, Londres : [Neuchâtel, Fauche], 1775.
515 Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, Hambourg, [Neûchatel, Fauche], 1782.
516 Comme le note François Quastana, aux yeux de Mirabeau, le républicanisme classique « n'induisait nullement une volonté de renverser la monarchie ni l'intention de faire revivre Rome ou Sparte dans la France du XVIIIème siècle. Mirabeau n'était ni un utopiste ni un nostalgique des Anciens » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.558). En effet, Mirabeau est fermement opposé à l'instauration d'une République car « toute tentative d'instauration d'un régime républicain aurait abouti irrémédiablement dans cette vieille société corrompue, marquée par le luxe, le commerce et les préjugés de classe, à la formation d'une oligarchie qui aurait concentré en ses mains tous les pouvoirs, il estimait qu'en France, un roi était nécessaire pour assurer l'unité de l'État » (*ibid*, p.558-559).

divin et proclamer au contraire la souveraineté du peuple[517] **(γ)**. C'est contre l'ensemble de ces dérives que le décret du 23 juin 1789 visera précisément à se protéger.

α) La condamnation des ordres arbitraires, symboles du despotisme monarchique, destructeurs de la liberté civile

132. Dans sa dénonciation de la dérive despotique de la monarchie française, Mirabeau considère les ordres arbitraires du pouvoir royal comme l'une de ses principales causes. Par arbitraire, Mirabeau entend comme il l'écrit lui-même : « ce qui n'est pas défini, ni limité par aucune loi ou constitution expresse »[518]. Or cette place centrale accordée aux ordres arbitraires dans son réquisitoire contre l'absolutisme est liée à des raisons complémentaires, d'ordre idéologique et personnel.

133. Son aversion contre les lettres de cachet repose, tout d'abord, sur une justification idéologique. Ces dernières portent atteinte à une valeur cardinale du projet politique du publiciste provençal : la liberté. En effet, dans son ouvrage « Des lettres de cachet », il développe les linéaments d'une théorie de la liberté politique et civile, qui se rapproche à beaucoup d'égards de la conception républicaine de la liberté, thématique chère à ce courant de pensée. Pour lui et l'ensemble des penseurs du républicanisme classique, la liberté constitue « le plus précieux de tous les biens »[519]. Toutefois, leur conception de la liberté diverge de celle du libéralisme classique développée plus tard par Jeremy Bentham, Benjamin Constant ou William Paley. Prenant sa source dans la pensée des historiens et moralistes romains, tels que Tite-Live, Tacite, Salluste, Cicéron, la conception républicaine de la liberté considère un homme privé de sa liberté comme un esclave[520]. Sur la base de ce présupposé, des théoriciens anglais néo-romains comme Harrington, Milton, Sidney, Gordon ou Price, développent une thèse originale selon laquelle « la perte de la liberté civile ou individuelle n'est pas seulement liée au fait de subir une coercition arbitraire ouverte, c'est-à-dire à être forcé, mais au simple fait que cette possibilité existe, la simple existence de cette éventualité est déjà pour eux synonyme d'esclavage »[521]. Dès lors, le seul remède pour échapper aux menaces qui planent sur la liberté individuelle, est d'acquérir la qualité de citoyen sous un gouvernement libre[522]. Fidèle à la

517 Mirabeau formule d'autres critiques contre l'absolutisme, notamment sa dérive morale. Mais ces dernières n'ont pas influencé l'élaboration du décret du 23 juin 1789 dans la pensée de Mirabeau.
518 Mirabeau, Mémoire à consulter et consultation, Pour le comte de Mirabeau, fils, sur sa demande en cassation..., 1784, p.745-746, cité par F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.312.
519 Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, I, op.cit., p.84 et p.242 n°1.
520 Voir en ce sens : F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.123.
521 *Ibid*., p.124.
522 De la sorte « les auteurs républicains font ici retour à l'idéal classique de la *civitas libera* qui est particulièrement développée durant la Renaissance italienne dans les Discorsi de Machiavel » (*ibid*.). À l'inverse, les auteurs du libéralisme classique considèrent, à l'image de Thomas Hobbes, qu'il n'existe pas la moindre relation entre

tradition du républicanisme qui pense essentiellement la liberté comme non domination, Mirabeau conçoit « la liberté par le biais d'une opposition entre le *liber* ou *civis* et le *servus*, l'homme libre ou le citoyen et l'esclave »[523]. Pour lui, l'homme libre n'est pas soumis au pouvoir arbitraire d'un autre[524], contrairement à l'esclave[525].

134. À cet égard, parmi les différents types d'ordres arbitraires destructeurs de la liberté civile, les *lettres de cachet* en constituent l'exemple topique contre lesquelles Mirabeau dresse un violent réquisitoire, expliquant, en partie, l'origine du décret du 23 juin 1789 et la naissance des immunités parlementaires. Juridiquement, les lettres de cachet sont une des expressions de la justice royale retenue. *Formellement*, elles sont une catégorie d'actes royaux par opposition aux lettres « patentes », actes souverains *publics* et solennels. *Matériellement*, ces lettres fermées signées du Roi constituent le plus souvent un ordre individuel d'emprisonnement sans forme de procès dans une prison d'État, ou d'exil et d'éloignement provisoire ou définitif, ou encore d'internement. Cependant, parfois, celles-ci sont pris officiellement dans l'intérêt des familles sur demande des parents souhaitant punir et redresser un enfant indiscipliné ou indigne, comme ce fut le cas de

l'établissement d'un Etat libre et la protection de la liberté individuelle. Les hommes étant ennemis les uns des autres, la seule solution pour eux consiste à transférer irrévocablement par un pacte leur souveraineté à un Etat absolu en échange de la défense et de la protection de leur liberté individuelle ou civile. Dans cette conception, l'étendue de la liberté civile est donc déterminée directement par le silence ou la non-intervention de la loi, les individus étant libres à partir du moment où le Souverain s'abstient de prescrire des règles. Au regard de telles prémisses, la définition de la liberté de Hobbes est diamétralement opposée à l'idéal républicain de liberté entendu comme non-domination. Pour ces derniers, « le fait de vivre en situation de dépendance est déjà une contrainte en soi, même si le pouvoir n'emploie pas la force ou la menace coercitive de la force. Pour un individu, la possession de sa liberté civile ou particulière est donc directement liée avec le fait qu'il appartienne à une association civile libre » (*ibid*., p.125). Ainsi, la liberté n'est envisageable que dans un État libre dans lequel le peuple ou ses représentants sont dotés d'un pouvoir d'application et d'abrogation de la loi, mettant ainsi en exergue le lien intrinsèque entre liberté civile et liberté politique. La conclusion centrale à laquelle les auteurs néo-romains aboutissent est donc que « la préservation de la liberté particulière nécessite un système politique qui ne permette l'usage d'aucune forme de pouvoir discrétionnaire et par conséquent aucune possibilité pour un monarque ou un corps oligarchique de porter atteinte selon son bon plaisir aux droits civils des citoyens et de les réduire en servitude », « la jouissance pleine et entière de la liberté civile ne pouvant être l'apanage que d'un citoyen d'un État libre » (*ibid*.). Cependant, François Quastana invite à ne pas se méprendre sur le caractère de la liberté républicaine qui n'est pas une liberté positive imposant derechef une participation démocratique de tous les citoyens comme la liberté des Anciens. Selon lui, « la participation publique est importante dans ce cadre non pas parce qu'elle représente un bien en soi, mais parce qu'elle vise à garantir le citoyen de toute possibilité de domination. Elle n'est qu'une conséquence de cette conception de la liberté comme absence de domination et non trait distinctif de sa définition » (*ibid*., p.125-126).

523 *Ibid*., p.127.

524 La liberté est, pour Mirabeau, un « droit inaliénable du genre humain » (Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'Etat, I, op.cit., p.35).

525 D'ailleurs, à ce sujet, de manière avant-gardiste, il condamnera avec la plus grande fermeté l'esclavage. En effet, reprenant les arguments de Rousseau, Mirabeau estime que la liberté étant un bien inaliénable et imprescriptible, « les hommes, même dans leur délire ne sauraient y renoncer », « la propriété personnelle ne peut se livrer » (Mirabeau, Essai sur le Despotisme, op.cit., p.20). Pour le publiciste provençal, le droit de vie et de mort d'un être sur un autre ne doit pas exister et ne peut être l'œuvre que d'un tyran : « Dites au despote, qui prétend être né maître absolu des esclaves qu'il opprime et foule à son gré, de s'approprier leurs plaisirs, leurs peines, leurs sensations, leurs forces, toutes les facultés enfin qui composent la propriété personnelle ; il vous répondra peut-être par un bourreau : c'est l'unique raison des tyrans. Déplorons son aveuglement ; détestons ses principes ; mais ne nous laissons jamais persuader par la violence : il est aussi honteux de se laisser subjuguer par elle, qu'il est odieux de l'exercer » (Mirabeau, Essai sur le Despotisme, op.cit., p.19). D'ailleurs, étant donné que la liberté est inaliénable et imprescriptible, il rejette fermement l'idée d'un contrat d'esclavage, contrairement aux penseurs du droit naturel. Il considère également la liberté comme sacrée car elle est un don de Dieu que l'homme tient de sa nature, « une loi divine » (Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, I, p.68), d'où sa nécessaire protection.

Mirabeau qui en sera victime à plusieurs reprises, épisodes sur lesquels nous reviendrons en ce qu'ils le marqueront profondément et joueront une influence sur sa pensée politique.

Or cette manifestation de la justice personnelle du souverain représente, pour Mirabeau, l'archétype de la dérive despotique de la monarchie. C'est pourquoi elle fait l'objet de vives contestations de sa part, la qualifiant dans l'*Essai sur le despotisme*, de « chef d'oeuvre moderne d'une ingénieuse tyrannie »[526]. Il y consacrera d'ailleurs un ouvrage spécifique. En effet, comme l'observe François Quastana, « cette tyrannique prérogative fait l'objet d'un examen historique et philosophique détaillé dans le « livre noir » de Mirabeau, *Des lettres de cachet et des prisons d'État*, qui vise à établir la preuve de leur illégalité autant que de leur illégitimité au regard de l'histoire juridique, de la loi positive et du droit naturel »[527]. Sans rentrer dans le détail de sa démonstration, le publiciste provençal essaye de prouver que, d'un point de vue historique, ces ordres d'enfermement fortement attentatoires au droit de l'humanité ne constituent pas une prérogative immémoriale de la royauté mais une création très récente datant du XVIIIème siècle[528]. Il affirme, au prix d'une simplification historique, qu'au regard de l'histoire de France et de la royauté, cet objet était inconnu antérieurement à la monarchie absolue[529]. Dépourvu de tout garde-fous, juge de sa propre cause, il estime que rien n'empêchera le Roi « d'opprimer, de détruire par ses volontés particulières tous les citoyens qui auront le tort de lui déplaire, ou dont les richesses et les jouissances feront l'objet de ses convoitises »[530]. Dès lors, l'usage des lettres de cachet ne saurait être considéré selon lui « comme un exercice légitime de la prérogative royale »[531]. Cet instrument tyrannique a pour principale conséquence de placer constamment le citoyen dans la peur de l'arbitraire du pouvoir royal qui dispose de la possibilité de signer à tout moment selon son bon plaisir une lettre de cachet, qui se trouve alors en situation de servitude permanente. En effet, François Quastana note qu'« à l'instar des écrivains néo-romains, il insiste bien sur le fait que c'est l'existence même de la prérogative des emprisonnements arbitraires et pas seulement le fait de faire l'objet d'une lettre de cachet qui prive le citoyen de sa liberté et le réduit à la condition d'esclave »[532]. Ainsi Mirabeau en arrive à la

526 Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.70.
527 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.136.
528 Mirabeau fixe leur date de naissance à l'année 1705, date d'un édit unique pris sous le règne de Louis XIV (Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., I, p.17 ; voir sur ce point : F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.137-138).
529 François Quastana démontre que Mirabeau, dans son ouvrage *Des lettres de cachet et des prisons d'État*, prenant appui ici sur les *Observations sur l'Histoire de France de Mably* avance l'idée selon laquelle « si les Francs pouvaient tolérer des violences, fussent-elles d'une atrocité inouïe, faites à un particulier, ils n'auraient jamais supporté le despotisme généralisé et paisible résultant de l'exercice des emprisonnements arbitraires. Ainsi toutes les lois barbares, du Pacte de la loi salique, « le plus auguste monument de la législation française » en passant par la loi des wisigoths, la constitution de Clotaire de 560, et jusqu'aux capitulaires carolingiens « proscrivent les jussions arbitraires données sans procédure préalable » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.138). Cependant l'historien du droit Quastana nuance cette affirmation en raison du fait qu'à l'époque franque, le roi, « dans les cas les plus graves pouvait se saisir d'office sur le principe de la *cognitio* et ordonner des poursuites » (*ibid*., p.139).
530 Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., p.80.
531 *Ibid*., I, p.16.
532 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.140.

conclusion que les lettres de cachet, symbole du pouvoir discrétionnaire, doivent, dès lors, être bannies dans le cadre de son entreprise de régénération de la monarchie[533].

135. En outre, sa condamnation des lettres de cachet est corroborée par son histoire personnelle. En effet, tout au long de sa vie, le tribun a été victime à plusieurs reprises d'incarcérations, qui le toucheront fortement, et qui laissent supposer qu'elles sont à l'origine du décret du 23 juin 1789. En effet, son père, Victor Riquetti, marquis physiocrate, auteur du fameux ouvrage d'économie, *L'Ami des hommes ou Traité de la population* (1756), entretient avec lui des rapports orageux, « où les lettres de cachet l'emportent sur les sentiments »[534]. Il est vrai que son fils, aussi bien à l'adolescence qu'à l'âge adulte, est fougueux, « femmes, dettes et procès rythment sa vie débordante »[535]. Il multiplie en effet les frasques qui expliquent ses nombreux emprisonnements successifs, sur décision de sa famille ou non. Sa vie est en effet traversée par l'enfermement et la privation de liberté. A l'âge de 17 ans, Mirabeau entre comme sous-lieutenant dans l'armée mais son père, ayant appris quelques écarts, obtient une lettre de cachet, ce qui lui vaut une première arrestation à l'Île de Ré. Plus tard, l'enfant terrible épouse une riche héritière de la ville d'Aix, Mlle de Marignane, mais s'étant endetté plus que de raison, son père le fait enfermer par lettre de cachet pour le soustraire à ses créanciers[536]. Emprisonné au château d'If le 20 septembre 1774, il résultera de ce séjour

533 Au-delà, plus largement, il érige en principe cardinal que toute atteinte ou toute possibilité d'atteinte à la liberté d'un citoyen doit être condamnée. C'est pourquoi, n'admettant aucune exception à ce principe, sa critique des lettres de cachet est le point de départ à une accusation plus globale de la raison d'État et de toute mesure dérogatoire à la légalité visant un individu en particulier. Par opposition à Machiavel et au grand théoricien français de la raison d'État, Gabriel Naudé, Mirabeau s'oppose dès l'*Essai sur le despotisme* au « principe aussi faux que malhonnête qui fait prévaloir ce qu'on appelle maxime d'État, intérêt d'État sur la probité » (Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.191). Pour lui, la séparation entre la raison d'État et la probité est dépourvue d'existence. Les tribunaux judiciaires doivent pouvoir contrôler le secret de l'administration et les affaires d'État (voir en ce sens : Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., p.816). Cependant, en homme pragmatique, il modère quelque peu son propos : comme le note François Quastana, Mirabeau admet « que le frein de la loi et les maximes de la justice sont parfois insuffisants pour maintenir la concorde dans la société et que dans toute administration une certaine portion d'autorité arbitraire est sans doute nécessaire, ne serait-ce que pour réprimer les troubles et étouffer les séditions passagères qui mettent en danger la sûreté de l'État » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.143). Mais même dans ce cas où pour des raisons de rapidité, la sûreté publique commanderait le recours à un pouvoir extraordinaire, le monarque doit être privé de ce pouvoir pour le confier uniquement aux tribunaux ordinaires. L'avantage d'un tel système serait « le jugement rapide mais délibéré et seulement provisoire d'une cour légale, plutôt qu'un usage arbitraire du pouvoir absolu » (Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., p.183). Si dans cette configuration juridictionnelle la prise de décisions n'est pas rapide, la lenteur et les quelques inconvénients de police que peut engendrer « la rigide et continuelle observation des formes légales, mais qui en réalité n'en sont point l'effet propre, ne représentent rien en comparaison des avantages sans nombre qui résultent d'un tel principe de gouvernement, seul garant de la liberté politique et civile » (Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., p.183-184). Mirabeau admet donc l'existence de cas exceptionnels légitimant le non-respect des formes légales qui, en temps ordinaire, sont un instrument de protection des libertés, mais dans une situation de péril extrême, elles peuvent être un frein et même un danger pour les libertés. En d'autres termes, il convient de limiter la liberté pour la sauvegarder. A cet égard, Mirabeau sait que pour faire face à de telles circonstances, le droit public romain, pour lequel il voue une grande admiration, prévoyait l'instauration d'une dictature provisoire. Mais Mirabeau se montre réservé envers cette institution car, prenant appui sur l'expérience romaine, il observe que les Romains ne regardèrent pas « sans détestation le décret qui donnait à un citoyen le pouvoir d'en condamner un autre sans aucune forme de procès et dès que les mœurs, la vertu, l'esprit public cédèrent au luxe et à l'ambition, et que la dictature devint perpétuelle, la tyrannie la plus cruelle se trouva établie » (Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., p.204).

534 M.Morabito, « Mirabeau Honoré-Gabriel Riquetti, comte de », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Dictionnaire historique des juristes français, Paris : PUF, 2007, (Collection Quadrige), p.736.

535 *Ibid*., p.737.

536 Comme nous l'avons vu, les lettres de cachets prises par le Roi peuvent l'être dans l'intérêt des familles. Cependant, François Quastana modère le caractère arbitraire et plus largement négatif des lettres de cachet car cette pratique

pénitencier un ouvrage fondamental, « *Essai sur le despotisme* », qui contient ses principales thèses contre l'emprisonnement arbitraire, comme nous l'avons vu. Transféré au fort de Joux, il bénéficie d'un régime de semi-liberté qui l'amène à fréquenter les salons au cours desquels il fait la rencontre d'une jeune femme mariée, Sophie de Ruffey, avec laquelle il s'enfuit à l'étranger, en Hollande. Il sera condamné par contumace à la peine de mort pour rapt et adultère. Après avoir vécu pendant un certain temps de sa plume, traduisant des ouvrages historiques anglais, sur lesquels nous reviendrons, il est arrêté en 1777, ramené en France et enfermé au donjon de Vincennes le 7 juin pour une durée extrêmement longue. Du fond de sa cellule, il consacre ses 42 mois de détention à la rédaction d'un ouvrage fondamental dans la construction de sa pensée politique, « *Essai sur les lettres de cachet et les prisons d'Etat* » (1780), pour dénoncer sa situation personnelle. Libéré de Vincennes le 13 décembre 1780, il obtient la réformation du jugement qui le condamnait à la peine de mort pour le rapt de Sophie de Ruffey. Au total, dans les premières années de sa vie, Mirabeau a donc connu personnellement deux lettres de cachet et une captivité de trois années et demi. Habitué aux mesures privatives de liberté, on comprend donc, à travers l'étude de sa biographie, le degré de haine qu'il porte à l'encontre des emprisonnements arbitraires[537], véritable dérive du despotisme monarchique et, corrélativement, son amour de la liberté, réel impératif catégorique pour le publiciste provençal. Cette aversion se retranscrira dans plusieurs de ses ouvrages[538]. Il en résultera également un combat permanent de Mirabeau, dès sa jeunesse, pour faire disparaître toute atteinte arbitraire aux libertés, et spécialement les lettres de cachet. Comme l'affirme le tribun, « il n'y a pas plus de raison pour borner ce droit destructeur de tous droits, de toute liberté, de toute sûreté, qu'il n'y a de justice à le reconnaître. Il faut être esclave ou libre, c'est-à-dire soumis aveuglément au droit du plus fort ou ne dépendre que des règles éternelles de l'équité »[539]. Dans son combat personnel, toute le talent de Mirabeau sera de « parvenir à la transformation de sa cause particulière en une cause nationale »[540]. Les circonstances du 23 juin 1789 lui en fourniront l'occasion, confronté à la volonté du pouvoir royal d'emprisonner injustement les représentants de la toute

« comme ce fut le cas pour Mirabeau, permettait d'éviter à un jeune homme non encore condamné une poursuite criminelle devant la juridiction de droit commun souvent réputée plus sévère et lui permettait ainsi d'échapper à la note d'infamie » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.136).

537 Toutefois il convient de modérer ce propos dans la mesure où les deux lettres de cachet dont il fait l'objet ne sont pas le fruit pur de l'arbitraire puisque ces dernières sont signées à l'initiative de son père et non de celle personnelle du Roi. En réalité, c'est le principe même des lettres de cachet qui fait l'objet d'une vive contestation de la part de Mirabeau, c'est-à-dire la possibilité d'emprisonner une personne physique sans véritable jugement. Par ailleurs, son emprisonnement de 42 jours peut également être considéré comme dépourvu de tout arbitraire dans la mesure où cet enfermement résulte de la commission d'une infraction mais également d'un jugement.

538 Un ouvrage datant de 1789 remarque d'ailleurs à son égard : « Cet auteur, qui a vécu sept ans, dit-on, dans les prisons d'État, a pu, sans doute, être justement révolté des excès du despotisme » ([Anonyme], Portrait des députés aux états généraux qui s'y sont déjà distingués, précédé d'une idée critique des discours d'ouverture, et de celle des motions sur les faits principaux qui ont eu lieu pendant le premier mois, [S.l.] : Chez les marchands de nouveautés, 1789, p. 4). L'auteur ajoute : « Son premier ouvrage, sur les lettres de cachet, lui a mérité la reconnaissance des bons citoyens. C'est à lui qu'on doit, en grande partie, la destruction d'un des plus funestes asiles de l'esclavage, du donjon de Vincennes. C'est un bienfait réel, qui peut même l'absoudre de quelques imprudences de sa jeunesse qu'on lui reproche avec trop d'amertume » (*ibid.*, p. 4).

539 Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., p.267-268.

540 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.141.

nouvelle Assemblée Nationale et de mettre fin, par là-même, au transfert de souveraineté. Ce faisant, Mirabeau poursuit son entreprise de destruction de la monarchie absolue en contestant son origine divine par le biais de la théorie du droit naturel, et en proclamant à la place celle de la souveraineté populaire.

β) La monarchie de droit divin délégitimé au nom du droit naturel et de la souveraineté populaire

136. Après avoir dénoncé le mode de fonctionnement de la monarchie absolue, Mirabeau approfondit son œuvre de destruction des fondements de l'absolutisme, nécessaire, selon lui, à l'enfantement de la liberté et à l'avènement d'un ordre nouveau bénéfique à la fois au peuple et au Roi. À cette fin, Mirabeau s'emploie à dénoncer à la fois l'*origine* mais surtout le *titulaire* de la souveraineté sous l'Ancien Régime. Fait notable, il opère un renversement complet du détenteur de la souveraineté. Monarchiste convaincu, il opère pourtant une négation de la souveraineté monarchique en érigeant le peuple comme le titulaire de la souveraineté, ce transfert entretenant un lien direct avec le décret du 23 juin 1789 et l'instauration des privilèges parlementaires. Il convient donc de s'attarder précisément sur ce dernier point.

137. Comme de nombreux penseurs politiques, Mirabeau s'est attaché à déterminer l'origine du pouvoir. Or, au XVIIIème siècle, une telle question a fait l'objet d'une large littérature en philosophie politique. Parmi ses réponses variées et contradictoires, le discours du droit naturel inspire spécialement Mirabeau. Ce courant qui souligne le fondement éminemment consensualiste du pouvoir politique à travers la notion de contrat, lui fournit un arsenal idéologique pour rejeter les théories qui mettent en avant l'origine divine du pouvoir royal. En effet, selon Mirabeau, la théorie droit divin n'est qu'une invention politique destinée à légitimer l'absolutisme monarchique[541]. Il défend, au contraire, l'idée selon laquelle le peuple est l'unique et le seul détenteur de la souveraineté, qu'il délègue au terme d'un contrat avec les gouvernants[542]. À cet égard, l'idée centrale

541 Mirabeau s'élève avec force contre « ce mensonge stupide », cette « fausseté monstrueuse, imputée à Dieu et attribuée à l'écriture », ces principes étant « une injure faite à la divinité » puisque « un tyran ne saurait être l'oint du seigneur » (Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.227). Pour justifier sa position, Mirabeau s'emploie, comme l'observe François Quastana, à faire la démonstration que la théorie du droit divin repose « sur une interprétation fallacieuse des textes sacrés et que la morale enseignée par la religion chrétienne (…) leur est absolument contraire » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.213). En réalité, cette association du politique et du religieux est, à ses yeux, avant tout un instrument d'oppression de la population. En effet, François Quastana relève que « dans les chapitres III et IV des *Lettres de cachet*, Mirabeau revient longuement sur cette question de l'origine divine du pouvoir et entend prouver que le despotisme sacerdotal est la cause nécessaire du despotisme civil et que la collusion des autorités ecclésiastique et civile a toujours et partout engendré la tyrannie » (*ibid*., p.214). Pour le publiciste provençal, la théorie du droit divin est davantage le fait des juristes de droit public, soucieux d'accroître l'indépendance du Roi de France vis-à-vis de l'Église de Rome que des théologiens catholiques (voir en ce sens : *ibid*., p.217).

542 À ce sujet, Mirabeau apporte quelques précisions sur le présent contrat, tant sur son origine que sur son objet. S'inspirant de Jean-Jacques Rousseau, la pensée philosophique de Mirabeau a pour point de départ l'idée selon laquelle

avancée par Mirabeau, de manière prophétique, est que le fondement du pacte réside dans le peuple lui-même ou encore la Nation, termes synonymes à ses yeux[543]. Autrement dit, fait majeur dans la pensée politique moderne, Mirabeau fait donc du peuple le titulaire de la souveraineté, lui, l'ardent défenseur de la monarchie. Acceptant la négation de la souveraineté monarchique, le Roi n'est plus dans sa conception qu'un délégué du peuple souverain, il a perdu sa qualité de souverain. Le tribun considère en effet que le monarque a été revêtu par celui-ci de son autorité et en conclut qu'il n'est à ce titre que « le salarié de l'État, sous toutes les conditions qu'emporte ce mot et cette fonction de salarié »[544]. Dans cette optique, la rétribution populaire qu'il reçoit lui impose en contrepartie de « défendre la masse des richesses publiques, et par conséquent chaque propriété particulière »[545] avec la possibilité pour le peuple de le destituer en cas de manquement ou d'inexécution de sa mission[546]. Toutefois, Mirabeau note que l'hérédité de la Couronne de France a vicié ce contrat de gouvernement. Avec l'adoption de ce mode de transmission du pouvoir, contre lequel il est

l'homme n'est pas « mauvais par essence », prenant le contre-pied de Thomas Hobbes (Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.5). Croyant en l'existence d'un état naturel qui n'est pas le produit d'une pure spéculation, il défend l'idée d'une sociabilité naturelle de l'homme par opposition à son maître à penser Rousseau. La sociabilité est « la première des vertus, parce qu'elle est le premier des besoins » (*ibid*., p.6). Animal politique, l'homme n'est en société que pour augmenter ses forces et sa protection (Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, I, chap.II, p.36). En effet, s'imprégnant des idées de l'école physiocratique, sur l'inspiration de son père, la réunion des hommes en société ne doit pas s'interpréter comme un sacrifice de leurs droits primitifs et de leur liberté naturelle mais au contraire comme un accroissement de ces derniers (Mirabeau, Essai sur le despotisme, p.28-29). L'association des hommes vise donc, selon lui, à la protection des droits naturels et imprescriptibles originels : la liberté, la propriété de sa personne et sur le devoir de la défendre. Le juriste aixois considère que cette convention tacite ne constitue pas un contrat social, « c'est une loi naturelle qui témoigne de l'intention manifeste des associés, de leur intérêt évident, parce que l'homme ne peut que par le nombre, n'est fort que par la réunion, n'est heureux que par la paix », même si, comme le remarque François Quastana, « il est difficile de déterminer précisément ce que recouvre chez Mirabeau, qui n'est pas un philosophe rigoureux, la notion de contrat social » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.195). S'il rejette l'idée d'un contrat au stade de la formation des sociétés, il plaide au contraire l'existence d'un lien contractuel entre le peuple et les gouvernants. Plus précisément, l'objet de ce contrat de gouvernement est sans équivoque : loin d'être un pacte d'esclavage, ce pacte n'est contracté que dans l'intérêt des associés qui n'ont confié leur pouvoir à un chef que sous des conditions strictes, parmi lesquelles prioritairement la protection d'un ensemble de droits naturels afin de sauvegarder la liberté. Selon François Quastana, l'idée de Mirabeau d'un contrat consensuel engageant réciproquement l'un envers l'autre le Roi et son peuple, fondé sur le principe de droits et de devoirs mutuels, trouve sa source directement dans la théorie monarchomaque, principalement contenue dans le « *Discours sur la servitude volontaire* » d'Etienne de la Boétie puis dans la Franco Gallia de François Hotman et surtout dans les Vindiciae contra tyrannos de Junius Brutus » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.197), ainsi que dans la théorie anglaise du *trust* de John Milton et John Locke, deux auteurs connus de Mirabeau qui multiplie les citations dans *Des lettres de cachet et des prisons d'État*, selon laquelle le peuple confie au Roi la mission de régner par des lois stables qui respectent les libertés de tous et visent à procurer le bien général avec la possibilité que le peuple lui retire son mandat, de la même manière qu'il l'a donné.

543 Comme le souligne François Quastana, « cette souveraineté du peuple collective et concrète équivaut dans son esprit comme dans celui de la plupart des révolutionnaires à la souveraineté de la nation. Le peuple ou la Nation (…) est une entité collective de citoyens vivant sur le territoire national et titulaires du droit de suffrage » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.566).

544 Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.80.

545 *Ibid*., p.80.

546 Mirabeau affirme en effet « celui qui paie a droit de renvoyer celui qui est payé si le premier ne retire pas les avantages qu'il espérait de la rétribution volontaire accordée au second » (*ibid*., p.1252). Dans le style des grands auteurs républicains de la Rome antique pour lesquelles le publiciste provençal voue une grande admiration, Mirabeau proclame que les peuples ne se donnent « un prince que pour se préserver d'avoir un maître, c'est-à-dire un tyran violateur des droits naturels, antérieurs à toute société et conséquemment à toute autorité » (Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.72-73). Selon François Quastana, Mirabeau emprunte directement cette formule au sénateur romain Pline le Jeune auteur de la célèbre apostrophe : « *Sedemque obtinet principis, ne sit domino locus* » (« s'il occupe rang de prince, c'est afin qu'il ne reste point de place pour un maître ») (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., 210).

fortement opposé car vecteur de despotisme[547], le contrat synallagmatique entre le peuple et le prince n'a plus engagé qu'« un des contractants, c'est-à-dire le peuple »[548]. S'est donc installée l'idée fausse que « l'hérédité du sceptre était un droit indépendant du peuple, un don de Dieu, une acquisition de l'épée »[549] en violation du principe sacré selon lequel « le droit de souveraineté, résidant uniquement et inaliénablement dans le peuple, le souverain n'était et ne pouvait être que le premier magistrat de ce peuple »[550]. Et c'est précisément, selon lui, l'oubli de la souveraineté du peuple qui a fait le lit du despotisme royal et anéanti la liberté[551], situation contre laquelle il convient de remédier.

138. À ce titre, après avoir affirmé de manière précoce dans sa pensée constitutionnelle, le principe de la souveraineté populaire inaliénable et imprescriptible dans un souci de régénération de la monarchie et de la protection de la liberté, il approfondit encore davantage sa conception constitutionnelle à la veille de la Révolution, cette tâche étant facilitée par sa connaissance approfondie des systèmes constitutionnels comme nous le verrons. Partant du postulat de l'origine populaire du pouvoir, il réfléchit à la mise en œuvre concrète de la souveraineté du peuple. Or, à l'approche des États généraux, l'expression de cette souveraineté se manifeste essentiellement, à ses yeux, par la rédaction d'une Constitution. Le peuple doit être le fondement essentiel d'une Constitution libre. À l'origine du pouvoir, Mirabeau considère que ce dernier détient la souveraineté constituante et rejette l'existence d'une Constitution monarchique[552]. Or, comme le souligne François Quastana, « contrairement à Sieyès, Mirabeau ne développe pas une théorie de la représentation constituante, c'est-à-dire qu'il ne soutient pas l'idée que c'est moins la nation elle-même que l'Assemblée nationale qui doit exercer le pouvoir constituant »[553]. En d'autres termes, aux yeux du publiciste provençal, l'Assemblée Nationale n'est qu'un corps de citoyens commis par le peuple chargé de lui proposer un texte constitutionnel et, par voie de conséquence, dépourvue du pouvoir de le ratifier elle-même. Seul le peuple, en sa qualité d'autorité souveraine, en a la compétence[554]. De la sorte, Mirabeau établit une distinction claire entre la souveraineté

547 Selon Mirabeau, l'hérédité de la Couronne conduit à la perte illégitime de la souveraineté du peuple car elle « fait oublier très aisément aux individus qu'ils sont citoyens avant d'être sujets » (Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, I, op.cit., p.72). Pour lui, la Couronne est perçue simplement comme un « office militaire et non comme une propriété » (Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.81).
548 Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, I, op.cit., p.72.
549 *Ibid*., p.73.
550 *Ibid*.
551 Cette transgression de la souveraineté du peuple par le pouvoir royal l'amène logiquement à s'interroger sur le droit de résistance du peuple. Selon lui, le consentement, au moins tacite, au pouvoir monarchique, et sa légitimation ne dure « que du moment où il a été juste » (Mirabeau, Des lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., p.75). Cependant, il précisera peu sa pensée ni les modalités de ce droit, estimant que « la doctrine de la résistance ne peut regarder que l'autorité évidemment usurpatrice ou tyrannique » (*ibid*., p.114). Pour de plus amples développements : F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau...., p.211-212.
552 Mirabeau affirme en effet que quand bien même il existerait « une charte, une transaction qui fixe tous les droits, toutes les prérogatives, jamais elle ne pourrait lier la volonté souveraine du peuple, qui serait libre d'y déroger » (Mirabeau, Neuvième Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants, 5 juin 1789, p.6).
553 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.567.
554 Cette exclusivité de la souveraineté constituante du peuple est illustrée par son affirmation selon laquelle

parlementaire et la souveraineté populaire en matière constituante[555], se démarquant ainsi de Sieyès qui les assimile[556]. Approfondissant encore davantage cette distinction, il la transpose en matière législative, différenciation dont les répercussions sur sa conception du mandat représentatif se révéleront instructives par rapport à l'élucidation du fondement du décret du 23 juin 1789.

139. En effet, en matière *législative*, il refuse catégoriquement, en fidèle lecteur de Rousseau[557], de faire artificiellement correspondre la volonté du souverain, le peuple, à celle des députés. Dans sa pensée constitutionnelle, la Nation est censée être le seul titulaire de l'exercice de la souveraineté. Cependant, de manière classique, Mirabeau considère que pour des nécessités pratiques dues à la taille de l'État français, la représentation a pour but de permettre l'exercice de la souveraineté[558]. Le pouvoir législatif est donc confié à des députés qui doivent être *élus* par le peuple pour Mirabeau. Or il est extrêmement difficile de déterminer dans sa pensée le sens et la portée réelle du mécanisme de l'élection dans le schéma constitutionnel de Mirabeau. Tantôt l'élection doit être analysée chez lui comme une délégation de pouvoir dont l'objectif est un transfert de souveraineté des citoyens aux députés, tantôt sa signification ne dépasse guère le simple mode périodique de désignation. En l'occurrence, l'indécision conceptuelle dont fait preuve Mirabeau trouve sa justification directement dans sa vision singulière du mandat dévolu aux députés et du lien indéterminée qui les unit. En l'occurrence, il développe une conception intermédiaire du mandat électoral des députés, à mi-chemin entre le mandat représentatif et le mandat impératif, puisque chacun de ces deux types de mandat présente respectivement des avantages. Concernant le mandat représentatif, l'indépendance des représentants du peuple qu'il garantit est primordiale pour le publiciste provençal, à deux égards au moins. *D'une part*, par cette liberté, le mandat représentatif est en mesure d'abolir la division en ordres de la société française de l'Ancien Régime. Elle assure par là-même la sortie de la France de

« l'Assemblée n'a pas été dispensée de faire approuver la constitution » (Mirabeau, Aperçu de la situation de la France et des moyens de concilier la liberté publique avec l'autorité royale, note terminée le 23 décembre 1790 in G. Chaussinand-Nogaret, Mirabeau entre le Roi et la Révolution, op.cit., p.194). Il met en lumière à cet égard un paradoxe : il serait contradictoire que le Corps législatif soit modéré par le veto royal, instrument de modération que Mirabeau défendra ardemment, lors de l'adoption de loi ordinaire mais qu'il soit libre de tout contrôle pour les lois constitutionnelles au point que « la sagesse des lois ordinaires serait mieux assurée que celle des lois fondamentales de l'Etat » (Mirabeau, Aperçu de la situation de la France et des moyens de concilier la liberté publique avec l'autorité royale, note terminée le 23 septembre 1790 in G. Chaussinand-Nogaret, Mirabeau entre le Roi et la Révolution, op.cit., p.194). Cependant, comme le remarque François Quastana, pour ratifier la Constitution, « Mirabeau ne va pas cependant jusqu'à évoquer la possibilité d'un « référendum constituant » (…). Il propose seulement de faire ratifier la Constitution par une assemblée élue par le peuple à cet effet » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., note 3510, p.568)

555 « L'Assemblée nationale étant ce que les Américains et les Anglais appellent *Convention*, c'est-à-dire un Corps de Citoyens commis pour proposer une Constitution ; ils n'ont évidemment pas besoin d'un autre titre que de leurs mandats pour travailler à la Constitution, et ne peuvent abandonner leur grand œuvre, sans trahir la confiance du Peuple qu'ils ont l'honneur de représenter » (Mirabeau, Douzième Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants, 17 au 22 juin 1789, p.7, cité par F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau, op.cit., p.567).

556 Comme le souligne François Quastana, la conception du pouvoir constituant de Mirabeau « diffère fondamentalement de celle de l'auteur de Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?, qui légitime la représentation en matière constituante comme d'ailleurs en matière législative en la considérant comme l'équivalent de la sanction directe du peuple » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau, op.cit., p.567).

557 P. Crignon, La critique de la représentation politique chez Rousseau, Les Études philosophiques, 2007/4, n° 83, p. 481-497.

558 Voir A.P., t.VIII, 1er septembre 1789, p.538.

l'âge absolutiste, conformément à l'entreprise de régénération de la monarchie poursuivie par Mirabeau. Il a vocation en effet à concrétiser l'universalité abstraite et idéale que constitue la Nation, en faisant des députés « des représentants de la nation française, et non pas des nations de France »[559]. À travers le mandat représentatif, Mirabeau paraît donc avoir en vue sans conteste la défense du principe de l'unité nationale. *D'autre part*, ce type de mandat répond, pour lui, également à une nécessité fonctionnelle. En effet, il apparaît comme un élément indispensable au bon fonctionnement de l'organe législatif dans la mesure où il protège l'exercice du pouvoir délibérant. Il est le préalable nécessaire à une délibération sereine, constructive et raisonnée[560]. De cette manière, cette liberté dans les délibérations transforme, à ses yeux, le statut des représentants : de simples *députés aux Etats généraux* liés par leur mandat, puisque chargés d'exprimer les doléances de leurs commettants afin de conseiller le Roi, seul compétent pour faire émerger la volonté nationale, ils accédaient au rang de *député d'une Assemblée Nationale*, libre de déterminer l'intérêt général en leur âme et conscience. Par voie de conséquence, l'Assemblée Nationale de 1789 ne pouvait plus être assimilée aux prétendus États généraux, qui selon Mirabeau, « n'étaient au fond que des assemblées de Notables, puisque ceux qui les composaient n'ayant point été élus Représentants du Peuple, n'en avaient pas reçu des pouvoirs, et bornaient leur mission à se douloir »[561]. Sans cette transformation, l'objectif de régénération de la Nation n'aura pas pu connaître de succès. Il semble donc à première vue que Mirabeau ait fait le choix, par les nombreuses vertus qu'il présente, le mandat représentatif.

140. Cependant, comme l'affirme François Quastana, « l'exclusion (précoce) de tout mandat impératif ne semble (...) pouvoir être interprétée dans sa pensée comme consacrant l'indépendance totale du représentant par rapport à la volonté de ses électeurs »[562]. De manière paradoxale, sa conception du mandat parlementaire emprunte, en effet, quelques caractéristiques au mandat impératif. Dans le cadre de sa pensée originale, les députés demeurent comptables de plein droit, à la fin de leur mandat, de leur engagement pris lors de la campagne électorale, dont leur violation au cours de leur législature, les expose à une pénalité[563]. Car, dans la lignée de la pensée de Rousseau,

559 Comme l'affirme Mirabeau, « ce nouveau droit des gens est très propre à causer de funestes divisions. J'aime mieux croire que nous ne sommes ici que les représentants de la nation française, et non pas des nations de France » (Mirabeau, A.P., t. IX, 10 octobre 1789, p.405).

560 Le 29 août 1789, Mirabeau s'élève ainsi contre le système des listes nominales proposé par certains députés pour le vote relatif à la sanction royale, rejetant l'idée d'un mandat impératif comme contraire à la liberté de délibération de l'assemblée (Mirabeau, A.P., t.VIII, 29 août 1789, p.510).

561 Mirabeau, Neuvième Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants, 5 juin 1789, op.cit., p.5.

562 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.569.

563 Comme le rapporte François Quastana, une note de Mirabeau à la cour du 23 décembre 1790 développe cette thèse : « La formation d'un corps représentatif n'étant qu'un moyen de connaître la volonté générale, il faut que les membres d'un tel corps soient les organes de cette volonté ; et ils ne peuvent l'être que de deux manières, savoir : en exprimant la volonté de chaque section connue de l'empire, ou en préférant à cette volonté connue sa volonté présumée. Dans ce dernier cas, les députés de la section, dont ils sont les représentants, aurait elle-même changé de principes, d'après l'examen qui a déterminé leur opinion. Et c'est dans ce sens que les mandats ne peuvent pas être impératifs pour le député, quoique l'opinion du député concoure à former la loi qui doit lier ses commettants. Mais il ne suit pas de là que le député ne soit pas tenu de rendre compte » (Mirabeau, Aperçu de la situation de la France et des moyens de concilier la liberté publique avec l'autorité royale, in G. Chaussinand-Nogaret, Mirabeau entre le Roi et la Révolution…,

« plus (le député) a de liberté, plus son suffrage est irrévocable, plus il est nécessaire que les commettants aient le droit d'examiner comment on a géré leur pouvoir »[564]. Mirabeau justifie donc une telle position par le fait que la représentation est en mesure de confisquer la souveraineté du peuple, de telle sorte que l'absolutisme monarchique laisserait place à une autre sorte d'absolutisme, celui de l'Assemblée. Ainsi, dans le schéma du publiciste aixois, il en résulte une non-substitution totale des représentants aux représentés. Certes le député n'est aucunement lié par les volontés individuelles des citoyens ni par la volonté collective du groupe d'électeurs auquel il doit son accession au pouvoir pendant son mandat, emprunt au mandat représentatif, mais il devra en rendre compte à la fin de son mandat, avec la possible sanction populaire d'une inéligibilité pour l'avenir, tel un mandat impératif. On comprend donc que Mirabeau condamne fermement l'assimilation opérée par certains constituants, spécialement Sieyès, entre la souveraineté nationale et la souveraineté des députés. En effet, « il ne confond jamais l'Assemblée Nationale avec le souverain qui est la nation ou le peuple »[565], comme le reflète son affirmation selon laquelle « n'oublions jamais que nous sommes les représentants du souverain, mais que nous ne sommes pas le souverain »[566]. L'Assemblée Nationale n'est qu'un des pouvoirs constitués. D'ailleurs, dernière preuve de cette non-assimilation, il estime que les parlementaires ne sont pas les seuls représentants du pouvoir législatif, et inclut le Roi, en ce qu'il participe au pouvoir législatif par l'intermédiaire du veto royal que Mirabeau défendra avec ferveur comme nous le verrons, de telle sorte que Mirabeau détache la représentation de l'élection.

141. En outre, l'indécision conceptuelle de Mirabeau par rapport à la nature réelle du mandat parlementaire est confirmée, de manière manifeste, par le débat ayant lieu quelques jours avant le décret du 23 juin, relatif au choix de la dénomination de la nouvelle Assemblée réunie depuis le 5 mai. En effet, une fois la vérification des pouvoirs opérée, les représentants s'interrogent à partir du 15 juin sur le titre qu'ils doivent prendre pour valablement se constituer. Le nom d'Assemblée Nationale est adopté au terme d'un débat instructif de quelques jours qui voit s'affronter principalement Sieyès et Mirabeau. Dans le cadre de cet échange, chacun des révolutionnaires propose un nom qui procède, en réalité, directement de leur conception personnelle du mandat parlementaire. Fort logiquement, Sieyès, en défenseur du mandat représentatif, dans le prolongement de son célèbre essai sur le tiers État, avance la proposition d'« Assemblée des

op.cit., p.206). On constate donc qu'une nouvelle fois, Mirabeau prend sa source d'inspiration dans la théorie rousseauiste de la représentation et il rappelle d'ailleurs à ce sujet que dans son projet de constitution pour la Pologne, le philosophe genevois « proposait aux Polonais de punir le député qui aurait trahi leur confiance en le déclarant inéligible pour l'avenir » (*ibid.*). En proposant une telle disposition, son but était, écrit Mirabeau, de « prévenir les inconvénients du mode représentatif ; il sentait la nécessité d'un contre-poids à la toute puissance momentanée des députés » (*ibid.*).

564 Mirabeau, Aperçu de la situation de la France et des moyens de concilier la liberté publique avec l'autorité royale, in G. Chaussinand-Nogaret, Mirabeau entre le Roi et la Révolution…, op.cit., p.206.

565 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.569.

566 Mirabeau, A.P., t.IX, 19 septembre 1789, p.46.

représentants connus et vérifiés de la nation française »[567]. Pour sa part, Mirabeau, ayant une conception différente du mandat parlementaire, ne partage pas cet avis et propose le nom d'« Assemblée des représentants du peuple français »[568].

142. Sur ce point, l'argumentation que développe à cette occasion le publiciste provençal pour défendre sa proposition de nom est instructive, en ce qu'elle démontre l'*ambivalence* de sa conception du mandat parlementaire mêlant à la fois des caractéristiques du mandat représentatif et celles du mandat impératif. La réponse qu'il oppose à Sieyès est solidement argumentée et reflète, point important, sa conviction profonde[569]. En effet, sous certains aspects, Mirabeau ne conteste pas sur le fond que les députés présents au sein de l'Assemblée Nationale soient investis d'un mandat représentatif. Il ne discute pas, en ce sens, la nécessité d'en finir avec les États généraux, c'est-à-dire une société divisée en trois ordres, contraire à un principe central chez Mirabeau comme nous l'avons vu : l'unité nationale[570]. Allant plus loin, il reconnaît même lui-même que les discussions sur le nom de l'Assemblée Nationale « sont le développement et la conséquence du principe de la représentation nationale, base de toute constitution »[571], soulignant en creux qu'un député n'est plus après l'ouverture des États généraux le député d'un ordre ou d'un bailliage mais il est bien le représentant de la Nation. C'est pourquoi Mirabeau peut déclarer, de manière paradoxale, en dépit de sa conception intermédiaire du mandat parlementaire : « je reconnais que la motion de M. l'abbé Sieyès est conforme à la rigueur des principes » du régime représentatif[572]. D'un point de vue théorique, le caractère représentatif du mandat des députés est incontestable.

Cependant, sous d'autres aspects, même s'il partage en grande partie l'opinion de Sieyès, Mirabeau ne peut s'empêcher de concevoir le mandat parlementaire à l'aune du mandat impératif. En effet, pour contester l'argumentation de Sieyès, Mirabeau se fonde une nouvelle fois sur les singularités

567 Sieyès justifie cette qualification par le fait que cette nouvelle assemblée incarne la Nation puisqu'elle est « composée des représentants envoyés directement par les quatre-vingt centièmes au moins de la Nation », chargée dès lors, à ce titre, d'« interpréter et de présenter la volonté générale de la nation » de manière indivisible (Sieyès, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.109). La volonté de cette Assemblée ne peut être que la volonté de la nation elle-même. Par voie de conséquence, en tant que représentant de la Nation, les membres de cette Assemblée disposent d'un mandat représentatif et l'absence de quelques députés en son sein n'est pas un obstacle à son fonctionnement et à son œuvre commune de restauration nationale (la noblesse et une partie du clergé refusent toujours de délibérer en commun en dehors de tout ordre). Il en résulte donc pour Sieyès que « la dénomination d'*Assemblée des représentants connus et vérifiés de la nation française*, est la seule dénomination qui convienne à l'Assemblée dans l'état actuel des choses, la seule qu'elle puisse adopter, tant qu'elle ne perdra pas l'espoir de réunir dans son sein tous les députés aujourd'hui absents » (Sieyès, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.109).
568 Mirabeau, A.P., t.VIII, p.111. Dans le même discours, il emploie également le nom d' «assemblée des représentants du peuple de France » (Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.112).
569 Mirabeau souligne que son discours sur le nom de l'Assemblée a été « longtemps médité » (Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.109). Dans le même sens : « Voilà, Messieurs, un des grands motifs de préférence pour la dénomination que j'ai mûrement réfléchie » (Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.113).
570 Comme l'affirme Mirabeau au cours de ce débat du 15 juin, « il faut nous constituer, nous en sommes tous d'accord ; mais comment ? Sous quelle forme ? Sous quelle dénomination ? En Etats généraux ? Le mot serait impropre ; vous l'avez tous senti : il suppose trois ordres, trois États, et certes ces trois ordres ne sont pas ici » (Sieyès, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.109).
571 Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.110.
572 *Ibid*., p.113.

de ce mandat de manière incidente, car, comme nous le verrons, le problème de la dénomination de l'Assemblée n'est pas selon lui, en homme pragmatique, un problème théorique mais un problème de circonstances. En témoigne de manière symptomatique son argument selon lequel les mandants n'ont pas donné leur autorisation aux mandataires quant à la dénomination d'« Assemblée des seuls représentants connus et vérifiés de la Nation française » proposée par Sieyès, privant dès lors les représentants de la ratifier avec l'obligation de retourner devant leurs commettants[573]. Liés à la volonté des mandants, on comprend donc que Mirabeau conçoit paradoxalement le rapport entre l'élu et l'électeur sur la base d'un lien de subordination, caractéristique essentielle du mandat impératif, alors qu'il admet en même temps, comme nous l'avons constaté, le postulat *théorique* selon lequel les députés sont les représentants de la Nation et non de leur circonscription. En réalité, ce paradoxe est justifié par Mirabeau lui-même. S'il consent au mandat représentatif d'un point de vue théorique, il le rejette pour des raisons pragmatiques. En tant que représentant du Tiers État, il considère que le peuple, loin de comprendre cette théorie complexe de la représentation nationale, refusera dès lors de donner son accord à la dénomination proposée par Sieyès et ne défendra pas, par voie de conséquence, cette assemblée de notables[574]. À l'inverse, la proposition d'« Assemblée des représentants du peuple français » de Mirabeau, en ce qu'elle est consensuelle, même si, en homme cultivé, il la juge moins sophistiquée[575], convaincra plus facilement le peuple, avec l'avantage certain de bénéficier de son soutien et de sa protection contre toute atteinte à l'intégrité de l'organe législatif[576].

143. Si la motion du publiciste provençal ne sera pas retenue finalement, au profit de celle de Sieyès le 17 juin, cet épisode sur le choix de la dénomination de l'Assemblée, comporte un double enseignements fort utiles pour comprendre le sens du décret du 23 juin 1789. D'une part, il met en lumière le caractère de Mirabeau, et principalement son esprit stratégique et son pragmatisme, sur

573 Mirabeau affirme effectivement à ce sujet : « vos mandats, vos cahiers, vous autorisent-ils à vous déclarer l'Assemblée des seuls représentants connus et vérifiés ? Et ne dites point que le cas où vous vous trouvez n'a pas été prévu ; il l'a trop été, puisque quelques-uns de vos mandats, heureusement en très petit nombre, vous enjoignent de vous retirer, s'il est impossible de parvenir à la délibération en commun, sans qu'il y en ait un qui vous autorise à vous dire les seuls représentants connus et vérifiés. Il ne vous suffira donc pas de vous donner ce titre pour l'avoir en effet, ni pour qu'on vous en croie légalement revêtus » (Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.111). Cette affirmation est confirmée par une des questions qu'il pose lors de ce discours : « Êtes-vous sûrs d'être approuvés de vos commettants ? » (Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.110).

574 De manière stratégique, le publiciste provençal énonce en effet que : « N'allez pas croire que le peuple s'intéresse aux discussions métaphysiques qui nous ont agités jusqu'ici. Elles ont plus d'importance qu'on ne leur en donnera sans doute. (…) Le peuple est trop loin encore de connaître le système de ses droits et la sainte théorie de la liberté. Le peuple veut des soulagements parce qu'il n'a plus de forces pour souffrir ; le peuple secoue l'oppression parce qu'il ne peut plus respirer sous l'horrible fait dont on l'écrase; mais il demande seulement de ne payer que ce qu'il peut, et de porter paisiblement sa misère » (*ibid.*).

575 « Sans doute nous devons avoir des vues plus élevées, et former des vœux plus dignes d'hommes qui aspirent à la liberté ; mais il faut s'accommoder aux circonstances et se servir des instruments que le sort nous a confiés » (*ibid.*).

576 Mirabeau vise, en homme stratégique, le soutien du peuple qui ne sera acquis qu'à l'aide d'un nom simple donné à la jeune assemblée : « vos opérations toucheront directement aux premiers intérêts des contribuables, des classes les plus utiles et les plus infortunées, (…) vous pourrez compter sur leur appui, (…) vous serez investis de l'irrésistible puissance de l'opinion publique, de la confiance, du dévouement illimité du peuple. Jusque-là, il est trop aisé de le diviser par des secours passagers, des dons éphémères, des accusations forcenées, des machinations ourdies de la main des courtisans ».

lequel nous reviendrons. En tant qu'homme d'État comme il se définit lui-même[577], il tient compte à chaque instant des circonstances dans sa réflexion et ne s'embarrasse pas de discours métaphysique, comme il le fera lors de la fameuse séance du 23 juin face aux potentielles répressions du pouvoir royal. D'autre part, cet épisode réaffirme à nouveau la position ambiguë défendue par le tribun du peuple quant au lien unissant les électeurs aux députés. Convaincu de la puissance du peuple, source de protection de la jeune assemblée, au détriment de la pertinence et de la rigueur du principe de la représentation nationale, il adopte une conception *intermédiaire* du mandat parlementaire. Or, au-delà du bien-fondé de sa doctrine personnelle relative au mandat parlementaire, sa conception singulière et approximative n'est pas sans importance sur la naissance du décret du 23 juin 1789 dans la mesure où elle nous renseigne sur les intentions réelles poursuivies par ce dernier lors de son édiction. On peut noter, en effet, à titre liminaire, qu'à la date du 23 juin 1789, Mirabeau, le principal initiateur des immunités parlementaires, ne partage pas totalement le principe du mandat représentatif. Dès lors, du fait de cette indécision, il apparaît difficile d'ériger les immunités comme une conséquence nécessaire du mandat représentatif à cette date, contrairement à la thèse représentative.

γ) La dénonciation virulente du despotisme ministériel

À côté des ordres arbitraires, la monarchie absolue de droit divin du XVIIIème siècle connaît un autre grand défaut que dénonce durement Mirabeau : le despotisme ministériel. À ce titre, il convient de souligner que le réquisitoire auquel procède le publiciste provençal contre cette dérive n'est pas sans importance dans la mesure où au moment de l'édiction du décret instituant les privilèges parlementaires, il entendra précisément s'en protéger. La présente partie nous fournit donc une piste de réflexion et, éventuellement, une clé de résolution de la controverse juridique entre la thèse représentative et la thèse exécutive.

144. À ce sujet, si Mirabeau respecte la personne du monarque et ne songe guère pour la France à l'instauration d'une autre forme de gouvernement[578], sa critique se concentre principalement sur les agents du Roi, et principalement les ministres. Selon une formule choc, Mirabeau poursuit comme objectif de « tuer le despotisme ministériel »[579]. Nombreux sont les reproches qu'il adresse aux

577 Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.113.

578 Jurant fidélité à la monarchie, Mirabeau affirme : « Ce qui est très vrai, et ce qu'on peut croire, c'est que je serai dans l'Assemblée nationale très zélé monarchiste » (Lettre de Mirabeau au duc de Lauzun, 16 novembre 1788, in J.-M.-N. Lucas de Montigny, Mémoires…, op.cit., t.V, p.200).

579 « Je sens profondément combien nous avons besoin de tuer le despotisme ministériel, et de relever l'autorité royale » (Lettre de Mirabeau au duc de Lauzun, 16 novembre 1788, *in* J.-M.-N. Lucas de Montigny, Mémoires…, op.cit., t.V, p.200). Cependant, cet avis est partagé par une grande majorité des citoyens français. Comme le note Francisque Perrin, « le bouc émissaire chargé de toutes les calamités, responsable de tous les maux, coupable de tous les

conseillers du Roi dès l'Ancien Régime, spécialement leur omnipotence injustifiée en raison de leur incompétence[580] et leur absence de responsabilité. Or on touche ici un point important de la pensée de Mirabeau sur lequel il insiste et qui guidera l'esprit du décret du 23 juin 1789 : à travers les exemples de Calonne, de Necker ou encore de De Maupeou qui illustrent leur incompétence et leur imprévoyance en tant que ministres, Mirabeau juge le Roi entouré de mauvais conseillers, auxquels il leur attribue l'origine de ses mauvaises décisions et au-delà la dégénérescence de la monarchie française. Ainsi, dans le cadre de son projet de régénération de la Nation, il préconise fortement, en fin connaisseur du modèle anglais, la mise en place d'une responsabilité ministérielle afin que les ministres soient comptables de leur action. Dès le début des États généraux, Mirabeau se prononce en ce sens lors d'un discours devant les députés de l'assemblée, employant des qualificatifs très forts pour surnommer les ministres de Louis XVI :

> « *Vous n'avez pas de loi qui rende responsable tous les ministres du pouvoir exécutif, car vous en demandez une ; et les créateurs de ces commissions sanguinaires, les distributeurs de ces ordres arbitraires, les dilapidateurs du Trésor public, les violateurs du sanctuaire de la justice, ceux qui ont trompé les vertus d'un Roi, ceux qui ont flatté les passions d'un autre, ceux qui ont causé le désastre de la nation, n'ont rendu aucun compte, n'ont subi aucune peine* »[581].

crimes, c'était le pouvoir ministériel » (F. Perrin, De la responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres en France depuis la chute de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours, Thèse : Droit : Grenoble : imprimerie Allier frères, 1900, p.5).

580 Au fait des questions économiques et financières en tant qu'héritier des idées physiocrates, Mirabeau condamne les mesures prises par Charles-Alexandre de Calonne, contrôleur général des finances de Louis XVI à partir de 1783, pour combattre l'agiotage, manœuvre spéculatrice frauduleuse sur les fonds publics, qu'il juge inadaptés. Le paroxysme de sa critique est atteint par la rédaction d'un ouvrage à charge contre le ministre, *Lettre du Comte de Mirabeau à M. de Calonne, ministre des finances de la France,* qui contient un tableau de toutes les fautes de l'administration passée ainsi que de toutes celles de ce dernier. À travers cet écrit, Mirabeau entend traduire son adversaire à ses yeux corrompu et dangereux pour la France devant le tribunal de l'opinion publique. D'ailleurs, preuve de la justesse de ses accusations, le tribun du peuple sera envoyé en mission secrète à Berlin en 1786 par le Contrôleur général des finances lui-même pour s'assurer de son silence. En outre, Mirabeau poursuit sa critique de la puissance inconsidérée dont disposent les ministres de Louis XVI à travers l'action de Necker, ministre à plusieurs reprises sous l'Ancien Régime. Sa critique de l'action ministérielle de Necker cache, en réalité, une rancœur personnelle contre le financier genevois. Ses reproches ne sont donc pas totalement objectifs (en ce sens : F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.420). En prédécesseur de Calonne aux finances, il assigne au financier genevois la responsabilité principale de la situation financière de la monarchie, à cause du développement de l'agiotage. Sa politique financière, fondée sur des emprunts sans augmentation des impositions existantes, a entraîné un déficit public considérable qui a reporté, par habileté politique, sur les générations futures tout le poids de la dette, pour protéger sa popularité personnelle. Ayant trompé la Nation à ses yeux, il n'hésite pas à remettre en question vivement la compétence ministérielle de ce dernier : « M. Necker digne d'une grande réputation comme écrivain n'en mérite que bien peu comme homme d'État » (Mirabeau, Dénonciation de l'agiotage…, op.cit., p.51). Par ailleurs, Mirabeau observe la même incompétence ministérielle dans le domaine judiciaire. S'il estime nécessaire une refonte totale de la justice d'Ancien Régime afin de lutter contre la puissance des parlementaires et ainsi sauver l'autorité du roi, il dénonce les funestes résultats de la réforme manquée du Chancelier Maupeou. Selon lui, « ce qui aurait pu devenir une révolution très salutaire de l'ordre judiciaire, ne fut qu'un changement de décoration, opéré par des moyens très odieux, qui inspirèrent à bon droit une vive indignation, et une juste méfiance » (Mirabeau, Lettres écrites par un ancien magistrat à un ami sur le procès du comte et de la comtesse de Mirabeau, op.cit., f°.22 v°). Il estime que la monarchie a eu à plusieurs reprises la possibilité de se réformer afin de sauvegarder la Couronne mais à l'image de la réforme Maupeou, il affirme « où l'on pouvait tout (…) on détruisit mal et on a mal rétabli » (*ibid.*). L'échec de la réforme judiciaire de De Maupeou a marqué le retour triomphal des anciens parlementaires qui en sont sortis grandis au détriment du Roi, empêchant par là-même une régénération de la monarchie. Désormais, le monarque est condamné à être « l'esclave des bonnets carrés » (Mirabeau, Lettres écrites par un ancien magistrat à un ami sur le procès du comte et de la comtesse de Mirabeau, f°). Or le responsable de cet échec est clairement identifié par Mirabeau : le Chancelier Maupeou. Selon lui, il fait preuve « volonté versatile et précaire d'un vizir » jugé par Mirabeau capricieux et vindicatif (*ibid*., f°.26 v°.).

581 Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.107.

Mirabeau revendique donc fortement la proclamation d'une responsabilité des conseillers du Roi comme remède au despotisme ministériel[582]. D'ailleurs, il fait preuve d'une grande rigueur conceptuelle sur cette question puisqu'il apporte quelques précisions sur la nature de cette responsabilité ministérielle. Du fait de ses expériences passées et de ses relations, Mirabeau possède une connaissance approfondie du régime britannique et distingue ainsi la responsabilité politique des ministres de la responsabilité pénale[583], et ce contrairement à la majorité des constituants qui opte en faveur d'une responsabilité pénale des ministres. En effet, comme le note François Quastana, Mirabeau est, en précurseur, « le seul parmi les députés à évoquer clairement l'idée d'une responsabilité politique des ministres qui constitue (…) l'élément fondamental du parlementarisme »[584].

145. En définitive, l'analyse externe de la pensée de Mirabeau fournit de précieux indices pour trancher la dispute juridique relative au fondement du décret du 23 juin 1789, que ce soit la *dénonciation des ordres arbitraires*, du *despotisme ministériel* ou la défense d'une *conception intermédiaire du mandat parlementaire.* Mais pour cerner définitivement les intentions réelles du principal instigateur des privilèges parlementaires en France, il convient désormais de se pencher sur son univers conceptuel.

b. Une ambition politique personnelle au service de la régénération de la monarchie française

146. L'analyse *externe* de la pensée de Mirabeau doit d'être complétée et perfectionnée par une analyse *interne*, c'est-à-dire une analyse des présupposés théoriques du système de Mirabeau. Or la caractéristique majeure de la réflexion mirabelienne, dans la lignée du républicanisme classique, réside dans la défense de la liberté civile et politique qui est, pour le tribun du peuple, « l'âme de l'âme, la vie morale de l'homme, la source de toutes les vertus, et la boussole de toute administration prospère »[585]. Ce faisant, il porte une attention particulière aux remèdes politiques nécessaires à l'instauration d'un régime libéral, principalement dans ses deux ouvrages de référence « Essai sur le

582 Il réitère, d'ailleurs, un tel impératif quelques mois plus tard lors de discussions sur l'organisation des pouvoirs de la future Constitution, afin de limiter les abus de pouvoir de l'exécutif. Alors que l'Assemblée Nationale réfléchit aux moyens de défense que la Constitution doit prévoir pour que le Corps législatif puisse lutter contre les dérives de l'exécutif, Mirabeau, en souvenir du comportement intolérable des ministres de l'Ancien Régime, propose plusieurs précautions constitutionnelles dont la responsabilité ministérielle : « Je me résume en un seul mot, Messieurs, annualité de l'Assemblée nationale ; annualité de l'armée, annualité de l'impôt, responsabilité des ministres et la sanction royale sans restriction écrite, mais parfaitement limitée de fait, sera le palladium de la liberté nationale et le plus précieux de la souveraineté du peuple » (A.P., t.VIII, 1er septembre 1789, p.542).
583 Voir en ce sens : F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.577 ; A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848), Paris : P.U.F., coll. Leviathan, 2002, p.25.
584 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.577.
585 Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.185.

despotisme » et « Des lettres de cachet et des prisons d'État ». Dans le cadre de son questionnement, comme la plupart des penseurs républicains, Mirabeau est en quête d'une organisation politique qui soit en mesure d'assurer la liberté des citoyens et la sécurité juridique. À cette fin, grâce à sa connaissance approfondie des systèmes constitutionnels étrangers, la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, lui apparaît comme la condition essentielle à l'instauration d'un tel régime car, comme il le note lui-même, « la réunion des trois pouvoirs, a toujours produit le despotisme »[586]. Principe central de sa pensée, il ne cessera donc de défendre la séparation des pouvoirs lors des débats de la Constituante, aussi bien à l'encontre du pouvoir *législatif*, à travers l'instrument modérateur du veto royal, qu'à l'encontre du pouvoir *exécutif*, par l'intermédiaire des immunités parlementaires (**α**). D'ailleurs, la maîtrise de ce principe du constitutionnalisme moderne inspiré du droit public anglais révèle un trait de caractère décisif de Mirabeau : sa connaissance profonde des institutions étrangères. Comme le souligne François Quastana, les voyages qu'il effectue à travers l'Europe ou encore sa traduction des ouvrages de droit constitutionnel anglais « sont autant d'expériences qui viennent compléter une formation intellectuelle déjà solide »[587], lesquelles lui permettront d'arriver à la Constituante avec un corps d'idées bien définies et de s'imposer, dès lors, en leader naturel de l'Assemblée, comme en témoigne l'adoption du décret du 23 juin 1789 (**β**). En possession de ce projet politique solide et complet, le penseur engagé laisse place peu à peu à l'homme d'action, animé par une volonté croissante de servir la Nation. Élu par le Tiers-Etat d'Aix et de Marseille, député aux États généraux, « l'obscur aventurier allait montrer toutes les qualités d'un homme d'État, l'éloquence d'un grand orateur et les ressources d'un habile politique »[588]. Empreint d'un réalisme machiavélien, Mirabeau recherche en effet avant tout la gloire : la séance royale du 23 juin au terme de laquelle il brave et défie l'autorité du monarque lui fournira l'occasion de passer à la postérité (γ).

α) Mirabeau, un ardent défenseur de la séparation des pouvoirs

147. Le fil conducteur de la réflexion de Mirabeau repose sur le postulat selon lequel la liberté civile ne peut s'épanouir qu'au sein d'un État libre. Pour cette raison, Mirabeau accorde une place centrale au principe de la séparation des pouvoirs qu'il analyse comme une arme puissante contre le despotisme contre lequel il ne cesse de combattre. À cet égard, comme l'affirme François Quastana, « loin de trouver son origine dans une théorie constitutionnelle, l'affirmation de la nécessaire séparation des pouvoirs, procède avant tout chez Mirabeau (...) d'un constat historique »[589]. Le tribun du peuple observe que, dans tous les temps, dans tous les lieux, « la subversion totale de la

586 Mirabeau, Des Lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., p. 119.
587 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.279.
588 *Ibid.*
589 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.170.

liberté suivre immédiatement la réunion des trois pouvoirs »[590]. Les exemples tirés de l'histoire constitutionnelle grecque et romaine – périodes qui maîtrisent parfaitement en admirateur de l'Antiquité[591] - ou encore de l'histoire de la France nourrissent sa démonstration[592]. Toute la difficulté réside, en fait, dans le contenu spécifique de ce principe au croisement de la philosophie politique et du droit constitutionnel, et dans les moyens à mettre en place pour réaliser et garantir cette séparation[593].

148. Mirabeau, qui a longuement réfléchi à cette question, lui attribue un contenu particulier et esquisse les grandes lignes de son organisation des pouvoirs au cours de la Constituante. D'ailleurs, sa conception personnelle de la séparation des pouvoirs n'est pas sans importance dans la mesure où elle conditionnera directement la naissance et l'élaboration des immunités parlementaires. Or il convient de remarquer qu'au fil de sa réflexion et à l'approche des États généraux, sa conception connaît une certaine évolution, passant d'une vision stricte à une vision large de ce principe. Il est vrai que, dans ses premiers écrits, comme en témoigne son ouvrage *Des Lettres de cachet et des prisons d'État*, la séparation des pouvoirs signifie simplement la non-concentration des pouvoirs dans les mains d'une même autorité[594], ou reformulé en d'autres termes, qu'une même autorité ne

590 Mirabeau, Des Lettres de cachet et des prisons d'État, I, op.cit., p.131.

591 Il prend l'exemple en Grèce du gouvernement populaire, qui a succédé à la royauté, incapable d'instaurer un régime libéral en raison de la concentration des pouvoirs entre les mains d'une seule autorité : « L'imprudence de confier en entier ce pouvoir terrible aux mêmes magistrats fait naître des tyrans au milieu de ces démocraties tumultueuses et corrompues, et le coup le plus funeste que Sparte victorieuse et jalouse porte à Athènes terrassée, est de lui nommer trente magistrats à qui toute l'autorité est confiée » (Mirabeau, Des Lettres de cachet et des prisons d'État, I, op.cit., p.132). L'histoire constitutionnelle romaine offre une évolution semblable. Pour Mirabeau, l'exemple-type d'un régime concentrant tous les pouvoirs en une seule et même main, forme suprême du despotisme, est celui du tyran Tarquin le Superbe qui régnera de 534-509 av. J.-C. : réunissant le pouvoir exécutif, c'est-à-dire le « pouvoir du glaive à celui de statuer, à celui de juger, il exerce sans aucune modération une autorité sans bornes » (Mirabeau, Des Lettres de cachet et des prisons d'État, I, op.cit., p.133, n.1). L'instauration de la République en 509 après J.-C. suite à son renversement ne convaincra pas non plus Mirabeau en ce que cette faible lueur d'espoir reflétée par l'institution des *decemvirs* sera bientôt « à demi étouffée par l'oppression aristocratique » (*ibid.*), c'est-à-dire par une autre forme de despotisme.

592 Pour le cas français, le seul fait que le monarque détienne entre ses seules mains le pouvoir de législation sans restriction à la puissance exécutrice et impose à son peuple des lois auxquelles il n'est pas lui-même lié suffit, selon Mirabeau, à fonder la tyrannie. Partout où un unique individu « exerce envers les êtres de son espèce un tel acte de supériorité, comme s'il possédait la perfection absolue, il se trouvera un tyran » (Mirabeau, Des Lettres de cachet et des prisons d'État, I, op.cit., p.137.). Sur la base de ces illustrations tirées de l'histoire ancienne et moderne, il parvient donc à la conclusion que « partout où la monarchie est illimitée, il n'y a donc, il ne saurait y avoir de liberté » (*ibid.*). En réalité, en défendant la proclamation de ce principe, Mirabeau ne fait que partager l'avis de la grande majorité des publicistes contemporains de son époque. Il rejette l'idée minoritaire du « despotisme légal » défendue par le courant physiocrate qui prône, au contraire, la concentration dans les mains du Roi des pouvoirs législatif et exécutif. A l'orée de la Révolution et même lors de la Constituante, le principe même de la séparation des pouvoirs ne fait guère débat. Alors que la Constituante discute le futur article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, Mirabeau remarque que « l'article XXIV du sixième bureau concernant la séparation des pouvoirs n'a fait naître aucune discussion intéressante, parce que tous étant d'accord sur le principe, il ne s'agissait que de variantes dans la rédaction » (Mirabeau, Courrier de Provence pour servir de suite aux lettres du Comte de Mirabeau à ses Commettans, n°XXXIII, du 26 au 27 août 1789, p.6).

593 Michel Troper, auteur d'une thèse sur le sujet (M. Troper, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris : L.G.D.J, 2014, 250 p.), ne manque pas de souligner que « la séparation des pouvoirs n'a pas un contenu clair et certain. Il n'y a pas d'accord pour savoir quelles sont les institutions qui s'y rattachent, quelles sont les règles qui en découlent et quelles sont celles qui y dérogent. C'est qu'il y a plusieurs interprétations de l'expression ou plusieurs principes différents désignés par la même expression » (propos de M. Troper, cité par O. Beaud, Michel Troper et la séparation des pouvoirs, Droits, 2003, n°1, Vol. 37, p.156.).

594 Plus exactement, Mirabeau emploie le terme de non « réunion des pouvoirs ». Par exemple, lorsqu'il évoque les régimes politiques à l'échelle européenne au XVIIIème siècle, il affirme que « l'Europe presque entière a vu crouler

doit pas exercer toutes les fonctions étatiques. À l'image de Montesquieu ou de Locke, la séparation des pouvoirs a donc, dans la pensée de Mirabeau, à l'origine, un contenu restreint puisqu'elle désigne un principe essentiellement négatif. En effet, son contenu « ne vise pas à prescrire une certaine répartition des compétences entre diverses autorités, mais seulement à interdire qu'elles soient concentrées entre les mêmes mains »[595]. Cependant, Mirabeau abandonne, quelques temps avant la réunion des États généraux, cette vision minimaliste et apporte des précisions sur le contenu *positif* d'un tel principe, c'est-à-dire la manière de distribuer effectivement les compétences.

149. Mûrement réfléchi, son choix, appuyé sur le modèle des institutions anglaises qu'il maîtrise parfaitement, ne fait aucun doute : Mirabeau penche clairement en faveur d'un *système de balance des pouvoirs* et rejette le système de la spécialisation des autorités. En effet, comme le note François Quastana, pour Mirabeau, ce second modèle « qui implique qu'un seul individu ou collège détienne seul la fonction législative en fait un souverain absolu que rien n'empêche de s'accaparer les autres fonctions et de fonder la tyrannie »[596]. Au contraire, le système de balance des pouvoirs « à l'anglaise », plus harmonieux, suppose la reconnaissance de la puissance législative comme la *summa potestas* mais surtout, clé de l'équilibre, son partage entre diverses autorités. Certes, en fidèle lecteur de Rousseau, Mirabeau milite en faveur de la thèse de la hiérarchie des fonctions étatiques[597] et accorde logiquement la primauté à la fonction législative sur la fonction exécutive. Défendant une conception organiciste du pouvoir politique, il envisage la relation entre les pouvoirs législatif et exécutif sur la base d'un rapport de domination du premier sur le second :

> « *Deux pouvoirs sont nécessaires à l'existence et aux fonctions du corps politique : celui de vouloir et celui d'agir. Par le premier, la société établit des règles qui doivent la conduire au but qu'elle se propose, et qui est incontestablement le bien de tous. Par le second, ces règles s'exécutent, et la force publique sert à faire triompher la société des obstacles que cette exécution pourrait rencontrer dans l'opposition des volontés individuelles* »[598].

En d'autres termes, le pouvoir législatif étant l'expression unique de la souveraineté, le pouvoir exécutif est nécessairement *subordonné* à ce dernier. Cependant, s'il reconnaît la primauté de la fonction législative sur les autres fonctions étatiques, le publiciste provençal veut à tout prix éviter, fort de cette souveraineté, le despotisme de l'un des principaux représentants du pouvoir législatif, c'est-à-dire celui de l'Assemblée[599]. C'est pourquoi, pour Mirabeau, la séparation des pouvoirs ne

sous le faix de la réunion des trois pouvoirs sa liberté civile et politique » (Mirabeau, Des Lettres de cachet et des prisons d'État, op.cit., p.134).

595 Propos de M. Troper, cité par O. Beaud, Michel Troper et la séparation des pouvoirs, Droits, 2003, n°1, Vol. 37, p.157.

596 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.173.

597 L'origine de ce principe provient probablement des écrits de Bodin puisque dans les *Six Livres de la République*, le magistrat angevin proclame : « sous cette même puissance de donner et de casser la loi sont comprises toutes les autres marques de souveraineté ». En effet, comme le note Élisabeth Zoller, Bodin a « fondé la conception moderne de la législation qui voit dans la loi l'expression d'une parole souveraine, qui n'est tenue au respect des usages, des coutumes et des droits que parce que tel est son bon plaisir » (E. Zoller, Introduction au droit public, op.cit., p.40).

598 Mirabeau, A.P., t.VIII, 1er septembre 1789, p.538.

599 Pour cela, Mirabeau s'appuie *en partie*, une nouvelle fois, sur la Constitution anglaise qui offre de précieux enseignements afin d'atteindre cet équilibre. Dans celle-ci, la fonction législative est tempérée par l'existence d'un

saurait signifier une séparation *absolue* entre organes indépendants. Il convient d'introduire une balance des pouvoirs au sein du pouvoir législatif afin de le modérer et d'empêcher *a fortiori* toute tyrannie législative.

150. Or, à travers ses réflexions approfondies sur l'agencement des pouvoirs et son plaidoyer en faveur du veto royal, nous entendons souligner que Mirabeau est un ardent défenseur de la séparation des pouvoirs, à deux égards. *D'une part*, sa prise de position en faveur de ce monument du constitutionnalisme moderne est précoce. Dès ses premiers ouvrages *Essai sur le despotisme* et *Des Lettres de cachet et des prisons d'État*, le tribun du peuple préconise la mise en place d'un tel principe puisque, comme nous l'avons souligné, il est l'un des mécanismes permettant de protéger la valeur centrale de son projet politique, la liberté. Allant plus loin, ses questionnements initiaux seront prolongés et concrétisés lors des débats à l'Assemblée. Dès le début des États généraux, il défend effectivement, contre l'avis de tous, l'instrument du veto royal à partir du 15 juin 1789, au cours du débat sur la dénomination de l'Assemblée Nationale. Sur ce point, il est d'ailleurs intéressant de noter que son plaidoyer en faveur de la séparation des pouvoirs qui lui permet de justifier l'institution du veto royal, intervient à quelques jours de la proclamation des immunités parlementaires, qui visent, cette fois-ci, à l'inverse, à protéger les prérogatives du corps législatif contre les immixtions du pouvoir exécutif. Il est donc permis de croire qu'à quelques jours

bicaméralisme, chacune des chambres représentant des intérêts de classe différents, et l'attribution d'un droit de veto au Roi, de telle sorte que les Lords, les Communes et le Roi participent conjointement à la fonction législative. Or, si Mirabeau bannit la première technique constitutionnelle en ce qu'elle risque de faire renaître les privilèges de l'aristocratie, il croit fermement, au contraire, au second instrument de limitation du pouvoir législatif. Précisément, pour que le Roi détenteur de la fonction exécutive fasse équilibre à la fonction législative détenue par l'Assemblée, il faut que sur le modèle institutionnel anglais, il participe au pouvoir législatif en donnant sanction aux lois et en disposant d'un droit de veto absolu sur les lois de l'Assemblée Nationale. En d'autres termes, il faut qu'il puisse s'opposer en co-législateur à la volonté de cette dernière lorsqu'il juge une norme adoptée par l'Assemblée contraire à l'intérêt général. Pour cette raison, Mirabeau estime que le Roi peut être considéré comme le « représentant perpétuel du peuple, comme les députés sont ses représentants élus à certaines époques » (Mirabeau, A.P., t.VIII, 1er septembre 1789, p.539). Si, au contraire, la séparation des pouvoirs entre le législatif et exécutif était absolue, l'Assemblée serait en mesure de modifier à sa guise les normes juridiques relatives à la distribution des pouvoirs, et de s'approprier à terme les autres fonctions, et *a fortiori* d'anéantir la séparation des pouvoirs protectrice de la liberté. La collaboration du roi au pouvoir législatif est donc, pour Mirabeau, cruciale au bon fonctionnement de la mécanique institutionnelle. Elle constitue un contre-poids à l'autorité de la Chambre pour l'empêcher d'aspirer à la tyrannie et, à défaut d'une seconde chambre, ce contre-pouvoir ne pouvait exister que dans la sanction royale. Sa vision est d'ailleurs parfaitement résumée en termes clairs dans les termes suivants dès les premiers temps des États généraux : « Pour moi, messieurs, je crois le veto du roi tellement nécessaire, que j'aimerais mieux vivre à Constantinople qu'en France, s'il ne l'avait pas : oui, je le déclare, je ne connaîtrais rien de plus terrible que l'aristocratie souveraine de six cents personnes qui, demain, pourraient se rendre inamovibles, après-demain héréditaires, et finiraient, comme les aristocrates de tous les pays du monde, par tout envahir » (Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.118.). Plus tardivement, dans le même esprit, il réitère une nouvelle fois, en septembre 1789, pour les mêmes raisons sa défense du veto royal, lorsque s'engage précisément le débat sur cette question à la Constituante. Bien évidemment, Mirabeau est conscient des risques que présente le veto royal – le détournement dans l'intérêt du Roi ou la naissance de conflit entre le législatif et l'exécutif source de blocage des institutions - et c'est pourquoi il pare à ces inconvénients par plusieurs mécanismes institutionnels. *Concernant le premier risque*, dans le cas où le veto serait employé dans un sens contraire à sa destination, Mirabeau élabore plusieurs garde-fous constitutionnels contre cet abus de pouvoir : la réunion annuelle de l'Assemblée Nationale, le consentement annuel à l'impôt, la fixation annuelle des forces armées et la responsabilité ministérielle, dernier moyen vu précédemment (Mirabeau, A.P., t.VIII, 1er septembre 1789, p.542). *Pour ce qui est du second risque*, pour vider le conflit entre le législatif et l'exécutif suite à la mise en œuvre du veto par ce dernier, Mirabeau prévoit la possibilité pour le monarque de dissoudre le corps législatif et ainsi « d'en appeler à son peuple » (Mirabeau, A.P., t.VIII, 1er septembre 1789, p.539).

d'intervalles, Mirabeau entend *peut-être* faire respecter la séparation des pouvoirs, aussi bien au pouvoir exécutif qu'au pouvoir législatif. *D'autre part*, son attachement profond à ce principe est également reflété par le fait que sa proposition d'un veto royal est largement minoritaire et impopulaire au sein de l'assemblée. Elle lui vaut l'accusation d'être l'agent du Roi à l'assemblée[600]. Or, quand bien même ses propos fussent intéressés puisque Mirabeau est fondamentalement monarchiste, il défend, au motif *principal* de la séparation des pouvoirs, le veto royal. Car, comme l'a expliqué Mirabeau, si le pouvoir de l'Assemblée était dispensé de la sanction royale, tout lui serait permis et il confisquerait ainsi la souveraineté du peuple. Or il refuse qu'un pouvoir prédomine totalement sur un autre, par peur du despotisme et au-delà de la disparition de la liberté et corrélativement, de l'avènement de l'arbitraire. Là où le pouvoir arrête le pouvoir, là est la liberté. D'ailleurs cette mise en garde de Mirabeau prend, avec le recul, une pertinence historique, malgré une utilisation détournée de ce mécanisme institutionnel par Louis 16, qui lui vaudra le surnom de « Monsieur Veto »[601].

151. L'attachement de Mirabeau au principe de la séparation des pouvoirs pourrait donc être une nouvelle source d'explication de l'institution des immunités parlementaires par le texte du 23 juin 1789 dont il est à l'origine, lequel précède de quelques jours sa position en faveur du veto royal. D'ailleurs si le publiciste provençal confère à ce principe une telle importance, la justification résulte principalement de ses nombreux voyages en Europe qui ont été l'occasion de révéler son combat en faveur de la liberté et de se forger une culture constitutionnelle considérable. Il semble donc que, du fait de sa science des régimes étrangers, ce citoyen du monde a parfaitement connaissance, à la date du 23 juin 1789, du mécanisme des immunités parlementaires et de sa finalité réelle.

β) Une connaissance pointue des régimes constitutionnels étrangers grâce à ses voyages dans l'Europe des peuples libres

152. Au cours des années précédant la Révolution, c'est dans l'Europe des peuples libres que Mirabeau va parfaire sa formation intellectuelle déjà solide et découvrir les vertus du comparatisme. En effet, victime du despotisme monarchique en France, Mirabeau connaît, comme beaucoup de

600 Michelet : « Le roi ! Le roi ! Pourquoi abuser toujours de cette vieille religion ? » (J. Michelet, Histoire de la révolution, Paris: A. Lemerre, 1888, p.198); Au cours de son intervention du 15 juin 1789 après celle de Mirabeau, Malouet affirme, selon les termes de Duquesnoy, que le juriste aixois a « pactisé » et que « tout ce qui vient de lui est naturellement suspect » (M. Winock, 1789, L'année sans pareille : chronique, Paris: Hachette, 1988, p.104).

601 Ce surnom provient du chant révolutionnaire, la Carmagnole, qui est l'hymne des sans-culottes à partir de 1792-1793. Louis XVI y est désigné sous le nom de Monsieur Veto dans l'un des couplets : « Monsieur Veto avait promis / D'être fidèle à son pays, / Mais il y a manqué / Le fourbe est encagé ». Dénonçant la trahison du Roi, cette complainte stigmatise l'attitude du roi qui a refusé de levée une armée de volontaires pour sauver la patrie.

penseurs de sa génération, l'exil. Comme l'indique François Quastana, après sa fuite en Hollande en 1776 avec Sophie de Ruffey, jeune femme mariée à un vieux Président du parlement de Besançon[602], où « il goûte pour la première fois les bienfaits d'un pays libre et prospère, c'est dans la patrie de Rousseau et au contact de l'Angleterre de Locke et de Gordon, que Mirabeau achève sa réflexion politique et constitutionnelle »[603]. C'est également dans ces terres où soufflent la liberté et l'esprit du républicanisme classique qu'il va tisser un réseau international de collaborateurs tous intéressés à l'avènement d'un nouvel ordre constitutionnel, lesquels seront à ses côtés lors des États généraux en France. À cet égard, si la Suisse joue un rôle notable dans la formation de sa pensée constitutionnelle, c'est surtout l'Angleterre qui en constitue la source principale et qui l'inspirera au moment de l'édiction du décret du 23 juin 1789.

153. L'apport de la Suisse dans la construction de sa réflexion constitutionnelle n'est pas négligeable. Son voyage au cœur des peuples libres débute précisément dans cet État en 1775 qu'il considère comme le seul pays en Europe à offrir « l'exemple d'un gouvernement qui ne se propose d'autre objet que liberté et prospérité »[604] et qui mérite donc à ce titre son respect. S'il se rend principalement en Suisse, en réalité, aux seules fins de finaliser l'impression de ses ouvrages[605], les penseurs de cet État ont marqué ses idées politiques, et spécialement Jean-Jacques Rousseau. En Suisse, « Mirabeau met ses pas dans ceux de son héros »[606]. Comme nous l'avons constaté précédemment à plusieurs reprises, Mirabeau cite de nombreuses fois le philosophe genevois et reprend la plupart de ses idées principales, parmi lesquelles la nature bienveillante de l'homme à l'état de nature, la représentation organiciste du corps politique, et surtout la souveraineté populaire et la consubstantialité entre la fonction législative et la souveraineté. En outre, la Suisse est également importante dans la construction de sa pensée puisque lors de son second voyage en 1782, Mirabeau fait une rencontre déterminante pour la suite de sa carrière politique. Il fait la connaissance dans la principauté de Neuchâtel, « qui sert à cette époque de refuge à nombre d'opposants politiques genevois, chassés de leur patrie à la suite de la révolution avortée de 1782 »[607] contre le parti des « Négatifs »[608], de plusieurs publicistes genevois renommés tels

602 M.Morabito, « Mirabeau Honoré-Gabriel Riquetti, comte de », op.cit, p.737.
603 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.329.
604 Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.11.
605 Afin de finaliser l'impression de ses ouvrages, il se rend une première fois dans la principauté de Neuchâtel en 1775 pour son livre *Essai sur le despotisme,* puis il y retourne une seconde fois en 1782 pour ses manuscrits *Des Lettres de cachet* et de *L'Espion dévalisé* ([Baudouin de Guémadeuc], L'Espion dévalisé, Londres : [S. n.], 1782, VIII-240 p.)
606 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.329.
607 *Ibid*., p.331.
608 Sur le conflit opposant le parti des « Négatifs » à celui des « Représentants » : *ibid*., p.331-333.

qu'Etienne Clavière[609], Jacques Antoine Du Roveray[610], principaux chefs du parti des « Représentants », et plus tardivement, celles d'Etienne Dumont[611] et d'Etienne-Salomon Reybaz[612].

154. Or ce petit groupe de genevois exilés, qui va se lier d'amitié avec Mirabeau, va constituer un rouage essentiel dans l'action de celui-ci lors des États généraux, aussi bien matériellement qu'intellectuellement, au point de parler d'un « atelier Mirabeau »[613]. *Matériellement* tout d'abord, puisqu'il lui apporte son aide à la rédaction de son journal politique et à l'écriture de ses discours, ce qui ne laisse donc aucune place à l'improvisation. Mais l'apport de ce groupe d'intellectuels à Mirabeau est surtout *conceptuel* et intéresse directement les immunités parlementaires : l'atelier Mirabeau est une source d'inspiration idéologique incontestable pour lui en ce qu'il le convertisse aux vertus du droit comparé, et principalement à l'univers juridique anglais. En effet, comme le note Michel Winock, à l'Assemblée, « Mirabeau n'était pas isolé (…), entouré d'un véritable brain trust, où l'on trouvait le marquis de Cazeaux, Duroveray, Clavière et quelques autres Genevois bannis, publicistes pénétrés des idées anglaises »[614]. En d'autres termes, l'atelier Mirabeau est donc un canal

609 Homme d'affaire, banquier et spéculateur, Etienne Clavière (1735-1793) fut une personnalité politique de la Révolution française. Il est, à l'origine, en 1790 de la création des assignats. En 1789, devenu membre du club des Jacobins, il fit paraître un ouvrage où il propose des remèdes à la crise financière qui mine la France, ouvrage que Mirabeau ne cessera de vanter dans son journal Courrier de la Provence. Clavière présenta des requêtes à l'Assemblée constituante, rédigea des lettres destinées aux ministres et aux députés. Il usa de tous les moyens que lui permettaient sa situation financière, très confortable, pour se montrer à son avantage. En 1791, il est élu député suppléant de l'Assemblée législative par le département de la Seine.Il devient ministre des Finances, une première fois imposé à Louis XVI jusqu'à sa révocation le 12 juin 1792, puis une seconde fois d'août 1792 dans le ministère girondin jusqu'à leur chute le 2 juin 1793 (voir M. Dorigny, « Clavière Étienne », dans Jean-René Suratteau et François Gendron (dir.), Dictionnaire historique de la Révolution française, Paris : PUF, 2005, 1132 p., (Collection Quadrige).

610 Chef du parti des « Représentants », Jacques Antoine Du Roveray (1747-1814) est un avocat et notaire génevois. Exilé à perpétuité en 1782 suite à la révolution avortée contre le parti des « Négatifs », il se réfugie à Neuchâtel, puis à Paris où il fait partie du groupe des Genevois réunis autour de Mirabeau. De retour à Genève en 1789, il est membre du Conseil des Deux-Cents en 1790, puis député à l'Assemblée nationale en 1793. Condamné à mort par le tribunal révolutionnaire en 1794, Du Roveray se réfugie en Angleterre.

611 Ardent partisan du parti des « Représentants », après les troubles de 1782 à Genève, Pierre Etienne Louis Dumont (1759-1829), écrivain et juriste suisse, se rend à Saint-Pétersbourg pendant 18 mois puis en Angleterre. En 1789, il revient en France et se met en relation avec Mirabeau. Il se met à son service et rédige pour lui plusieurs discours et l'aide dans la publication du *Courrier de Provence*. Cette rencontre le marquera au point d'en faire un ouvrage (E. Dumont, Souvenirs sur Mirabeau et les deux premières assemblées législatives », Paris : PUF, 1951, 320 p.). Il s'établit ensuite en Angleterre en 1791 où il lie une étroite amitié avec Samuel Romilly et travaille avec Jeremy Bentham, dont il fut le collaborateur pendant plus de vingt ans. Sa célébrité fut acquise dès ses premières publications et lors d'un nouveau voyage en Russie, il reçut l'offre d'Alexandre 1er de collaborer à la révision des lois russes mais refusa afin de ne pas sacrifier à ses propres opinions.

612 Etienne-Salomon Reybaz (1737-1804) est un ministre du St-Évangile, représentant de la République de Genève auprès de la République française et collaborateur par la suite de Mirabeau.

613 J. Bénétruy, L'atelier de Mirabeau : quatre proscrits genevois dans la tourmente révolutionnaire, Paris : A. et J. Picard, 1962, 493 p. L'ouvrage se concentre principalement sur les quatre hommes politiques cités précédemment qui ont influencé et aidé Mirabeau : Étienne Clavière, Jacques Antoine Du Roveray, Étienne Dumont et Étienne Salomon Reybaz.

614 M. Winock, 1789, L'année sans pareille, op.cit., p.102. En plus des genevois exilés, Michel Winock fait référence ici au marquis de Cazeaux (1727-1796), ou encore marquis de Casaux, qui est un penseur politique français, défendant des idées physiocratiques, qui va se lier d'amitié avec Mirabeau. Il sera l'un des principales sources d'inspiration de ce dernier dans la rédaction de ses discours. En effet, Mirabeau avait pour habitude d'utiliser les écrits de ses camarades pour ses nombreux discours. Par exemple, son discours « Sur la Liberté de la Presse » reprend mot pour mot certains passages des "Questions à examiner devant les États Généraux » du marquis de Casaux, et d'ailleurs Mirabeau ne s'en cache pas : « Cet alinéa est presque littéralement dans les *Questions à examiner avant l'assemblée des Etats-généraux* par M. le marquis de Casaux, penseur profond, et excellent citoyen du monde » (Mirabeau, Œuvres de Mirabeau, Discours et opinions, tome III, Paris : Brissot-Thivars, 1826, p.308 note 1).

incroyable dans sa conversion aux idées constitutionnelles anglaises, et au-delà, une source d'explication de son initiative en faveur des immunités parlementaires le 23 juin 1789 directement inspiré du droit anglais.

155. Mais Mirabeau n'est pas seulement imprégné des idées du constitutionnalisme anglais par l'intermédiaire de l'atelier Mirabeau. Il l'est également, auparavant, par sa connaissance de plusieurs ouvrages de référence de constitutionnalistes anglais renommés qui lui offrent une vision théorique d'ensemble des institutions britanniques. Il approfondit également sur le terrain la pensée constitutionnlle anglaise par un voyage Outre-Manche effectué en août 1784 qui sera, pour lui, « une source féconde d'enseignements dans le cheminement de sa pensée politique vers une doctrine définitive »[615]. Autrement dit, le droit constitutionnel anglais façonne la pensée du publiciste provençal, et ce de manière précoce. En effet, avant même de faire la rencontre du groupe de genevois exilés ou de traverser la Manche, Mirabeau s'intéresse énormément aux institutions politiques anglaises puisque, lors de son séjour à la prison de Vincennes de 1777 à 1780, il étudie les *Commentaries on the Laws of England*[616] du constitutionnaliste anglais Blackstone et l'ouvrage *Constitution de l'Angleterre*[617] (1771) du juriste suisse Jean Louis De Lolme. Son ouvrage de référence *Des Lettres de cachet et des prisons d'Etat*, écrit précisément durant cet enfermement, en témoigne car, à travers celui-ci, il procède à une série d'observations critiques envers la Constitution anglaise, citant au passage à plusieurs reprises Blackstone[618].

Or il semble que cette dernière précision, qui met en évidence le fait que Mirabeau est un fin connaisseur des écrits de cet auteur anglais, est riche d'enseignement en ce qu'elle permet d'éclairer l'intention réelle de Mirabeau au moment de proposer l'instauration d'un statut immunitaire au profit des parlementaires. Car il est vrai que le constitutionnaliste Blackstone, dans ses *Commentaires* qui représentent « un exposé systématique et synthétique du droit anglais sur le modèle des Institutes de Justinien » offrant à « de nombreux juristes étrangers une somme théorique »[619], s'est penché sur la question épineuse des immunités parlementaires[620] et, plus particulièrement sur leur finalité

615 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.360. Ce voyage en Angleterre est l'occasion pour Mirabeau d'étudier en profondeur la Constitution britannique, qui présente quelques imperfections à ses yeux. Cependant, au contact de l'Angleterre, il constate surtout pour la première fois les vertus libérales d'une norme constitutionnelle et songe alors au fossé qui sépare l'Angleterre de la France dépourvue de Constitution et qui ne bénéficie donc pas d'un degré de liberté comparable à celui des Anglais. Le séjour en Angleterre est également marqué par ses retrouvailles avec les exilés de Genève qui le présenteront à des penseurs renommés tels que le juriste anglais Samuel Romilly.

616 W. Blackstone, Commentaries on the laws of England, Oxford : Oxford University Press, 1766, 3 vol.

617 J. L. De Lolme, Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe, réimpr. Édition 1822, Paris : Dalloz, 2008, 332 p.

618 Voir en ce sens : Titre II, Chapitre IV, Section III, §1.

619 E. Tillet, La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières, Aix-en-Provence : PUAM, 2001, p.446.

620 Le traité *Constitution de l'Angleterre* de De Lolme exerce une influence idéologique moins importante sur la pensée de Mirabeau. Par exemple, en ce qui concerne les privilèges du Parlement, le juriste genevois est très sommaire sur cette question. On peut relever, au détour de la conclusion du chapitre XXII, l'évocation en filigrane de l'irresponsabilité parlementaire : « Les deux chambres (…) quoique très jalouses, chacune dans son enceinte, de la liberté de la parole,

première. Son propos est limpide : « Les privilèges du parlement ont été établis principalement pour mettre ses membres à l'abri non seulement des offenses de leurs concitoyens, mais, *plus spécialement encore*, de l'oppression par le pouvoir de la Couronne »[621]. En d'autres termes, au yeux du juriste anglais, la justification primordiale à l'instauration des immunités parlementaires au sens large, réside essentiellement, au regard de l'histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne dans la volonté de se protéger d'un pouvoir exécutif menaçant, plus que dans celle de proscrire tout lien de dépendance entre représentants et représentés. Dès lors, un enseignement s'impose : Mirabeau ayant parfaitement connaissance des écrits du constitutionnaliste anglais, il apparaît donc plus que probable qu'au moment de proposer l'instauration d'une protection immunitaire à l'égard des parlementaires aux Etats généraux, il percevait incontestablement l'objectif premier de cette institution tirée du droit anglais, c'est-à-dire le choix de se mettre à l'abri des pressions du pouvoir exécutif au titre du principe nouveau de la séparation des pouvoirs. De la sorte, il semble donc que cette dernière précision, resituée dans la dispute juridique qui divise la doctrine constitutionnelle française, soit un argument fort penchant en faveur de la thèse exécutive.

156. En outre, plus largement, de par sa connaissance de l'histoire constitutionnelle anglaise et de ses principales évolutions[622] grâce à ses lectures sur le sujet ou à son voyage outre-manche, il apparaît impossible que Mirabeau soit ignorant de l'évolution des immunités parlementaires des députés anglais, marquée par une modification radicale de leur signification au fil du temps. En effet, si à l'origine, les privilèges du Parlement, nés à partir du XIVème siècle, sont conçus comme un corollaire de l'immunité du Roi, ils deviennent progressivement, à partir du début du XVIème siècle, du fait de la transformation des assemblées en organe véritablement délibérant, un instrument qui se retourne contre la Couronne elle-même et ils apparaissent alors comme un système de protection dirigé essentiellement contre le pouvoir exécutif, à une date d'ailleurs où la nature représentative du mandat conféré aux représentants est encore marquée d'équivoques. Il

ont néanmoins grand soin que cette liberté n'éclate jamais en expressions peu mesurées quant à la personne du roi. Elles se sont même fait une règle constante de ne jamais faire mention de lui quand il s'agit de blâmer l'administration » (J. L. De Lolme, Constitution de l'Angleterre…, op.cit., p.321). Notons que cette dernière remarque s'avère étonnante dans la mesure où, d'une part, l'irresponsabilité parlementaire vise précisément à garantir une liberté d'expression quasi-totale des représentants à l'égard de n'importe quelle autorité et, d'autre part, elle s'est affirmée précisément contre la Couronne elle-même. Par ailleurs, De Lolme fait également mention de la limite à l'irresponsabilité parlementaire : Dans chaque chambre les membres ont soin, dans la chaleur même d'un débat, de ne jamais passer certaines bornes quant à la manière de parler les uns des autres ; et s'ils oubliaient à cet égard, ils s'attireraient certainement la censure de la chambre » (J. L. De Lolme, Constitution de l'Angleterre…, op.cit., p.322).

621 W. Blackstone, Commentaires sur les lois anglaises, avec les notes de M. Ed. Christian, traduits de l'anglais sur la quinzième édition par N. M. Chompré, tome 1, Paris : Bossange,... Rey et Gravier,...Aillaud,..., 1822, p.287 [Nous soulignons]. Inscrivant les immunités parlementaires dans l'optique d'une protection contre le pouvoir exécutif *principalement*, le juriste anglais ajoute : « Si donc tous les privilèges du Parlement eussent été fixés et réglés à la fois, et à l'exclusion de tout autre privilège que ceux qui eussent été ainsi définis et déterminés, il eût été facile au pouvoir exécutif d'imaginer quelques cas nouveaux hors de la ligne de ces privilèges, et de se créer ainsi un prétexte pour attaquer tout membre qui lui serait contraire, et violer la liberté du Parlement. La dignité et l'indépendance des deux chambres sont donc préservées à un haut degré, en ce que leurs privilèges sont restés indéfinis » (*ibid.*).

622 Comme le note François Quastana, les lettres qu'il écrit à Sophie de Ruffey depuis l'Angleterre « témoignent (…) d'une connaissance assez familière des principaux événements politiques de la période des administrations Grafton et North dans la décennie 1770 » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.359).

semble donc que les intentions de Mirabeau lors de sa proposition de décret du 23 juin 1789 instituant les immunités parlementaires en France soient relativement claires.

157. En définitive, on observe qu'en raison de ses expériences passées et de ses relations avec les exilés de Genève, Mirabeau possède une connaissance approfondie du régime britannique, il n'ignore rien des évolutions constitutionnelles en cours outre-manche et même des institutions étrangères[623]. S'il n'est pas un admirateur total de la Constitution britannique, du fait notamment de l'existence d'une aristocratie héréditaire à la Chambre des pairs, la puissance d'attraction du modèle anglais sur la pensée de Mirabeau est évidente. Comme le souligne François Quastana, « bien qu'il ait critiqué à de nombreuses reprises par le passé l'imperfection de l'équilibre des pouvoirs dans les institutions britanniques, Mirabeau, en penseur réaliste, admet que la monarchie constitutionnelle anglaise demeure un exemple digne d'attention pour les futurs Constituants et que nombre de ses mécanismes peuvent être adaptés à la France ». En témoigne sa distribution à l'Assemblée française, dès le début des États généraux, d'une traduction des Règlements observés dans la Chambre des communes relatifs à l'organisation interne du pouvoir législatif et au procédure de vote[624] rédigée par le juriste anglais Samuel Romilly, dont Mirabeau a fait la rencontre lors de son voyage en Angleterre par l'entremise de ses amis genevois exilés à Londres[625]. Au contact de ce pays principalement, Mirabeau se présente donc aux États généraux armé de nombreuses idées constitutionnelles, parmi lesquelles les immunités parlementaires, qui en feront l'une des têtes pensantes de l'Assemblée. Le juriste aixois entend clairement défendre ses idées et par là-même assouvir ses rêves de gloire.

623 Outre l'Angleterre, Mirabeau a également étudié la Révolution américaine et ses conséquences constitutionnelles, sans jamais s'y rendre en personne, dans son ouvrage « *Considérations sur l'ordre de Cincinnatus* » en 1784. Pour Mirabeau, à l'image du système institutionnel anglais, les États-Unis font figure de laboratoire constitutionnel qui lui permettent de penser les futures institutions françaises et de mesurer les progrès restant à accomplir sur la voie de la liberté. Sur ces sujets, il approfondira sa réflexion dans deux manuscrits « Précis de la Révolution des Etats-unis de l'Amérique », Paris : Archives diplomatiques, mémoires et documents France, (f°. 66 r° .-69 r°), [S.d.] et « Sur l'Amérique », Paris : Archives diplomatiques, mémoires et documents France, (f° . 70 r°-72 v°), [S.d.]- chacun de ses manuscrits est contenu dans le fonds Mirabeau des Archives Diplomatiques - dans lesquels il examine les nouvelles Constitutions adoptées par les États de Virginie, de la Caroline, de la Pennsylvanie, du Delaware, du New Jersey et du Maryland. De même, les trois séjours que le publiciste provençal effectuera en Prusse entre 1785 et 1787 marqueront sa pensée politique à la veille de la Révolution. Son œuvre phare durant cette période, *De la monarchie prussienne sous Frédéric le Grand*, 8 vol., Londres : [s.n.], 1788, se lit, une nouvelle fois, comme un jeu de miroir avec le modèle français, par lequel il dénonce le système fiscal prussien, les limites de l'absolutisme éclairé, sa procédure civile et l'absence de garanties constitutionnelles dans le droit prussien.

624 Dans un souci de faciliter le travail de la jeune assemblée française, Mirabeau motive la publicité de cet ouvrage de la manière suivante : « J'ai cru qu'il serait utile dans la situation présente des affaires nationales, de connaître le règlement qu'observe la Chambre des Communes d'Angleterre pour débattre les questions politiques et pour voter » (Reglemens observés dans la Chambre des communes, Pour débattre les matières et voter, Traduit de l'Anglais, Mis au jour par le Comte de Mirabeau, The Newberry library, 1789, p.III).

625 Le manuscrit fait expressément référence aux immunités parlementaires et a donc pu constituer une source d'inspiration pour les révolutionnaires français le 23 juin 1789. Ce texte prévoit d'ailleurs que ces privilèges sont destinés contre le Roi : « Les privilèges des membres du parlement consistent dans la sécurité de ne pouvoir être arrêté pour cause civile pendant la session (…). Ils consistent encore dans la liberté des débats (…). Ces privilèges sont expressément réclamés en présence du roi par l'orateur » (Reglemens observés dans la Chambre des communes, Pour débattre les matières et voter. Traduit de l'Anglais. Mis au jour par le Comte de Mirabeau, The Newberry library, 1789, p.42).

γ) Un désir de servir affirmé et une ambition politique élevée de l'homme d'État Mirabeau

158. Cette partie entend se concentrer sur les traits de caractère de l'homme Mirabeau, à savoir l'*ambition* et le *pragmatisme*, deux qualités qui sont riches d'enseignements sur la naissance du décret du 23 juin 1789 et sur l'objectif qu'il sous-entend.

Concernant l'ambition de Mirabeau, celle-ci est précoce. Avant même l'ouverture des États généraux, l'œuvre du publiciste provençal constitue une somme importante et riche. Dès sa jeunesse, il emploie tout son talent d'écrivain à la rédaction d'ouvrages, tels que *Des lettres de cachet et des prisons d'État*. Poursuivant dans cette direction, Mirabeau a pu, grâce à ses nombreux périples et à ses rencontres, approfondir encore davantage une solide culture constitutionnelle et découvrir les principales innovations en matière d'ordonnancement institutionnel. En effet, comme l'observe François Quastana, « les relations nouées par Mirabeau, à Genève, en Angleterre, en Hollande et aux États-Unis, avec les « patriotes » de ces différents pays, le plaçaient à la veille de la Révolution au cœur d'un véritable réseau européen d'avant-gardes révolutionnaires »[626]. Tous ont en commun de partager une même conviction, qu'on retrouve également chez Mirabeau : la nécessité de l'avènement d'un ordre politique et social nouveau dans leurs pays respectifs. En effet, tout le sens de l'engagement politique de Mirabeau consiste dans la volonté de donner à la France une Constitution dont il espère qu'elle débouchera sur un régime promouvant des citoyens libres et égaux en droit et, de cette façon, de mettre fin à l'absolutisme monarchique. Pour autant, il n'en demeure pas moins attaché sincèrement à la royauté. Il entend précisément la régénérer en « relevant l'autorité royale »[627] grâce à la réunion des États généraux et, selon ses propres termes, en « tuant » le despotisme ministériel. On peut donc résumer l'idée principale du projet de Mirabeau de la manière suivante : « la recherche d'un juste milieu entre une démocratie excessive et une aristocratie oppressive, à travers la mise en place d'une monarchie sagement limitée »[628]. Ce projet entend permettre l'avènement d'un régime libéral dans lequel la souveraineté appartient au peuple qui participe à la fonction législative - par le vote de la loi - grâce à des représentants.

159. À la lecture de son projet, on perçoit que lorsque s'ouvre les États généraux, Mirabeau n'est pas dépourvu d'idées. Au contraire, tout au long de la période qui s'étend de son emprisonnement au donjon de Vincennes jusqu'à la veille de la Révolution, « la maturation de la pensée politique de Mirabeau (…) lui a permis d'arriver à la Constituante avec un corps d'idées sinon définitivement fixé du moins déjà établi sur des fondements solides »[629]. La quasi-totalité des conceptions qu'il

626 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.560.
627 Mirabeau, Lettre de Mirabeau au duc de Lauzun, 16 novembre 1788 in J.-M.-N. Lucas de Motigny, Mémoires…, op.cit., t.V, p.200.
628 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.530.
629 *Ibid*., p.561.

développe dans ses discours à la tribune de l'Assemblée Nationale sont déjà en germe dans ses œuvres écrites sous l'Ancien Régime, à l'image des immunités parlementaires comme nous le verrons par la suite. Foisonnant d'idées, Mirabeau est en effet l'un des députés qui a le plus médité ses positions à l'ouverture des États généraux. Jean Jaurès dira même de son travail de réflexion : « Jamais révolution ne fut préparée par une étude plus sérieuse, par une documentation plus riche. Mirabeau s'écriait un jour à la Constituante : Maintenant nous n'avons plus le temps de travailler, d'étudier : heureusement nous avons « des avances d'idées » »[630]. « Ces avances d'idées » feront progressivement de Mirabeau l'une des leaders de l'Assemblée[631].

160. On comprend logiquement que Mirabeau, en possession d'un tel projet d'ensemble, se mue très tôt en homme d'action, animé par une volonté croissante de servir la Nation[632]. D'où sa farouche volonté de se faire élire aux États généraux afin de pouvoir mettre en œuvre son plan de régénération de la monarchie. Les cinq premiers mois de l'année 1788 seront, dès lors, consacrés à la préparation de ce grand jour et à la mise en place d'une stratégie pour y être présent. Cet épisode met en lumière un trait de caractère saillant de Mirabeau, qui peut constituer une nouvelle hypothèse de réflexion pour déterminer la finalité réelle des immunités parlementaires : Mirabeau est habité par une haute ambition politique. Le juriste aixois a tenté, à plusieurs reprises, d'offrir ses services pour des postes de ministre[633] ou d'ambassadeur[634] aux divers ministres successifs, et a essayé d'influencer, sans jamais véritablement y parvenir, leur politique, notamment en matière économique comme nous l'avons vu. Étant donné ses nombreux échecs dans sa quête de servir l'État, Mirabeau se considère donc comme un homme sous employé par son pays et il trouve absurde ou inconscient de se priver plus longtemps de son expertise politique[635]. Cela aura pour

630 J. Jaurès, Histoire socialiste de la Révolution française, 1ère éd., 1900, éd. revue et annotée par A. Soboul, Préface E. Labrouse, Paris : Editions sociales, 1969, réimp. 1983, vol. I, La Constituante, p.489.

631 Il est incontestable qu'armé d'un tel bagage culturel, « nul n'était mieux préparé par ses travaux à y jouer un rôle » (H. Reynald, Mirabeau et la Constituante, Paris : Librairie académique Didier et compagnie, 1872, p.88).

632 « Mirabeau a tout raté et tout va lui sourire. Cet homme dispersé, intermittent, infidèle, vénal, saisit au vol la chance de survie : devenir la voix de la nation nouvelle » (F. Furet, M. Ozouf, Dictionnaire critique de la Révolution française. Les acteurs, T. 2, Paris : Flammarion, 2007, p.218).

633 Comme le note Jean-Jacques Chevallier, « ce Destin qui, sans doute, lui accorda de frapper fort et longtemps l'imagination des hommes, mais refusa d'exaucer son seul vœu profond : celui d'être l'inoubliable premier ministre, le Richelieu « pour la nation » d'une Monarchie régénérée par le grand mouvement de 1789 ; à ce Destin qui, masquant l'échec sous les prestiges oratoires, réduisit finalement le grand politique, sans cesse déjoué dans ses plus hautes vues par la malice des circonstances et des hommes, au rôle – flatteur mais creux – de première grande vedette de la Révolution » (J.-J. Chevallier, Mirabeau un grand destin manqué, Paris : Librairie Hachette, 1947, p.6).

634 Le gouvernement français lui confie en juillet 1786 une mission secrète à Berlin. Il est chargé par le ministre Calonne de rédiger un mémoire dans lequel il doit livrer sa vision de l'avenir et du rôle de la France en Prusse, à l'heure où la mort imminente de Frédéric II va ouvrir une nouvelle ère dans les relations entre ces deux États. Par ce mémoire, le ministre entend tester les aptitudes de Mirabeau à la carrière diplomatique. Une telle tâche remplit Mirabeau d'enthousiasme qui va essayer de servir au mieux les intérêts français, contrairement à l'ambassadeur de France en place à Berlin, le comte d'Esterno, dépourvu de tout talent pour saisir les subtilités de cette nouvelle donne. Mirabeau s'acquitte de cette tâche avec brio et remet au ministre un rapport riche et documenté, « Sur la situation actuelle de l'Europe ». Cependant, malgré une mission réussie qui aurait pu lui ouvrir les portes de la diplomatie, aucune suite ne sera donnée par les différents ministres successifs.

635 Mirabeau écrit, par exemple, dans une lettre qui fait suite à la sortie de son ouvrage *De la monarchie prussienne sous Frédéric le Grand* en 1787, sous forme de reproche à destination du gouvernement français : « Quand cet ouvrage paraîtra, je n'aurais à peu près que trente huit ans. J'ose le prédire il me fera un nom. Il se peut qu'il donne quelque regret à mon pays de laisser oisif un tel observateur et d'avoir mal récompensé ses travaux » (Mirabeau, Lettre de Mirabeau à

conséquence que, toute au long de sa vie, « la fin de non-recevoir qu'avait infligé un pouvoir ministériel peu perspicace à son ambition politique et personnelle ne lui avait laissé d'autre exécutoire que la destruction de l'ordre ancien »[636]. Dans ces conditions, en éternel revanchard, son élection au États généraux lui fournit l'occasion de devenir un serviteur de la Nation de premier plan[637]. Cette dernière précision est instructive étant donné qu'elle nous renseigne sur le deuxième trait de caractère de Mirabeau.

161. Outre son tempérament ambitieux, Mirabeau s'avère être également un homme pragmatique. Plus exactement, il est le prototype d' « un homme d'État », comme l'illustrera à merveille la fameuse séance du 23 juin 1789. Adepte de Machiavel, il en présente effectivement les deux qualités principales : il associe une faculté d'assimilation rapide des faits à une pensée empreinte de réalisme. L'épisode du débat sur la dénomination de la nouvelle Assemblée auquel Mirabeau participe, quelques jours avant la proposition du décret du 23 juin, en est l'illustration topique. De manière habile, il émet comme proposition de nom celle d'« Assemblée des représentants du peuple français ». Cette suggestion ne doit rien au hasard et met en lumière son opportunisme. Il sait précisément que cette dénomination volontairement large, qui n'a aucune prétention scientifique contrairement à celle de Sieyès, est suffisamment modérée et élastique pour, d'une part, convaincre le peuple[638] et obtenir la ratification du Roi, et, d'autre part, éviter la scission des trois ordres de manière à permettre la poursuite de la Révolution et la régénération de la monarchie. Même si sa motion ne sera finalement pas retenue de la part des députés, on observe qu'à travers cette proposition de titre, Mirabeau fait preuve, à la fois, de *stratégie* et de *réalisme*, propres à tout homme d'État. Ce sont incontestablement les deux traits de caractères les plus saillants de Mirabeau, comme cela ressort d'ailleurs majoritairement des portraits biographiques sur le publiciste provençal et même de la bouche même de Mirabeau, comme nous allons le constater.

162. *Homme stratégique* tout d'abord puisque Mirabeau possède la capacité d'assimiler des faits rapidement – dans notre cas d'espèce, la bonne continuation de l'entreprise révolutionnaire et la survie de la jeune Assemblée - et de s'adapter aux circonstances. Il est frappant de constater l'aptitude qu'a Mirabeau de s'élever au-dessus de l'effervescence des événements et de s'inscrire en

Mme de Nehra, 22 août 1787, citée partiellement *in* J.-M.-N. Lucas de Montigny, Mémoires…, op.cit., t.IV, p.436).

636 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau..., op.cit., p.561.

637 Comme le note Jean-Jacques Chevallier, son élection aux Etats-généraux représente « son heure à lui qui sonne, le déclassé. À lui, qui, en dépit de tant d'égarements, n'attend qu'une occasion pour être grand » (J.-J. Chevallier, Mirabeau un grand destin manqué, Paris : Librairie Hachette, 1947, p.43).

638 Afin d'obtenir l'accord du peuple sur le nom de cette Assemblée – accord nécessaire étant donné que Mirabeau estime que les représentants sont liés par un quasi-mandat impératif au peuple -, il propose stratégiquement la dénomination la plus « intelligible » (Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.111), la moins « alarmante, si peu prétentieuse » (*ibid*., p.113), « simple, paisible, incontestable » (*ibid*.). Il poursuit : « ne prenez pas un titre qui effraye. Cherchez-en un qu'on ne puisse vous contester, qui plus doux, et non moins imposant dans sa plénitude, convienne à tous les temps, soit susceptible de tous les développements que vous permettront les événements » (*ibid*., p.111).

permanence dans l'action et la responsabilité. Jean-Jacques Chevallier dresse un portrait éclairant et élogieux de Mirabeau sur ce point :

> « *Mirabeau prend la mesure (des événements), les perce à jour, les soupèse et les juge avec une sagacité merveilleuse, presque infaillible. (...) D'un coup d'œil il sait apprécier une situation historique pour en tirer, en éclair, les conséquences. Son instinct politique, capable de l'emporter en lui sur ses propres préjugés, est d'une étonnante sûreté : à condition que ses passions, ses rancunes, ses appétits, expressions d'un moi impulsif et volcanique, encombrant et excessif, ne viennent pas fausser son sens des proportions* »[639].

163. Outre sa faculté d'assimilation et d'adaptation, il possède en amont le *don de prévision*, « cette lucidité prophétique sans laquelle il n'est pas de grand homme d'État et que viendra encore fouetter, à travers les crises successives de la révolution, son imagination tragique »[640]. *Homme pragmatique* également puisque son tempérament stratège est corrélé à un esprit réaliste. En bon disciple de Machiavel, Mirabeau est, en effet, en mesure de pouvoir réajuster à tout moment sa position en fonction des circonstances politiques puisqu'il n'est enfermé dans aucun système. Sa faculté d'adaptation est facilitée par son absence assumée de tout dogmatisme. Comme l'observe François Quastana, « la pensée mirabelienne est frappée du sceau du réalisme et s'oppose diamétralement à celle de ce qu'il nomme « les faiseurs d'utopie »[641]. D'ailleurs, Mirabeau établit lui-même une distinction intéressante sur ce point au cours, une nouvelle fois, de la discussion sur la dénomination de la nouvelle assemblée, formulant en creux une critique contre Sieyès : il oppose le rôle et la démarche épistémologique d'un « métaphysicien » à ceux d'un « homme d'Etat ». Il convient de citer un long passage de son discours tant il est caractéristique du pragmatisme de la pensée de Mirabeau et révélateur des nombreux impératifs qui pèsent sur un homme d'État à l'inverse d'un philosophe :

> « *Dans ce moment, je me borne à insister sur la convenance de la dénomination que j'ai adoptée de représentants du peuple français. Je dis la convenance, car je reconnais que la motion de M. l'abbé Sieyès est conforme à la rigueur des principes, et telle qu'on doit l'attendre d'un citoyen philosophe. Mais, Messieurs, il n'est pas toujours convenable de consulter uniquement le droit sans rien accorder aux circonstances. Il est cette différence essentielle entre le métaphysicien qui, dans la méditation du cabinet, saisit la vérité dans son énergique pureté, et l'homme d'État qui est obligé de tenir compte des antécédents, des difficultés, des obstacles ; il est, dis-je, cette différence entre l'instructeur du peuple et l'administrateur politique, que l'un ne songe qu'à ce qui est, et l'autre s'occupe de ce qui peut être. Le métaphysicien, voyageant sur une mappemonde, franchit tout sans peine, ne s'embarrasse ni des montagnes, ni des déserts, ni des fleuves, ni des abîmes ; mais quand on veut réaliser le voyage, quand on veut arriver au but, il faut se rappeler sans cesse qu'on marche sur la terre, et qu'on n'est plus dans le monde idéal* »[642].

164. En d'autres termes, si Mirabeau est un homme de pensée qui a longuement médité son projet de rénovation de la monarchie, il ne s'enferme pas dans des discussions métaphysiques, à l'image de la théorie du mandat représentatif élaborée par Sieyès[643]. Empreint d'empirisme, il avouait lui-

639 J.-J. Chevallier, Mirabeau un grand destin manqué, op.cit., p.46.
640 *Ibid.*
641 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau (1771-1789)..., op.cit., p.326.
642 Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.113.
643 Comme l'affirme Jean-Jacques Chevallier, Mirabeau n'arrive pas aux Etats généraux « avec un système politique tout fait dans sa tête, comme un Mounier ou un Sieyès. (…) Évidemment, il est imbu de cet *esprit du siècle*, diffus dans

même, comme le souligne Jean-Jacques Chevallier, que « la « vie exécutive » lui convenait mieux que « la vie spéculative »[644]. En fin de compte, la convocation des États généraux lui permettra précisément de passer de la politique spéculative à la politique active. L'ensemble de ses qualités que nous avons pu analyser, le don de *prévision*, d'*assimilation*, d'*adaptation* et de *pragmatisme*, lui seront d'une grande utilité au moment de proposer l'instauration d'un statut dérogatoire aux députés.

165. On observe donc que le recours à des approches externaliste et internaliste de la pensée de Mirabeau ouvrent plusieurs pistes de réflexion sur les motifs exacts sous-entendus lorsque le publiciste aixois propose l'instauration des immunités parlementaires. C'est dès lors à la lumière des résultats obtenus qu'il convient désormais de repenser le sens de l'action révolutionnaire de Mirabeau et la portée réelle du décret du 23 juin 1789, de manière à trancher définitivement le débat entre la thèse représentative et la thèse exécutive qui divise les constitutionnalistes français.

2. Les répercussions du contexte absolutiste et de son système personnel sur sa conception des immunités parlementaires

166. La détermination du contexte historique de la fin du XVIIIème siècle, celle des conceptions de Mirabeau sur des questions aussi essentielles que la souveraineté, la séparation des pouvoirs et le mandat parlementaire, ou encore la description de son portrait psychologique permettent d'appréhender d'une nouvelle façon le décret du 23 juin 1789. Dans cette optique, il est dès lors possible d'en esquisser les grandes lignes et de suggérer des voies possibles pour une lecture renouvelée de manière à élucider définitivement la dispute juridique au sein de la doctrine constitutionnelle française entre la thèse représentative et la thèse exécutive **(a)**. En outre, la caractérisation du fondement véritable des immunités parlementaires à l'époque révolutionnaire nous renseigne directement sur le champ d'application exact du décret du 23 juin 1789 qu'entend lui conférer Mirabeau. Soucieux de protéger au mieux l'intégrité de cette nouvelle assemblée, Mirabeau semble opter pour l'interprétation la plus large possible, même si l'indécision qui entoure à cette date la distinction entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité est nettement palpable **(b)**.

la société cultivée, fait d'apports multiples qui se fondent dans une aspiration générale : liberté de l'individu, sous toutes ses formes, civile, politique, économique, religieuse ; haine du « despotisme » ; guerre aux préjugés et d'abord au préjugé catholique. Mais cela ne fait pas un système politique » (J.-J. Chevallier, Mirabeau un grand destin manqué, op.cit., p.45).

644 *Ibid*.

a. La solution à la question du fondement véritable des immunités parlementaires à la Révolution

167. La détermination préalable des présupposés historiques et politiques de la pensée de Mirabeau nous permet désormais d'éclaircir les intentions réelles de ce dernier à travers sa proposition d'instituer un statut dérogatoire à l'égard des députés. Pour la majorité de la doctrine constitutionnelle, la naissance des immunités parlementaires serait une mesure purement circonstancielle destinée à protéger les représentants des futurs emprisonnements du pouvoir exécutif. Pour d'autres, en position minoritaire, elle trouverait sa justification au contraire dans l'apparition concomitante du mandat représentatif.

La solution à ce débat constitutionnel sera précisément l'objet de cette partie. En ce sens, il sera judicieux de mettre en lumière la conception *ambivalente* du mandat représentatif partagée par Mirabeau à la date du 23 juin 1789, apportant de ce fait un sérieux démenti à la thèse représentative **(α)**. À l'inverse, toute la pensée de Mirabeau est orientée vers la défense de la liberté et la haine du despotisme, gage d'arbitraire. Il semble donc, à première vue, que Mirabeau, s'inspirant du droit anglais, vise à protéger le principe de la séparation des pouvoirs en mettant à l'abri les parlementaires de tout emprisonnement royal, et au-delà à garantir le transfert de souveraineté opéré, donnant ainsi un certain crédit à la thèse exécutive **(β)**. Dans une moindre mesure, le décret du 23 juin dont Mirabeau est le principal initiateur est également l'instrument par lequel il réalise ses désirs de gloire **(γ)**.

α) Une conception ambivalente du mandat représentatif ou l'exclusion de la thèse représentative

168. Pour des raisons chronologiques, historiques et fonctionnelles évoquées précédemment, quelques constitutionnalistes français érigent les immunités parlementaires dans leur ensemble comme une conséquence directe et nécessaire de la transformation du mandat impératif en mandat représentatif. Cependant, ces auteurs négligent totalement la conception personnelle du mandat parlementaire soutenue par Mirabeau à la date du 23 juin 1789 qui est, pourtant, le principal initiateur des immunités parlementaires en France. Or il est incontestable que sa représentation *particulière* du mandat parlementaire conditionne directement la manière de concevoir le statut dérogatoire des parlementaires et révèle en creux les fondements réels des immunités parlementaires. En d'autres termes, toute la difficulté consiste à rechercher si Mirabeau a pensé le statut immunitaire des parlementaires comme le corollaire du mandat représentatif apparu en substance le 17 juin 1789.

169. En l'occurrence, il apparaît clairement qu'au jour du 23 juin 1789, Mirabeau défend une conception *singulière* du lien unissant les représentants aux mandants, marquée par l'indétermination comme l'a révélé l'analyse internaliste de sa pensée. Sa vision du mandat parlementaire est en effet le résultat d'une association entre certaines caractéristiques du mandat impératif et de quelques éléments du mandat représentatif, au point qu'il est possible de le qualifier de « mandat *sui generis* ». D'un côté, le publiciste provençal est farouchement convaincu du bien-fondé du mandat représentatif en ce qu'il s'inscrit précisément dans le projet politique de Mirabeau caractérisé par la régénération de la monarchie et, plus généralement, de la Nation. Il répond en effet à la fois, selon lui, à des nécessités politiques et fonctionnelles. *Politiques* tout d'abord, puisque le mandat représentatif, en érigeant les députés au statut de représentants de la Nation et non plus de représentants d'une circonscription particulière, efface les divisions qui traversent la société française d'Ancien Régime qui n'est alors qu'un « agrégat composite d'individus dotés de statuts divers et variés »[645]. Il permet l'avènement d'un peuple comme tout indivisible, qui ne connaît rien des races, des religions, des croyances ou des intérêts particuliers, réalisant ainsi l'objectif de l'unité nationale qui transcende toute l'œuvre de Mirabeau[646]. *Fonctionnelles* également, puisque le mandat représentatif est pour lui une condition de l'existence même du Parlement. Lieu de confrontation des idées et de construction d'un consensus, cette dynamique serait irréalisable si les élus étaient les simples porte-paroles d'une idée de départ qui serait dans l'impossibilité d'évoluer. En témoigne ainsi sa célèbre apostrophe : « si nous sommes liés par nos instructions, nous n'avons qu'à déposer nos cahiers sur nos banquettes et à nous en retourner chez nous »[647]. C'est pourquoi le mandat représentatif apparaît crucial à ses yeux puisqu'il permet la métamorphose des États généraux, simple organe de consultation du Roi, en véritable assemblée nationale capable de prendre les mesures impératives qui s'imposent pour régénérer le royaume. L'indépendance des représentants est donc vitale pour Mirabeau.

170. Toutefois, et c'est ici qu'on note le caractère contradictoire de sa conception du mandat parlementaire, Mirabeau estime nécessaire, dans le même temps, d'encadrer la liberté de délibération des représentants de la Nation. Cette exigence ressort clairement quelques jours avant la proclamation des immunités parlementaires du débat relatif à la dénomination de l'Assemblée Nationale, au cours duquel il exige expressément d'obtenir l'approbation des mandants sur le nom proposé[648]. Même s'il faudra attendre le 17 juin pour que soit proclamé le caractère représentatif de

645 E. Zoller, Introduction au droit public », op.cit., p.185, note 1.
646 Sur ce point, Mirabeau rejoint la position de Sieyès qui est le « théoricien de l'unité nationale » (P. Bastid, Sieyès et sa pensée, op.cit., p.365). Le publiciste provençal écrit notamment le 23 juin 1789 alors qu'une partie des autres ordres refuse toujours de rejoindre le Tiers-Etat : « au reste, nous ne perdons pas encore l'espoir d'une réunion générale » (Mirabeau, Lettres du comte de Mirabeau à ses commettants, lettre 13, 23, 24 et 25 juin, op.cit., p.305).
647 Mirabeau, cité par C. Rouillon, La discipline de vote dans les groupes parlementaires de l'Assemblée Nationale sous la Vème République, Mémoire de Master 2, Université Panthéon-Sorbonne, 1990-1991, p.18.
648 Symptomatique de sa représentation ambivalente du mandat parlementaire, Mirabeau prononce la phrase suivante le 15 juin 1789, soit huit jours avant le décret du 23 juin 1789 : « Vos mandats, vos cahiers vous autorisent-ils à vous

leur mandat, Mirabeau n'est pas convaincu entièrement par l'indépendance découlant de ce type de mandat. En ce sens, les motifs qui le poussent à défendre l'obéissance docile des représentants aux volontés des électeurs, modalité significative du mandat impératif, ont été mis en lumière par l'analyse externe et interne de sa pensée. D'un point de vue *politique*, Mirabeau est intimement convaincu, s'inspirant en cela des prescriptions de Rousseau, que le régime représentatif comporte le risque d'une confiscation de la souveraineté dont le détenteur exclusif est, pourtant, à ses yeux, le peuple. Dans le cadre de sa pensée constitutionnelle, partant du postulat jusnaturaliste de l'origine populaire du pouvoir – et ce afin de saper les fondements la monarchie absolue de droit divin -, il refuse catégoriquement d'assimiler le souverain à l'Assemblée Nationale, même si le pouvoir législatif reste pour lui le pouvoir suprême de commandement en tant qu'interprète de la volonté générale. Dans le cas contraire, cette identification aurait pour conséquence l'apparition d'une « aristocratie souveraine de six cent personnes »[649], autrement dit le remplacement du despotisme absolutiste par une nouvelle forme de despotisme. Or, comme l'a démontré l'analyse externe de son œuvre, toute la pensée mirabeauienne est structurée autour de son combat contre toute forme d'arbitraire, facteur d'anéantissement de la liberté. D'un point de vue *épistémologique*, pour rejeter le mandat représentatif, Mirabeau estime ce dernier *théoriquement* fondé mais *en pratique* irréaliste. S'il oppose la théorie à la pratique, cela résulte du fait que Mirabeau, pourtant homme de pensée, estime qu'il doit réfléchir en homme d'État, en homme d'action et non en « métaphysicien »[650]. Fidèle de Machiavel, l'approche internaliste a mis en exergue effectivement tout l'opportunisme et le pragmatisme dont il fait preuve. Homme stratège, il ne s'embarrasse pas de « discussions métaphysiques »[651], ce qui explique sa proposition de nom de la future Assemblée Nationale la plus consensuelle et la plus intelligible possible. À cet égard, la formule du philosophe français Henri Bergson résume parfaitement l'état d'esprit de Mirabeau : « Il faut agir en homme de pensée et penser en homme d'action »[652].

171. On retient donc de la conception du mandat parlementaire partagée par Mirabeau son caractère équivoque. Elle constitue une sorte d'instrument hybride placé entre deux espèces nettement définies, le mandat représentatif et le mandat impératif, même si en réalité, au regard de ses modalités, Mirabeau semble davantage pencher en faveur du second. Or ce lien indéterminé et indéterminable entre l'électeur et le député dans l'esprit de Mirabeau est riche d'enseignements. En effet, l'ambiguïté de sa conception du mandat parlementaire nous renseigne directement sur le lien éventuel et supposé entre les immunités parlementaires et le mandat représentatif aux premières

déclarer l'Assemblée des seuls représentants connus et vérifiés » (Mirabeau, A.P., t.VIII, p.111) ou encore : « Êtes-vous sûrs d'être approuvés de vos commettants ? » (*ibid*., p.110).

649 Mirabeau, Mémoires biographiques, littéraires et politiques de Mirabeau, écrits par lui-même, par son père, son oncle et son fils adoptif et précédés d'une étude sur Mirabeau par Victor Hugo, La Haye : Vervloet, 1834, vol. VI, p.281.

650 Mirabeau, A.P., tome VIII, 15 juin 1789, p. 113.

651 *Ibid*., p.110.

652 H. Bergson, Écrits et paroles, Paris : PUF, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1957, 236 p.

heures de la Révolution. En d'autres termes, la nature indécise du mandat révolutionnaire soutenue par Mirabeau à la date du 23 juin 1789 – et même au-delà - interdit donc d'analyser la proclamation des immunités parlementaires comme le corrélat d'un mandat au caractère fondamentalement représentatif. A quelques jours de la proclamation des immunités parlementaires, Mirabeau n'est pas convaincu en homme d'État par la théorie du mandat représentatif. Reformulé en d'autres termes, à l'heure où Mirabeau propose le décret du 23 juin 1789, le mandat représentatif fait l'objet de sa part d'un rejet certain et il considère encore les députés comme des quasi-mandataires de leurs circonscriptions malgré leur statut de députés de la Nation reconnu le 17 juin 1789. Il en résulte donc que le principal protagoniste de l'introduction des immunités parlementaires en droit français n'a pas conçu ces dernières comme la conséquence logique et inévitable du mandat représentatif. Par voie de conséquence, du fait de leur caractère asynchrone, il apparaît évident que la thèse représentative défendue par une minorité des constitutionnalistes français doive être écartée ou, pour le moins, nuancée.

Une fois cette thèse réfutée, il convient dès lors d'examiner la thèse exécutive, toujours en ayant recours aux enseignements de l'approche externaliste et internaliste.

β) Une protection immunitaire focalisée contre le seul pouvoir exécutif ou la validation de la thèse exécutive

172. Il a été mis en lumière que Mirabeau n'a pas proposé l'instauration des immunités parlementaires afin de garantir une indépendance des députés à l'égard des représentés. Celle-ci demeurant à l'époque encore très relative, la question de l'autonomie des représentants ne semble se poser réellement qu'en termes d'indépendance vis-à-vis du seul pouvoir exécutif. Dans cette optique, par le biais du décret du 23 juin 1789, Mirabeau, véritable « chien enragé contre le despotisme », œuvre à protéger, sous la pression des événements du 23 juin 1789, les parlementaires dans leur personne à proprement parler contre les emprisonnements arbitraires du pouvoir exécutif (**1**). Il vise aussi et surtout à « sanctuariser le Parlement en tant qu'Assemblée collégiale, comme épicentre du pouvoir constitué et représentant principal de la nation »[653], et ce de manière à sauvegarder la Révolution (**2**).

653 C. Euzet, Les fondements doctrinaux de la protection des pouvoirs constitués, op.cit., p.30-31.

1) la préoccupation immédiate de Mirabeau : mettre les parlementaires à l'abri de l'arbitraire royal et ministériel

Comme l'a mis en exergue la mise en contexte de la pensée de Mirabeau, tout le sens de l'engagement politique du publiciste provençal vise à dénoncer le despotisme monarchique et l'arbitraire qui en découle. Victime dans sa chair de l'enfermement à plusieurs reprises au cours de sa vie, la défense de la liberté sous toutes ces formes traverse son œuvre doctrinale. Homme d'action, les circonstances de la journée du 23 juin 1789 lui fournissent donc l'opportunité de mettre en œuvre et de défendre ses convictions, ainsi que de lutter fièrement contre l'absolutisme royal et ministériel.

173. Il est incontestable que la période allant de l'ouverture des États généraux jusqu'au 20 juin 1789 a consisté en une lente et soudaine dépossession de la souveraineté du Roi au profit de la jeune et frêle Assemblée du Tiers État. En effet, par la Déclaration du 17 juin 1789 et le Serment du Jeu de Paume qui intervient trois jours plus tard, le Tiers se constitue en Assemblée Nationale et revendique, au détriment du Roi, l'exercice de la souveraineté constituante. Dans ces conditions, la séance du 23 juin par lequel le monarque réunit les trois ordres constitue une sévère réaction, une « contre-offensive »[654] du pouvoir royal, rabaissé désormais au rang de simple pouvoir constitué, subordonné à la Nation souveraine, et dès lors dans l'obligation de stopper cette dynamique irréversible. Or le déroulement même de cette convocation royale, que ce soit l'organisation matérielle ou le fond du discours du Roi, met en garde Mirabeau et le fait réagir en ce qu'il est symptomatique du despotisme royal et de la volonté du roi d'inspirer la peur[655]. Dès le début de la séance, il note que « le 23 juin, on déploie tout l'appareil du pouvoir arbitraire : une garde nombreuse entoure la salle des états généraux, on établit des barrières, dans un moment où tout devrait inspirer la confiance, on ne forge qu'à imprimer la terreur »[656]. Les plusieurs adresses du Roi qui suivent l'ouverture de la réunion sont de la même teneur : il annule en substance toutes les initiatives prises par le Tiers État et ordonne aux trois ordres de siéger en Chambres séparées. Or, outre sa déception, on retient surtout que Mirabeau considère ces allocutions comme une démonstration intolérable de l'absolutisme de la monarchie d'Ancien Régime, contre lequel s'est

654 M. Winock, 1789 l'année sans pareille, op.cit., p.115.

655 La réunion commence par un cérémonial destiné à impressionner le Tiers État et à le rabaisser : la Cour est en habit de cérémonie, accompagné d'un afflux de soldats en armes. Le Roi entre en grande pompe dans la salle suivi de ses bannières, de ses officiers en habit d'apparat, de ses guidons (porteurs d'étendards), de ses gardes, de ses huissiers, de ses tabards chamarrés (porteurs d'armoiries), de sa troupe de musique sur un tempo assourdissant rythmé par les timbales, etc... ; Voir en ce sens : Winock, 1789, l'année sans pareille, op.cit., p.115.

656 Mirabeau, Lettres du comte de Mirabeau à ses commettants, lettre 13, 23, 24, 25 juin, op.cit., p.296. A cet égard, il convient d'observer qu'avant même d'entrer dans la Salle des Menus Plaisirs, le pouvoir exécutif a voulu rabaisser la représentation nationale : les députés du Tiers État n'ont accès à la salle qu'après que soient entrés soigneusement les deux autres ordres et doivent donc attendre dehors sous la pluie durant un long moment. Comme le note Michel Wincok, « tout semble avoir été organisé, y compris les rigueurs du ciel, pour humilier ceux qui ont eu l'audace de se constituer en Assemblée National » (M. Winock, 1789, l'année sans pareille, op.cit., p.115).

construit toute sa réflexion et son projet politique. Il souligne en effet : « nous ne trouvons point dans cette déclaration la responsabilité des ministres, solennellement réclamée par la nation (…). Mais, en revanche, l'intention formelle de conserver les lettres de cachet avec de vaines modifications »[657] qui sont, pour lui, l'archétype du despotisme monarchique. Resituant ces discours dans l'histoire de la monarchie française, il les juge même comme l'apogée inédite d'une concentration des pouvoirs au profit du monarque. Il écrit : « le Roi, non content de prescrire des lois aux états-généraux, et même leur police, soit intérieure, soit extérieure, ne parle que par cette formule : *Je veux*, *je défends*, *j'ordonne* ; de sorte qu'un Monarque ne s'est jamais plus formellement arrogé tous les pouvoirs sans limite et sans partage... »[658]. La suite des événements n'en est que la confirmation. Désireux de réaffirmer sa souveraineté indivisible conformément à la conception d'Ancien Régime, le Roi menace même l'Assemblée de dissolution, ce qui signifierait la fin de la Révolution : « Si, par une fatalité loin de ma pensée, vous m'abandonniez dans une si belle entreprise, seul, je ferai le bien de mes peuples ; seul, je me considérerai comme leur véritable représentant »[659]. Il termine cette démonstration de force par le commandement péremptoire adressé aux députés de se séparer avant de reprendre le lendemain leurs séances dans les chambres affectées à chacun des ordres.

174. On mesure ainsi le climat de terreur et de pression qui entoure les députés (du Tiers État) le 23 juin 1789. Pareille mise en scène royale ne peut manquer de faire forte impression sur la représentation nationale[660], encore jeune et surtout sans défense, sous réserve d'un soutien populaire notable. La suite des événements est tout aussi inquiétante puisqu'à la fin de la séance du 23 juin 1789, des troupes sur ordre du monarque stationnent autour de Versailles. L'intimidation exercée sur les députés est à son comble. Dès lors, lorsque Louis XVI intime l'ordre de manière autoritaire d'évacuer la salle de l'Hôtel des Menus Plaisirs de Versailles, Mirabeau, en homme opportuniste et engagé, - qui prend d'ailleurs la parole en premier - ne peut laisser passer cette occasion de s'opposer au despotisme du Roi, soutenu par des ministres inconséquents :

> « *J'avoue que ce que vous venez d'entendre pourrait être le salut de la patrie si les présents du despotisme n'étaient pas toujours dangereux. Quelle est cette insultante dictature ? L'appareil des armes, la violation du temple national, pour vous commander d'être heureux* ? »[661].

C'est ici que l'étude externaliste et internaliste de sa pensée prend tout son sens et clarifie la portée réelle de la motion du 23 juin 1789 qu'initie Mirabeau.

657 *Ibid.,* p.299-300.
658 *Ibid*., p.301.
659 A.P., 1ère série, t.VIII, 23 juin 1789, p.146.
660 Les députés sont cernés par la force armée puisqu'on dénombre les « détachements de gardes-françaises, de gardes-suisses dans les rues voisines ; patrouilles de maréchaussées qui dispersent les attroupements et séparaient même les députés lorsqu'ils marchaient plusieurs ensemble ; sentinelles dans la cour des Menus-Plaisirs, à toutes les portes, dans le vestibule, le corridor et jusque dans la salle » (J.-J. Chevallier, Mirabeau, Un grand destin manqué, op.cit. p.59).
661 Mirabeau, A.P., t.VIII, 23 juin 1789, p.146.

175. En réalité, le décret du 23 juin 1789 initié par Mirabeau qui institue un statut immunitaire à l'égard des députés, répond à deux préoccupations immédiates complémentaires. *D'une part*, doté d'une faculté d'anticipation et de compréhension rapide des événements comme l'a établi l'analyse interne des traits de caractère de Mirabeau, le publiciste provençal pressent pertinemment, au regard de la teneur des discours du monarque et de l'appareil militaire impressionnant en dehors de la salle[662], qu'après l'ordre de dispersion du Roi, la probabilité d'un emprisonnement des députés est extrêmement élevée[663]. Cette prémonition est mise en exergue par sa célèbre apostrophe qui n'est absolument pas de pure forme : « nous ne quitterons nos places que par la puissance des baïonnettes »[664]. Perspicace, ses prévisions sont justes puisque comme l'observe Jean-Jacques Chevallier, « la Cour, qui n'avait pas fait donner « les baïonnettes » le soir de la séance royale, préparait sa revanche derrière le masque de mesures conciliatrices. Des troupes – plus de trente mille hommes, surtout des régiments étrangers, mercenaires, jugés plus sûrs – venaient se masser autour de Paris, avec des canons »[665]. Il est donc quasi-certain que le Roi projetait de faire procéder à des arrestations d'une majorité de députés, au moyen éventuel de lettres de cachet et de faire disperser le reste. Or la dénonciation de toute forme d'arbitraire trouve un écho évident dans l'œuvre et la vie de Mirabeau. Il a été observé en effet que ce dernier, victime à plusieurs reprises de lettres de cachet sur demande de son père et d'un enfermement de quelques années au donjon de Vincennes, pointe les commandements arbitraires – et spécialement les lettres de cachet, « chef d'œuvre moderne d'une ingénieuse tyrannie »[666] - comme les premiers maux de l'absolutisme en ce qu'ils sont l'une des plus graves dérogations à la liberté des citoyens, plaçant ces derniers dans un sentiment de peur constant. Son combat se retranscrit en outre dans ses œuvres. Ses manuscrits « Essai sur le despotisme » et « Essai sur les lettres de cachet et les prisons d'État », en sont l'illustration, dans lesquels il juge que le pouvoir absolu d'un individu réduit l'homme à l'état d'esclave, dépourvu de la qualité première du genre humain : la liberté[667]. Tout le sens de son engagement politique est résumé par Mirabeau lui-même lors de sa candidature aux États généraux: il est « un chien enragé car le despotisme et le privilège mourront de (s)a morsure »[668].

662 Mirabeau est conscient du danger qui encercle les députés puisqu'il affirme après l'intervention du Roi : « une force militaire environne l'Assemblée » (*ibid.*).

663 En réalité, avant même la tenue de la séance, Mirabeau a déjà anticipé en homme d'État l'attitude à tenir lors de la convocation royale et opte pour la résistance. En effet, comme le note Jean-Jacques Chevallier, « la veille (du 23 juin 1789), réunis au Club breton, où Mirabeau était influent, une douzaine de hardis députés, dont le curé Grégoire, instruits de ce que la Cour préparait, avait résolu de donner au Tiers ce mot d'ordre : rester dans la salle. Et, ce matin, avant la séance, circulant parmi les groupes, ils avaient dit : voilà ce qui se trame, et voilà ce que, chez les patriotes, on est convenu de faire » ((J.-J. Chevallier, Mirabeau, Un grand destin manqué, op.cit. p.59).

664 Mirabeau, A.P., t.VIII, 23 juin 1789, p.146.

665 J.-J. Chevallier, Mirabeau, Un grand destin manqué, op.cit. p.65.

666 Mirabeau, Essai sur le despotisme, op.cit., p.70.

667 Défenseur de la liberté conformément au courant du républicanismes classique en ce qu'elle est vecteur de lumière, il affirmera au moment de proposer l'instauration des immunités parlementaires : « C'est aujourd'hui que je bénis la liberté de ce qu'elle mûrit de si beaux fruits dans l'Assemblée nationale » (Mirabeau, A. P., 1ère série, t.VIII, 23 juin 1789, p.147).

668 Arbaud 75, Ms., Lettres de Mirabeau à M. de Comps, 29 janvier 1789.

176. Ainsi, par cette mise en contexte de sa réflexion, la visée première du décret du 23 juin dont il est à l'origine s'élucide. En fait, à travers sa proposition d'instituer une immunité à l'égard des parlementaires, Mirabeau vise clairement, sous la pression des circonstances, à mettre à l'abri les députés de tout enfermement arbitraire ou plus spécialement, de toute lettre de cachet diligenté par le pouvoir exécutif, et ce de manière à sauvegarder leur liberté. Inquiet de la réaction du Roi qui projette l'incarcération d'une grande partie des parlementaires[669], il est conscient de la dépendance de l'autorité judiciaire aux instructions politiques du pouvoir exécutif[670]. Il s'agit ainsi pour Mirabeau de se protéger à la fois des « poursuites judiciaires et (des) attentats du pouvoir exécutif »[671]. Dans ces conditions, Mirabeau proclame donc le caractère intangible de leurs personnes et interdit, de ce fait, toute poursuite, recherche, arrestation ou détention à leur égard : « l'Assemblée Nationale déclare que la personne de chaque député est inviolable »[672]. De la sorte, le décret du 23 juin 1789 est donc la mise en œuvre et la concrétisation de son projet politique visant à faire table rase du despotisme royal[673]. En outre, la seconde motivation du décret du 23 juin 1789 est complémentaire de la première. En effet, Mirabeau est d'autant plus préoccupé de la riposte du Roi après la séance du 23 juin que ses décisions sont inspirées par de funestes conseillers ministériels. Par l'expression de cette crainte, un autre cheval de bataille de Mirabeau révélé par l'analyse externaliste se manifeste : la dénonciation du despotisme ministériel observable à la fin du XVIIIème siècle. Selon lui, la dégénérescence de la monarchie française trouve son explication dans la négligence et l'inaptitude des agents ministériels du Roi, que ce soit en matière judiciaire, financière ou économique, à l'image de Necker, incapables de mener des réformes efficaces. C'est pourquoi Mirabeau prônera de manière prophétique l'inscription dans la future Constitution d'une responsabilité politique des ministres pour que ces derniers rendent des comptes de leurs choix politiques.

177. Dans le cadre précis de la journée du 23 juin 1789, Mirabeau craint donc que les conseillers ministériels du Roi dépourvus de sens politique ne lui conseillent le choix de l'emprisonnent des députés rebelles. Il est incontestable que Mirabeau fait preuve sur ce point de perspicacité puisque

669 Pour Mirabeau, le décret du 23 juin 1789 est une mesure de « prudence » (Mirabeau, A.P., 1ère série, t.VIII, 23 juin 1789, p.147) et non de « crainte » (*ibid.*) qui vise à anticiper les enfermements despotiques.

670 Le décret du 23 juin 1789 s'adresse directement à l'autorité judiciaire. Fixant le champ d'application organique, le texte juridique mentionne tout « tribunal, cour ou commission » (Mirabeau, A.P., 1ère série, t.VIII, 23 juin 1789, p.147).

671 Mirabeau, Courrier de Provence. Pour servir de suite aux Lettres du comte de Mirabeau à ses commettans, Vol.III, séance du 10 octobre 1789, n°XXXIII, p.283.

672 Mirabeau, A.P., 1ère série, t.VIII, 23 juin 1789, p.147. Signe de l'unanimité des députés sur la nécessité d'adopter des immunités parlementaires, ce décret sera largement adopté, à la pluralité des voix (493 voix contre 34) après un court débat.

673 Le journal de Mirabeau destiné à ses commettants le confirme expressément. Lorsqu'un des députés juge que proclamer un statut dérogatoire à l'égard de la représentation nationale est « s'arroger un privilège exclusif, et que tous les citoyens avaient autant de droit que nous à la sûreté que nous réclamons », Mirabeau insiste sur l'impérative nécessité de protéger en priorité les parlementaires contre l'arbitraire royal le 23 juin 1789 : « sans doute tous les citoyens devaient être également à l'abri des emprisonnements arbitraires ; mais que les députés aux États généraux étaient les seuls qui ne dussent pas être recherchés dans les formes mêmes légales, pendant la durée des sessions » (Mirabeau, Lettres de comte de Mirabeau à ses commettans, pendant la tenue de la première législature, op.cit., p.304).

les orientations du Roi, à travers ses discours du 23 juin 1789, sont révélateurs de l'imprévision de ses plus proches conseillers et de leur incapacité à prendre la mesure du changement politique en cours au sein de la société française[674], première d'une longue série d'erreurs qui mèneront Louis XVI à la guillotine[675]. La seconde motivation du décret du 23 juin 1789 est donc claire : Mirabeau manifeste sa volonté de protéger les députés des réactions immodérées et irresponsables des ministres qui influencent et persuadent négativement le monarque. Cela ressort clairement des propos introductifs à sa motion : le décret du 23 juin est un « *frein contre les conseils violents qui assiègent le trône* »[676]. Ainsi, une nouvelle fois, ce texte juridique permet à Mirabeau de concrétiser un second combat politique sous l'Ancien Régime auquel il attache beaucoup d'importance : « tuer le despotisme ministériel »[677].

178. Il en résulte donc que Mirabeau, à travers sa proposition d'établir des immunités parlementaires par le décret du 23 juin 1789, entend lutter manifestement de manière circonstancielle, à la fois, contre le despotisme royal et, son corollaire, celui ministériel, qui constituent ses principales revendications politiques depuis l'Ancien Régime. Il semble donc que le privilège immunitaire des députés soit largement orienté contre le pouvoir exécutif, validant ainsi la thèse exécutive. Mais l'homme d'État Mirabeau, clairvoyant, voit plus loin et envisage les événements sur le long terme. Ce faisant, découle de ses deux premiers objectifs circonstanciés un ultime objectif majeur visé par le député d'Aix qui s'inscrit cette fois-ci dans un temps plus long : l'intangibilité de l'Assemblée et donc l'intangibilité du transfert de souveraineté.

674 Avec l'aide du Conseil du Roi qui se réunit trois fois entre le 20 et le 23, le Roi a mûrement réfléchi sa réponse à la multiplication des atteintes à sa souveraineté. Son gouvernement est divisé. Les ministres modérés (Necker, Montmorin, La Luzerne, Saint-Priest) proposent un plan de conciliation répondant de manière positive aux réclamations des cahiers de doléances (égalité fiscale, abolition des corvées, liberté de la presse…). Finalement, la position de la frange conservatrice de ses ministres – dont le garde des sceaux Charles de Paule de Barentin -, appuyé par les frères du Roi, l'emporte, qui prévoit l'annulation de toutes les initiatives prises par le Tiers Etat, dont celle de se constituer en Assemblée Nationale. Voir en ce sens : M. Winock, 1789, l'année sans pareille, op.cit., p.114.

675 Mirabeau réitère, quelques temps après, sa critique du manque de jugement des conseillers du Roi par leur choix délibéré de déployer un arsenal militaire impressionnant autour de la salle lors de la séance royale du 23 juin 1789 qui a eu pour conséquence de faire naître une réaction populaire incontrôlable contre l'institution royale. Fidèle à la monarchie, il déclare en effet le 8 juillet 1789 : « ont-ils prévu, les conseillers de ces mesures, (...) les suites qu'elles entraînent pour la sécurité même du trône? Ont-ils étudié dans l'histoire de tous les peuples comment les révolutions ont commencé, comment elles se sont opérées ? Ont-ils observé par quel enchaînement funeste de circonstances les esprits les plus sages sont jetés hors de toutes les limites de la modération, et par quelle impulsion terrible un peuple enivré se précipite vers des excès dont la première idée l'eût fait frémir ? » (Mirabeau, A.P., 1ère série, t.VIII, 8 juillet 1789, p.210).

676 Mirabeau, A.P., 1ère série, t.VIII, 23 juin 1789, p.147.

677 Mirabeau, Lettres de Mirabeau au duc de Lauzun, 16 novembre 1788, in J.-M.-N. Lucas de Montigny, Mémoires…, op.cit., t.V, p.200. Le 8 juillet 1789,

2) la préoccupation à long terme de Mirabeau : protéger le corps législatif, organe de la représentation nationale et *a fortiori* l'intangibilité du transfert de souveraineté

179. En garantissant la protection de la personne même des députés contre toute action juridique, les intentions de Mirabeau, à travers le décret du 23 juin 1789, sont en réalité plurielles. Outre la volonté de soustraire les députés au risque - dicté par les circonstances du moment - d'un emprisonnement arbitraire du pouvoir royal sur les conseils d'agents ministériels inconséquents, le publiciste provençal poursuit également un objectif suprême – intimement lié au premier - qui dépasse les événements de la journée du 23 juin 1789 : les immunités parlementaires sont un moyen pour lui d'affirmer leur indépendance fonctionnelle par rapport au pouvoir exécutif et par là-même de protéger la Révolution.

180. Il convient de remarquer qu'un tel projet fait directement écho au sens de son entreprise intellectuelle mise en lumière par l'analyse interne de sa pensée. Nous avons pu constater que loin d'être une parenthèse dans la réflexion de Mirabeau, il met au centre de ses interrogations, de manière précoce, le principe de la séparation des pouvoirs. Grand admirateur du régime constitutionnel de l'Angleterre, il conçoit ce principe comme un remède aux maux du despotisme de l'exécutif royal et ministériel, en ce qu'il est un instrument de protection de la liberté. En dépit de la polysémie de cette notion et la multiplicité de ses définitions, il manifeste une préférence pour un système de balance des pouvoirs, écartant le modèle de la spécialisation des autorités. Convaincu de la hiérarchie des fonctions étatiques, Mirabeau milite en faveur de la supériorité de la fonction législative en tant qu'elle est l'expression exclusive de la souveraineté, et corrélativement de la subordination du pouvoir exécutif. Bien entendu, Mirabeau est favorable à une modération du pouvoir législatif afin d'éviter de remplacer le despotisme royal par une autre forme de despotisme, celui de l'assemblée. C'est ce qui explique sa défense d'un droit de veto absolu à l'égard du monarque le 15 juin 1789 – et à nouveau en septembre 1789 - par lequel celui-ci prend part à la fonction législative en refusant de sanctionner la loi adoptée par l'organe législatif. D'évidence cette préoccupation constitue une priorité pour le député d'Aix puisqu'à l'inverse, quelques jours plus tard, le 23 juin 1789, il s'évertuera à défendre cette fois-ci, non plus la division au sein du pouvoir législatif, mais celle entre l'exécutif et le législatif par l'intermédiaire du décret du 23 juin 1789.

181. Dès lors, son vif attachement au principe de la séparation des pouvoirs indique de façon claire l'objectif supplémentaire et suprême de Mirabeau en décrétant des immunités parlementaires : il vise par-dessus tout à sanctuariser l'Assemblée Nationale en tant qu'*organe délibérant chargé d'incarner* et *d'exprimer la volonté nationale,* même s'il considère le pouvoir législatif *dans son*

ensemble comme le pouvoir souverain. En d'autres termes, il s'agit de préserver le cœur même de la fonction parlementaire, autrement dit la liberté de débat et de parole en son sein, contre les manœuvres et pressions du pouvoir exécutif. Cela ressort clairement des propos de Mirabeau lors de la séance du 23 juin 1789 : « la liberté de (n)os délibérations est enchaînée, une force militaire environne l'Assemblée »[678]. Il importe ainsi à la sincérité des débats législatifs que les députés ne puissent pas être distraits de leur mission, et qu'aucune crainte de responsabilité ultérieure ne pèse sur la liberté de leurs votes. Le décret du 23 juin 1789 garantit donc l'indépendance des parlementaires en défendant de poursuivre, rechercher, arrêter, accuser, détenir ou juger en tout temps pour les opinions, propositions, avis ou discours qu'ils émettent au sein de l'Assemblée Nationale. Les immunités parlementaires proclamées à la Révolution mettent donc les députés en situation, selon Mirabeau, de pouvoir exercer leurs fonctions, *sereinement* et *dignement*, en circonscrivant juridiquement les autorités extérieures dans les bornes de leurs prérogatives. Sur la question précise de la dignité de l'Assemblée découlant des immunités parlementaires, il est vrai que Mirabeau insiste sur ce point, non le jour même, mais peu après le 23 juin. Il rappelle en effet, le 8 juillet, que la présence d'une force armée encerclant l'hémicycle a donné l'image d'une assemblée servile et d'un équilibre constitutionnel totalement absent :

> « *Ce n'était pas assez que le sanctuaire de la liberté eût été souillé par des troupes ! Ce n'était pas assez qu'on eût donné le spectacle inouï d'une Assemblée nationale astreinte à des consignes militaires et soumise à une force armée ! Ce n'était pas assez qu'on joignît à cet attentat toutes les inconvenances, tous les manques d'égards, et, pour trancher le mot, la grossièreté de la police brutale. Il a fallu déployer tout l'appareil du despotisme et montrer plus de soldats menaçants à la nation, le jour où le Roi lui-même l'a convoquée pour lui demander des conseils et des secours, qu'une invasion de l'ennemi n'en rencontrerait peut-être* »[679].

182. Or, en tant qu'organe chargé de représenter la Nation, mission sérieuse et difficile, ses membres doivent être considérés, selon lui, avec respect et politesse par les autres pouvoirs, et en premier lieu, par le Roi :

> « *Messieurs, quand il ne s'agirait ici que de nous, quand la dignité de l'Assemblée nationale serait seule blessée, il ne serait pas moins convenable, juste, nécessaire, important pour le Roi même, que nous fussions traités avec décence, puisqu'enfin nous sommes les députés de cette même nation qui seule fait sa gloire, qui seule constitue la splendeur du trône, de cette nation qui rendra la personne du Roi honorable à proportion de ce qu'il l'honorera plus lui-même. Puisque c'est à des hommes libres qu'il veut commander, il est temps de faire disparaître ces formes odieuses, ces procédés insultants qui persuadent trop facilement à ceux dont le prince est entouré que la Majesté royale consiste dans les rapports avilissants du maître à l'esclave* »[680].

C'est pourquoi dans un souci de protection de la dignité de l'assemblée, poussé par la violence qui venait de leur être faite par le Roi et la présence des forces militaires environnant l'Assemblée, Mirabeau manifeste la volonté de détruire tout lien de subordination entre le monarque et le corps législatif, et de fonder une « Assemblée qui doit être libre pour s'occuper avec liberté de toutes les

678 Mirabeau, A.P., t.VIII, 23 juin 1789, p.146.
679 Mirabeau, A.P., t.VIII, 8 juillet 1789, p.208.
680 *Ibid*., p.209.

causes de ses gémissements »[681], but auquel participent précisément les immunités parlementaires.

183. Ce faisant, la reconnaissance d'un statut dérogatoire au droit commun favorable aux députés conduit à une situation d'indépendance et de prééminence institutionnelle des assemblées, même si Mirabeau se méfie de « l'aristocratie souveraine de six cents personnes »[682]. Pour lui, le décret du 23 juin 1789 signifie la rupture avec les États généraux convoqués à l'initiative du Roi. Dans la lignée de la déclaration du 17 juin et du Serment du jeu de Paume du 20 juin, l'adoption de cette motion tend à réaffirmer que l'Assemblée n'est plus un corps constitué, un organe consultatif émanant du Roi mais une institution (quasi-souveraine) à part entière dotée d'une liberté de délibération et de décision.

184. En définitive, on comprend donc que Mirabeau s'attache à protéger avant tout l'œuvre révolutionnaire, dont le fer de lance avait été l'institution parlementaire. En proclamant l'intégrité et l'indivisibilité de l'Assemblée nationale grâce aux immunités parlementaires, il sauvegardait par-là même l'intangibilité du transfert de souveraineté et donc pérennisait le succès de la Révolution[683]. S'éclaire ainsi l'affirmation de Mirabeau au moment de décréter l'instauration d'un statut immunitaire le 23 juin 1789 : « *assurons notre ouvrage en déclarant inviolable la personne des députés aux États généraux* »[684].

Il s'avère que Mirabeau conçoit les immunités parlementaires comme la conséquence nécessaire de la séparation des pouvoirs, principe qu'il n'a cessé de défendre depuis l'Ancien Régime en angliciste convaincu et en défenseur de la liberté. Mesure de prudence contre les poursuites judiciaires décidées par une justice aux ordres et contre les arrestations arbitraires d'un pouvoir royal influencé par des ministres imprévoyants en réaction aux événements du 23 juin 1789, il imagine également ce décret dans un temps long : il s'agit d'éviter tout empiétement de l'exécutif dans les fonctions même de la toute nouvelle assemblée en charge d'exprimer la volonté nationale, et par-là même de protéger l'entreprise révolutionnaire. Le statut immunitaire des députés élaboré par Mirabeau dans les premiers temps de la Révolution est donc clairement dirigée contre l'exécutif[685]. La thèse exécutive défendue par la majorité des constitutionnalistes français est donc ici manifestement

681 *Ibid.*
682 Mirabeau, A.P., t.VIII, 15 juin 1789, p.118.
683 La sanctuarisation de l'Assemblée nationale grâce à la proclamation des immunités parlementaires est essentielle étant donné que « cette grande et dure tâche, depuis le 5 mai, aurait été menée en vain ; tout leur savant et patient édifice de juristes, experts jusque dans la révolte se serait écroulé » (J.-J. Chevallier, Mirabeau. Un grand destin manqué, op.cit., p.61).
684 Mirabeau, A.P., t.VIII, 23 juin 1789, p.147.
685 Ultérieurement à la journée du 23 juin 1789, Mirabeau confirmera une telle orientation lors la séance du 10 octobre 1789, sur laquelle nous reviendrons. Voir en ce sens : Cécile Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif…, op.cit., p.30-32.

confirmée par l'analyse interne et externe de la pensée de Mirabeau. En outre, à titre subsidiaire, le décret du 23 juin 1789 trouve également son explication dans les rêves de gloire de Mirabeau.

γ) Un acte de rébellion pour assouvir ses rêves de gloire : « un chien enragé contre le despotisme »

185. Dans une moindre mesure, le décret du 23 juin 1789 peut être analysé également comme l'expression de l'ambition personnelle d'un homme avide de reconnaissance. Le portrait psychologique de Mirabeau a, en effet, établi que l'ambition le dévore depuis le plus jeune âge. Se jugeant sous-estimé par le gouvernement monarchique français, il ne cesse au cours de sa vie de quémander pour accéder à un poste d'importance au sommet de l'État. Le déroulé de la journée du 23 juin lui offre ainsi l'opportunité d'obtenir une revanche de ses nombreux échecs personnels passés en lui permettant d'acquérir une renommée historique.

Ce faisant, en homme d'État et fin stratège, il pressent à la fin du discours royal lors de la séance exceptionnelle du 23 juin qu'un tournant de la Révolution est en train de se jouer et qui le fera passer à la postérité dans la mémoire collective française. Ce sentiment de vivre un moment historique le pousse donc à agir promptement pour marquer l'Histoire de manière indélébile. Saisissant sa chance, tout le génie politique de l'homme d'action s'exprime ici. Ainsi en refusant de sortir de la salle des Menus-Plaisirs symbolisée par sa fameuse apostrophe malgré l'ordre du Roi et, parallèlement, en « sanctuarisant » la jeune Assemblée Nationale des exactions du pouvoir exécutif par son initiative de décréter un statut immunitaire aux députés, Mirabeau serait désormais « connu de la postérité surtout pour avoir volé au secours de cette Assemblée Nationale désapprouvée, et pour avoir jeté contre l'autorité royale le plus éclatant cri de rébellion ! »[686].

186. Par cet acte, Mirabeau obtient dès lors ce qu'il désirait depuis des années : la reconnaissance de la Nation[687]. En effet, « en fondant comme un aigle sur ce moment unique de l'Histoire de France, (il) l'a fait sien à tout jamais »[688]. Cette scène et ces actes de résistance seront « taillé(s) dans le marbre, comme un monument commémoratif, pour les générations futures », l'érigeant au rang de « statue dominatrice »[689]. Il restera dans la représentation collective française comme le défenseur de la liberté, conformément à son adhésion au courant du républicanisme classique. Comme il l'affirme lui-même, « j'ai été, je suis, je serai jusqu'au tombeau l'homme de la liberté

686 J.-J. Chevallier, Mirabeau, Un grand destin manqué, op.cit. p.64.
687 Il est incontestable que Mirabeau « a su transformer l'émotion que sa répartie avait suscitée en capital politique » (A. Minc, « Mirabeau criait si fort que Versailles eut peur... », Paris : Grasset, 2017, p.156).
688 *Ibid.*, p.63.
689 *Ibid.*, p.64. Comme le note Jean-Jacques Chevallier, au sujet de son apostrophe sur les baïonnettes, « pour le Français le plus ignorant, Mirabeau, ce sera cela : une phrase fulgurante, un geste théâtral, qui changent l'Histoire de France » (*ibid.*).

publique »[690]. En outre, la renommée qu'il acquiert à la Révolution n'a rien de surprenant puisque, comme nous l'avons souligné précédemment, Mirabeau était l'un des révolutionnaires qui s'étai(ent) le mieux préparés à l'événement historique des États généraux. Il disposait à la fois d'une « avance d'idées » considérable, grâce à la rédaction de plusieurs essais et à ses nombreux voyages à travers l'Europe des peuples libres, et à un groupe de réflexion, « l'Atelier Mirabeau ». Cet épisode du 23 juin illustre donc bien le rôle d'avant-garde que joue Mirabeau au sein de l'Assemblée. Exerçant une sorte de magistrature intellectuelle malgré quelques échecs[691], il dicte la destinée et les orientations politique de l'Assemblée au point de devenir « l'homme le plus considérable de l'Assemblée constituante »[692].

187. Cependant, il convient de noter que la doctrine ne partage pas totalement ce portrait flatteur de Mirabeau. Elle relativise son image de bienfaiteur providentiel de la frêle assemblée et de principal défenseur de sa souveraineté contre les attaques du monarque. Elle souligne plutôt le paradoxe de cet épisode du 23 juin. Elle reproche au député d'Aix son « ironie »[693] et son double discours. En effet, s'il prescrit le 23 juin l'indépendance de l'Assemblée nationale, Mirabeau protégeait, quelques jours auparavant, les intérêts du monarque par le caractère consensuel et modéré du nom qu'il propose pour l'assemblée. Jean-Jacques Chevallier observe effectivement que « cet homme qui avait combattu à grand risque une dénomination bien plus atténuée qu'*Assemblée nationale*, qui avait traité de « motion usurpatrice » celle de Sieyès se ralliant à ce titre irrésistible, parce qu'il devinait que, dans de telles démarches, était incluse toute une révolution »[694] deviendrait bientôt le héros de l'Assemblée nationale. De même, nouvelle illustration de son ambiguïté, trois jours après la séance du 23 juin et de son coup d'éclat, le même homme « allait prendre dans son journal et dans un projet d'*Adresse aux français* la défense des intentions du roi, prêcher sagesse et calme »[695].

690 F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau…, op.cit., p.547.

691 A titre d'exemple, il est possible de citer sa proposition de nom pour la nouvelle assemblée, « Assemblée des représentants du Peuple français » qui ne sera pas retenue finalement par les députés. Hermile Reynald note à cet égard que « cet échec lui fut sensible » (H. Reynald, Mirabeau et la Constituante, op.cit., p.143). Mirabeau expliquera lui-même en toute franchise les raisons de cette défaite dans une lettre : « Il est certain que la nation n'est pas mûre (…). Imaginez-vous que toutes les circonstances militaient contre une dénomination exclusive ou usurpatrice, et que dans ma motion tout entière on n'a trouvé à reprendre que le titre de *peuple*. On a pensé m'écarteler et faire circuler que j'étais l'homme du gouvernement ». Ironique, il ajoute : « en vérité, je me vends à tant de gens, que je ne comprends pas comment je n'ai pas encore acquis la monarchie universelle » (Mirabeau, Lettre 6, *in* Lettres amicales du comte de Mirabeau à M. Mauvillon à Brunsuic : écrites durant les années 1786-90 et précédées d'une notice sur ses liaisons littéraires en Allemagne, Hambourg : Chez Pierre François Fauche, 1794, p.471-472).

692 H. Reynald, Mirabeau et la Constituante, op.cit., p.100.

693 J.-J. Chevallier, Mirabeau, Un grand destin manqué, op.cit. p.64.

694 *Ibid*.

695 *Ibid*. S'il est vrai que Mirabeau essaye d'apaiser les esprits dans son Projet d'Adresse du 26 juin, il adresse néanmoins quelques critiques au Roi par rapport à la teneur de ses discours lors de la séance du 23 juin 1789. Certes, à première vue, il semble défendre le monarque : « Dans cette même journée, où un appareil, plutôt menaçant qu'imposant, vous montrait un Monarque absolu et sévère, quand l'Assemblée nationale n'aurait voulu voir que le chef suprême, escorté seulement de ses vertus, dans cette même journée, nous avons entendu, de sa bouche, les déclarations les plus pures de ses grandes vues, de ses intentions vraiment généreuses, vraiment magnanimes ». Cependant, Mirabeau ne veut pas cacher la vérité à ses commettants. Il poursuit : « Non, les formes les moins propres à concilier les cœurs, ne nous déguisons point les sentiments de notre Roi ; nous pourrions gémir d'être mal connus de ce Prince ; mais nous n'aurons jamais à nous reprocher d'être injustes. Malheur à ceux qui nous peindraient formidables ! Nous pourrions le devenir au jour de la justice ; mais ce ferait pour eux seuls » (Mirabeau, Courrier de Provence. Lettres du comte de

188. Il est donc indéniable que le comportement de Mirabeau peut susciter, à premier vue, la stupeur et l'incompréhension[696]. Cependant, l'analyse externe et interne de sa pensée éclairent le sens réel de son attitude équivoque. D'un côté, pour expliquer sa position lors des débats du 15 juin, Mirabeau a toujours été un partisan sincère de la royauté, « il ne voulait pas seulement la maintenir, il la voulait forte et puissante »[697], d'où l'accusation récurrente d'être secrètement l'homme du gouvernement à l'Assemblée. Mais, de l'autre, haïssant la forme de gouvernement de la monarchie absolue de droit divin en ce qu'elle est source d'abus d'autorité, il recherche, comme nous l'avons observé, la mise en place d'une monarchie *limitée*, à l'image du modèle anglais. C'est pourquoi l'idée principale de son projet réside dans la séparation des pouvoirs. Il est donc primordial pour lui de favoriser le 23 juin l'émancipation de l'Assemblée Nationale, « sanctuaire de la liberté » en lui permettant d'exercer pleinement ses attributions, sans que l'intervention d'une autorité extérieure ne vienne limiter la souveraineté de ses débats, poumon de la fonction législative en tant que pouvoir délibérant. Mais, dans le même temps, en dépit de la position privilégiée du pouvoir législatif dans son édifice institutionnel, il souhaite empêcher la tyrannie de l'assemblée. Peu convaincu par la théorie du mandat représentatif, il soutient, par conséquent, la nécessité de contre-poids à l'autorité de la Chambre et, à défaut d'une seconde chambre, le veto royal semble être la solution.

189. En définitive, il s'avère que, dans son schéma constitutionnel, il imagine une Assemblée et un Roi d'une puissance égale dictée par la nécessité de régénérer la nation. Guidé par un esprit de compromis, il s'agit pour Mirabeau de « trouver un équilibre entre les deux pôles du pouvoir, l'un, historique, le monarque, l'autre à peine naissant, l'Assemblée »[698], afin d'éviter de susciter une émotion populaire susceptible de déboucher sur le renversement préjudiciable de la monarchie[699].

Mirabeau à ses commettants, vol.1., Quatorzième lettre du comte de Mirabeau à ses commettants, *Projet d'adresse de l'Assemblée Nationale à ses commettants*, p.300).

696 Homme de contradiction, certains n'hésitent pas à souligner les personnalités multiples de Mirabeau. Comme le note Quastana qui ne partage cependant pas cette opinion, il a pu être mis en avant « l'image classique d'un publiciste à gage vendant sa plume aux plus offrants, sans réelle conviction » (F. Quastana, La pensée politique de Mirabeau…, op.cit., p.583). La présente étude externe et interne a contredit cette affirmation et a démontré, au contraire, la profondeur et la grande cohérence de sa réflexion.

697 H. Reynald, Mirabeau et la Constituante, op.cit., p.145.

698 A. Minc, « Mirabeau criait si fort que Versailles eut peur... », op.cit., p.156.

699 Pour certains auteurs, l'attitude contradictoire de Mirabeau aurait une autre explication, plus triviale. Sa rébellion contre l'autorité royale le 23 juin serait guidée exclusivement, en réalité, par son antagonisme avec le ministre Necker. À l'origine, comme le raconte Hermile Reynald, « le 13 juin, au milieu des débats qui s'élevaient sur le titre que devait prendre l'Assemblée, il fit une démarche non moins significative. Il alla trouver Malouet et le pria de négocier une entrevue entre lui et Necker. Malouet, qui ne connaissait pas Mirabeau, parut surpris, mais se prêta à cette négociation. Malheureusement, Necker avait contre Mirabeau plus de préventions que Malouet. Fort de sa popularité, fier aussi, (…) d'une probité que nul ne peut suspecter, il ne crut pas avoir besoin d'un homme aussi compromis que l'était le député d'Aix. Il fut sec et hautain. Mirabeau lui demandait une communication de ses plans et de ses idées pour les défendre. Necker garda le silence, un peu par dédain, sans doute aussi (…) par impuissance. Il refusa de communiquer à Mirabeau des plans qu'il n'avait pas » (H. Reynald, Mirabeau et la Constituante, op.cit., p.145). Mirabeau aurait en effet souhaité, dans un esprit de compromis, concilier les intérêts de l'assemblée et ceux du Roi lors des débats parlementaires mais celui-ci est victime de sa réputation. Comme le remarque Alain Minc, « Versailles se laisse porter par les apparences : l'image de Mirabeau violent à la tribune, haranguant ses collègues, vociférant, excommuniant, prend le pas sur celle du légiste, héritier de Montesquieu et désireux de trouver un équilibre entre deux légitimités, celle du Roi et celle de l'Assemblée Nationale » (A. Minc, « Mirabeau criait si fort que Versailles eut peur... », op.cit., p.159). Or le silence de

190. Contrairement à une affirmation classique partagée par une partie de la doctrine française, l'auteur principal du statut dérogatoire reconnu aux députés en France dans les premiers temps de la Révolution, n'a pas entendu inscrire le fondement des immunités parlementaires dans celui du mandat représentatif, en raison de sa conception équivoque de ce dernier à cette date. Replacé dans le contexte historique de la monarchie absolue de droit divin et dans son propre système de pensée, le décret du 23 juin dont il est le précurseur prend, au contraire, un autre sens. Le *pouvoir exécutif* est le principal destinataire du décret du 23 juin 1789 dans l'esprit de Mirabeau, donnant ainsi une sérieuse approbation à la thèse exécutive d'une partie de la doctrine. À cet égard, il convient de remarquer que cette manière de concevoir l'immunité parlementaire marquera profondément la pensée juridique française : *la protection du législatif contre l'exécutif* est une idée maîtresse, un fondement déterminant et traditionnel de l'ensemble de la théorie française de la protection des pouvoirs institués, qui reste encore d'actualité aujourd'hui sous certaines réserves. En outre, la détermination du fondement réel des immunités parlementaires dans la pensée de Mirabeau permet d'apprécier leur étendue exacte à ses yeux, autre point de clivage majeur pour les constitutionnalistes français.

b. Une tension doctrinale quant au champ d'application matériel du décret du 23juin 1789 : l'apport de la mise en contexte

191. Une fois le principe même des immunités parlementaires proclamé, s'est rapidement posée la question pour les révolutionnaires, après celle de leurs fondements, de leur régime juridique. Cette dernière difficulté provient à vrai dire des termes mêmes du décret du 23 juin 1789. Sa rédaction présente effectivement une certaine ambiguïté quant à son champ d'application matériel : la protection conférée par le décret du 23 juin 1789 s'étend-elle ou non aux actes extérieurs aux fonctions parlementaires ? Or, en l'occurrence, il apparaît qu'une nouvelle fois, les réponses apportées par la doctrine constitutionnelle contemporaine à cette question sont divergentes. Pour la plupart des auteurs, le décret du 23 juin 1789 se contente de consacrer l'*irresponsabilité* au sens contemporain du terme, l'étendue de la protection immunitaire se trouvant ainsi limitée (**α**). Pour autant, cette conception restrictive du champ d'application du décret du 23 juin n'emporte pas la conviction si elle est replacée dans le mode de pensée de Mirabeau qui en est le principal créateur. Sans tomber toutefois dans le piège de l'anachronisme conceptuel[700], il apparaît que le député d'Aix distingue, en dépit d'un vocabulaire juridique imprécis, deux concepts juridiques bien distincts (**β**).

Necker a pour résultat d'irriter Mirabeau. Mécontent, il compte démontrer son influence notoire sur l'Assemblée et sur la vie politique française. C'est donc un sentiment de dépit qui justifierait l'attitude de résistance de Mirabeau le 23 juin (voir en ce sens : F.-A. Aulard, Les grands orateurs de la Révolution française, réimp. de 1914, Genève : Mégariotis, 1980, p.27-31). Cependant, cette raison semble peu convaincante. S'il est vrai que Mirabeau est un homme stratège, Necker est absent lors de la séance royale du 23 juin, après avoir quitté le gouvernement de Louis XVI. Le député d'Aix n'a donc plus intérêt à s'opposer à lui et à faire la démonstration de l'ascendant qu'il exerce sur l'Assemblée.

700 M. Troper, Sur l'usage des concepts juridiques en histoire, Annales E.S.C., n°6, 1992, p.1181-1182 ; C. M. Herrera et A. Le Pillouer (dir.), Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?, Paris : Ed. Kimé, 2012.

α) Une interprétation doctrinale stricte du décret du 23 juin : la protection de la seule irresponsabilité

Les juristes refusent, en majorité, de considérer le décret du 23 juin 1789 comme étant le premier texte juridique à avoir posé la distinction contemporaine, sans en utiliser les termes, entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité dans son sens moderne[701]. Selon une lecture plus restrictive, seule la protection que l'on désignera plus tard sous le nom d'*irresponsabilité* serait visée par le texte. Pour cela, ils s'appuient sur un argument d'ordre textuel et d'ordre juridique.

192. D'un point de vue *méthodologique*, la conception stricte du périmètre du décret du 23 juin 1789 procède, en l'espèce, du choix par une partie de la doctrine d'une méthode particulière d'interprétation des textes juridiques : l'interprétation littérale. Estimant la présente norme rédigée dans des termes suffisamment explicites, l'interprète a donc le devoir scientifique de rechercher sa signification et sa portée par la seule analyse du texte lui-même, en écartant dès lors toute considération interne – les intentions de l'auteur de l'acte – ou externe(s) – historique, sociale, culturelle ou idéologique - dans son travail d'interprétation[702]. Ainsi, le degré de liberté reconnu à l'interprète par rapport au texte est minime. Ce faisant, mise en œuvre dans le cas d'espèce, l'analyse attentive de la formulation grammaticale du décret semble indiquer pour ces auteurs que son champ d'application se limite *formellement* aux seuls actes accomplis dans l'exercice des fonctions du député. Il dispose en effet que la personne du représentant est inviolable à l'égard de « tous particuliers, toute corporation, tribunal, cour ou commission, qui oseraient, pendant ou après la présente session, poursuivre, rechercher, arrêter ou faire arrêter, détenir ou faire détenir un député *pour raison d'aucune proposition, avis, opinion ou discours par lui fait aux États-généraux* »[703]. Plusieurs enseignements ressortent donc de cette analyse littérale du décret du 23 juin aux yeux de la doctrine. D'un côté, le parallèle avec l'un des versants moderne des immunités parlementaires, *l'irresponsabilité*, semble évident, notamment en raison d'une formulation quasi-identique à celle de l'article 26 alinéa 1 de la Constitution de 1958[704]. De l'autre, il n'est fait aucune référence textuelle à une quelconque protection immunitaire des députés en dehors de l'exercice du mandat parlementaire de telle sorte que l'inviolabilité au sens moderne ne serait pas prévue par le décret du

701 Pour Barthélemy et Duez, « l'inviolabilité a été créée par l'Assemblée constituante, le 26 juin 1790 » (J. Barthélemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, 1933, Paris : rééd. Panthéon-Assas, 2004, p.569) ; Plus récemment, Hervé Isar déclare que « c'est par un décret, en date du 26 juin 1790, que l'Assemblée Nationale va pour la première fois consacrer le principe de l'inviolabilité parlementaire » (H. Isar, Immunités parlementaires ou impunité du parlementaire, RFDC, n°20, 1994, note 57, p.691).

702 Plus radicalement, un acte clair ne doit pas être interprété selon l'adage juridique « *interpretatio cessat in claris* ». Par hypothèse, l'interprétation d'un acte juridique n'est nécessaire qu'en cas d'obscurité ou d'ambiguïté.

703 A.P., 1ère série, t.VIII, 23 juin 1789, p.147 [*Nous soulignons*].

704 L'article 26 alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose en effet : « Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ».

23 juin. Tel sera donc le sens véritable de cette motion. On observe ainsi que la doctrine, par le biais de cette technique d'interprétation, présume que le texte révolutionnaire exprime fidèlement la pensée de son auteur qu'est Mirabeau.

193. De surcroît, la pertinence apparente de ce premier argument serait corroborée par un argument de nature *juridique*. La preuve de l'insuffisance du décret du 23 juin, du moins celle du caractère restreint de son champ d'application cantonné à la seule irresponsabilité parlementaire, résulterait de l'adoption ultérieure du décret, presque à un an d'intervalle, du 26 juin 1790. Celui-ci, sur la proposition du député du Tiers Etat de Paris Jean Nicolas Démeunier[705], est « souvent décrit comme étant à l'origine de l'immunité que nous désignons habituellement sous le terme d'inviolabilité, c'est-à-dire d'une protection dévolue aux députés pour les infractions commises en dehors de leurs fonctions »[706]. Les circonstances de son vote, qui survient après l'arrestation du parlementaire M. Toulouse-Lautrec par la ville de Toulouse *pour des faits extérieurs à ses fonctions* consistant dans l'organisation secrète de troubles contre-révolutionnaires grâce au détournement de légionnaires par le versement de sommes d'argent[707], ainsi que son contenu même le prouvent. Le décret du 26 juin 1790 prévoit en en effet que :

> « *L'Assemblée nationale (...) déclare que (...) les députés à l'Assemblée nationale peuvent, dans les cas de flagrant délit, être arrêtés, conformément aux ordonnances; qu'on peut même, excepté les cas indiqués par le décret du 23 juin 1789, recevoir des plaintes et faire des informations contre eux, mais qu'ils ne peuvent être décrétés par aucuns juges avant que le Corps législatif, sur le vu des informations et des pièces de conviction, ait décidé qu'il y a lieu à l'accusation* »[708].

À la lecture de ce décret, outre le fait que celui-ci institue manifestement une inviolabilité parlementaire au sens contemporain du terme, il peut apparaître évident que l'Assemblée a entendu « créer *ex nihilo* une protection qui viendrait s'ajouter à celle prévue par le décret du 23 juin 1789 »[709]. Cette idée de complémentarité ressort clairement de l'une des expressions du décret du 26

705 A.P., 1ère série, t.XVI, 26 juin 1790, p.467.
706 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.c it., p.98.
707 Plus exactement, les faits sont rapportés par le (député) Voidel, rapporteur du comité des recherches, lors de la séance du 25 juin 1790 : « le procureur du roi, en la sénéchaussée de Toulouse, informé par la rumeur publique, ainsi que le porte son réquisitoire, que des étrangers qui se tenaient, depuis quelque temps, tantôt à Toulouse, tantôt à la campagne, se donnaient en secret toutes sortes de mouvements pour provoquer une insurrection, et compromettre de la manière la plus dangereuse, tant la nouvelle Constitution que la tranquillité publique qui en dépend essentiellement, et qu'ils portaient leurs menées, jusqu'à capter, par des offres d'argent, les esprits de la plupart des légionnaires, pour renforcer le parti qu'ils se flattaient déjà d'avoir à leur solde, dans la vue de s'opposer, à main armée, à la fédération qui devait avoir lieu à Toulouse, le 4 (juillet), et, par ce moyen, ramener les choses à l'état où elles étaient avant la nouvelle Constitution » (Voidel, A.P., 1ère série, t.XVI, 25 juin 1789, p.458). Après sa perquisition, il fut enfermé à l'hôtel de ville de Toulouse. Après avoir excipé de sa qualité de député, les autorités toulousaines suspendirent l'instruction ouverte contre lui pour complot contre la sûreté de l'État et elles en référèrent à l'Assemblée. Celle-ci fit examiner le dossier par un de ses Comités et le 25 juin 1790, le rapporteur Voidel conclut que que les charges étaient suffisantes pour autoriser la suspension de l'inviolabilité. Il en résultera, comme le note l'historien Albert Mathiez, « une discussion approfondie (…) sur le fond de l'affaire et sur la théorie des immunités » (A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, in Études robespierristes, vol. 2., La conspiration de l'étranger, Paris : Librairie Armand Colin, 1918, p.281).
708 A.P., 1ère série, t.XVI, 26 juin 1790, p.467.
709 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.99. À noter que Cécile Guérin-

juin 1789, étant donné qu'elle dispose expressément que ce dernier est inapplicable « dans les cas indiqués par le décret du 23 juin 1789 »[710], ainsi que de la teneur même des débats puisqu'aucun parlementaire présent ne souligne au cours de celui-ci l'inutilité ou le risque de doublon du décret du 26 juin 1790 avec celui du 23 juin 1789[711].

194. Dès lors, pour des raisons tenant à la lettre même du décret de 1789 ainsi qu'à l'existence et à la substance du décret du 26 juin 1790, la doctrine, à l'image d'Adhémar Esmein, en arrive donc à la conclusion suivante : l'inviolabilité « n'a (…) point été fixée du premier coup. L'Assemblée Constituante, après avoir proclamé, le 23 juin, que « la personne de chaque député est inviolable (...) », (la) décréta les 26-27 juin 1790 »[712]. À l'opposé de cette conception stricte du champ d'application du décret du 23 juin réduit à l'irresponsabilité, se côtoie une conception extensive qui semble davantage exprimer toute la richesse de ce texte et les intentions réelles de son artisan, Mirabeau.

β) Un large champ d'application conforme aux intentions de Mirabeau en dépit d'un vocabulaire imprécis

195. Pour une minorité de constitutionnalistes[713], le décret du 23 juin 1789 présente une portée large dans le sens où, selon eux, ce texte contient en substance, sans les nommer expressément, les deux composantes contemporaines de l'immunité parlementaire que sont l'irresponsabilité et l'inviolabilité. Pour soutenir une telle position, la méthode d'interprétation *exégétique* leur semble le mode de compréhension du décret le plus pertinent, après avoir mis en évidence lacunes évidentes de l'interprétation exégétique dans le cadre d'une question aussi dépendante des circonstances.

196. Il est vrai que si la technique d'interprétation littérale comporte quelques qualités comme son juridisme, elle n'est pas satisfaisante ici pour déterminer le sens exact du décret du 23 juin 1789 imaginé par son principal artisan, Mirabeau. En effet, en se cantonnant à l'analyse de la seule lettre du texte, l'écueil principal de cette méthode est son caractère abstrait, puisqu'elle élimine de son champ d'étude tout élément *subjectif*, comme les intentions politiques et idéologiques de l'auteur du texte, ou *externe,* tels que le contexte politique, social ou économique. Elle cantonne donc

Bargues est convaincue du contraire : selon, elle, par le décret du 26 juin 1790, « il s'agit bien davantage de *réitérer* le contenu du décret du 23 juin 1789), de manière claire et explicite » (*ibid*.).

710 A.P., 1ère série, t.XVI, 26 juin 1790, p.467.

711 Certes le député Démeunier affirme que le décret du 26 juin 1789 contient une disposition qui « rappelât l'indépendance et l'inviolabilité des députés » (Démeunier, A.P., 1ère série, t.XVI, 26 juin 1790, p.466). Mais il ne s'agit pas ici de faire référence au décret du 23 juin 1789 mais plutôt d'affirmer une fois pour toute, de manière ostensible et non plus de façon tacite, la liberté des représentants de la Nation dans une règle de droit.

712 A. Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 1914, Paris : rééd. Panthéon-Assas, 2001, p. 958.

713 Pour Gérard Soulier, l'inviolabilité « est entendue dans l'arrêté du 23 juin » (G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire en droit français, op.cit., p.14) ; v. également : C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.96-p.99.

l'interprétation des textes juridiques dans des bornes étroites, celle-ci est *décontextualisée* au point de considérer la règle de droit comme un squelette sans chair. Or son caractère réducteur ne permet pas d'exprimer toutes les richesses du texte et surtout les intentions réelles de l'auteur de l'acte. En effet, dans le cas présent, on ne saurait se faire une idée exacte du décret du 23 juin 1789 en s'en tenant au seul document révolutionnaire. Cette approche superficielle ne convient pas à un dispositif juridique aussi complexe et totalement dépendant des circonstances extérieures et des présupposés politiques de leur initiateur que sont les immunités parlementaires. En d'autres termes, le décret du 23 juin 1789 est quasi-inintelligible lorsqu'on prétend ignorer les nombreux facteurs externes qui le régissent. Construction intellectuelle d'un homme[714], la connaissance authentique de ce mécanisme juridique ne peut donc découler que de l'étude exhaustive des finalités que son auteur lui assigne et de sa mise en œuvre à l'époque concernée, surtout à une période où le vocabulaire et les mots employés sont encore imprécis. Par voie de conséquence, dicté par l'objet même des immunités parlementaires, seule une méthode d'interprétation *génétique* du décret du 23 juin 1789 permet de déterminer le champ d'application véritable du décret du 23 juin 1789. Celle-ci consiste pour l'interprète à prendre ses distances avec la lettre du texte pour se focaliser plutôt sur les intentions de son rédacteur afin de dévoiler la signification véritable de la règle de droit qui est regardée ici comme étant le produit de la volonté de cet auteur. Bien entendu, de nombreux facteurs interviennent dans la détermination de cette volonté, qui sont tant *internes*, propres à la pensée de l'auteur, qu'*externes*, liés à l'environnement social, culturel, idéologique ou historique dans lequel elle s'insère. La vision du décret du 23 juin 1789 passe donc par un cadre de pensée singulier qui dicte la méthodologie de l'interprète.

197. Une fois ce préalable établi, l'objet des développements suivants est donc précisément de mettre en œuvre cette technique d'interprétation des règles juridiques à l'égard du décret équivoque du 23 juin 1789 et de déterminer, de cette manière, son champ d'application authentique. Certes, il a été noté que la lettre de ce texte ne semble viser que l'irresponsabilité et est étrangère à toute notion d'inviolabilité dans sa version moderne. Cependant, une mise en perspective du décret du 26 juin avec la pensée de Mirabeau et les travaux parlementaires auxquels il participe, conformément à la méthode décrite plus haut, contredit cette impression.

198. En premier lieu, le recours à ses idées politiques permet de déterminer la volonté de l'auteur de l'acte du 23 juin 1789. Sans s'attarder sur ces dernières qui ont été longuement traitées dans la section précédente, les intentions du député d'Aix au moment de proposer l'institution d'immunités parlementaires sont plurielles. En proie durant sa vie à la cruauté d'un gouvernement despotique contre lequel il entend se comporter comme un « chien enragé », il s'agit pour lui de garantir la

714 M. Cosnard, « Immunités », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : P.U.F., 2003, p.801.

personne des députés contre les poursuites judiciaires et les arrestations arbitraires du pouvoir exécutif mais également, d'assurer, en fidèle partisan de la séparation des pouvoirs, l'exercice indépendant, digne et serein des fonctions parlementaires à l'encontre de toute autorité extérieure.

À la lecture de ses arrière-pensées, on comprend donc que Mirabeau entend garantir l'indépendance des parlementaires le plus largement possible à l'égard de n'importe quelle autorité, et en priorité, à l'égard du pouvoir royal. Au regard de l'objectif qu'il se fixe, il semble que l'inviolabilité, sans être exprimée par la lettre du texte, découle logiquement du décret du 23 juin 1789. En effet, pour préserver une liberté quasi-totale aux députés, il s'avère primordial de mettre à l'abri ces derniers contre les arrestations arbitraires, que ce soit pour des actes commis *dans* mais également *en dehors* de leur mandat. En effet, une autorité, et spécialement le pouvoir exécutif à l'époque révolutionnaire dans l'esprit de Mirabeau, pourrait, afin d'atteindre directement et d'intimider un député gênant, le faire arrêter injustement pour des actes *extérieurs* à ses fonctions. En d'autres termes, dans l'impossibilité de poursuivre un député directement sur le fondement de ses discours, elle serait tentée de contourner la barrière infranchissable de l'irresponsabilité en dirigeant contre lui une procédure vexatoire en incriminant des actes ou des propos non couverts par l'irresponsabilité, et ce pour le déstabiliser. Car il est incontestable que si les poursuites étaient libres pour les actes commis en dehors de leurs fonctions, les représentants risqueraient, surtout dans le contexte agité de la Révolution, d'être emprisonnés de manière injustifiée, ce qui serait totalement contraire au combat acharné de Mirabeau contre le despotisme monarchique. En conséquence, l'inviolabilité fait figure de complément nécessaire à l'irresponsabilité au regard des finalités poursuivies par Mirabeau à travers le décret du 23 juin 1789. Elle est à la fois une mesure de prudence permettant de prévenir les pressions et les menaces judiciaires qu'une entité extérieure serait susceptible de faire peser sur les députés et dans le même temps, une mesure de garantie de leur dignité et du bon exercice du mandat parlementaire par une participation effective aux délibérations de l'Assemblée.

On perçoit donc, au vu des buts que Mirabeau poursuit par l'intermédiaire du décret du 23 juin, que celui-ci défend forcément une conception *large* de ce texte qui englobe impérativement à la fois l'irresponsabilité et l'inviolabilité, dans un souci d'une meilleure protection possible de la récente Assemblée. On mesure d'ailleurs la détermination de Mirabeau pour atteindre cet objectif à la lumière du régime juridique du décret du 23 juin. Il lui confère effectivement « une étendue remarquable »[715], que ce soit au regard de son champ d'application personnel, puisque l'auteur et tous ceux qui auront prêté leur concours à la poursuite d'un député seront punis[716], que de la nature

715 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.30.
716 A.P., 1ère série, t.VIII, 23 juin 1789, p.147.

de la sanction en cas de violation de cette protection immunitaire : la peine de mort[717]. Ainsi, on observe que, comme le souligne Édouard Martin, « ce privilège existe dans toute sa force »[718].

199. En second lieu, les débats parlementaires corroborent cette conclusion de la conception *large* du décret du 23 juin aux yeux de Mirabeau. Outre la séance du 10 octobre 1789 davantage ambiguë[719], l'épisode de « Mirabeau le jeune »[720] du 19 juin 1790 en est l'exemple topique. Sans rentrer dans le détail des faits[721], le député de l'ordre de la noblesse de Toulouse et colonel du régiment de Touraine, et accessoirement frère cadet de Mirabeau, *le Vicomte de Mirabeau*, obtient

717 *Ibid*.

718 E. Martin, De l'immunité des discours, des opinions et des votes et émis dans les Assemblées, thèse Droit, Paris : imp. Boyer, 1902, p.19.

719 La séance du 10 octobre 1789 est quelque peu contradictoire en ce qu'il est difficile de déterminer la revendication exacte des députés. D'un côté, plusieurs parlementaires se plaignent d'être insultés, menacés et poursuivis à l'extérieur de l'Assemblée par des particuliers *pour des faits extérieurs à leurs fonctions*. Le député de Cocherel rapporte à cet égard un fait édifiant. Ce dernier a été abordé par un groupe d'individus qui recherchait un parlementaire en particulier. Leur dessein est clair : « il s'agit de massacrer [le député] M. de Virieu, qu'il ne périrait que de (leur) main », ajoutant « qu'il ne serait pas le seul ; qu'il existait une liste nombreuse des proscrits de l'Assemblée Nationale » (M. le chevalier de Cocherel, A.P., t.IX, 10 octobre 1789, p.397. [Nous ajoutons]). Or pour le député de Cocherel, de telles pressions menacent directement « la sûreté de l'Assemblée Nationale, et la liberté de ses délibérations » et « le courage des représentants de la nation [risquerait] de se laiss(er) abattre par des menaces criminelles » (*ibid*. [Nous ajoutons]). Il réclame donc de « délibérer, sans délai, sur de nouvelles mesures tendantes à assurer la liberté des opinions » (*ibid*.). Ainsi, le problème de droit qui se pose ici est clairement celui de l'inviolabilité au sens moderne du terme. Mais, de l'autre, des parlementaires se plaignent, au cours du même débat, d'être insultés et menacés à l'extérieur de l'Assemblée *en raison de leurs opinions émises au sein de l'Assemblée*. Le député Malouet est, en effet, victime d'insultes et d'intimidations en dehors - mais également à l'intérieur - de l'Assemblée à cause des opinions qu'il défend lors des débats parlementaires. Or il souligne le danger qui pèse sur la liberté de leur délibérations : « il serait affreux que l'Assemblée se tût lorsqu'on proscrit ses membres ; il serait affreux qu'ils fussent responsables de leurs opinions aux passants, aux malheureux qui sont à votre porte (…) » (Malouet, A.P., t.IX, 10 octobre 1789, p.397). La pression que les parlementaires est également observable au sein des murs même de l'Assemblée : « Combien j'ai gémi de voir les spectateurs de nos travaux à avilir les opinions et se porter à l'audace de les juger » *(ibid*.). Par voie de conséquence, il conclut que « l'Assemblée doit réprimer ces excès par un moyen digne d'elle (…) et elle réclame l'inviolabilité des droits de l'homme et du citoyen, plus méconnus maintenant que jamais » (*ibid*.). En dépit de cette dernière formule originale, il est question à travers les faits rapportés par Malouet de protéger en réalité les députés des attaques personnelles subies *à cause de leurs opinions en tant que parlementaires*, en ce qu'elles menacent directement leur liberté d'expression au sein de l'assemblée. En d'autres termes, il s'agit de garantir une irresponsabilité des députés pour leurs opinions, discours et votes contre, dans ce cas précis, les pressions exercées par des particuliers (et non par le pouvoir royal contrairement à la séance du 23 juin). La question de l'inviolabilité des députés n'est donc pas ici soulevée par Malouet. On perçoit donc que les demandes des parlementaires ne sont pas identiques. C'est pourquoi il est problématique en l'occurrence de tirer des enseignements clairs et indiscutables de cet épisode du 10 octobre 1789, et notamment de la réponse de Mirabeau à la demande des représentants de voter une motion concernant la sûreté personnelle des députés. *Le député provençal apporte-t-il un éclaircissement au cas du député Malouet ou à celui du député de Cocherel ?* Il semble que la première possibilité soit la plus crédible. Cela ressort clairement de l'objection qu'il opère à l'encontre de son frère aîné et député, le Vicomte de Mirabeau. Ce dernier affirme qu'il faut « un nouveau décret d'inviolabilité » car « le premier était pour les *opinions*, celui-ci doit être pour les *figures*, car c'est pour leur figure que quelques membres sont insultés » (Vicomte de Mirabeau, A.P., t.IX, 10 octobre 1789, p.404-405 [*Nous soulignons*]). On comprend donc que le Vicomte de Mirabeau opère une différence entre les actes commis dans l'exercice des fonctions parlementaires (qui sont déjà protégés par le décret du 23 juin) et ceux commis en dehors de l'exercice des fonctions (qui, eux, sont dépourvus de toute protection), autrement dit se dessine la distinction moderne entre l'inviolabilité et l'irresponsabilité. En ce sens, il réclame précisément un dispositif juridique permettant de prévenir les pressions et les menaces d'une entité extérieure exercée sur un député pour des actes ou des propres non couverts par l'irresponsabilité. Or la réponse de Mirabeau est éclairante en ce qu'elle démontre que le décret du 23 juin ne régit/n'encadre pas une telle hypothèse : « je ne connais aucun moyen de prévenir son objection, si ce n'est de trouver un décret par lequel on puisse changer les figures » (Mirabeau, A.P., t.IX, 10 octobre 1789, p.405). Il en résulte donc que l'épisode du 10 octobre 1789 semble davantage démontrer que l'inviolabilité n'est pas visée par le décret du 23 juin que le contraire. En effet, il soutient l'inutilité d'adopter un nouveau décret sur l'inviolabilité des députés « parce qu'il en existe déjà un » (Mirabeau, A.P., t.IX, 10 octobre 1789, p.404).

720 L'expression provient du Comte de Mirabeau lui-même : cf. Mirabeau, A.P., t.XVI, 19 juin 1790, p.363.

721 Pour un récit détaillé des faits : cf. A.P., 1ère série, tome XVI, p.256-258 ; *ibid*., p.265 à 270.

son congé de l'Assemblée Nationale pour mettre fin à une insurrection dans son régiment à Perpignan sur ordre du Roi. Ne respectant pas son autorité, il quitte la ville et emporte avec lui les cravates du régiment dans l'espoir qu'elles puissent un jour servir de symbole de ralliement aux officiers demeurés loyaux[722]. La municipalité de Perpignan l'arrête et ouvre les malles en sa présence. Les cravates s'y trouvant, elle prévient l'Assemblée qu'il sera « détenu sous bonne garde jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné par l'Assemblée nationale »[723]. Signe de l'incertitude qui règne autour du périmètre exact de l'« inviolabilité parlementaire » au sens du décret du 23 juin 1789, la réponse de l'Assemblée est quelque peu curieuse : sans aucunement mentionner la protection immunitaire dont bénéficient les députés, elle se contente de « supplier sa Majesté de donner les ordres nécessaires pour procurer la sûreté de M. de Mirabeau »[724]. Elle se place donc plutôt sous la protection du pouvoir exécutif que sous celle du décret du 23 juin 1789 pour empêcher la détention d'un représentant de la Nation.

200. Il ressort donc des faits que le Vicomte Mirabeau est poursuivi pour des actes commis en dehors de l'exercice de ses fonctions de député. La question constitutionnelle qui se pose en l'espèce est alors la suivante : *au regard du décret du 23 juin 1789, un citoyen-député peut-il être détenu par une autorité externe à l'Assemblée pour des faits extérieurs à l'exercice de ses fonctions, et ce sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de l'Assemblée ?* En d'autres termes, *le décret du 23 juin institue-t-il en quelque sorte une inviolabilité au sens moderne du terme ?*

L'intervention de Mirabeau est éclairante. Il commence par vilipender l'amnésie de l'Assemblée quant au « célèbre » décret du 23 juin 1789. Ce texte est pourtant pour Mirabeau, qui en est le principal artisan et qui devait faire sa renommée, un tournant primordial dans les préludes de la Révolution. Il constitue un acte fondateur dans la naissance de l'Assemblée Nationale, une « égide sacrée »[725] adoptée dans un contexte de tension extrême contre le pouvoir royal : « Il n'est pas possible que l'Assemblée ait oublié que l'un de ses plus célèbres décrets, dans les circonstances qui ont ouvert l'Assemblée nationale, est celui qui établit l'inviolabilité de ses membres »[726]. En outre, pour des raisons évidentes liées aux finalités du décret du 23 juin 1789 qui visent précisément à se prémunir des arrestations despotiques du pouvoir royal et à garantir la séparation des pouvoirs, il reproche également à l'organe législatif sa décision « de charger le pouvoir exécutif de la sûreté d'un de ses membres »[727]. Une telle attitude peut s'avérer dangereuse pour l'indépendance des représentants. Mais au-delà des reproches qu'il adresse à l'Assemblée, le point central de son propos réside dans sa clarification quant au régime juridique du décret, en particulier quant à son champ

722 A.P., 1ère série, t.XVI, 27 juin 1790, p.511.
723 A.P., 1ère série, t.XVI, 17 juin 1790, p.257.
724 A.P., 1ère série, t.XVI, 18 juin 1790, p.273.
725 Mirabeau, A.P., t.XVI, 19 juin 1790, p.364.
726 *Ibid.*, p.363.
727 *Ibid.*

d'application matériel. Or il ne fait aucun doute qu'en l'occurrence pour lui, les faits de l'espèce rentrent dans le champ d'application du décret du 23 juin 1789. Sans l'affirmer expressément, cela ressort du fait que, d'une part, Mirabeau rappelle et applique les dispositions de ce texte juridique à la situation présente : « Un de vos membres ne peut être traduit devant aucune juridiction, que vous ne l'ayez jugé ou déclaré jugeable »[728]. D'autre part, il exige que « l'Assemblée nationale dise simplement qu'elle rappelle aux municipalités le décret qui prononce l'inviolabilité de ses membres »[729], c'est-à-dire le décret du 23 juin 1789. En d'autres termes, ce texte est applicable à des actes commis par un représentant en dehors de l'exercice de ses fonctions. C'est donc la consécration, sans la nommer, de l'*inviolabilité parlementaire* dans son acceptation moderne.

201. À noter cependant une petite anomalie dans l'application du décret du 23 juin dans le cas présent de la part de Mirabeau, révélatrice de sa conception *extensive* de ce texte. Il réclame que la détention de Mirabeau le jeune soit certes arrêtée sur le champ mais également qu'il soit décrété qu'il vienne « immédiatement (...) rendre compte de sa conduite »[730] devant le corps législatif. On peut s'interroger au demeurant si cette obligation nouvelle d'explication du citoyen-député devant l'Assemblée n'annonce pas en creux la procédure de levée de l'immunité parlementaire. En effet, il peut sembler en l'espèce que, pour lui, l'Assemblée soit dans l'obligation d'entendre au préalable l'intéressé, le Vicomte de Mirabeau, pour autoriser, *éventuellement*, la suspension de son immunité et ainsi permettre d'exercer une action en justice par les autorités locales[731] ou permettre la poursuite du travail de la justice. Or il convient de remarquer que le décret du 23 juin ne prévoit dans aucune de ses dispositions, du moins dans sa version publiée aux Archives parlementaires[732], l'hypothèse de la levée de l'immunité. Il n'institue aucune procédure d'autorisation de l'Assemblée à l'adoption de mesure restrictive ou privative de liberté par une autorité extérieure à l'encontre des députés. Il existe donc un décalage évident entre le texte même et sa mise en œuvre concrète. Toutefois, bien entendu, Mirabeau étant l'auteur du décret du 23 juin, il est le plus à même de l'interpréter . Mais cet écart n'en est rien choquant au regard de la méthode d'interprétation *génétique* et du postulat de l'insuffisance de la lettre des textes juridiques. Cependant, dans le cas contraire, si cette obligation de rendre compte de son comportement présumé fautif par un parlementaire devant l'assemblée n'était qu'une exigence *informelle* dans l'esprit de Mirabeau[733], ne pouvant conduire *a fortiori* à la

728 *Ibid.*, p.364.
729 *Ibid*.
730 *Ibid*.
731 Une telle hypothèse est confirmée par une version de l'arrêté du 23 juin 1789 mentionnée par les Archives parlementaires : d'application large puisque s'appliquant en matière civile et pénale, celle-ci prévoit que « toutes poursuites civiles et criminelles, contre lesdits députés, seront interdites à toutes personnes, en quelque qualité qu'elles soient, et à tous tribunaux pendant la session, si elles ne sont expressément autorisées par l'Assemblée nationale » (A.P., t.VIII, p.147, note 1). Les archives parlementaires précisent en effet qu'il « a été imprimé diverses versions de l'arrêté pris par l'Assemblée nationale, le 23, juin 1789, après la séance royale. Nous avons reproduit le texte du procès-verbal, comme le seul authentique » (*ibid*.).
732 A.P., t.VIII, 23 juin 1789, p.147.
733 Signe de l'absence de dimension normative de cette « recommandation », Mirabeau ne l'évoque même pas dans son journal personnel lorsqu'il relate les débats parlementaires du 19 juin 1790. Parlant de lui à la troisième personne, il

suspension ou non de son immunité, cela signifierait donc qu'il se représente le député comme un être totalement irresponsable juridiquement, que ce soit pour ses actes commis ou non dans l'exercice de ses fonctions, agissant comme un simple particulier ou comme un représentant. L'immunité parlementaire dont bénéficierait le député ne pourrait donc jamais être interrompue pendant et au-delà de son mandat, même si ses actes étaient dépourvus de lien avec l'exercice de son mandat. Dans sa conception, elle serait en quelque sorte *perpétuelle* et *absolue*, soustrayant les parlementaires à toute poursuite pour leurs actes internes mais surtout *extérieurs* à leurs fonctions.

202. Or une telle position se justifierait aisément de sa part, étant donné sa volonté de garantir aux représentants une liberté extrêmement importante – mais non illimitée non plus compte tenu de sa réserve quant au mandat représentatif -, leur permettant ainsi d'exercer sereinement et dignement leur mission, et seule à même de les prémunir du risque de détournement des procédures judiciaires. Deux observations corroborent cette impression. D'une part, les Archives parlementaires ne font pas mention des suites de cet épisode et du jugement ou non du Vicomte de Mirabeau. Le silence ainsi gardé ici apparaît signifier l'enterrement de cette affaire et l'absence de poursuites du député Mirabeau le jeune en dépit d'actes commis en dehors de l'exercice de ses fonctions, éventuellement répréhensibles[734]. D'autre part, l'épisode « Toulouse-Lautrec » du 26 juin 1790, évoqué précédemment, confirme également que Mirabeau n'a pas imaginé la possibilité d'autoriser le Parlement à lever l'immunité dont profite un député dans le décret du 23 juin. Cela ressort clairement de la lecture attentive du Courrier de Provence et de la description des débats parlementaires qu'il fait lors de l'adoption du décret du 26 juin 1790. Il attribue manifestement la paternité de ce mécanisme à Robespierre. En effet, en raison des circonstances de cette affaire qui constitue « l'exemple le plus dangereux »[735] d'une atteinte à la protection immunitaire des députés, il précise que Robespierre « a proposé de décréter que l'Assemblée nationale jugeât constamment s'il y a lieu à décréter un de ses membres, avant qu'il pût être poursuivi et jugé »[736]. En outre, pour Mirabeau, le but de cette autorisation est clair : elle est dirigée contre les manœuvres du pouvoir exécutif. Il s'agit de l'empêcher de « corrompre » ou d'« effrayer un représentant incorruptible »[737]. L'autorisation de l'Assemblée pour la mise en œuvre de poursuite ou d'un jugement est donc, à ses yeux, une garantie de l'indépendance des représentants. Cependant, malgré son fort attachement à la liberté des députés, Mirabeau est totalement convaincu du bien-fondé de la procédure de levée de

affirme : « Il a été réclamé pour son frère le décret qui assurait l'inviolabilité de la personne des députés, et a demandé qu'on le rappelât aux municipalités, ce qui a été décrété » (Mirabeau, Courrier de Provence pour servir de suite aux Lettres du comte de Mirabeau à ses Commettans, t. 9, 1790, p.40).

734 Cette absence de poursuite est d'autant plus symptomatique que le Vicomte de Mirabeau a été pris en flagrant délit en l'espèce puisque les malles, ouvertes en sa présence, contenaient les fameuses cravates.

735 Mirabeau, Courrier de Provence pour servir de suite aux Lettres du comte de Mirabeau à ses Commettans, tome 9, 1790, p.98.

736 *Ibid*.

737 *Ibid*. Mirabeau ajoute : « on a senti la nécessité d'opposer un frein aux entreprises futures du pouvoir exécutif, ou de son ministère public, qui serait toujours à ses ordres » (*ibid*.).

l'immunité parlementaire en ce qu'elle constitue un dispositif juridique équilibré, conciliant deux intérêts contradictoires : « afin néanmoins de ne pas soustraire à l'instruction et à la peine les députés qui se rendraient coupables de quelques crimes, on a pris de sages précautions pour concilier l'intérêt de la vindicte publique, avec l'indépendance des législateurs »[738]. Sans qu'il en soit l'initiateur, elle s'inscrit dans son projet d'une liberté raisonnée et raisonnable des représentants.

203. En définitive, il s'avère que Mirabeau donne l'interprétation la plus extensive possible de ce décret du 23 juin 1789 puisqu'il couvre à ses yeux à la fois *l'inviolabilité* et *l'irresponsabilité*. Bien entendu, le vocabulaire juridique qu'il emploie manque encore de précision puisque sous le terme unique de « l'inviolabilité », il englobe, en réalité, deux notions juridiques distinctes. Toutefois, la recherche à l'époque révolutionnaire d'une distinction claire et nette au sein de ce mécanisme juridique naissant élaboré au gré des circonstances et des idées évolutives d'un homme, risque de se heurter/tomber dans le piège de l'anachronisme conceptuel. En effet, ce contre-sens se manifeste *en l'espèce* par le fait d'analyser et commenter ce dispositif juridique passé en s'aidant de concepts contemporains[739]. Comme le souligne Cécile Guérin-Bargues, cette distinction « ne jouissait certainement pas en 1789 de la clarté dont elle bénéficie aujourd'hui »[740]. Cette désignation rétrospective d'une réalité historique par des termes qui étaient inconnus à laquelle ils sont appliqués ne semble donc guère pertinente scientifiquement *a priori*. Néanmoins, on peut considérer que l'utilisation de concepts contemporains pour examiner le décret du 23 juin 1789, tout en ayant conscience de leur limite[741], possède une « fécondité positive, comme source de la vérité, tant il est vrai que l'histoire est écrite par des hommes qui vivent *après*, et qu'elle est avant tout la science, non pas des choses passées, mais du rapport de ces hommes au passé, qui devient par là *leur* passé »[742]. En effet, cet anachronisme dans notre cas se justifie pleinement lorsqu'il facilite la compréhension de la volonté de Mirabeau à travers le décret du 23 juin[743]. Dans le cadre d'un droit révolutionnaire peu théorisé car produit essentiellement sous l'empire des circonstances, cette distinction contemporaine entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité parlementaire permet de relativiser l'unité apparente de l'« inviolabilité » révolutionnaire dans la pensée de Mirabeau. Elle

738 *Ibid*.
739 M. Troper, Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », Annales E.S.C., n°6, 1992, p.1181-1182.
740 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.99.
741 Cette mise en garde est clairement résumée par Otto Brunner, « rien ne serait plus faux que de croire que le travail historique moderne pourrait se passer des notions modernes. Simplement, ils doivent nous être connus dans leur « relativité historique » » (O. Brunner, Land und Herrschaft, 5ème édition, Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1984, p.163, cité par O. Beaud, L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État, Jus Politicum, n°3, 2009, p.1). Cependant, comme le souligne Michel Troper, « il ne s'ensuit évidemment pas qu'il soit permis de projeter n'importe quel système de concepts sur n'importe quelle réalité » (M. Troper, Sur l'usage des concepts juridiques en histoire, op.cit., p.1182). Il prend un exemple significatif : « on sent bien ce que peut avoir d'absurde l'emploi de concepts comme ceux d' « État » ou de « Constitution » à propos de sociétés antiques. La seule limite est le caractère opératoire des concepts » (*ibid*.).
742 D. Baranger, Le piège du droit constitutionnel, op.cit., p.7. Il ajoute très justement : « Ce rapport est d'autant plus sainement établi qu'il met en jeu, de part et d'autre, quelque chose qui est vrai à la fois pour les hommes qui font l'histoire, et pour les hommes dont l'histoire est écrite. Du moins : des vérités qui peuvent se faire écho » (*ibid*.).
743 M. Troper, Sur l'usage des concepts..., op.cit., p.1181. Pour Michel Troper, « cet anachronisme des concepts n'est (…) nullement illégitime et il semble même inévitable » (*ibid*., p.1182).

permet également de s'apercevoir des prémisses de cette dualité dans l'esprit de l'auteur par le biais du décret du 23 juin, même si ce dernier ne conçoit pas lui-même la procédure de l'autorisation parlementaire pour une levée d'immunité.

204. Il est indéniable que pour résoudre la querelle doctrinale entre la thèse représentative et la thèse exécutive, le retour réflexif sur l'auteur du décret du 23 juin, principal instigateur des immunités parlementaires en France, s'est révélé précieux et riche d'enseignements. Fondée sur une démarche épistémologique particulière, la méthode littérale a été écartée au profit d'une méthode *contextualiste*. L'attention portée aux circonstances extérieures ainsi qu'aux présupposés théoriques et politiques du publiciste provençal s'est avérée déterminante. Cette perspective d'analyse du droit a permis de dévoiler, au-delà du texte, les intentions réelles de Mirabeau par le biais du décret du 23 juin 1789 et d'éclairer en compréhension non seulement les fondements des immunités parlementaires mais également leur champ d'application exact à leur origine. À cet égard, il ressort que, contrairement à la thèse représentative, Mirabeau ne fait pas découler les immunités parlementaires du mandat représentatif, et ce afin de garantir une indépendance des députés à l'égard de leurs électeurs. Témoignant à cette date d'une définition *équivoque* du mandat parlementaire, modèle hybride entre le mandat représentatif et le modèle impératif, il s'agit pour lui au contraire de protéger en priorité, sous le poids des circonstances et de son vécu personnel, les représentants des manœuvres et emprisonnements du pouvoir exécutif, et par-là même de pérenniser, à long terme, l'entreprise révolutionnaire matérialisée par le transfert de la souveraineté du Roi vers la Nation. Conformément à son attachement au principe de la séparation des pouvoirs héritée de sa connaissance profonde des institutions anglaises, l'objectif premier de Mirabeau est donc de traduire dans le décret du 23 juin 1789 la liberté nouvellement acquise par les députés par rapport aux autres pouvoirs de manière à exercer sereinement et dignement leur haute mission. Or, de cette volonté découle directement sa représentation de l'étendue de l'immunité parlementaire qui en est le reflet. Désireux de garantir une indépendance relativement conséquente aux représentants, Mirabeau témoigne d'une lecture *extensive* du décret du 23 juin, en ce qu'il couvre de façon complète de toute poursuite judiciaire, à ses yeux, *à la fois* les actes propres au mandat parlementaire mais également les actes extérieurs, même s'il acceptera la possibilité de lever la protection immunitaire des députés par le décret du 26 juin 1790.

On s'aperçoit donc que sa conception des immunités et ses réflexions politiques, spécialement en matière constitutionnelle, se font écho et dessinent une doctrine cohérente marquée en profondeur par le relativisme. Penseur et acteur central dans l'introduction des immunités parlementaires dans le droit constitutionnel français, son œuvre sera poursuivie l'année suivante, mais cette fois-ci dans

le sens d'une certaine systématisation par un jeune Professeur au Lycée de Paris, Jacques Vincent Delacroix.

C. La première théorisation des immunités parlementaire par le professeur au Lycée Jacques Vincent Delacroix assise sur la théorie du mandat représentatif

205. Le Comte de Mirabeau a eu le mérite de poser les bases de la réflexion doctrinale concernant la problématique des immunités parlementaires en droit français. Empreinte indélébile, cette première explication donne le ton des travaux suivants – et même de la doctrine constitutionnelle contemporaine. Cependant, sa vision des immunités parlementaires, essentiellement pragmatique, ne fait pas l'objet d'une construction théorique d'ensemble. Elle se déduit, en réalité, comme nous avons pu l'observer précédemment, d'une mise en perspective du décret du 23 juin avec l'étude pointue des circonstances et de ses présupposés politiques, exprimés dans les débats parlementaires et son journal personnel le *Courrier de Provence*. Or il convient de relever que moins d'un an après l'adoption du décret du 23 juin 1789, les prémisses d'une sorte de « systématisation » relativement succincte voient le jour dans la continuité de Mirabeau. Ce travail est l'œuvre d'un juriste français quelque peu inconnu, Jacques-Vincent Delacroix, avocat et professeur au Lycée de Paris. Il est possible de glaner, dans son œuvre importante, quelques éléments de réflexion sur la question de la protection immunitaire des représentants sans toutefois dessiner les contours d'une théorie générale des immunités parlementaires (**2**). Il n'en reste pas moins que ces brefs commentaires méritent l'attention, en ce qu'ils dressent un portrait instructif de la manière dont la doctrine se représente les immunités parlementaires dans les commencements de la Révolution dans le cadre de ce qui constitue, dans une certaine mesure, l'un des premiers cours de droit public moderne en France (**1**).

1. Jacques-Vincent Delacroix ou les prémices de la discipline du droit constitutionnel

206. Il est vrai que Jacques-Vincent Delacroix n'est pas le plus connu des juristes français. Il ne fait l'objet d'aucune mention, par exemple, dans le volumineux *Dictionnaire historique des juristes français*[744], ni dans l'ouvrage Anthologie de la pensée juridique[745], ni encore d'articles de fond sur sa pensée juridique[746], alors que ses travaux en droit constitutionnel représentent une somme importante, surtout à cette époque. Cet oubli doctrinal s'explique probablement par le fait que

744 P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle, Paris : P.U.F., coll. Quadrige, 2015.
745 Ph. Malaurie, Anthologie de la pensée juridique, Paris : Ed. Cujas, 1996, 297 p.
746 A noter cependant qu'une thèse italienne en sciences sociales lui a été consacrée dont l'objet est d'étudier les trois facettes de son activité intellectuelle, en tant qu'homme de lettre, homme de loi et philosophe. Elle est l'œuvre de M. Borré, Un rivoluzionario durante l'antico regime: Jacques-Vincent Delacroix (1766-1789), Thèse Université de Milan, 2012-2013.

Delacroix a mené parallèlement à son enseignement une carrière d'avocat et de juge (à la fin de sa carrière) qui ont éclipsé ses recherches scientifiques antérieures, comme sa vie l'atteste. Né à Paris en 1743, Jacques-Vincent Delacroix – dit également De la Croix[747] – est issu d'une famille bourgeoise puisque son père est conseiller du roi et officier des eaux et forêts. Après des études en littérature – il publiera son premier roman à l'âge de 23 ans -, il se dirige finalement vers le droit à l'Université de Reims. Ayant prêté le serment d'avocat à Paris en 1768, il débute une brillante carrière au barreau dans la capitale[748]. Toutefois, parallèlement, il fait preuve d'une certaine activité scientifique puisque, pendant les années 1780, Delacroix collabore à plusieurs articles de l'*Encyclopédie méthodique*, dite « Encyclopédie Panckoucke »[749], qui vise à améliorer et compléter l'encyclopédie de Diderot et d'Alembert, dans les volumes consacrés à la Jurisprudence et en 1787 il reçoit de l'Académie française le prix d'utilité pour ses « *Observations sur la société et sur les moyens de ramener l'ordre et la sécurité dans son sein* »[750] dont l'objet est de dénoncer « les abus de la procédure criminelle et (...) l'efficacité de la peine de mort »[751]. Or ce dernier ouvrage constitue un tournant en ce qu'il lui ouvre les portes de l'enseignement juridique[752] dans la mesure où il lui est proposé d'assurer un cours de droit public au Lycée de Paris en 1789 qui représente un épisode crucial sur lequel nous reviendrons (et qui intéresse directement la question des immunités parlementaires). Entre 1772 et 1776, il entretient également une correspondance assez soutenue avec Voltaire. En 1794, poursuivant sa réflexion constitutionnelle, il vante la supériorité du gouvernement monarchique de la Constitution de 1791 sur celui républicain mis en place par la Constitution de 1793, dans son ouvrage *Le spectateur françois pendant le gouvernement révolutionnaire.* Cette incitation considérée comme une provocation favorable au rétablissement de la royauté[753] lors de la séance du 8 nivôse an III – 28 décembre 1794 - lui vaut d'être traduit par la Convention à l'unanimité devant le tribunal révolutionnaire qui l'acquitte en définitive le 20 février 1795[754]. Après ce procès, lors de la même année, il est élu juge au tribunal civil de Versailles, « tout

747 En réalité, notre auteur possède plusieurs homonymes pour échapper à la censure : Pierre-Firmin de Lacroix, Jean-François de Lacroix et Charles Delacroix. Voir en ce sens : M. Gilot « De La Croix, J.-V. », *in* J. Sgard, (dir). Dictionnaire des journalistes (1600-1789), Grenoble : P.U.G., 1976, p.109-110.

748 Comme le note Michel Gilot, il tient longtemps « la dragée haute à Linguet dans l'affaire du comte de Morangiès, puis il plaida pour la marquise de Gouy, pour la rosière et les habitants de Salancy contre leur seigneur, pour la marquise de Cabris, sœur de Mirabeau, et pour Abatucci, dont il obtint la réhabilitation, toutes causes que ses mémoires contribuèrent à rendre célèbres » (J. Sgard (dir.), M. Gilot et et F. Weil (collab.), Dictionnaire des journalistes : 1600-1789, Grenoble : Centre de recherche sur les sensibilités, Université des langues et lettres de Grenoble, 1976-1987, vol. 1 XI-380 p., 5 vol. de supplément : 151, 227, 212, 242, 181 p.), p.109-112.

749 Encyclopédie méthodique […], Paris : Chez Panckoucke Libraire, 1782-1832.

750 J.-V. Delacroix, Observations sur la société et sur les moyens de ramener l'ordre et la sécurité dans son sein, Paris : chez Royer, 1787.

751 C. Magoni, L'Europe des constitutions dans l'ouvrage de Jacques-Vincent Delacroix (1791-1801), La Révolution française [En ligne], Dire et faire l'Europe à la fin du XVIIIe siècle, mis en ligne le 08 juin 2011, URL : http://journals.openedition.org/lrf/268, p.1

752 Sa renommée s'acquiert également par la publication à la veille de la Révolution d'un « J.-V. Delacroix, Catéchisme patriotique à l'usage de tous les citoyens relatif aux travaux des États généraux », [Paris] : [s.n.], [ca 1789], 20 p.

753 Delacroix est décrit comme un « royaliste (…) car c'est proposer un roi que de proposer la constitution de 91 » (Le Moniteur, n°100, 10 Nivôse an III, (30 décembre 1794), t.23, Paris, 1862, p.78).

754 Le tribunal correctionnel révolutionnaire décide que : « La déclaration du jury portant qu'il n'est pas constant que l'ouvrage intitulé le Spectateur français pendant le gouvernement révolutionnaire tende à provoquer le rétablissement de la royauté et la dissolution de la représentation nationale » (Le Moniteur, n°154, 4 ventose an III, 22 février 1795). En

en continuant sa carrière prolifique d'écrivain et publiciste »[755], jusqu'à sa mort à l'âge de 88 ans en 1832.

207. Pourtant, en dépit de ce désintéressement doctrinal à l'égard de Delacroix, il est indéniable que cet auteur ne manque pas d'intérêt en ce qu'il peut être considéré, dans une certaine mesure, comme l'un des premiers constitutionnalistes français de l'époque moderne. En effet, une chaire de Droit public est spécialement créée pour lui en décembre 1789 au sein du Lycée de Paris, établissement privé fondé en 1781 par l'aéronaute Jean-François Pilâtre de Rozier[756]. Or il convient de remarquer que cette instauration est un privilège et une marque d'honneur significative car, comme le note Jean-Louis Mestre, à l'époque révolutionnaire, « les chaires de « droit public » étaient encore très rares dans les Universités françaises »[757]. Seuls « Strasbourg en avaient une, ainsi que Besançon, mais la création de celle-ci n'avait pas été suivie d'effet »[758]. De même, en novembre 1789, Thimothée-Arnould Henry est installé dans la chaire de droit français de la Faculté de Nancy[759]. Certes son cours porte essentiellement sur l'étude de la Constitution en voie d'élaboration dont il se veut le « divulgateur et le propagandiste »[760] mais celui-ci est très rapidement arrêté en 1793 emporté par la tourmente révolutionnaire et le décret du 15 septembre 1793[761]. On mesure donc l'aspect *novateur* de cet enseignement de droit public dispensée par Delacroix dès la fin de 1789, soit presque deux ans avant que la Constituante n'ordonne à toutes les Facultés de Droit de

réalité, « au cœur de toute l'affaire concernant l'ouvrage de Delacroix, il y avait d'un coté, l'accusation de royalisme contre l'auteur, de l'autre l'enjeu plus général de la liberté de la presse » (C. Magoni, L'Europe des constitutions dans l'ouvrage de Jacques-Vincent Delacroix…, op.cit., p.8).

755 C. Magoni, L'Europe des constitutions dans l'ouvrage de Jacques-Vincent Delacroix…, op.cit., p.8.

756 Le Lycée connaîtra plusieurs noms au préalable : *Musée de Monsieur*, ensuite *Lycée républicain* puis *Athénée*. Cf. C. Dejob, De l'établissement connu sous le nom de Lycée et d'Athénée et de quelques établissements analogues, Revue internationale de l'enseignement, t.XVIII juillet-décembre 1889, p.4-38.

757 J.-L. Mestre, « L'étude de la Constitution » à la faculté de droit de Nancy de 1789 à 1792, Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, n°22, 2002, p.40.

758 *Ibid*. Jean-Louis Mestre considère que sous l'Ancien Régime, la création d'une chaire de droit public avait été un échec : « en 1775, le professeur de droit français de l'Université de Bordeaux, Delphin de Lamothe, demanda au Garde des Sceaux Hue de Miromesnil l'autorisation de donner des leçons de droit public, comme cela se faisait au Collège de France, depuis peu, mais il se heurta à un refus » (*ibid*., note 33, p.40). Sur ce point : cf. J. Portemer, Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIIIè siècle, RHD, vol. 36, 1959, p.341-397.

759 Pour souligner le caractère original et précurseur de son cours, le Professeur Thimothée-Arnould Henry envoie aux administrateurs de la Meurthe et à la Constituante un document intitulé « Adresse du professeur du droit français à Messieurs les Administrateurs sur l'étude de la Constitution et du droit français » dans lequel il expose comment il a traité de la Constitution en cours d'élaboration à ses étudiants de la Faculté de droit de Nancy pendant l'année universitaire 1789-1790. Ses objectifs sont complémentaires : développer l'enseignement de la Constitution pour développer par là même l'esprit public dans la population française. Voir en ce sens : J.-L. Mestre, « L'étude de la Constitution » à la faculté de droit de Nancy de 1789 à 1792, op.cit., p.33-50 ; J.-L. Mestre, Les emplois initiaux de l'expression « droit constitutionnel », R.F.D.C., n°55, 2003, p.467.

760 J.-L. Mestre, « L'étude de la Constitution » à la faculté de droit de Nancy de 1789 à 1792, op.cit., p.38.

761 Le contenu du cours du Professeur Henry ne sera pas examiné ici dans la mesure où il ne réfléchit pas spécialement à la question des immunités parlementaires. En effet, Jean-Louis Mestre note que dans le cadre de son enseignement, « il a délibérément choisi de traiter des lois nouvelles, « celles qui devenaient le salut de la France », qui lui apparaissaient comme le fruit de « la plus grandes des révolutions ». En conséquence, il a d'abord expliqué la Déclaration des droits de 1789. Il a précisé ce qu'était le droit, le distinguant de la morale et de la religion. Il a présenté les principes naturels des premiers de tous les droits : la liberté, « la foi des conventions », la propriété et la sûreté » (J.-L. Mestre, « L'étude de la Constitution » à la faculté de droit de Nancy de 1789 à 1792, op.cit., p.39).

charger l'un de leurs membres « d'enseigner aux jeunes étudiants la Constitution française » par le décret du 26 septembre 1791[762].

208. En outre, malgré son originalité, ce cours de droit public est dicté en réalité par les événements révolutionnaires : comme l'affirme le programme du Lycée pour l'année 1790, en « consultant le goût et les besoins de la nation dans les circonstances présentes (...) », « cette science, dont les détails sont devenus si intéressants, conviendra nécessairement à des hommes tous appelés désormais à prendre part aux affaires »[763]. Il s'agit donc de former des hommes d'État, du moins des citoyens éclairés, pour mener à bien l'œuvre révolutionnaire. Pour cela, Delacroix choisit de dresser le tableau des constitutions des royaumes et des républiques de l'Europe et des États-Unis d'Amérique. Preuve de l'intérêt que suscite ce cours, il est « presque suivi régulièrement dans les pages du Moniteur Universel »[764]. Dispensé sous forme de conférences tout au long de l'année 1790[765], Delacroix le publie rapidement sous forme de six volumes, chacun intitulé « Constitutions des principaux états de l'Europe et des États-Unis de l'Amérique », qui s'étalent de 1791 à 1801[766]. Or il convient de remarquer que la parution de ces ouvrages « eut un succès immédiat, attesté par deux éditions qui ont été enlevées en peu de temps et par la traduction, les années suivantes, en anglais et en allemand »[767]. Ce retentissement s'explique à vrai dire par le contenu même de ces traités. Ils contiennent un portrait instructif d'une multitude de Constitutions étrangères dans un but bien particulier : elles sont à la fois un *point de comparaison* et une *source d'inspiration* pour la norme constitutionnelle française en cours de rédaction. Delacroix affirme en effet : « En menant ainsi ceux qui m'ont prêté attention de contrées en contrées, j'ai senti qu'ils me suivront avec peine, avec dégoût, si je leur faisais perdre de vue notre patrie ; si je ne les ramenais souvent vers l'objet de

762 A.-A. Carette, Lois annotées, ou lois, décrets, ordonnances, avis du Conseil d'état, etc., avec notes historiques, de concordance et de jurisprudence (1re série, 1789-1830), Paris : M. Pouleur, 1943, 1256 p., Article 2 du décret du 26 septembre 1791, p.169

763 Gazette Nationale, 6 décembre 1789, n°106, p.431.

764 C. Magoni, L'Europe des constitutions…, op.cit., p.1. Le Moniteur Universel relève en effet que : « Le 18 [décembre 1789] a ouvert, pour la première fois, au Lycée, le cours du droit public. M. de Lacroix a observé que ce cours devenait plus difficile à établir dans un moment où ce qui constituait le savoir des L'Hôpital, des D'Aguesseau, s'était dissipé comme des nuages qui interceptaient la lumière » (Moniteur Universel, 25 décembre 1789, n°125, t.II, p.470).

765 Le Moniteur précise que Delacroix « a annoncé que ce n'était point des leçons qu'il se proposait de donner à ses auditeurs, mais des *entretiens* qu'il aurait sur tout qui a été dit par les publicistes anciens et modernes, étrangers et nationaux (…). Ce cours, qui paraît s'éloigner de la forme suivie dans les autres chaires du droit public, semble mieux adapté aux circonstances, et présenter des idées plus utiles » (Moniteur Universel, 25 décembre 1789, n°125, t.II, p.470. [Nous soulignons]).

766 Les trois premiers tomes paraissent en 1791 : « les deux premiers, sortis en début d'année, étudiaient les formes de gouvernement de l'Europe septentrionale et centrale, de l'Angleterre et des États-Unis et se terminaient par un *Catéchisme patriotique à l'usage de tous les citoyens François* ; tandis que le troisième, paru en novembre, concernait les constitutions des Etats de l'Europe méridionale, la nouvelle constitution polonaise et surtout celle française de septembre 1791 » (C. Magoni, L'Europe des constitutions dans l'ouvrage de Jacques-Vincent Delacroix…, op.cit., p. 2). Le quatrième tome, publié en 1792, traite de l'histoire de la France de son origine jusqu'à la dynastie carolingienne. Le cinquième tome, imprimé en 1793, poursuit le récit historique français jusqu'à la Révolution et se termine avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Acte constitutionnel de 1793. Le dernier volume retrace les changements constitutionnels survenus en France de 1795 jusqu'à la Constitution de l'An III. Il rassemble également plusieurs de ses discours ainsi que des méditations et réflexions sur les causes de la Révolution.

767 C. Magoni, L'Europe des constitutions…, op.cit., p.2.

leurs affections. Aussi n'ai-je jamais laissé échapper l'occasion de les entretenir de cette constitution qui leur est si chère, toutes les fois qu'il pouvait y avoir quelque rapport entre les institutions étrangères et celle que nous créons journellement »[768]. A cet égard, pour les analyser et les classer, Delacroix suit de manière singulière une méthode historico-axiologique. *Historique* d'une part puisque convaincu que « les Constitutions actuelles sont presque toutes nées de l'histoire des Peuples et des révolutions qu'ils ont subies »[769], Delacroix place en tête de chaque Constitution une note historique plus ou moins étendue selon le pays considéré. *Axiologique* d'autre part car « c'est à la lumière de la liberté, de l'égalité et de la justice qu'il analyse chaque constitution, chaque forme de gouvernement »[770]. Delacroix recherche en effet le régime politique qui réussit à concilier ces trois valeurs, facteurs de paix. Les *Constitutions des principaux états de l'Europe et des États-Unis de l'Amérique* dessinent donc l'image d'une Europe comme celle d'un espace politique différencié en raison d'un développement historique spécifique mais également comme celle d'un espace en quête de liberté par la rédaction et la diffusion de l'instrument constitutionnel. Mais il est indéniable que deux Constitutions ont sa préférence : les Constitutions américaine[771] et française représentent pour lui deux modèles politiques, l'un monarchique[772], l'autre républicain[773], de référence, en ce qu'elles conjuguent la liberté et la monarchie[774]. En effet, Delacroix, certes monarchiste convaincu[775], est également un ardent défenseur de la liberté. Ce combat est précoce puisque dès sa carrière d'avocat, il ne cesse de dénoncer l'arbitraire des juges et les travers de l'organisation judiciaire sous l'Ancien Régime. Par exemple, lors de la célèbre affaire Calas, Voltaire, avec qui il se lie d'amitié, considère le factum de Delacroix contre son adversaire comme « ce qu'on pouvait faire de mieux contre la loi arbitraire du despotisme (…). Vous êtes l'apôtre de la justice et de l'humanité (…). Nous entrons

768 J.-V. Delacroix, Constitutions des principaux États de l'Europe et des États-Unis de l'Amérique, t.II, Paris : Chez Buisson, 1791, p.382-383.
769 *Ibid*., t.IV, Paris : Chez Buisson, 1792, f°IV.
770 C. Magoni, L'Europe des constitutions…, op.cit., p.3.
771 Pour Delacroix, les États-Unis sont une extension de l'Europe.
772 La Constitution de 1791 est selon lui un exemple car elle est « la loi gravée en haut du trône, et de l'autre la licence arrêtée dans les liens de la justice » (J.-V. Delacroix, Constitutions..., op.cit., t.III, p.341).
773 Comme le note Clizia Magoni, conçue comme extension de l'Europe, « la Constitution des États-Unis, créée par le sentiment d'indépendance et par le désir d'égalité, était l'œuvre, selon Delacroix, d'un siècle de lumières » (C. Magoni, L'Europe des constitutions..., op.cit., p.5). Menant des réflexions sur la pensée de John Adams dont l'ouvrage *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America* fut traduit en 1792 sous le titre *Défense des constitutions américaines* ou *De la nécessité d'une balance dans les pouvoirs d'un gouvernement libre*, qui est accompagné de remarques de Delacroix, ce dernier écrit en effet que « la constitution des Américains est la plus sage de toutes celles qui ont été combines pour des hommes dégagés de tous liens » (J.-V. Delacroix, t.I, p.544, in J. Adams, Défense des constitutions américaines, ou De la nécessité d'une balance dans les pouvoirs d'un gouvernement libre, Avec des Notes et Observations de M. De la Croix, Paris : Chez Buisson, 1792).
774 *Paradoxalement,* le régime politique de l'Angleterre, savant mélange entre la liberté et la monarchie, qui pourrait donc correspondre à ses critères est vivement critiqué par Delacroix. Pour lui, « l'Angleterre ne s'avère pas la terre de la liberté, de la représentation effective de toute la nation, de l'égalité, de la tolérance religieuse et de la justice exempte de l'arbitraire » (C. Magoni, L'Europe des constitutions..., op.cit., p.5). En réalité, son jugement n'est pas « dénuée de préjugé, fondé (…) sur la crainte d'une intervention belligérante de l'Angleterre contre la France » (*ibid*.).
775 Comme nous l'avons vu, Mirabeau sera poursuivi en 1794 par la Convention nationale pour incitation au rétablissement de la royauté dans son ouvrage *Le spectateur françois pendant le gouvernement révolutionnaire*. De même, en 1805, dans *Le Danger des souvenirs* (dont la vente fut interdite trois mois puis parut censuré), il saluera « le chef de l'Empire (…). Je l'avais bien prévu, que le trône renaîtrait de ses cendres et que la nation française finirait par rentrer dans le gouvernement qui seul (lui) convient » (J.-V. Delacroix, Le Danger des souvenirs, Tome 1, Paris : Chez Bossange, Masson et Besson, libraires, 1805, 298 p., préface, p.VI).

dans le siècle d'or (…). Je n'espérais pas de mourir content »[776]. Dans le même sens, il poursuit sa lutte contre le despotisme judiciaire sur le terrain littéraire. A partir de 1778, dans ses *Réflexions philosophiques sur l'origine de la civilisation* puis en 1787 dans ses *Observations sur la société et sur les moyens de ramener l'ordre et la sécurité dans son sein*, Delacroix fait campagne contre les abus de la justice, tels que l'usage de la torture, les méfaits du secret de l'instruction, le régime des prisons, l'application de la peine capitale aux faux-témoins en cas de rétractation spontanée. C'est pourquoi il affirmera en 1791 dans l'avertissement de son ouvrage *Constitutions des principaux états de l'Europe*, véritable voyage à la recherche de la liberté : « J'ose le dire, je n'ai pas attendu la révolution pour aimer la liberté, pour détester l'oppression, pour servir l'humanité. Longtemps avant que les mots de démocrates et d'aristocrates eussent frappés les oreilles du peuple je m'étais montré l'un de ses plus zélés défenseurs, je m'étais exposé pour lui aux ressentiments des grands d'alors, à la persécution des magistrats ; les ministres environnés de tous leurs pouvoirs n'avaient point fait fléchir mon ministère »[777].

209. Il s'avère ainsi que les six tomes de Delacroix constituent une somme considérable qui posent, en quelque sorte, la première pierre dans la construction de la discipline du droit constitutionnel. Pourtant, comme le note Clizia Magoni, « loin d'être ignoré, dans les siècles suivants, (ils) n'(ont) pas fait l'objet d'une étude spécifique »[778]. Il est vrai que l'optique *descriptive* de son discours n'a pas favorisé la diffusion de ses écrits[779]. Il affirme effectivement lui-même : « je remplirai cette tâche avec l'impartialité d'un citoyen qui n'a d'autre désir que d'exposer la vérité, qui n'a point cherché à se placer sur les ruines des autorités renversées »[780]. Cependant, en dépit de la neutralité axiologique qu'il défend, il se réserve « le droit de ne jamais dissimuler sa pensée »[781]. C'est ce qu'il va précisément faire à propos de la question des immunités parlementaires.

776 M. Gilot, Delacroix in Dictionnaire des journalistes : http://dictionnaire-journalistes.gazettes18e.fr/journaliste/214-jacques-delacroix [En ligne].
777 J.-V. Delacroix, Constitutions des principaux États..., op.cit., t.I, avertissement, p. I-II.
778 C. Magoni, L'Europe des constitutions…, op.cit., p.2.
779 Un second reproche découle de cette orientation descriptive de son travail doctrinal clairement exprimé par Clizia Magoni : « à partir du sujet qu'il aborde, et en considération de l'étendue de ses dates de publication, une décennie entre la parution du premier et celle du dernier volume, qui coïncide à peu près avec la parabole révolutionnaire », il est difficile de « saisir un discours souvent « contrarié » par les changements rapides de la situation politique nationale et internationale, sur l'Europe à la fin du XVIIIème siècle » (C. Magoni, L'Europe des constitutions…, op.cit., p.2).
780 J.-V. Delacroix, Constitutions des principaux États de l'Europe..., op.cit., t.I, avertissement, p. IV.
781 *Ibid*.

2. Le perfectionnement de la réflexion doctrinale quant à la problématique des immunités parlementaires

210. L'historien Albert Mathiez juge sans ambages qu' « en mai 1790, (…) Lacroix esquissa une première théorie juridique de l'inviolabilité »[782] dans l'un des passages du tome un de son ouvrage *Constitutions des principaux États de l'Europe et des États-Unis de l'Amérique*[783]. Sa lecture est donc digne d'intérêt. On peut y observer, *d'une part*, un perfectionnement dans la manière de concevoir les immunités parlementaires dans les prémisses de la Révolution, compte tenu des progrès de la distinction entre l'inviolabilité et l'irresponsabilité, malgré un vocabulaire encore indécis **(a)**. *D'autre part*, le second intérêt majeur de sa pensée réside dans la relative évolution des fondements de chacune des composantes des immunités parlementaires par rapport à ceux mis en avant par Mirabeau, en raison de présupposés politiques personnels divergents **(b)**.

a) Une distinction évidente malgré un vocabulaire juridique encore imprécis

211. La « théorie juridique de l'inviolabilité » de Delacroix intervient dans un contexte particulier. En mai 1790, le traitement de l'un des articles de la Constitution suédoise relatif aux protections particulières des députés de la Diète[784] pendant l'une de ses conférences au Lycée le conduit à examiner la question « importante »[785] du statut dérogatoire des parlementaires français. Plus précisément, soulignant le risque d'arbitraire qui pèse sur la représentation suédoise, il opère un parallèle avec une affaire récente se déroulant en France présentant « une difficulté qui s'élève de toutes parts, et que des circonstances malheureuses rendent plus importantes dans ce moment »[786]. Delacroix fait référence ici à ce que nous appellerons « l'affaire du Châtelet de Paris ». Sans rentrer dans le détail des faits, elle prend naissance dans les événements des 5 et 6 octobre 1789 au cours desquels des révolutionnaires, principalement des femmes, ont envahi Versailles à cause du manque de nourriture ce qui a entraîné le retour du Roi à Paris sous la pression populaire[787]. Or deux députés, le Comte de Mirabeau et le duc d'Orléans, sont soupçonnés d'avoir organisé les « journées d'octobre » et sont dès lors susceptibles d'être coupables d'un crime de lèse-nation. L'affaire est

782 A. Mathiez, La conspiration de l'étranger, Études robespierristes, T. 2, Paris : A. Collin, 1918, p.281.
783 J.-V. Delacroix, Constitutions des principaux États de l'Europe..., op.cit., t.I, 1791, p.456-457.
784 Un des articles de la Constitution de Suède dispose en effet que « si un membre de la Diète, sans y avoir donné lieu, était insulté ou maltraité de paroles, ou de voies de fait, soit pendant la diète, soit en s'y rendant, soit en s'en retournant, et qu'il eût fait connaître sa qualité, alors celui qui l'aura insulté, subira la peine portée contre la violation de la paix du roi » (voir en ce sens : J.-V. Delacroix, Constitutions des principaux États..., op.cit., t.I, 1791, p.455).
785 Gazette nationale (ou le Moniteur universel), mardi 4 mai 1790, vol.2, n°124, p.500.
786 J.-V. Delacroix, Constitutions des principaux États..., op.cit., t.I, 1791, p.455.
787 Pour une présentation fournie des faits : cf. Procédure criminelle, instruite au Châtelet de Paris, Sur la dénonciation des faits arrivés à Versailles dans la journée du 6 octobre 1789, Paris : Chez Baudouin, 1790, p.5-6.

instruite par le Châtelet de Paris et les auditions s'étalent du 11 décembre 1789 au 20 avril 1790. Sur la base de son rapport, qui sera vivement critiqué en raison notamment de témoignages douteux, le Procureur du Châtelet demande le 7 avril 1790, l'autorisation de poursuivre les deux parlementaires impliqués dans les faits de cette affaire[788]. Sur la scène légale, le décret du 23 juin 1789 est effectivement en vigueur mais un doute persiste sur son champ d'application réel et sur le fait qu'il couvre les actes commis en dehors de l'exercice des fonctions d'un député, étant entendu que le décret du 26 juin 1789 n'a pas encore été adopté[789]. C'est dans ce contexte précis qu'intervient la prise de position de Delacroix le 4 mai 1790 sur ce problème dicté par les circonstances[790].

212. En l'espèce, pour donner son point de vue, Jacques-Vincent Delacroix écarte au préalable l'exigence épistémologique de la neutralité axiologique qu'il s'est lui-même fixé, comme nous l'avons vu, pour bâtir un discours scientifique. Il affirme en effet : « je vais (…) exposer mon opinion sur ce sujet, sans entendre la présenter comme une décision »[791]. Mais au-delà de sa méthode, cet avis subjectif constitue effectivement un matériau extrêmement intéressant en ce qu'il est révélateur de la progression de la réflexion doctrinale, davantage précise, par rapport à la façon de concevoir les immunités parlementaires quelques temps après Mirabeau. Cet approfondissement est clairement visible dans la manière de distinguer l'inviolabilité de l'irresponsabilité dans son acceptation moderne.

Si cette distinction apparaît en filigrane dans la pensée de Mirabeau, elle devient encore plus évidente au travers du point de vue exprimée par Delacroix en 1790. Cela résulte du fait que le critère de distinction entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité, c'est-à-dire le fait que l'acte répréhensible ait été commis ou non, dans l'exercice des fonctions parlementaires, commence à être *dans une certaine mesure* conceptualisé. Le professeur Delacroix distingue en effet deux situations en fonction de ce dernier critère, *que l'acte soit étranger ou non aux attributions du député,* en y ajoutant une condition spatiale. Dans une première hypothèse, lorsque les députés « se rassemblent en Corps »[792], c'est-à-dire qu'ils agissent dans le cadre de leurs missions au sein de l'Assemblée Nationale, ils sont dès lors, selon lui, « au-dessus de la Loi »[793], ce qui signifie irresponsables juridiquement. Cependant, Delacroix ne précise pas les fonctions exactes d'un représentant susceptibles d'être couvertes par l'irresponsabilité. À l'inverse, dans une seconde hypothèse, si un député agit « individuellement » sans que Delacroix ne distingue qu'il soit dans ou en dehors de l'enceinte parlementaire, il se comporte alors comme un simple particulier soumis au droit commun.

788 A. Mathiez, La conspiration de l'étranger, Études robespierristes, 1918, p.288.
789 Bien entendu, Mirabeau, ayant une conception extensive du décret du 23 juin, estime que, comme nous l'avons vu, l'inviolabilité est visée par cette norme. Il en résulte donc que le décret du 26 juin est pour lui par principe inutile.
790 Gazette nationale ou Le Moniteur universel, vol.2, n°124, mardi 4 mai 1790, p.499-502.
791 *Ibid.*
792 *Ibid*.
793 *Ibid.*

Toutefois, Delacroix ajoute ensuite un critère spatial. Il affirme que si un député « quoique (…) bien connu pour l'un des Représentants de la Nation, (…) commet, *hors de l'Assemblée*, un délit »[794], il ne possède alors, à ses yeux, que le statut de « membre de la Société »[795] et par voie de conséquence, « il est sujet aux Loix communes à tous les membres de cette Société »[796].

213. Toutefois, à la lecture de cette présentation de la conception de Delacroix, un doute subsiste sur son critère de distinction entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité : est-ce la *fonction* qui bénéficie d'une immunité particulière ou bien est-ce *le lieu* où est prononcé l'opinion ? En réalité, il semble que Delacroix opère un amalgame entre ces deux critères. *D'un côté*, il laisse présager que l'immunité ne tend à protéger que la fonction parlementaire sans aucune référence au lieu d'expression du propos. Il affirme en effet : « individuellement, (les députés) sont soumis à la loi existante »[797], peu importe que ce soit dans les locaux de l'Assemblée ou non. Mais de l'autre, il est manifeste qu'il érige au rang de critère principal le lieu de commission de l'acte répréhensible pour déterminer si un acte répréhensible est couvert par l'irresponsabilité ou non. En effet, à ses yeux, *l'enceinte parlementaire* fixe la ligne de démarcation entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité. Les actes et paroles tenus dans l'enceinte parlementaire en ce qu'ils sont supposés représenter le lieu naturel d'exercice des attributions d'un député sont couverts par l'irresponsabilité. À l'inverse, en dehors de l'assemblée, le député ne pouvant assurer individuellement sa mission parlementaire, se comporte dès lors comme une personne privée ; ses actes et propos ne peuvent, par voie de conséquence, bénéficier d'une protection immunitaire et sont régis alors par le droit commun. L'étendue de l'irresponsabilité semble donc dépendre du lieu où a été prononcée l'opinion ou où a été commis l'acte. En d'autres termes, c'est l'endroit qui détermine la qualité juridique du locuteur : parlementaire ou simple citoyen[798]. En définitive, l'irresponsabilité couvre donc dans la pensée de Delacroix les actes du parlementaire lorsqu'il agit dans le cadre de ses fonctions, en tant qu'entité collective, dans le cadre de l'enceinte parlementaire. À l'image de Mirabeau, on constate donc que Delacroix a une conception large de l'irresponsabilité, puisque cette immunité, selon sa vision, pourrait éventuellement couvrir les actes commis par un député dans l'enceinte parlementaire mais n'ayant aucun lien avec l'exercice des fonctions.

794 *Ibid.* [Nous soulignons].
795 *Ibid.*
796 *Ibid.* Nous verrons toutefois que dans cette hypothèse, Delacroix justifie l'impératif d'une protection immunitaire qui s'apparente à l'hypothèse de l'inviolabilité au sens contemporain du terme.
797 *Ibid.*, [Nous ajoutons].
798 Cette manière de délimiter le champ d'application de l'irresponsabilité à travers le critère de l'enceinte parlementaire trouve un écho dans la doctrine classique et contemporaine. Voir en ce sens : M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2e éd., Paris : Sirey, 1929, rééd. Paris : CNRS, 1965, p.533 ; E. Orlando, L'immunité des locaux parlementaires, RDP, t.X, 1898, p.68 et s. ; O. Beaud, Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano, Droits, n°33, 2001, p.89.

214. La pensée de Delacroix montre ainsi que la distinction entre les actes commis en tant que parlementaire et en tant que personne privée est en germe dès les commencements de la Révolution, qui donnera lieu plus tard à la dichotomie entre l'« irresponsabilité » et l'« inviolabilité ». Cependant, il est indéniable que le vocabulaire juridique du professeur Delacroix reste encore flou et rudimentaire puisqu'il emploie un terme unique, « l'inviolabilité », pour désigner en réalité deux concepts juridiques pourtant clairement identifiés. Néanmoins, malgré cette imprécision lexicale, Delacroix procède également à une clarification instructive des fondements juridiques de ces deux notions en train de se dessiner, se démarquant quelque peu sur ce point de Mirabeau.

b) L'évolution du fondement des immunités parlementaires en raison de présupposés politiques divergents

215. Sans les nommer précisément, Delacroix distingue deux sortes d'immunités car il attribue à chacune d'elles une fonction bien particulière. En effet, seule l'identification de ces finalités permet d'apprécier l'utilité du dispositif immunitaire dans le système constitutionnel au sein duquel il s'insère. Or il est intéressant de noter que sa manière de justifier les privilèges des parlementaires connaît une évolution par rapport à celle de son fondateur, Mirabeau. Ceci s'explique par le fait que la réflexion constitutionnelle du publiciste parisien repose sur des présupposés politiques différents de ceux du député d'Aix.

216. La justification de ce qui ressemble à l'irresponsabilité au sens contemporain du terme réside, selon Delacroix, dans la qualité même de représentants des députés à l'Assemblée. En effet, comme l'affirme le Professeur au Lycée, « tous nos Députés sont, dans ce moment, les Mandataires de la Nation »[799]. Dès lors, identifiant le corps des députés à celui de la nation, faisant par là-même des parlementaires les représentants de celle-ci, Delacroix estime que les députés sont souverains, sans employer explicitement le terme. En effet, « ils sont, lorsqu'ils se rassemblent en Corps, au-dessus de la loi »[800]. Ils ont le droit de décider pour le compte de la Nation, en toute indépendance et sur tous les problèmes qui peuvent se poser. Il en découle deux conséquences à ses yeux. D'une part, l'Assemblée étant la seule productrice de la volonté de la Nation, les autres pouvoirs sont donc logiquement, dans sa conception, subordonnés à l'exécution mécanique de cette volonté souveraine énoncée dans la loi. Par cette idée, Delacroix entend surtout souligner la soumission des tribunaux à l'Assemblée et l'impossibilité pour eux de juger les actes et propos du Souverain, qui est la définition même de l'irresponsabilité. Sorte de juridiction suprême, Delacroix affirme en effet que

799 Gazette nationale ou Le Moniteur universel, vol.2, n°124, mardi 4 mai 1790, p.500.
800 *Ibid*.

« la réunion [des députés] forme un Tribunal supérieur à tous les Tribunaux »[801] capable de casser leur décision. D'autre part, seconde conséquence complémentaire de la première, l'Assemblée, compte tenu de sa souveraineté, ne peut pas être soumise à la loi qu'elle crée de manière exclusive. En effet, de façon moderne, Delacroix conçoit la législation comme l'expression de la parole du Souverain qui n'est tenu à son respect que par son bon plaisir, pouvant reprendre ce qu'elle a accordé. Il en résulte donc que sur le terrain judiciaire, les représentants, en tant qu'organe collectif suprême, ne peuvent pas être jugés selon les dispositions de la loi dont ils sont déliés et qu'ils ont eux-mêmes élaborées. Autrement dit, les tribunaux ne peuvent pas leur imposer le respect de la loi, à l'image de l'irresponsabilité contemporaine qui interdit au juge de « pouvoir apprécier le caractère délictueux ou non du contenu d'une opinion écrite ou orale proférée par un parlementaire »[802] au regard du droit pénal.

On observe donc que la théorie de la représentation, qui est à l'origine d'une hiérarchie des pouvoirs, permet de justifier, dans la pensée de Delacroix, l'irresponsabilité parlementaire. Elle conduit en effet à la *prééminence institutionnelle de l'Assemblée sur tous les autres pouvoirs,* qui découle directement de sa souveraineté, par laquelle elle élève selon lui la personne de chaque membre du corps législatif au-dessus de toute autre puissance que celle dont il fait partie. Par voie de conséquence, cette théorie interdit aux pouvoirs inférieurs d'exercer un quelconque contrôle sur ses activités. Elle prohibe spécialement aux juges d'examiner les propos et actes des représentants agissant en corps collectif, constituant l'expression de la souveraineté. Sans la dénommer, Delacroix dessine donc les contours de l'irresponsabilité actuelle. Le parallèle avec l'irresponsabilité contemporaine est flagrant, étant donné qu'il interdit toute poursuite contre un représentant pour ses opinions.

217. Or cet enracinement de l'irresponsabilité en tant que conséquence du mandat représentatif opéré par Delacroix appelle une observation. Elle marque une rupture certaine avec la conception de l'initiateur des immunités parlementaires qu'est Mirabeau. Comme nous l'avons vu, pour ce dernier, le statut dérogatoire des représentants est perçu comme le corollaire de la séparation des pouvoirs et non comme celui du mandat représentatif en raison de sa méfiance à l'égard de cette théorie. Ce changement de paradigme est somme toute logique. Il s'explique par le fait qu'à l'époque où Mirabeau élabore la protection immunitaire des députés, la théorie de la représentation est encore équivoque. Or, au contraire, en mai 1790, lorsque Delacroix exprime son opinion, l'orthodoxie représentative est sans conteste ancrée dans le droit constitutionnel français. Comme il a été souligné, la doctrine fixe l'implantation du mandat représentatif à la date du 8 juillet 1789 mais

801 *Ibid.* [Nous ajoutons].
802 H. Isar, Immunités parlementaires ou impunité du parlementaire ?, op.cit., p.686.

surtout à partir du discours fondateur de l'abbé Sieyès du 7 septembre 1789. Ainsi, en presque un an, ce concept s'est largement diffusé et a imprégné la réflexion des publicistes dont Delacroix.

218. Le professeur parisien démontre également la nécessité d'une protection immunitaire qui s'apparente à l'hypothèse de l'inviolabilité au sens moderne du terme. En effet, bien qu'il estime que les députés soient soumis au droit commun pour les actes étrangers à leurs fonctions commis et à l'extérieur de l'enceinte parlementaire, de puissants arguments plaident selon lui en faveur de l'établissement pour ces actes d'une nouvelle sorte d'immunité au caractère davantage limité, provisoire et temporaire que l'irresponsabilité. Le fondement qu'il avance pour l'instituer est fort instructif en ce qu'il démontre que la manière de concevoir le statut dérogatoire des gouvernants est dépendante des postulats politiques de leur auteur. À cet égard, l'un des combats principaux de Delacroix a été de dénoncer, comme nous l'avons vu, tant durant sa carrière d'avocat que celle d'essayiste, les dérives de la justice d'Ancien régime attentatoires à la liberté individuelle[803]. Et c'est précisément contre le risque d'un nouveau cas de figure d'arbitraire des juges, à travers ce que nous avons appelé « l'affaire du Châtelet de Paris » que Delacroix est poussé à donner son avis dans son cours au Lycée en mai 1790. En l'occurrence, le comportement et le mode de travail des officiers du Châtelet de Paris, juridiction royale et siège de la prévôté de la capitale, compétente en première instance en matière civile et criminelle dans le cadre de son ressort, suscitent de vives critiques. Chargés d'instruire le dossier du député Mirabeau et celui du duc d'Orléans soupçonnés d'être parmi les organisateurs des événements du 5 et 6 octobre 1789, il leur est reproché principalement de s'être employé, au cours de cette procédure, « à multiplier, à répandre les soupçons, les inquiétudes, les alarmes, les terreurs contre de bons et de mauvais citoyens »[804] mais également à avoir faire preuve de « zèle »[805] connotant ainsi avec leur lenteur pour les procès criminels ordinaires. La Constituante explique une telle attitude par une double raison : d'une part, « le Châtelet était un reste de l'ancienne magistrature ; il exerçait, en ce moment, une sorte d'intérim judiciaire, en attendant les institutions nouvelles dont la constituante espérait doter la France. Le personnel n'en avait point été modifié ; les préjugés contre-révolutionnaires de ce tribunal étaient donc dans toute leur force »[806].

D'autre part, ces idées reçues étaient « même accrues du mécontentement qu'inspirait aux magistrats le sentiment de leur position provisoire. De là, d'un côté, une activité passionnée lorsqu'il s'agissait

803 Voir en ce sens : J.-V. Delacroix, Observations sur la société et sur les moyens de ramener l'ordre et la sécurité dans son sein, Paris : chez Royez, 1787, qui est la version remaniée de son premier essai « Réflexions philosophiques sur l'origine de la civilisation, et sur les moyens de remédier aux abus qu'elle entraîne », Amsterdam ; Paris : chez Belin, 1778.
804 P. J. B. Buchez, Histoire de l'Assemblée Constituante ; précédé d'une histoire abrégée des français depuis l'établissement de la nationalité française jusqu'en 1789, 5 vol. Paris : J. Hetzel, 1846, Volume 3, p.318 (séance du 7 août 1790).
805 *Ibid.*, p.315.
806 *Ibid.*

de délits révolutionnaires, et de l'autre, une extrême indulgence lorsqu'il s'agissait des coupables de l'espèce ordinaire : le Châtelet alors se laissait aller à l'alanguissement propre aux corporations qui se sentent sur le point de disparaître »[807]. La partialité des juges du Châtelet de Paris est donc évidente. C'est pourquoi lorsqu'ils demandent la levée de l'immunité parlementaire des deux députés le 7 août 1790, après avoir décidé de les poursuivre, l'Assemblée Nationale charge son Comité des recherches d'examiner la procédure du Châtelet[808]. En définitive, le 30 septembre 1790, le rapporteur du Comité, Jean-Baptiste-Charles Chabroud, met en pièces ses conclusions en examinant la valeur des témoignages qu'il avait recueillis. Suivant la procédure du décret du 26 juin 1790, l'Assemblée refuse donc d'autoriser la levée de l'immunité de Mirabeau et du duc d'Orléans, « inculpés » sur des rumeurs et des déclarations douteuses[809].

Or, de manière prophétique, bien avant le décret du 26 juin 1790 et la décision de l'Assemblée du 30 septembre, Delacroix propose dès mai 1790 l'instauration d'une immunité qui vise clairement à protéger les parlementaires des procédures vexatoires mises en œuvre (contre eux) par les juges, et en l'espèce celles du Châtelet de Paris. Il estime en effet que dans la mesure où « (…) les fonctions l'exposent quelquefois au ressentiment des Tribunaux où il veut porter la réforme, il ne faut pas que ces mêmes tribunaux aient sur lui l'avantage de le réduire à l'inaction et au silence, lorsqu'il sera de leur intérêt de le faire »[810]. Il s'agit ainsi d'éviter pour Delacroix que les autorités judiciaires, se comportant alors comme des acteurs politiques, les empêchent *matériellement* de participer aux délibérations de l'Assemblée nationale ou exercent, d'un point de vue *psychologique*, des pressions sur eux pour influencer leur vote sur une loi qui les dérange. On comprend donc que le but sous-jacent de cette nouvelle protection immunitaire est la garantie de l'indépendance physique et mentale des représentants de la Nation.

219. Toutefois, Delacroix a une vision moins étendue du statut dérogatoire des membres de l'Assemblée que celle de Mirabeau. En effet, contrairement au député d'Aix, s'il juge crucial de protéger le citoyen-parlementaire pour les actes extérieurs à ses fonctions contre les manœuvres judiciaires, il n'en demeure pas moins important pour lui d'encadrer ce privilège. À l'inverse du publiciste provençal, il ne s'agit pas pour lui d'instituer une irresponsabilité généralisée des représentants pour tous leurs actes. Mais il convient de trouver, selon lui, un compromis « raisonnable »[811] afin d'« arrêter, d'un côté, l'excès où pourrait conduire l'assurance de l'impunité, et de l'autre, empêcher l'effet de la haine, de la jalousie des Tribunaux contre les membres d'une autorité qui leur est supérieure »[812]. L'immunité qu'il conçoit, sans la dénommer, est donc un

807 *Ibid*.
808 *Ibid.*, p.323.
809 Voir en ce sens : A. Mathiez, La conspiration de l'étranger…, op.cit., p.290.
810 Gazette nationale, vol.2, n°124, mardi 4 mai 1790, p.500.
811 *Ibid*.
812 *Ibid*.

dispositif juridique destiné à concilier la suprématie institutionnelle du corps représentatif et la sujétion de ses membres, autant qu'il est possible, au droit commun. Or l'instrument juridique qui permet cette harmonie est, selon lui, l'autorisation de l'Assemblée à la levée de l'immunité, à deux égards. D'une part, sans évoquer le cas du flagrant délit, seule la volonté expresse de l'Assemblée doit permettre à l'autorité judiciaire de prononcer des mesures restrictives ou privatives de liberté contre les représentants de la Nation, qui restent ainsi maîtres de leur destinée. Il soutient en effet que par ce mécanisme, « la Loi de l'inviolabilité n'est point enfreinte, puisque la Justice ne s'empare de la personne du Député qu'au moment où l'Assemblée elle-même a suspendu ses pouvoirs »[813]. La représentation nationale décide elle-même du sort de ses membres. D'autre part, l'Assemblée ne donnera son autorisation qu'à condition que la demande des juges soit sérieuse, loyale et sincère. Par leur obligation de motiver leur requête et d'apporter des preuves afin de lever l'immunité, il en résulte que les juges doivent avoir de réels mobiles, étrangers à toute considération personnelle, politique ou malveillante. C'est ainsi que pour Delacroix, grâce à cette autorisation, « les Tribunaux ne peuvent satisfaire leurs haines personnelles contre les Législateurs suprêmes, par des Décrets légèrement lancés, puisque le Corps législatif est le juge des motifs sur lesquels ils sont appuyés »[814]. Cependant, malgré ses nombreuses vertus, il objecte que cette arme contre l'arbitraire judiciaire présente une lacune : le caractère public de cette procédure qui violerait le principe du secret de l'enquête. En effet, Delacroix note qu'« en communiquant à une Assemblée, devenue publique, l'information avant de lancer les Décrets, ce serait l'exposer au plus grand jour, à une époque où elle doit être secrète »[815]. Delacroix propose donc un remède imparable pour favoriser la confidentialité de l'affaire et éviter toute publicité malencontreuse qui résulterait d'un débat public : « je répondrai qu'il serait possible que l'Assemblée fixât, pour en faire la lecture, une Séance extraordinaire, à laquelle aucun étranger ne serait admis ; qu'elle fit retirer les Huissiers, et prêter serment à tous les Membres de ne rien révéler de ce qu'ils auraient entendu »[816].

220. Néanmoins, Delacroix se contredit quelque temps plus tard puisque dans le premier tome de son manuel de droit constitutionnel de 1791, dans lequel il procède à une réimpression aménagée de son opinion exposée lors de son cours en amphithéâtre en mai 1790 qui sera ensuite publié au Moniteur universel, il considère que le rapport de l'Assemblée sur la levée de l'immunité doit être « précédé de l'impression de la procédure ». Cela révélerait dès lors dans l'espace public des faits sur la procédure en cours, en principe secrète, pouvant ainsi ternir l'image du concerné. Il estime effectivement sur ce point que par cette publication, « le public devient juge alors, et si des témoins

813 *Ibid*.
814 *Ibid*.
815 *Ibid*.
816 *Ibid*. C'est précisément cet argument qui a conduit à une réforme de la procédure par la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, qui confie désormais la responsabilité au bureau de chaque Assemblée de prendre la décision de levée de l'immunité d'un député, au lieu d'un débat public jugé facteur de stigmatisation politico-médiatique du député concerné.

irréprochables s'accordent sur un même fait, et ne sont pas démentis par d'autres, quels que soient le rang et les talents de l'accusé, un corps nombreux n'osera pas le déshonorer en mettant à l'abri de la vengeance des lois celui de ses membres qui sera évident coupable »[817]. Il anticipe alors le contre-argument selon lequel « s'il faut des preuves pour condamner, il ne faut que des présomptions pour décréter »[818] en défendant l'idée que les éclaircissements donnés par l'accusé avant le décret peuvent non seulement « dissiper ces présomptions, et sauver les témoins téméraires ou subordonnés puisque ceux-ci ont, suivant la loi, la faculté de se rétracter au récolement qui n'a lieu qu'après l'interrogatoire de l'accusé »[819]. Dans la conception de Delacroix, l'autorisation de la levée de l'immunité est donc paradoxalement une sorte de pré-jugement, puisque l'Assemblée porte une appréciation quant à la réalité des faits et au fond du dossier.

221. De ce point de vue, on observe donc une double évolution de la conception doctrinale des immunités parlementaires. À l'inverse de Mirabeau, même si ce dernier changera d'avis, Delacroix n'est pas favorable à une absence générale de responsabilité des députés, et précisément pour les actes extérieurs à leur fonction. En effet, par cette possibilité qu'il imagine de pouvoir lever dans ce cas leur protection immunitaire grâce à l'autorisation parlementaire, il « persiste à penser qu'elle doit leur ôter tout espoir d'impunité (...) » et qu'elle est « loin d'être favorable aux vrais coupables »[820]. En outre, il se distingue également du député d'Aix par la finalité qu'il attribue à cette forme d'inviolabilité au sens moderne du terme. Il n'est plus question de protéger la représentation nationale contre les manœuvres du pouvoir *exécutif* que Delacroix ne mentionne jamais mais d'ériger cette fois-ci une barrière contre le seul activisme judiciaire qui constitue sa cible principale et le cœur de son engagement intellectuel. À cet égard, il est indéniable que ce changement de paradigme des fondements doctrinaux de l'immunité parlementaire est que le reflet de présupposés divergents entre nos deux auteurs.

222. Il apparaît ainsi que la brève opinion de Delacroix exprimée lors de son cours de droit public au Lycée de Paris en mai 1790 puis retranscrite dans le Moniteur universel ainsi que dans son manuel précurseur de droit constitutionnel, présente un intérêt scientifique certain. S'il est exagéré de la présenter comme la « première théorie juridique de l'inviolabilité » dans la mesure où elle se résume à trois pages, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un apport indéniable dans la construction de la problématique des statuts protecteurs des gouvernants en France dans les premiers temps de la révolution après Mirabeau. En effet, grâce à Delacroix, l'appareillage conceptuel s'améliore, illustré par le perfectionnement du critère de distinction entre l'inviolabilité et

817 J.-V. Delacroix, Constitutions des principaux États de l'Europe et des États-Unis, vol.1, Paris : Chez Buisson, 1791, p.459.
818 *Ibid*.
819 *Ibid*.
820 *Ibid*.

l'irresponsabilité, malgré un vocabulaire encore vague, mais également par sa proposition d'instituer une autorisation parlementaire qui influencera directement le droit positif révolutionnaire à travers le décret du 26 juin 1790, ou encore par sa clarification des fondements des immunités parlementaires, au point que Delacroix peut donc être considéré avec Mirabeau comme l'un des bâtisseurs des immunités parlementaires en France. En outre, la pensée de Delacroix présente un second intérêt sur un plan épistémologique cette fois-ci : elle constitue effectivement un miroir remarquable pour démontrer que les arrière-pensées politiques et théoriques d'un constitutionnaliste structurent directement sa manière de concevoir les immunités parlementaires, mettant ainsi en lumière *in fine* leur portée stratégique.

223. En définitive, il s'avère que l'apport de la doctrine *lato sensu* quant à la problématique des immunités des représentants de la Nation dans les commencements de la Révolution, est considérable. Loin encore d'employer des termes scientifiques précis, elle a le mérite d'avoir posé les bases de la réflexion sur ce sujet et d'avoir également participé à une clarification des deux volets des immunités parlementaires. En outre, les argumentaires constitutionnels sur ce sujet mettent également en lumière que les fondements des immunités parlementaires ont varié dans le temps, au gré des circonstances, oscillant entre une nécessaire protection contre le pouvoir exécutif pour Mirabeau puis apparaissant comme un rempart impérieux contre l'arbitraire judiciaire pour Delacroix. De ce point de vue, l'examen des immunités parlementaires sous la Révolution souligne les limites d'une approche trop synthétique et abstraite d'un dispositif juridique aussi complexe et totalement dépendant des circonstances extérieures et des postulats internes des auteurs. En d'autres termes, la connaissance authentique de ce mécanisme juridique ne peut découler que de l'étude exhaustive de sa mise en œuvre à l'époque concernée, mais aussi des finalités que ses penseurs lui assignent. Quoiqu'il en soit, on constate plus largement que la discussion doctrinale pour ce qui est de la protection des pouvoirs constitués porte, en priorité, sur les privilèges accordés aux députés de l'Assemblée dès juin 1789, étant donné qu'elle constitue le fer de lance de la Révolution. Mais très rapidement, le statut du pouvoir exécutif, et en premier lieu celui du Roi, suspecté d'être par nature nuisible aux intérêts de la Révolution, devient une nouvelle priorité de la réflexion des constituants. Ces derniers désirent protéger à tout prix la prééminence institutionnelle de l'Assemblée face à l'ancien Souverain. Il en résultera des débats nourris et instructifs.

§2. Un débat doctrinal agité autour de la protection du pouvoir royal : la volonté de le soumettre à l'Assemblée souveraine

224. En raison de l'objet même du projet révolutionnaire, le débat constitutionnel de 1789 à 1791 apparaît essentiellement centré sur l'institution parlementaire naissante et son impérieuse protection. Néanmoins, bien que le système projeté après 1789 soit organisé autour du principe de la supériorité de l'Assemblée par rapport aux autres pouvoirs, il est important de souligner que la théorie constitutionnelle et institutionnelle de la Révolution analyse avec profondeur et de manière continue la question du pouvoir exécutif et de sa responsabilité. Cela résulte du fait que « la pensée constitutionnelle révolutionnaire (…) est rigoureusement « circulaire », c'est-à-dire que chaque élément qui la compose se soude à un ou plusieurs autres éléments dans une chaîne logique qu'on voudrait impossible à briser »[821]. Une entreprise d'élaboration d'une Constitution implique nécessairement une grande œuvre de définition conceptuelle quant à l'agencement de chacun des pouvoirs et à leurs interactions. Les débats parlementaires montrent clairement que « chaque problème politique est formulé – presque nécessairement – en contact avec toutes les questions constitutionnelles apparentées »[822], « pas un seul vide ne peut être accepté dans la nouvelle construction politique élevée par la Révolution »[823].

225. De ce point de vue, le pouvoir exécutif ne fait pas exception : on le voit aisément en ce qui concerne le sort de la royauté, que les constituants révolutionnaires des années 1789-1791 essayent de concilier harmonieusement avec les autres éléments constitutionnels[824]. Le débat sur l'inviolabilité du Roi, est, en ce sens, emblématique. Il est vrai que, dans un premier temps, cette interrogation est reléguée au second rang dans les discussions constitutionnelles puisque son irresponsabilité est perçue comme un legs évident de l'Ancien Régime. Or la fuite du Roi à Varennes en juin 1791 oblige, par la force des choses, les révolutionnaires à repenser ce dispositif au cœur des rouages institutionnels, à l'origine d'un vif débat. Les révolutionnaires sont conduits, sous le poids des circonstances, à s'interroger tout d'abord sur la justification et la nécessité d'un tel mécanisme dans l'édifice constitutionnel en construction. Les réponses à ce problème mettront en lumière de profonds désaccords doctrinaux. Finalement rattachée à l'exercice du droit de veto suspensif reconnu au monarque, son inviolabilité est conçue comme un instrument devant permettre au Roi de s'opposer librement à la volonté du corps législatif, soulignant ainsi paradoxalement la

821 P. Colombo, La question du pouvoir exécutif dans l'évolution institutionnelle et le débat politique révolutionnaire, Annales historiques de la Révolution française [En ligne], 319, p.2. | janvier-mars 2000, mis en ligne le 11 mai 2006, consulté le 30 septembre 2016. URL : http://ahrf.revues.org/98 ; DOI : 10.4000/ahrf.98.
822 *Ibid.*, p.2.
823 *Ibid.*
824 Voir en ce sens : Albert Larroquette, Le pouvoir exécutif dans la Constitution de 1791, Bordeaux : Imprimerie de l'Université, 1921.

volonté des constituants d'encadrer le pouvoir législatif souverain **(A)**. Cependant, derrière la solution de compromis qui solde ce débat, la volonté des constituants de mettre en place une responsabilité du monarque dans certaines hypothèses souligne, une nouvelle fois, le souci dominant de placer l'Assemblée en situation hégémonique, qui s'affirme progressivement comme l'idée maîtresse de l'ensemble de la théorie française de la protection des pouvoirs institués[825] **(B)**.

A. Un vif débat doctrinal sur le fondement de l'inviolabilité royale

226. « Aucun autre article de la Constitution de 1791 n'a été débattu par les révolutionnaires avec autant de passions que ceux relatifs à l'inviolabilité »[826] du monarque, constate Michel Pertué. Pourtant, au cours de la période 1789-1792, il apparaît que cette question n'est devenue une source centrale d'interrogations constitutionnelles que progressivement.[827] Initialement, son irresponsabilité n'avait soulevé aucune difficulté. Votée très rapidement dès le 15 septembre 1789[828] dans un consensus général, celle-ci était envisagée par les constituants comme un vestige naturel de l'Ancien Régime **(1)**. Cependant, les circonstances politiques marquées par l'épisode de la fuite du Roi à Varennes en juin 1791 ont amené les révolutionnaires à articuler ce privilège exorbitant autour du veto suspensif. Chargé effectivement avec cette arme « d'empêcher le Corps législatif de vouloir autre chose que la volonté générale, le roi devait rester hors d'atteinte des entreprises de l'Assemblée »[829] afin d'exercer correctement cette attribution. Toutefois, un paradoxe se fait jour qui divisera fortement la doctrine : comment justifier l'inviolabilité d'un roi considéré comme un fonctionnaire, alors que cette suprême garantie ne peut être accordée qu'à un représentant ? Ainsi un réexamen de la nature de la sanction royale s'impose dans le discours constitutionnel (des années 1790-1791) **(2)**.

1. L'inviolabilité du Roi, héritage unanime de l'Ancien Régime

227. Dans un premier temps, la question de l'inviolabilité du monarque n'a pas fait grand débat au sein de la doctrine constitutionnelle révolutionnaire. Cela tient au fait que ce dispositif qui signifie « qu'aucune de ses actions, quelque que fût sa nature, ne pouvait fournir la possibilité d'être interprété comme un crime »[830] est unanimement admis par l'ensemble des cahiers de doléances. En

825 C. Euzet, Les fondements doctrinaux de la protection des pouvoirs constitués, op.cit., p.27.
826 M. Pertué, L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791, in J. Bart et al (dir.), La première Constitution française, Actes du colloque de Dijon, Paris : Economica-PUAM, 1993, p.181.
827 F. Saint-Bonnet, Aux origines historiques de l'irresponsabilité du chef de l'État en France *in* C. Guettier, A. Le Divellec (dir.), La responsabilité pénale du Président de la République, Paris : L'Harmattan, 2003, p.47-72.
828 A.P., t. VIII, 15 septembre 1789, p.642.
829 M. Pertué, L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791..., op.cit., p.197.
830 M. Walzer, Régicide et révolution. Le procès de Louis XVI. Discours et controverses, Paris : Payot, 1989, p.71.

effet, un rapport rédigé par le premier comité de constitution datant du 27 juillet 1789 ayant pour objet de résumer les revendications des cahiers de doléances en matière constitutionnelle[831], met en lumière cette adhésion. La première réclamation est la suivante :

> « 1° *Le gouvernement monarchique, l'inviolabilité de la personne sacrée du Roi, et l'hérédité de la couronne de mâle en mâle, sont également reconnus et consacrés par le plus grand nombre des cahiers, et ne sont mis en question dans aucun* »[832].

228. L'inviolabilité du monarque est ainsi classée parmi les « principes avoués »[833] découlant des cahiers de doléances. Dans ces conditions, le premier comité de constitution, lié par la volonté de ces cahiers[834], juge cette suprême garantie comme fondamentale qu'il convient d'inscrire impérativement dans la future Constitution. Dès lors, dès le 27 juillet 1789, le premier projet de constitution[835] contenant les premiers articles de la constitution prévoit au chapitre II, « Principes du gouvernement français », dans son article 15 : « La personne du Roi est inviolable et sacrée. Elle ne peut être actionnée directement devant aucun tribunal »[836]. À l'état de simple proposition, cette unanimité doctrinale autour de la question de l'irresponsabilité du monarque sera confirmée par les circonstances de l'adoption, cette fois-ci définitive, de cette protection quelques mois plus tard en septembre 1789. La motion sur cet objet est, en effet, votée à l'unanimité, sans aucun débat ni opposition. Les Archives parlementaires qui retracent cet épisode en quelques lignes sont en ce sens, significatives : le 15 septembre 1789, un député, le baron de Juigné, soulève une question « grande, mais (...) facile à décider, puisque la solution en a déjà été prononcée par la France entière. Il propose à l'Assemblée de consacrer les principes de l'hérédité de la couronne et de l'inviolabilité de la personne du Roi. A peine ces deux objets sont-ils énoncés, que l'Assemblée les

831 Le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, chargé de la rédaction de ce rapport dont il fera la lecture aux parlementaires le 27 juillet 1789, en résume son esprit : « Nous allons, Messieurs, parcourir ces divers objets, et vous offrir sur chacun d'eux, comme décisions, les résultats uniformes, et comme questions à examiner, les résultats différents ou contradictoires que nous ont présentés ceux de vos cahiers dont il nous a été possible de faire ou de nous procurer le dépouillement » (A.P., t. VIII, 27 juillet 1789, p.283).

832 A.P., t. VIII, 27 juillet 1789, p.283.

833 *Ibid*., p.284. Listant les « principes avoués » qui résultent des dépouillements des cahiers, l' article 2 dispose : « La personne du Roi est inviolable et sacrée » (*ibid.*).

834 Ce lien de subordination entre les députés et les représentés, qui apparaît contradictoire avec la journée du 17 juin 1789, est mis en lumière par le premier projet de constitution en date du 27 juillet 1789 contenant les premiers articles de la constitution. L'introduction affirme en effet : « Nous, les représentants de la nation française, convoqués par le Roi, réunis en Assemblée nationale, *en vertu des pouvoirs qui nous ont été confiés par les citoyens de toutes les classes*, *chargés par eux spécialement de fixer la constitution de la France*, et d'assurer la prospérité publique; déclarons et établissons, *par l'autorité de nos commettants*, comme constitution de l'Empire français, les maximes et règles fondamentales et la forme du gouvernement, telles qu'elles seront ci-après exprimées ;et lorsqu'elles auront été reconnues et ratifiées par le Roi, on ne pourra changer aucun des articles qu'elles renferment, si ce n'est par les moyens qu'elles auront déterminés » (A.P., t. VIII, 27 juillet 1789, p.283, [Nous soulignons]).

835 Le premier projet de constitution est présenté le 27 juillet 1789 à l'assemblée. Il reflète les travaux en l'état du premier comité de constitution. Le député Champion de Cicé, archevêque de Bordeaux, chargé de sa présentation, affirme effectivement : « Messieurs, vous avez voulu que le comité que vous avez nommé pour rédiger un projet de constitution, vous présentât dès aujourd'hui, au moins une partie de son travail, pour que la discussion puisse en être commencée ce soir même dans vos bureaux. Votre impatience est juste; et le besoin d'accélérer la marche commune, s'est à chaque instant fait sentir à notre cœur comme au vôtre. Une constitution nationale est demandée et attendue par tous nos commettants; et les événements survenus depuis notre réunion, la rendent de moment en moment plus instable et plus indispensable. Elle seule peut, en posant la liberté des Français sur des bases inébranlables, les préserver des dangers d'une funeste fermentation, et assurer le bonheur » (A.P., t. VIII, 27 juillet 1789, p.280-281).

836 A.P., t. VIII, 27 juillet 1789, p.286.

proclame d'un mouvement unanime »[837]. L'inviolabilité de la personne royale est donc adoptée sans difficulté dans le plus grand des consensus par l'assemblée à une date qui constitue encore les débuts de la Révolution. Celle-ci apparaît comme une évidence conforme à la volonté des cahiers de doléances qui n'exige aucune discussion parlementaire pour son adoption.

229. De ce point de vue, la consécration de ce privilège peut paraître surprenante voire paradoxale, d'autant plus dans de telles conditions. Malgré la volonté des révolutionnaires de régénérer le royaume en profondeur, « les Constituants ne touchèrent pas à l'inviolabilité du roi et déclarèrent que sa personne demeurait sacré »[838]. Pourtant, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, dans ses article 3 et 16[839], « ruinait la représentation d'un pouvoir (...) incarné dans un homme et légitimé par une puissance supérieure »[840]. La Nation déclarée souveraine, le monarque était rabaissée au rang de simple organe constitué. En réalité, l'explication d'un tel consentement réside dans le fait que les cahiers de doléances ont largement plébiscité le gouvernement monarchique[841], dont l'un de ses piliers est l'inviolabilité royale. Si à l'origine cette dernière qualité tenait à sa fonction et à sa personne[842], ce suprême privilège est d'abord perçu à l'époque révolutionnaire comme « la garantie évidente du principe héréditaire de la monarchie »[843]. Dépouillé désormais de sa souveraineté et enfermé dans la sphère exécutive mais incarnant cependant l'idée d'une royauté perpétuelle, le monarque doit logiquement être à l'abri de toute poursuite devant n'importe quel tribunal, aucune action judiciaire ne devant être recevable contre

837 A.P., tome 8, 15 septembre 1789, p.642.
838 M. Pertué, L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791, op.cit., p.183.
839 L'article 3 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen interdit à un corps ou, en l'espèce, à un individu de prétendre s'accaparer la souveraineté de la Nation, il ne peut seulement que la représenter tandis que l'article 16 conduit à une division des pouvoirs entre plusieurs autorités interdisant tout cumul entre les mêmes mains.
840 *Ibid*., p.184.
841 Le premier principe « avoué » émergeant du dépouillement des cahiers de doléance est en effet le suivant : « Art. 1er. Le gouvernement français est un gouvernement monarchique » (A.P., t.VIII, 27 juillet 1789, p.284). Dès lors, le premier comité de constitution chargé de rédiger un projet constitutionnel a « fixé ses idées sur les principes du gouvernement monarchique ». Ce dernier dispose effectivement dans son chapitre II, Principes du gouvernement français, article 1er : « Le gouvernement français est monarchique ». Bien entendu, le même article ajoute que le Roi ne gouverne plus selon ses propres volontés mais, en tant qu'autorité subordonnée à la volonté générale, dans le respect de la loi : « il est essentiellement dirigé par la loi ; il n'y a point d'autorité supérieure à la loi. Le Roi ne règne que par elle, et quand il ne commande pas au nom de la loi, il ne peut exiger l'obéissance » (A.P., t.VIII, 27 juillet 1789, p.286).
842 Sa *fonction* expliquait tout d'abord son inviolabilité puisqu'en tant que souverain n'admettant aucun partage conformément à la théorie de l'organicisme royal, il ne pouvait mal faire et n'a de compte à rendre à personne sauf à Dieu (voir en ce sens : M. Pertué, L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791, op.cit., p.182-183). En effet, selon la conception du *rex caput regni* développée par Jean Terrevermeille, « tout corps souverain est roi et tout roi est corps souverain » (A. Slimani, La modernité du concept de nation au XVIIIe siècle (1715-1789): Apports des thèses parlementaires et des idées politiques du temps, Aix-en-Provence : PUAM, 2004, p.280). Son inviolabilité tenait également à sa *personne* étant donné que le roi est à la fois un être mortel mais également un être mystique et sacré selon la théorie de la monarchie absolue de droit divin. Comme l'exprime en des termes forts Bossuet, « tout l'État est en lui, la volonté de tout le peuple est renfermée dans la sienne. Comme en Dieu est réunie toute perfection et toute vertu, ainsi toute la puissance des particuliers est réunie en la personne du prince » (cité par V. F. Olivier-Martin, L'absolutisme français, op.cit., p.52). Ernst Kantorowicz a en effet mis en évidence très justement que la construction de l'État en Europe occidentale aux alentours du XVIIème siècle s'est construite sur la métaphore d'un roi possédant deux corps, l'un naturel, mortel, soumis aux affres du temps ; l'autre surnaturel, entièrement dépourvu de faiblesses, ne se trompant jamais et incarnant le royaume tout entier, qui justifiait son irresponsabilité. Cf. E. Kantorowicz, Les deux corps du roi, Paris : Gallimard, 1989, traduit de l'anglais par Jean-Philippe et Nicole Genet, p.132-133.
843 M. Pertué, L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791, op.cit., p.184.

lui. Cette protection est le gage de la stabilité et de la durée de la dynastie royale[844]. Il apparaît donc que l'inviolabilité du roi n'est que « la conséquence logique et nécessaire du choix d'un gouvernement monarchique »[845]. Elle constitue au début de la Révolution un héritage de l'Ancien Régime « admis sans bénéfice d'inventaire par les constituants »[846].

230. Mais, initialement, à la différence de celle des parlementaires, l'irresponsabilité du monarque n'est pas véritablement définie ni resituée au sein des agencements institutionnels par les constituants en septembre 1789. Pourtant, parallèlement à la réaffirmation de son inviolabilité, ces derniers lui ont attribué quelques jours auparavant un veto suspensif le 11 septembre 1789[847]. Toutefois, il ressort des débats parlementaires que les révolutionnaires n'établissent à cette date aucun lien de causalité entre l'exercice du droit de veto et la nécessité d'une inviolabilité[848]. À cette période, le veto ne justifie donc pas encore son inviolabilité. Or la fuite du roi à Varennes va complètement renouveler les données de ce problème, dont les réponses apportées mettront en évidence de profonds désaccords doctrinaux[849].

844 Cette idée est exprimée très clairement par le député De Cazalès lors de la séance du 26 mars 1791 : « Comme tout homme qui est dans le cas d'être puni est justiciable, si le roi, dans un cas quelconque, peut perdre sa Couronne, il est justiciable; s'il est justiciable, il est dépendant; s'il est dépendant, le pouvoir exécutif suprême qui réside en lui est asservi; il n'y a plus ni bonheur ni liberté à espérer pour le peuple français. Mais je vous dirai : L'hérédité du trône français n'a pas été établie par votre fait ; c'est indépendamment de Vous et de votre pouvoir qu'elle existe ; l'hérédité du trône français existait avant que vous fussiez assemblés. Vous n'avez pas décrété que la Couronne serait héréditaire, vous l'avez reconnu; et vous l'avez reconnu après en avoir reçu l'ordre exprès et unanime de la nation française. Ce n'est pas de vous, ce n'est pas de votre moderne Constitution, que la famille royale tient le droit d'hériter et de succéder au trône; elle le tient du vœu du peuple français, exprimé depuis huit siècles, droit qu'on vous a ordonné spécialement de reconnaître à l'époque de votre convocation, ordre auquel vous avez dû obéir sous peine d'être traîtres à la nation qui vous avait nommés. Si ce n'est pas vous qui avez délégué l'autorité royale, si ce n'est pas vous qui avez fondé l'hérédité du trône, vous n'avez pas le droit de la détruire. Si cette délégation n'est pas de vous, si ce n'est pas-vous qui avez établi cette hérédité, cette hérédité est indépendante de vos pouvoirs, vous n'avez pas le droit d'y imposer des conditions. On ne peut nier ce raisonnement » (A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.392).
845 *Ibid*., p.184.
846 *Ibid*., p.197.
847 A.P., t.VIII, 11 septembre 1789, p.612.
848 A aucun moment du débat ayant lieu le 11 septembre 1789 n'est évoqué un tel lien. Toute la discussion constitutionnelle se concentre sur la clarification de la distinction entre le veto et la sanction, (qui traduit dans un langage contemporain fait référence à la distinction entre le veto et la promulgation). Le député Jean-Paul Rabaud de St-Etienne en donne un résumé : « Les uns, par sanction, entendent le veto ; les autres, au contraire, entendent le sceau donné à la loi, et c'est dans ce sens que l'on doit l'entendre. Si donc nous entendons par sanction le sceau à la loi, il n'y a pas lieu à délibérer : le Roi, dans tous les cas, est forcé de l'apposer; mais s'il signifie consentement, il s'élève la question de savoir si le Roi peut le refuser oui ou non, et si, ensuite, ce refus n'est pas suspensif ou absolu » (J.-P. Rabaud de St-Etienne, A.P., t.VIII, 11 septembre 1789, p.610-611).
849 Pour Jean-Pierre Duprat, « la fuite à Varennes ouvre (...) une période nouvelle où le sentiment républicain grandit, alors que la Constitution n'est pas totalement adoptée. L'édifice, pour lequel le roi est nécessaire, puisque les Constituants souhaitent éviter la dérive aristocratique du « despotisme de l'Assemblée, ne peut résister aux pressions révolutionnaires » (J.-P. Duprat, Le Roi chef d'État et/ou de gouvernement, op.cit., p.151).

2. La querelle doctrinale sur le fondement réel de l'inviolabilité royale fondée sur des intérêts politiques divergents

Il semble, comme nous l'avons constaté, que « jusqu'à Varennes, l'attachement dynastique est encore très fort, non seulement dans les milieux populaires, où il prend un aspect de sacré, mais également parmi les élus à la Constituante »[850], ce qui conduit à une quasi-absence de réflexion de la part des constituants sur le thème de l'inviolabilité royale. Votée à l'unanimité le 15 septembre 1789 « sans que personne ne sache très bien ce que le mot recouvre »[851], les constituants se retrouvent cependant dans l'obligation de repenser et théoriser ce concept après la fugue manquée du Roi en dehors des frontières françaises le 20 et 21 juin 1791 à un moment où une partie du pays réclame la déchéance du monarque et où progresse les idées du républicanisme[852].

231. Ainsi deux ans après le déclenchement de la Révolution, les constituants, afin de légitimer ce mécanisme, placent finalement l'inviolabilité royale au cœur du système et des équilibres institutionnels. Ils rattachent ce privilège exorbitant à l'exercice du droit de veto suspensif accordé le 11 septembre 1789. Cependant, une divergence se fait jour parmi les constituants sur la nature de ce veto attribué au Roi qui conditionne directement le bien-fondé et la nécessité de l'inviolabilité du Roi. Cette question « importante et difficile »[853] qui nourrit effectivement de vifs débats doctrinaux suscite de nombreuses interprétations contradictoires. Deux interprétations principales s'opposent. Selon la première, le veto du roi, qui est considéré comme un simple fonctionnaire dépourvu de la qualité de représentant, requiert tout de même son inviolabilité pour pouvoir s'opposer librement à la volonté du Corps législatif lui-même irresponsable. Mais un paradoxe se manifeste : un fonctionnaire ne peut pas bénéficier d'une irresponsabilité **(a)**. Ainsi, selon la seconde, le veto est l'expression d'une compétence législative, érigeant dès lors le monarque au statut de représentant bien qu'héréditaire, justifiant par voie de conséquence son inviolabilité **(b)**. En réalité, ces solutions opposées, exprimées tour à tour à un mois d'intervalles par Barnave résultent de postulats idéologiques divergents partagés par ces protagonistes, guidés par la volonté ou non de sauver la monarchie. Ce sujet témoigne une nouvelle fois que la représentation des statuts dérogatoires des autorités constituées est conditionnée par les présupposés politiques de leurs auteurs.

850 *Ibid*., p.153.
851 M. Pertué, L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791, op.cit., p.184.
852 Comme le note Alphonse Aulard, « le républicanisme n'apparaîtra d'abord que dans les couches aisées de la population, aristocratie et haute bourgeoisie et ne prendra de l'extension qu'après la fuite du roi » (A. Aulard, Histoire politique de la Révolution française. Origines et développements de la démocratie et de la république (1789-1804), Paris : Nouveau monde, 2013, p.107).
853 Salle, A.P., t.XVII, 15 juillet 1791, p.320.

a. L'inviolabilité royale fondée sur la séparation des pouvoirs

232. Depuis que le veto suspensif du roi a été adopté en septembre 1789 par lequel il peut refuser d'accorder sa sanction à une loi adoptée, les constituants ne « cessent de jouer à cache-cache avec une question lancinante : le roi est-il un représentant de la Nation ? Autrement dit, son veto suspensif compte-t-il pour quelque chose dans la fabrication de la loi »[854], qui justifierait, en cas de réponse positive, son irresponsabilité. En effet la théorie de la représentation n'a pas seulement vocation à constituer une unité politique, à réunir une multitude d'individus autour d'une même figure d'autorité, autrement dit de former une seule volonté guidée par l'intérêt général[855]. Elle « sert aussi à créer une hiérarchie entre deux fonctions qui consistent, pour l'une, à produire une volonté qui émane des représentants, pour l'autre à exécuter cette volonté, fonction qui revient aux administrateurs »[856]. La qualité de représentant résulte effectivement de la capacité à vouloir pour la Nation en forme législative. Autrement dit, la représentation se confond dorénavant avec la législation[857]. Toute autorité qui n'y participe pas se trouve cantonner automatiquement à un rôle de purs exécutants d'une volonté préalablement énoncée par les représentants, dans l'obligation d'agir au nom de la loi, pour et par elle[858]. Ainsi un réexamen de la nature de ce veto royal s'impose dans les débats constituants au cours de l'été 1791[859] dans le but de déterminer si cet outil relève juridiquement de la volonté ou de l'exécution, et ce afin de caractériser la qualité du roi et au-delà de justifier son privilège exorbitant.

233. Dans une première acceptation défendue par les députés Adrien Duport et Antoine Barnave – qui changera finalement d'avis pour des raisons d'opportunité[860] -, le veto suspensif du monarque n'est pas une compétence législative du roi mais une compétence exécutive. Si cette première interprétation recouvre elle-même en réalité une seconde distinction[861], elle repose sur le raisonnement suivant « soutenue et rappelée de manière régulière jusqu'au 10 août 1791 »[862], principalement par le second protagoniste : la division des pouvoirs affirmée par les constituants

854 *Ibid*.
855 P. Brunet, La notion de représentation sous la Révolution française, Annales Historiques de la Révolution française, n°2, 2002, p.2-10.
856 *Ibid*., p.11.
857 Certains constituants défendent une autre conception de la représentation liée à l'élection, à l'image de Roederer qui conduira à ce qu'il refuse à attribuer à cette qualité au roi. Voir en ce sens : P. Brunet, Vouloir pour la nation..., op.cit., p.222-223.
858 Comme le résume très justement Pierre Brunet, « si la représentation sert à justifier une fonction de volonté, elle produit mécaniquement une norme selon laquelle d'autres doivent être considérés comme des exécutants et doivent donc ne pas être qualifiés de représentants » (P. Brunet, La notion de représentation sous la Révolution française, op.cit., p.11). Par opposition à ces derniers, ils seront qualifiés d'« organes de la loi » (*ibid*.).
859 À l'Assemblée, les débats relatifs à l'inviolabilité du roi et les pouvoirs qui lui seront reconnus par la Constitution ont lieu du 13 au 16 juillet puis reprendront le 10 août 1791.
860 Même si Pierre Brunet note que Barnave lui-même expliquera plus tard n'avoir jamais changé d'opinion sur ce sujet : cf. P. Brunet, Vouloir pour la nation..., op.cit., p.234, note 148.
861 Pierre Brunet a en effet mis en évidence que le veto, en tant que compétence du chef de l'exécutif, est considéré par les constituants soit comme un appel au peuple soit comme un agencement de procédure. Cf. P. Brunet, Vouloir pour la nation..., op.cit., p.227-237.
862 P. Brunet, Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État, op.cit., p.233.

reconnaît que le corps législatif est chargé exclusivement du vote de la loi tandis que le roi est chargé seul de son exécution. Dès lors, « puisque la sanction relève des compétences d'exécution de la loi, le veto, en tant qu'il est une sanction négative, relève également des attributions exécutives du roi. Poser son veto équivaut à ne pas donner l'exécution à la loi »[863] de telle sorte que cet instrument s'adresse moins au corps législatif qu'aux agents du roi. Ainsi, « c'est la nature exécutive de l'organe royale qui détermine sa propre compétence et donc la signification de ses actes ou, pour le dire autrement, la hiérarchie des organes détermine celle des actes »[864]. En définitive, le roi n'exerce donc pas ce pouvoir de veto en tant que co-législateur, mais en tant que chef de l'exécutif. Il n'est un représentant qu'à titre honorifique. En outre, cette thèse est confirmée de manière exemplaire par le décret législatif du 28 mars 1791 relatif à la résidence des fonctionnaires publics, qui attribue au roi, de manière symptomatique, la qualité de « premier fonctionnaire public »[865] au terme d'un débat animé[866]. Cette expression, dépourvue de toute connotation péjorative[867], signifie que le roi « exerce des compétences déléguées par la Nation et qu'il est responsable envers elle de leur accomplissement »[868]. À travers ce terme, qui n'est pas sans ambiguïté[869], on comprend donc que le roi, en tant que chef de l'exécutif, est titulaire désormais d'une fonction subordonnée à la volonté des représentants, étant donné qu'il est chargé de l'exécution de la loi. Placé dans une situation contradictoire puisque, d'un côté, en mesure de s'opposer à celle-ci par son veto en tant que chef de l'exécutif, il doit de l'autre veiller à sa stricte application au titre de sa qualité de fonctionnaire. Au-delà de ce paradoxe, il n'en reste pas moins que ce décret témoigne d'« un amenuisement progressif

863 *Ibid*. Cela ressort clairement d'une intervention de Barnave lors de la séance du 24 mars 1791, dans la lignée d'une discours précédent de mai 1790 (Barnave, A.P., 20 mai 1790, t.XV, p.641): « Le roi des Français est le modérateur de la législation, mais il n'est pas co-législateur. En effet, après qu'il a suspendu la loi pendant 4 ans, la loi existe comme avant la suspension. Il est donc certain que toutes les fonctions attribuées au roi font partie du pouvoir exécutif, et que la sanction même n'est pas autre chose qu'une fonction du chef de l'exécutif suprême. Le roi en sanctionnant le décret, donne l'exécution de la loi, qui est sortie tout entière du corps législatif » (A. Barnave, A.P., T.XXIV, 24 mars 1791, p.338-339).

864 P. Brunet, Vouloir pour la nation..., op.cit., p.233.

865 Article 3 du décret, A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.390 : « Le roi, premier fonctionnaire public, doit avoir sa résidence à portée de l'Assemblée nationale lorsqu'elle est réunie; et, lorsqu'elle est séparée, le roi peut résider dans toute autre partie du royaume ».

866 Voir en ce sens : A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.424-438.

867 Cet avis n'est pas partagé par le député Jacques Antoine Marie Cazalès, fervent partisan de la monarchie : ce terme est pour lui « peu convenable, (…) peu respectueux confondant dans la foule des fonctionnaires publics le chef héréditaire de la nation française » (A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.391).

868 J.-P. Duprat, Le Roi chef d'État et/ou de gouvernement, op.cit., p.162-163.

869 Le rapporteur du décret du 28 mars 1791, Thouret, éclaircit en effet cette expression : « Si la royauté, quelque éminente et relevée qu'elle soit au-dessus des autres magistratures, est indubitablement une fonction publique, il est vrai de dire que le roi est le premier fonctionnaire public. En vrais amis du roi, voilà ce que nous devons défendre et consacrer; car enfin si la royauté mérite tous nos respects, ce n'est essentiellement que parce qu'elle est la plus haute fonction publique dont un homme puisse être revêtu » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.25. Comme le note Jean-Pierre Duprat, « il faut opposer au terme de « fonctionnaire », les vocables de « commis » ou d'employés ». Le premier se rapproche davantage du concept de magistrat ou d'officier » (J.-P. Duprat, Le Roi chef d'État et/ou de gouvernement, in J. Bart et alii (dir.), La première Constitution française, op.cit., p.163, note 1). Il semble donc que la notion de « fonctionnaire » selon les termes du présent décret soit entendue au sens de haute dignité, charge publique qui confère le gouvernement de l'État. En d'autres termes, le Roi est le premier fonctionnaire public en ce qu'il est le chef de l'exécutif. Cela est illustré par le propos de Robespierre : « je demande que le roi soit appelé le premier fonctionnaire public, le chef du pouvoir exécutif » (Robespierre, A.P., t.XXIX, 10 août 1791, p.327).

du charisme royal, donnant lieu à une banalisation de la fonction assumée par le monarque, qu'exprime l'expression juridiquement consacrée de « premier fonctionnaire public »[870].

234. Cependant, bien que le Roi ne soit pas conçu comme un co-législateur mais comme le chef de l'exécutif ou le premier des fonctionnaires - en ce que son veto est l'exercice d'une compétence exécutive -, Barnave et Duport soutiennent curieusement la nécessité de lui reconnaître une inviolabilité en juillet 1791. Leur raisonnement qui s'inscrit dans une vision générale des agencements constitutionnels, se décompose en trois idées complémentaires. Ils partent du constat, tout d'abord, que les constituants ont fait le choix fort de consacrer dans une déclaration le principe de la séparation des pouvoirs[871] mais ont également choisi le « gouvernement représentatif »[872]. Dès lors, il résulte de cette combinaison que des représentants ont été chargés d'une prérogative bien spécifique : faire la loi. Cependant, Duport, encore empreint de souveraineté populaire, estime que « ce n'est point la volonté réelle de la nation, mais sa volonté supposée qu'ils expriment »[873]. Par conséquent, il est primordial selon ces auteurs de trouver un moyen pour que « le peuple puisse déclarer si cette volonté supposée est la sienne, s'il la reconnaît, s'il l'avoue »[874]. En tant que pouvoir constitué, le corps législatif doit trouver impérativement un « frein »[875] à sa puissance afin d'empêcher « son action trop rapide et trop arbitraire »[876]. Pour cela, après avoir écarté l'idée d'une consultation populaire sur les lois votées[877], le mécanisme qu'il considère idéal pour « modérer l'action du pouvoir législatif » dans le cadre d'un gouvernement monarchique est celui du veto royal[878], appréhendé soit comme un appel au peuple soit comme un agencement de procédure[879].

870 J.-P. Duprat, Le Roi chef d'État et/ou de gouvernement, op.cit., p.151.
871 Duport rappelle que les constituants ont adopté une déclaration des droits le 26 août qui doit servir de base pour penser l'inviolabilité : « si la déclaration des droits établit clairement les droits individuels de chaque homme; si elle détermine quels sont les droits sur lesquels la législature elle-même n'a pas de pouvoir, elle détermine aussi quelle est la manière dont ils doivent être exercés pour leur propre conservation et pour mettre les citoyens à l'abri de l'action trop forte et arbitraire des pouvoirs qu'ils ont eux-mêmes élevés. Un article de cette déclaration dit que, dans tout Empire où la séparation des pouvoirs n'est point établie et déterminée, il n'y a point de véritable Constitution » (Duport, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.264).
872 *Ibid*.
873 *Ibid*.
874 *Ibid*. Il juge que le peuple doit être « éclairé, et que l'opinion publique, généralement consultée et formée lentement, puisse décider si les représentants du peuple ont exprimé sa volonté ou la leur propre, opéré son bien ou causé son malheur » (*ibid*.).
875 *Ibid*.
876 *Ibid*.
877 Duport est farouchement opposé à cette méthode car il estime que l'assemblée est le seul lieu propice à une discussion orientée vers l'intérêt général : « On a proposé quelquefois de consulter les sections de l'Empire sur l'expression de la volonté des représentants. Je n'ai assurément pas besoin de combattre ce système absurde qui met la délibération dans les parties, au lieu de la placer dans le point où la volonté générale se forme, et où les divers intérêts se rencontrent et se concilient » (*ibid*.).
878 Duport note que le veto royal n'est pas la seule possibilité pour encadrer le pouvoir législatif. Si les révolutionnaires avaient fait le choix d'une République, « c'est alors un corps, un sénat, un conseil exécutif » (Duport, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.264) qui aurait dû joué ce rôle de contre-poids. Il note d'ailleurs que ces derniers ont imaginé une telle possibilité : « ils ont senti qu'il était impossible de laisser au Corps législatif la décision souveraine du sort de la nation ; et ils ont proposé un conseil d'administration, d'exécution, un conseil, enfin, nommé parles départements, qui remplirait les fonctions que notre Constitution attribue au monarque » (*ibid*.). A cette fin, le député Pétion avait en effet proposé l'instauration d'une « conseil d'exécution électif et national » (cf. A.P., t.XXVIII, 14 juillet p.271)
879 Duport considère que dans le premier cas, le veto royal permet « en suspendant pendant quelque temps l'exécution de ses décrets, (de) pouvoir faire connaître au peuple s'ils lui sont utiles ou non ; lui donner un moyen en nommant de

Or cette première idée détermine directement la seconde idée en ce qu'elle dicte une certaine organisation des pouvoirs : afin de pouvoir assurer correctement son rôle de modérateur de l'Assemblée grâce à son veto suspensif, le Roi ne doit pas être placé dès lors dans un rapport de soumission par rapport à celle-ci. Duport affirme en effet dans le second temps de sa réflexion : « maintenant, s'il faut qu'il soit établi un pouvoir pour arrêter le Corps législatif, pour procurer au peuple le moyen de faire connaître son opinion sur les décrets de ses représentants, je dis que ce pouvoir doit être entièrement indépendant du Corps législatif même ». Car dans le cas contraire, si le monarque était subordonné au Corps législatif de quelque manière que ce soit, il en résulterait que l'assemblée pourrait outrepasser voire même « détruire son propre frein »[880] au point de faire perdre à ce mécanisme tout son intérêt[881]. Dès lors, conséquence ultime qui constitue la troisième idée de Barnave et Duport, afin de garantir une indépendance organique au monarque, il est essentiel de lui reconnaître l'inviolabilité de sa personne. Il doit être « inattaquable »[882] et les actes qu'il prend doivent donc relever de la responsabilité des agents[883]. De cette manière, à l'abri de toute représailles de l'assemblée, le monarque est en mesure de remplir correctement son rôle de « frein », garant de la liberté individuelle et de l'intérêt public[884], il dispose de la capacité de s'opposer librement à la volonté du Corps législatif. À défaut, sans ce privilège extraordinaire, le veto du roi serait insignifiant face à la puissance de l'assemblée. Il s'ensuivrait alors une omnipotence de l'Assemblée qui serait source de disparition des droits fondamentaux[885]. Duport fait valoir en effet que « si le Corps législatif était chargé d'exprimer souverainement le vœu de la nation, il serait un despotisme véritable ; il serait la réunion de tous les pouvoirs, véritable définition du

nouveaux représentants pendant deux législatures successives ». Dans le second cas, il a vocation, « en agissant par l'effet plus lent et plus sûr de l'opinion publique, à corriger les décrets du Corps législatif » (Duport, A.P., t.XXVIII, 14 juillet p.264).

880 *Ibid*., p.265.

881 « Qu'est-ce qu'un frein donné à un pouvoir lorsqu'il peut le détruire, lorsqu'il peut agir sur lui, lorsqu'il peut, d'une manière quelconque, le mettre dans sa dépendance ? Il est évident que ce frein est inutile, qu'il n'est qu'un obstacle vain, qui même irriterait le Corps législatif, et que bien loin d'être utile et de servir la liberté, il lui nuirait par la tentation continuelle qu'aurait le Corps législatif de détruire celui qui le contrarie » (*ibid*.).

882 Barnave, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.327.

883 Comme le note Michel Pertué, « tout se tenait, il ne pouvait être inviolable qu'à la condition que la puissance soit séparée de la responsabilité et que des ministres répondent pour lui sans que son autorité soit atteinte » (M. Pertué, L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791, op.cit., p.185).

884 Duport affirme effectivement : « Il est absolument nécessaire, pour que le monarque remplisse les fonctions qui lui sont confiées, d'être absolument inviolable » (Duport, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.265).

885 Ce point de vue est partagé par la majorité de l'assemblée, à l'image de l'intervention du député Goupil-Préfeln lors du débat du 15 juillet 1791 : « Ainsi la souveraineté constituée se trouve, par votre Constitution, distribuée en deux branches, la souveraineté législative et le pouvoir exécutif; et vous avez encore donné au pouvoir exécutif une attribution particulière, le modérateur de la puissance législative, en l'investissant du veto suspensif jusqu'à la troisième législature. Maintenant, Messieurs, je dis que, puisque la souveraineté constituée a été, pour le bonheur du peuple, pour assurer la liberté nationale, ainsi distribuée en deux branches, chacune de ces deux branches doit participer à l'attribut essentiel de la souveraineté et doit nécessairement être inviolable. Comment, Messieurs, le pouvoir exécutif, tel que vous l'avez institué, serait-il vraiment suprême ainsi que vous l'avez déclaré, et indépendant, s'il n'était pas inviolable? Comment le pouvoir exécutif, modérateur du pouvoir législatif, pouvant accorder ou refuser, suivant qu'il le croira convenable à l'intérêt de la chose publique et conforme à la volonté générale, sa sanction aux résolutions du Corps législatif, comment, dis-je, pourrait-il remplir avec liberté, avec indépendance, ce grand devoir, s'il n'était pas inviolable? Vous voyez bien, Messieurs, que cette inviolabilité résulte de votre Constitution même, résulte de la nature de la chose ; si elle n'était pas dans vos lois, il la faudrait établir » (Goupil-Préfeln, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.317).

despotisme »[886]. Or pour lui, « un despotisme exercé par le pouvoir législatif, est non seulement aussi dangereux, mais plus funeste cent fois que celui qui serait exercé par un seul individu »[887]. En définitive, de ce raisonnement en trois temps de la part de Duport et Barnave[888], on comprend que c'est le principe de la séparation des pouvoirs[889] selon une conception stricte et l'idée de checks and balances, gardienne des libertés, qui justifient en dernier ressort l'inviolabilité royale[890]. Ses fonctions, et principalement son pouvoir de sanction des actes du Corps législatif, expliquent son irresponsabilité. On observe donc que Barnave et Duport donnent un autre sens et une autre nature à l'inviolabilité royale[891]. Celle-ci est rationalisée et mit en perspective avec les autres pouvoirs. En effet, si « elle demeure un attribut personnel du monarque et ne devient pas une immunité d'État, car elle est encore permanente et indivisible, puisque la royauté est indivisible et héréditaire (…), elle est d'abord un statut légal nécessaire à l'accomplissement d'une puissance déléguée »[892].

235. Cependant, très rapidement, Barnave pointe une ambiguïté dans son raisonnement : il est contradictoire de reconnaître une inviolabilité au roi considéré comme un simple fonctionnaire

886 Duport, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.265. Pour Duport, par l'anéantissement du veto, l'Assemblée cumulerait à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir constituant. Or, selon lui, « un Corps législatif qui serait dépositaire de tous les pouvoirs d'une nation serait donc non seulement constituant, mais despote; sa volonté serait la loi ; la loi serait la Constitution : nous n'aurions fait que changer de tyrannie » (*ibid*.).

887 *Ibid*.

888 Duport résume ainsi sa pensée : « Je crois, Messieurs, marcher par une série de principes exacts (...) : il faut donc que le Corps législatif ait un frein; il faut que ce frein soit indépendant. Maintenant j'arrive à la troisième idée, qui en est la conséquence immédiate : c'est qu'il faut que ce frein (…) soit inviolable ». Dans le même esprit, Barnave déclare : « ce pouvoir dispensé au roi de limiter le pouvoir législatif, devant nécessairement le rendre indépendant, devant par conséquent le rendre inviolable (...) » (Barnave, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.327).

889 Alors que Duport traite de « la nature de l'inviolabilité », il affirme que « je crois que l'on peut s'appuyer encore sur la base que ceux qui l'ont combattue, je veux dire sur la déclaration des droits », spécialement l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (Duport, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.264).

890 En plus de garantir la liberté, Barnave ajoute également comme autre justification à l'inviolabilité du monarque l'argument de la stabilité : « S'il est vrai que pour être indépendant le roi doit être inviolable, il n'est pas moins vrai qu'il doit l'être pour la stabilité, puisque c'est cette maxime qui, le mettant à couvert de tous les efforts des factieux, le maintient à sa place, et maintient avec lui le gouvernement dont il est le chef » (Barnave, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.327). Cette stabilité du pouvoir exécutif est en effet pour lui l'une des deux conditions d'une Constitution de qualité. Selon Barnave, « toute Constitution, pour être bonne, doit porter sur ces deux principes, doit présenter au peuple ces deux avantages : liberté, stabilité dans le gouvernement qui la lui assure. Tout gouvernement, pour rendre le peuple heureux, doit le rendre libre. Tout gouvernement, pour être bon, doit renfermer en lui les principes de sa stabilité; car autrement, au lieu du bonheur, il ne présenterait que la perspective d'une suite de changements. Or, s'il est vrai que ces deux principes n'existent, pour une grande nation comme la nôtre, que dans le gouvernement monarchique, s'il est vrai que la base du gouvernement monarchique et celle de ces deux grands avantages qu'il nous présente est essentiellement dans l'inviolabilité du pouvoir exécutif, il est vrai de dire que cette maxime est essentielle au bonheur, à la liberté de la France » (Barnave, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.326). Dès lors, « la stabilité et la liberté (sont) le double caractère de tout bon gouvernement; l'un et l'autre exigent impérieusement l'inviolabilité » (*ibid.*, p.327).

891 Toutefois, certains membres de l'Assemblée refusent de concevoir l'inviolabilité du Roi comme le corollaire de la séparation des pouvoirs. Défendant une autre conception de ce principe, l'abbé Grégoire soutient au cours des débats du 15 juillet 1791 : « Mais, dit-on, le pouvoir exécutif doit être indépendant du pouvoir législatif; il ne le serait pas si celui qui l'exerce n'est point investi de l'inviolabilité. Je crois, Messieurs, que l'on confond ici la séparation des pouvoirs avec l'indépendance des pouvoirs; on pourrait soutenir, jusqu'à un certain point, que le pouvoir exécutif est dépendant du pouvoir législatif, puisqu'il ne peut agir que d'après lui; mais je réponds par un raisonnement de parité : le Corps législatif devant être indépendant du pouvoir exécutif, les législateurs devraient aussi être inviolables dans tous les cas ; ce que certainement vous n'ajouterez pas...Je crois, en second lieu, que vous n'adopterez pas que tous les pouvoirs constitués doivent s'exercer sans qu'on puisse en suspendre ni en troubler l'exercice, pour établir l'inviolabilité de ceux qui les exercent ; ainsi, vouloir de l'indépendance conclure à l'inviolabilité, c'est assurément fausser la conséquence » (Abbé Grégoire, AP, t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.319).

892 M. Pertué, L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791, op.cit., p.185-186). De cette manière, « le monarque ne se révélait plus dans la présentation de sa personne, mais à travers ses pouvoirs constitutionnels » (*ibid*.).

puisqu'en cette qualité, il reste soumis à la loi à laquelle il ne prend aucune part, imposant dès lors un contrôle du corps législatif sur son exécution par le monarque[893]. Cette extraordinaire garantie ne peut donc être accordée qu'à un représentant. Or le roi ne peut revendiquer ce titre qu'à la condition d'exprimer de manière primaire la volonté de la Nation. Ainsi un réexamen de la nature du veto suspensif reconnu au Roi s'impose lors de la discussion constitutionnelle du 10 août 1791. Derrière ce changement de position symbolique de Barnave se cache, en réalité, des intérêts politiques majeurs, comme le le maintien de la monarchie.

b. L'inviolabilité royale fondée sur sa qualité de co-législateur

236. Le dernier état du projet de la future Constitution de 1791 est proposé à partir du 5 août 1791[894]. S'il est l'occasion de discuter à nouveau l'inviolabilité du Roi le 10 août 1791, les circonstances ont complètement changé par rapport à son adoption dans un environnement consensuel le 15 septembre 1789. Suite à la fuite du Roi en juin 1791, ou selon la thèse officielle de son enlèvement, les idées républicaines ont fortement progressé[895]. En effet, Varennes est à l'origine d'une fracture au terme de laquelle le roi n'est plus perçu comme un personnage hors du commun. Par voie de conséquence, cette normalisation ne justifie plus son inviolabilité, menaçant par là-même le maintien de la monarchie[896]. C'est pourquoi, pour des raisons d'opportunité, dans cette situation de crise pour l'institution royale, Barnave va opérer, à un mois d'écart, un renversement de sa conception vis-à-vis de la nature du veto, de manière à ériger le Roi en représentant et, par là-même, à légitimer et rendre incontestable son inviolabilité lors du fameux débat du 10 août 1791 considéré par Pierre Brunet comme « l'un des plus importants qu'ait connu la Constituante »[897].

237 . Alors que Barnave a défendu constamment pendant deux ans l'idée, comme nous l'avons vu, que le veto est une compétence exécutive du roi qui l'écarte de la législation, il est forcé d'y renoncer pour admettre que la loi, pour exister, doit réunir le corps législatif et le roi. Pour ce faire, il commence par rappeler les conditions pour être déclaré représentant. Selon lui, « la représentation constitutionnelle consiste à représenter la nation; or, dans l'ordre et dans les limites des fonctions constitutionnelles, ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé dans certains cas de *vouloir pour la nation*, tandis que le simple fonctionnaire

893 Le député Pétion souligne le même paradoxe : « comment concevoir un citoyen qui n'est pas soumis à la loi, un fonctionnaire public qui n'est pas soumis à la loi ? » (Pétion, A.P.,t.XXVIII, 13 juillet 1791, p.244).
894 *v.* en ce sens : A.P., t.XXIX, 5 août 1791, p.200 et suivants.
895 *v.* en ce sens : M. Ozouf, Varennes. La mort de la royauté (21 juin 1791), Paris : Histoire Premium, 2013.
896 Cet épisode marque « une rupture qui voit la qualité de fonctionnaire public s'imposer de plus en plus face à celle de représentant » (J.-P. Duprat, Le Roi chef de l'État et/ou de Gouvernement, op.cit., p.163).
897 P. Brunet, Vouloir pour la nation..., op.cit., p.221.

public n'est jamais chargé que d'*agir pour elle* »[898]. Barnave distingue donc clairement deux fonctions, celle de *produire* une volonté qui émane des représentants et celle d'*exécuter* cette volonté qui revient aux fonctionnaires publics. Dès lors il soutient que le Roi est un représentant de la nation à deux titres : « 1° en ce qu'il consent et veut pour elle que les nouvelles lois du Corps législatif soient immédiatement exécutées ou qu'elles soient sujettes à une suspension ; 2° en ce qu'il stipule pour la nation, en ce qu'il prépaie et fait en son nom les traités avec les nations étrangères, qui sont de véritables actes de volonté, qui sont de véritables lois, qui lient réciproquement une autre nation avec nous, tandis que les lois intérieures, les lois qui nous sont propres, émanent du Corps législatif »[899]. Ainsi, selon lui, étant donné que le monarque exprime une *volonté* initiale manifestée par son opposition ou son consentement à la loi grâce à sa sanction, il est doté d'une portion intégrante du pouvoir législatif. Dès lors, participant à la fonction législative, le Roi veut pour la nation et doit être reconnu à ce titre à ses yeux comme un représentant. De ce point de vue, on mesure bien la distance entre sa nouvelle position et celle datant de mars ou juillet 1791 qui concevait la sanction comme une compétence d'exécution de la loi relevant dès lors des attributions exécutives du Roi. Au demeurant, ce revirement stratégique poursuit un objectif bien précis : il a pour finalité de fonder l'inviolabilité du roi sur des bases solides. À ce titre, Barnave établit dans la dernière phase de son raisonnement un lien de causalité entre la qualité de représentant et la reconnaissance d'une irresponsabilité. Il affirme, en effet, qu'il est « nécessaire pour la nation que celui qui veut pour elle soit inviolable »[900] et ce pour deux motifs complémentaires. Elle est à la fois la condition d'un bon exercice de son rôle de frein, de sa fonction de modérateur du corps législatif en le mettant à l'abri de toute poursuite, et de cette façon, le moyen de protéger les libertés fondamentales qui seraient immanquablement menacées par un corps législatif libre d'exprimer la volonté nationale sans redouter la moindre opposition[901]. Il en arrive donc à la conclusion suivante : « l'inviolabilité, que vous avez reconnue, est une conséquence immédiate du caractère de représentation »[902]. Cette théorie fonde dès lors, selon lui, le statut exorbitant du roi. On observe ainsi que par un enchaînement logique en trois phases, Barnave opère un lien fort entre l'exercice du veto, la qualité de représentant et la nécessité d'une inviolabilité.

238. Or le changement d'attitude du député par rapport à cette question est fort instructif pour plusieurs raisons. Bien que Barnave lui-même dénie tout revirement de ses idées[903], il n'en reste pas moins que s'il se résout à admettre que le roi est un co-législateur, c'est avant tout pour des raisons stratégiques et politiques. Il cherche, tout d'abord, à surmonter la contradiction logique de sa

898 Barnave, A.P., t.XXIX, 10 août 1791, p.331 [Nous soulignons].
899 *Ibid*.
900 *Ibid*.
901 Selon Barnave, sans la reconnaissance d'une inviolabilité au roi qui découle de sa qualité de représentant, « sa volonté cesserait d'être libre » et « les intérêts et la liberté du peuple seraient par là-même compromis » (*ibid*., p.185).
902 *Ibid*., p.331.
903 *v.* en ce sens : A. Barnave, De la Révolution et de la Constitution, préface de F. Furet, Introduction et notes de P. Gueniffey, Grenoble : PUG, 1988, p.131-132.

posture, conscient de ses limites. Il comprend qu'un fonctionnaire, en ce qu'il est soumis à l'exécution de la loi, ne peut pas être inviolable car au regard de sa mission, « toutes ses actions nécessitent la responsabilité »[904]. Il doit rendre compte de son activité de mise en œuvre de la loi. De la même façon, par sa qualité de fonctionnaire, Barnave s'aperçoit que le Roi se trouve placé dans une position de subordonné par rapport au corps législatif et donc *secondaire* au sein des nouvelles institutions, puisqu'il est soumis à la volonté initiale exprimée par celui-ci étant donné que la représentation crée une hiérarchie des fonctions. Face à cette situation intenable, le député a donc voulu ériger le Roi au rang de représentant. Cette requalification présentait un double intérêt tactique. Par ce titre, il s'agissait non seulement de fonder cette fois-ci de manière cohérente, rigoureuse et incontestable l'inviolabilité du Roi et par là-même, de placer le roi sur un même pied d'égalité que le corps législatif. En vérité, un enjeu encore plus important se cachait derrière le débat sur l'inviolabilité de la personne du monarque aux yeux de Barnave : « c'était (...) le sort même de la Révolution ». Par la reconnaissance d'une irresponsabilité royale rationnelle, il pensait barrer la route à la république et arrêter la Révolution sur une monarchie constitutionnelle, garante de l'ordre social et des libertés individuelles[905]. Ainsi il convient de constater que ce débat à la façade scientifique repose d'évidence sur des présupposés politiques. La justification de l'inviolabilité royale n'est pas uniquement rationnelle, fondée sur la séparation des pouvoirs ou la théorie de la représentation mais elle est également guidée par des desseins idéologiques. Plus largement, le revirement inavoué de Barnave est emblématique d'un trait commun aux auteurs qui pensent les statuts dérogatoires des gouvernants : ces derniers, dans la manière de concevoir les privilèges exorbitants des autorités constituées, ne poursuivent pas prioritairement un but scientifique, un idéal de rationalité. Leur raisonnement est, en réalité, dicté par les circonstances du moment et par des arrière-pensées politiques qui sont source de controverses au sein de la doctrine constitutionnelle en raison d'intérêts divergents. La qualité des auteurs qui prononcent ces argumentaires influencent bien évidemment la démarche et la nature de leur discours.

239. Finalement, après des discussions agitées qui auront suscité de nombreuses interprétations contradictoires[906], la Constituante se ralliera, le 10 août 1791, à la proposition de Barnave et de Thouret : elle qualifiera le roi de « représentant » au même titre que le Corps législatif[907], sauvant pour quelque temps la royauté. Largement conditionnée par les circonstances de l'après-Varennes[908], l'inviolabilité prend donc une autre portée. Celle-ci est détachée de ses origines féodales et de la théorie du droit divin pour être réarticulée avec le principe de la séparation des pouvoirs imposée

904 Barnave, A.P., t.XXIX, 10 août 1791, p.331.
905 Barnave affirme effectivement : « Si la Révolution fait un pas de plus, elle ne peut le faire sans danger ; c'est que dans la ligne de la liberté le premier acte qui pourrait suivre serait l'anéantissement de la royauté » (*ibid*.).
906 Comme le note Christophe Euzet, « c'est autour de la position du roi au cœur des rouages institutionnels que se dérouleront les discussions les plus agitées » (C. Euzet, Les fondements doctrinaux..., op.cit., p.32).
907 Barnave, A.P., t.XXIX, 10 août 1791, p.331. Voir aussi le discours de Thouret : *ibid*., p.329.
908 Comme le note Michel Pertué, « sans Varennes, le rapport de forces aurait été davantage favorable à Louis XVI, pouvant obtenir donc plus de satisfactions de la part de l'Assemblée » (M. Pertué, L'inviolabilité du roi..., op.cit., p.191).

par l'adoption du système représentatif. C'est donc seulement en tant que représentant de la Nation que le roi est protégé. Son inviolabilité apparaît comme un moyen essentiel de garantir son rôle de pondérateur du pouvoir exécutif par rapport à l'assemblée, au point de donner l'impression d'une volonté de la part des constituants d'instituer une certaine égalité entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif au travers de leur statut dérogatoire[909], et ce contrairement à la conception originelle de Mirabeau. Dans cette optique, les privilèges des parlementaires répondraient l'inviolabilité du monarque[910]. Cependant une telle idée est mise à mal à travers les discussions des constituants relatives aux limites et au champ d'application de son irresponsabilité qui mettent en lumière la détermination des révolutionnaires à instaurer une subordination du roi aux députés.

B. Un débat nourri sur l'inviolabilité absolue ou non du Roi

240. Très rapidement, dès septembre 1789, l'inviolabilité absolue du Roi fut consacrée juridiquement, sans faire l'objet de véritables discussions parmi les constituants. Cependant, le décret du 28 mars 1791 relatif à la résidence des fonctionnaires publics - dont le député Jacques-Guillaume Thouret est le rapporteur – et qui s'adresse spécialement au Roi en tant que premier fonctionnaire public introduit une première brèche en prévoyant pour la première fois un premier cas d'abdication du monarque. L'article 8 du décret dispose, en connexité avec l'article 3[911], que si le monarque quitte le territoire « et si, après avoir été invité par une proclamation du corps législatif, il ne rentrait pas en France, il serait censé avoir abdiqué la royauté »[912]. Ce faisant, par la consécration de cette hypothèse inédite, ce décret réouvre le débat sur le champ d'application et les bornes de l'inviolabilité royale, qui est source une nouvelle fois de profonds désaccords au sein de l'assemblée au cours du printemps de l'année 1791. Il se divise entre les partisans d'une inviolabilité relative et ceux d'une inviolabilité absolue, chacun étant guidés par des conceptions juridiques et des intérêts politiques opposés.

241. La thèse de l'inviolabilité absolue du monarque soutient que « la personne du Roi ne peut être punie dans aucun cas quelconque »[913]. Son inviolabilité est totale en ce qu'elle est applicable

909 L'idée inverse peut être défendue : alors que l'inviolabilité du roi était auparavant attachée à l'idée de supériorité, la rationalisation de ce mécanisme par sa réarticulation avec le principe de la séparation des pouvoirs implique plutôt une volonté d'égalité, un rééquilibrage voire une banalisation de ce privilège exorbitant.
910 « À l'indissolubilité du Corps législatif correspondait l'inviolabilité du roi » (M. Pertué, L'inviolabilité du roi..., op.cit., p.186).
911 L'article 3 du projet de décret prévoit : « Art.3. Le roi, premier fonctionnaire public, doit avoir sa résidence à portée de l'Assemblée nationale lorsqu'elle est réunie ; et, lorsqu'elle est séparée, le roi peut résister dans tout autre partie du royaume » (A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.390).
912 Rédaction issue du projet de décret sur la résidence des fonctionnaires publics : A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.390.
913 De Cazalès, A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.392.

indistinctement et absolument à tous les actes du roi, qu'il soit commis dans ou en dehors de l'exercice de ses fonctions. Cette idée de l'irresponsabilité générale du Roi qui implique par voie de conséquence que « toute justice humaine expirait devant sa personne »[914] est donc contredite par l'article 8 du décret du 28 mars 1791 qui prévoit un cas de mise en jeu de la responsabilité du monarque. Or, pour les partisans de cette thèse, l'inviolabilité du roi n'admet aucune dérogation. Leur conception stricte de ce privilège suprême, partagée principalement par le député monarchiste De Cazalès, qui les mène à rejeter très fortement la « disposition incroyable » de l'article 8[915] repose sur plusieurs arguments. En premier lieu, outre de diminuer le respect dû à la famille royale[916], la possibilité de mettre en jeu la responsabilité du Roi en cas de sortie du territoire – et de refus de rentrer - l'empêcherait d'assurer correctement et sereinement ses missions en matière exécutive attribuées par la Constitution, en particulier celle de chef de armées[917], puisqu'il se trouverait dans l'impossibilité de combattre une armée étrangère hors du territoire français[918]. En second lieu, l'inviolabilité absolue est guidée selon eux par le principe de l'immutabilité du pouvoir exécutif[919]. Il s'agit de garantir à travers ce mécanisme la stabilité du pouvoir exécutif, source d'ordre social en ces temps révolutionnaires troublés. Reconnaître des cas d'accusation du roi aurait pour conséquence d'éveiller le complot et d'« enhardir les factieux qui pourraient prétendre au trône »[920].

914 M. Pertué, L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791, op.cit., p.190.

915 De Cazalès, A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.391. Selon ce courant, ce débat est en réalité sans objet puisque l'Assemblée a déjà adopté le 15 septembre 1789 le principe de l'inviolabilité du roi dans le sens le plus absolu possible. Ce serait donc rediscuter un article constitutionnel.

916 *Ibid*.

917 Pour De Cazalès, l'article 8 du décret du 28 mars 1791 « exprime évidemment que le roi ne pourra plus commander son armée, qu'elle lui en ôte le droit, qu'elle lui ôte les moyens de remplir le premier et le plus saint de ses devoirs, celui que la nation lui a spécialement confié, de la défendre contre l'attaque de ses ennemis, qu'elle le réduit à cet état de dégradation, à cet état d'avilissement auquel étaient descendus les derniers individus » (De Cazalès, A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.391).

918 De même, en étant interdit de quitter le territoire français, il ne serait pas en mesure d'exercer selon ce courant son rôle de modérateur de l'Assemblée : « s'il arrivait qu'une faction dominât ou égarât l'Assemblée nationale, qu'elle fît partager son opération à la ville où elle tiendrait ses séances, comme c'est extrêmement vraisemblable, le roi se trouverait prisonnier en cette ville, sa volonté serait asservie, sa sanction serait dérisoire, et il ne pourrait exercer, par le fait, le droit très légitime, le droit très sage que vous lui avez confié, le droit de suspendre les lois qu'il trouverait funestes à la prospérité de l'Empire » (De Cazalès, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.430).

919 Plus largement, selon eux, tout pouvoir constitué (même si certains membres de cette thèse de l'inviolabilité absolue refusent cette qualité au roi qu'ils estiment encore être l'autorité souveraine) doit être irréversible. En effet, pour le député Prugnon, « le roi (…) ne peut être jugé, parce qu'aucun pouvoir établi par la Constitution ne peut être mis en jugement » (Prugnon, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.260).

920 De Cazalès, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.430. Le député La Rochefoucauld-Linacourt résume parfaitement le sens du principe de l'immutabilité du pouvoir royal : « Un roi non inviolable ne serait ni un roi héréditaire, ni un roi à vie, mais un roi d'un jour, il y aurait bientôt autant d'inter-règnes que d'accusations, autant de procès intentés au monarque que de factions intéressées à le faire descendre du trône. Et comment cet homme, dont l'immense responsabilité s'étendrait sur toutes les actions du gouvernement, sur dix mille actions émanées chaque jour de lui, ou prescrites par lui, servirait-il de barrière à l'anarchie, pouvant être lui-même aussi facilement renversé ? (…) Le roi n'est déclaré inviolable que pour le mettre hors du cercle des factions qu'il est chargé de prévenir ou d'attaquer » (La Rouchefoucauld-Liancourt, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.255). Néanmoins il est conscient que l'inviolabilité absolue du roi comporte certains dangers en ce que le Roi peut commettre de graves fautes, forfaitures et en vérité le choix de l'immutabilité du pouvoir exécutif procède d'une mise en balance des avantages et des inconvénients, les premiers l'ayant emporté sur les seconds : les députés ont en effet pesé « d'un côté, tous les dangers d'une royauté chancelante, exposée aux attaques des passions, même aux attaques de la loi, et, d'un autre côté, tous les inconvénients d'une inviolabilité qui placerait une nation dans l'impuissance de punir un roi. (…) De ces deux poids le premier l'a emporté. Les changements de règne et la faiblesse d'un monarque en butte à toutes les poursuites des factieux ont paru plus redoutables que les fautes dont un roi pourrait n'être pas exempt: on a préféré s'exposer aux erreurs de la royauté, plutôt qu'à son avilissement : on a voulu surtout qu'un aussi grand pouvoir, non moins difficile à accorder qu'à retirer,

En outre, de cette immuabilité de l'exécutif procède un second principe : l'indivisibilité de la personne royale. Dans la mesure où il s'agit de préserver la pérennité de l'autorité royale, le monarque doit donc logiquement être irresponsable à la fois pour les actes commis dans le cadre de ses fonctions et ceux extérieurs[921]. Le député La Rochefoucauld-Liancourt soulève en effet cette question : « si l'inviolabilité ne s'étendait pas sans distinction à toutes les actions du roi, comment la royauté serait-elle durable ? »[922]. De ce mécanisme de l'inviolabilité absolue dépend donc, plus largement, le sort de la royauté. De plus, tout cas de responsabilité du monarque placerait le pouvoir exécutif dans une situation de servitude par rapport au corps législatif, étant donné qu'il ne serait plus à l'abri de ses pressions, puisque celui-ci serait le seul arbitre des motifs de sa fuite du territoire. Il deviendrait de fait le juge de l'abdication du roi, réduit au rang de simple justiciable[923]. Dès lors, comme le note De Cazalès par un raisonnement déductif, si le Roi « est justiciable, il est dépendant ; s'il est dépendant, le pouvoir exécutif suprême qui réside en lui est asservi »[924], ce qui est pour lui « certainement la chose la plus odieuse et la plus inconstitutionnelle »[925]. L'inviolabilité absolue du monarque veille donc à éviter, selon eux, tout empiétement du corps législatif sur l'exécutif, garant de l'ordre social et protecteur des libertés. On comprend ainsi en creux que pour ce courant, la séparation des pouvoirs comprise dans un sens strict, source de garantie des libertés, constitue le fondement de l'inviolabilité absolue du roi[926]. De ce point de vue, il n'est fait mention à

pût être durable » (La Rouchefoucauld-Liancourt, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.256). Par voie de conséquence, il en conclut donc que « c'est pour la Constitution seule et pour la sauvegarde de la paix publique, et contre les factieux, que la nation a établi le principe, je dirai presque le dogme de l'inviolabilité. (…) On a voulu rendre la royauté durable, on a voulu que cette clef de toute notre Constitution, (…) fût mise hors de toute atteinte, parce qu'elle ne peut être ni ébranlée sans danger, ni arrachée sans les plus violentes secousses » (*ibid*., p.255).

921 Pour le député Prugnon, « parce que la personne du roi est indivisible, (…) , elle doit l'être » dans toutes les situations (Prugnon, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.260).

922 La Rochefoucauld-Liancourt, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.255.

923 Voir en ce sens : A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.432.

924 De Cazalès, A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.392.

925 Pour De Cazèles, cette situation institutionnelle signifierait en pratique la disparition des libertés car « c'est sur 1'indépendance du pouvoir politique que repose la liberté » (*ibid*., p.432). Il prône alors les vertus de la séparation des pouvoirs en ce qu'elle est une garantie comme les dérives oligarchiques de la démocratie représentative. En effet, selon lui, « les plus grands inconvénients des nombreuses agrégations du peuple, c'est de ne pouvoir pas exercer par lui-même l'autorité souveraine qui lui appartient. Obligé de la confier à ses délégués, il est toujours en garde contre eux. Il a toujours peur, avec raison, de finir par obéir à l'autorité de ceux qu'il a choisis, d'être subjugué par ceux-mêmes à qui il a donné sa confiance. C'est pour éviter ce malheur qu'il a voulu avoir des représentants héréditaires et des représentants électifs ; qu'il a voulu que les uns aient le pouvoir législatif, que les autres eussent le pouvoir exécutif. Il a voulu établir entre eux cette surveillance utile, au milieu de laquelle le peuple respire, au milieu de laquelle il est libre, au milieu de laquelle il reste leur juge et leur souverain » (*ibid*.). Ainsi De Cazalès soulève dans le cas présent le risque de servitude du peuple dans l'hypothèse d'un empiétement du pouvoir législatif sur le le pouvoir exécutif : « si jamais il arrivait que l'un de ces pouvoirs fût assujetti à 1'autre ; que l'un des deux pouvoirs usurpât sur l'autre, alors le peuple serait esclave, alors il ne serait plus consulté, alors son existence serait nulle, alors il ne serait rien. C'est donc sur cette indépendance mutuelle que reposent et sa liberté et sa puissance : toutes les fois que vous tenterez de l'affaiblir, toutes les fois que vous tendrez à donner un ascendant à l'un des pouvoirs politiques sur l'autre, vous serez traîtres à la nation, vous méconnaîtrez l'autorité de ce peuple dont on nous parle sans cesse, vous la lui ôterez, vous l'asservirez, vous le ferez gémir sous le plus dur des esclavages » (*ibid*., p.432-433).

926 Quelques temps plus tard, le 14 juillet 1791, alors que le champ d'application de l'inviolabilité du roi est à nouveau discuté devant l'assemblée, le député Duport recourt à ce même argument de l'indépendance des pouvoirs pour justifier l'inviolabilité absolue du roi : « tant qu'il est roi, il doit être absolument inviolable. S'il pouvait être attaqué, s'il était une circonstance où il pût être attaqué, il serait possible qu'il fût accusé (…). Mais, si chacun peut l'accuser, dès lors le roi se trouve dans la dépendance de tous; et il n'y a personne dans les 25 millions d'hommes qui composent l'Empire qui ne puisse l'accuser: dès lors je demande ce que devient l'indépendance et l'inviolabilité du monarque, ces attributs si nécessaires à la liberté (…). Qu'est-ce qu'un pouvoir suprême qui dépend de chaque individu, qui dépend du tribunal qui le jugera, qui dépend enfin au Corps législatif qui, j'espère, serait le seul qui pût juger de l'accusation? Si le roi dépend

aucun moment des débats par ses mêmes partisans d'une quelconque théorie de droit divin pour légitimer ce dispositif. Après avoir remarqué que cette discussion est « inutile et (…) dangereuse »[927], ils aboutissent donc à la conclusion que l'article 8 du décret du 28 mars 1791 est « destructif de l'inviolabilité de la personne du roi »[928] qui est le principe structurel de la monarchie, ce qui constitue à leur yeux une « véritable trahison envers le roi et la nation »[929]. Enfin, les partisans de l'inviolabilité absolue invoquent un dernier argument qui ne concerne plus le fond du décret : l'assemblée est incompétente pour délibérer et légiférer sur cette question[930]. En raison de l'antériorité ancienne de la royauté par rapport à cette jeune assemblée, celle-ci ne dispose pas du pouvoir d'imposer des conditions au Roi qui est encore perçu, par ce courant, comme une autorité souveraine. Ils affirment en effet : « le trône français n'a pas été établie par votre fait ; c'est indépendamment de vous et de votre pouvoir qu'elle existe ; (elle) existait avant que vous fussiez assemblés (…). Comment on peut imposer des conditions à un acte, à un bienfait quelconque qui ne dépend pas de vous ? »[931]. Par voie de conséquence, « dans aucun cas les représentants de la nation française ne peuvent par leur propre autorité, (…) de leur propre pouvoir, sans un ordre exprès et formel du peuple, commettre une peine » en cas de sortie du territoire par le roi[932]. L'idée profonde de la conception absolutiste de l'inviolabilité royale est donc celle de l'infaillibilité de la personne royale ainsi que l'indissociabilité de la personne royale et de ses fonctions. Largement soutenue par les députés, principalement par l'aile droite de l'assemblée, la thèse de l'inviolabilité totale du Roi devient minoritaire à compter de l'épisode de Varennes en juin 1791.

242. Elle est contredite par la thèse de l'inviolabilité relative du roi défendue en majorité par l'aile gauche de députés, dès mars 1791 au moment de l'adoption du décret relatif à la résidence des fonctionnaires publics puis, à nouveau, en juillet 1791 suite au projet de décret des sept comités réunis sur les événements relatifs à l'évasion du roi et de la famille royale[933]. Après avoir affirmé sa

du Corps législatif, si l'on est forcé de convenir que celui qui peut être jugé par un corps lui est soumis, (…) je demande, en remontant de principe en principe, si la liberté et l'intérêt du peuple que l'on égare exigent que le Corps législatif ne soit pas seul dépositaire de la volonté nationale. S'il lui faut un frein qui le modère, un moyen de suspendre son action, s'il faut que le monarque qui remplit cette fonction soit indépendant; si, pour être indépendant, il doit être inviolable, il est évident, je pense, qu'il ne peut être ni accusé ni mis en jugement » (Duport, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.265).

927 De Cazalès, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.430.

928 *Ibid*.

929 *Ibid*. De Cazalès insiste sur cette idée qu'il répète à plusieurs reprises promettant même d'enfreindre ce décret dans le cas de son adoption : « Je ne crains pas de le dire : délibérer dans quel cas la personne du roi peut être justiciable ; délibérer s'il peut arriver une hypothèse dans laquelle il sera privé du trône, est une véritable trahison (…). Si, ce que je ne puis croire, elle oubliait à tel point ce qu'elle doit à la nation, ce qu'elle doit au roi, que d'adopter un semblable décret, je jure de lui désobéir, je jure de rester constamment fidèle au sang de Henri IV et de saint Louis » (*ibid*.).

930 De Cazalès, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.424.

931 *Ibid*., p.392.

932 De Cazalès estime effectivement que la souveraineté appartient au peuple qui l'a délégué au roi : « le peuple français a délégué à la famille royale le droit au trône » (*ibid*., p.431). Par voie de conséquence, les députés doivent obtenir l'accord des représentés pour introduire des bornes à l'inviolabilité royale : « Je dis que vous n'auriez pas le droit de déclarer le roi déchu du trône, que vous seriez obligés de revenir à vos commettants, de prendre expressément l'ordre de la nation à cet égard » (*ibid*.).

933 Les événements du 20-21 juin 1791 donnent lieu à un rapport des comités militaire, diplomatique, de Constitution, de révision, de jurisprudence criminelle, des rapports et des recherches soumis à la discussion de l'assemblée le 13 juillet 1791. Voir en ce sens : A.P., t.XXVIII, 13 juillet 1791, p.231).

compétence pour réglementer ce dispositif en réponse à l'accusation de son adversaire[934], celle-ci propose que le champ d'application du privilège exorbitant du monarque ne soit pas illimité de manière à ce qu'il ne couvre pas indistinctement tous ses actes. Loin de remettre en cause le principe même de l'inviolabilité absolue, elle en admet néanmoins certaines dérogations qui doivent être inscrites dans la future loi constitutionnelle. Une minorité d'auteurs au sein de ce courant estiment inutile de légiférer sur ces exceptions puisque le droit de chasser un roi est un droit naturel découlant du droit de résistance à l'oppression[935].

934 Pour les partisans de l'inviolabilité relative du roi, la souveraineté appartient à la Nation et non au Roi. De là découle non seulement le fait que les députés qui sont les représentants de la Nation ne sont pas les sujets du Roi mais également que celui-ci n'est qu'un pouvoir constitué parmi d'autres. Il est donc soumis en tant que telle à la loi constitutionnelle décidée par l'assemblée constituante et en particulier à ses dispositions qui instituent des cas d'abdication du roi. Cela ressort clairement des propos de plusieurs députés dont Pétion de Villeneuve : « on cherche sans cesse à dégrader, à avilir la nation. Nous sommes cependant tous d'accord d'un principe incontestable : c'est que la nation est souveraine; et cependant, tout le monde convenant de ce principe, on en tire les conséquences les plus fausses, les plus dangereuses. Sans cesse on entend dire dans cette tribune que les Français, c'est-à-dire la nation entière, sont les sujets du roi ; mais c'est la nation entière que l'on outrage ainsi, c'est cette nation souveraine. (…) Des citoyens libres ne sont des sujets que de la loi ; voici la seule sujétion, le seul esclavage (…) digne d'un peuple libre (Pétion de Villeneuve, A.P., t.XXIV, 26 mars 1792, p.392). Il en résulte donc « une autre vérité qui ne peut pas être contestée, c'est que le roi lui-même est sujet à la loi, autrement ce serait un despote » (*ibid*., p.393). Dans le même sens, le député Alexandre de Lameth considère que « dans une assemblée qui a déclaré que la souveraineté résidait dans la nation, que la loi ne pouvait se faire que par l'expression de la volonté générale, il est bien extraordinaire que, dans une pareille assemblée, on parle de fidèles sujets du roi, comme si on pouvait être fidèles sujets d'autre chose que de la souveraineté. Nous sommes fidèles au roi, en étant fidèles à la Constitution dont if fait partie. Nous sommes fidèles à la loi, parce qu'elle est l'expression de la volonté de tous; voilà la fidélité que nous avons promise (A. de Lameth, A.P., t.XXIV, 26 mars 1792, p.392). Les défenseurs de l'inviolabilité *relative* du roi aboutissent donc à la conclusion de leur aptitude pour régir et fixer les limites de l'irresponsabilité du roi. Comme le déclare Thouret, « je réponds que c'est du droit qui appartient à des hommes libres, et par le devoir qui est imposé à des représentants de la nation française, commissaires de cette Assemblée pour préparer ses décrets constitutionnels, de proclamer courageusement la vérité et de propager la raison, les deux seules puissances qui gouverneront désormais l'opinion publique et, par elle le monde entier » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.426). Dans ces conditions, « on a prétendu que l'Assemblée nationale n'a pas le droit d'imposer au roi la charge de la résidence, parce qu'il ne tient pas d'elle sa Couronne dont l'hérédité était préexistante. Si ce raisonnement était vrai, jamais une nation ne pourrait rien rectifier, ni modifier dans son gouvernement; car toute convention nationale trouverait toujours des droits et des usages établis avant elle. Le roi ne tient pas sans doute sa Couronne de l'Assemblée nationale, mais il la tient de la nation que l'Assemblée actuelle représente éminemment. Le roi n'a jamais fait difficulté de reconnaître cette Assemblée comme constituante et il a reconnu de même qu'il tient sa Couronne du peuple français, en acceptant le décret qui porte que *tous les pouvoirs émanent de la nation et ne peuvent émaner que d'elle*. (…) Il est donc démontré (...) que l'Assemblée nationale peut et doit déclarer deux choses : la première; que le roi, comme premier fonctionnaire public, est obligé à résider dans le royaume; la seconde, que, s'il sortait du royaume, le Corps législatif pourra, lorsqu'il le jugera nécessaire, l'inviter, par une proclamation, à rentrer en France » (*ibid*.) [Nous soulignons].

935 Il est vrai que les partisans de la conception relative de l'inviolabilité royale sont divisés sur le point de savoir si la Constitution doit lister les cas d'abdication du monarque ou faire preuve de silence sur cette question. Dans le premier cas, pour Thouret, une énumération des hypothèses est préférable à la mise en œuvre du droit informel à l'insurrection en ce qu'elle est davantage plus pacifique et plus solennelle par rapport à l'autorité royale : « On a dit encore que « la contravention des rois (…) ne doit pas être prévue, et que le silence de la loi à cet égard n'est pas un danger, parce que dans le cas d'une nécessité impérieuse, l'insurrection n'a pas besoin d'être autorisée ». (…) Ainsi, de votre propre aveu, si un roi, s'obstinant à rester étranger, paralysait par son absence le Corps législatif, et laissait le gouvernement sans activité, et si le peuple soupçonnait dans cette absence des desseins perfides contre sa liberté, vous convenez qu'il faudrait un remède ; ce remède, vous le placez dans l'insurrection, dans un détrônement à main armée; vous ne le trouvez pas plus doux, plus convenable au bon ordre, et plus révérencieux pour la majesté royale, dans l'autorité de la loi, établissant la présomption légitime de l'abdication volontaire. Je crois qu'entre ces deux partis, le choix de l'Assemblée ne restera pas longtemps douteux » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.428). Au contraire, pour les partisans du silence de la constitution qui souligne l'inutilité de prévoir à l'avance les cas d'abdication du monarque, le droit de résistance à l'oppression est un droit naturel informel et par-là même antérieur à l'acte constitutionnel : « le silence de la loi (…) ne nous permet pas de décider toutes les circonstances où un roi est censé avoir abdiqué sa couronne; ce sera aux générations futures à prononcer à cet égard lorsqu'elles seront forcées, pour le salut de la patrie, d'avoir recours à ce moyen ; car les droits naturels de la société ne peuvent jamais être détruits ou affaiblis ni par le temps ni par aucune Constitution » (Buzot, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.324). Leur conviction s'appuie sur le point

243. Ce faisant, de prime abord, il est vrai que cette doctrine reconnaît l'utilité d'une inviolabilité accordée au Roi. Établie dans l'intérêt de la Nation et non dans celle du monarque, elle est, à leurs yeux, la conséquence à la fois de l'adoption du gouvernement monarchique[936] et la condition du bon exercice de ses attributions constitutionnelles[937]. Toutefois, en dépit de ses nombreux avantages, ces auteurs sont convaincus que l'étendue de l'inviolabilité doive être strictement encadrée dans la mesure où deux situations principales s'avèrent problématiques vis-à-vis des intérêts de la Nation. Il s'agit, d'un côté, de celle où le Roi, qui bien qu'agissant dans le cadre de ses fonctions, n'assurerait plus correctement ses missions constitutionnelles[938], de l'autre, (de) celle où il commettrait un fait répréhensible extérieur à ses fonctions. Dans le premier cas, la thèse de l'inviolabilité relative ne

de vue exprimée par le juriste anglais Blasckstone qui juge de l'immuabilité du droit de chasser les rois en cas de violation de la Constitution expliquant le silence de la constitution anglaise. En effet, le député Buzot considère que la Nation n'est pas liée par l'inviolabilité du roi : « comme Blackstone, que si la loi ne veut pas présumer ceux à qui elle confie le pouvoir suprême capables de renverser la Constitution, que si la loi les suppose incapables de faire le mal, attendu qu'elle serait dans l'impuissance d'y remédier; je pense comme lui que, dans le cas où quelqu'un de nos rois s'efforcerait de renverser les lois constitutionnelles, soit en protestant contre la Constitution, soit de toute autre manière, c'est à la nation, c'est à la génération affligée d'un tel malheur à prononcer à cet égard lorsqu'elle se trouvera forcée, pour le salut de l'État, à rechercher *des remèdes extraordinaires pour des maux qui ne doivent pas être prévus*; car ces droits naturels de la société ne peuvent jamais être détruits ou affaiblis par le temps, et sont absolument indépendants de tontes les circonstances. Je dirai : si pour ne pas rompre la balance de tous les pouvoirs il faut se garder de placer le pouvoir exécutif dans la dépendance du Corps législatif (car je ne déteste pas moins la tyrannie des représentants que celle du roi), il ne s'ensuit pas qu'on doive soustraire ce dernier à la juridiction impérissable et seule souveraine de la nation sur ses délégués et ses chefs » (Buzot, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.325. [Nous soulignons]). D'ailleurs, ce point de vue est même partagé par les disciples de l'inviolabilité absolue : « Je dis que s'il est des cas où un peuple peut détrôner son souverain légitime, ces cas sont tellement rares, sont tellement hors de la ligne commune, que la loi ne doit ni les prévoir ni les supposer. Le silence de la loi à cet égard n'est pas un danger; car quand un État est arrivé à ce degré de malheur, à ce degré d'oppression qui rend nécessaire un remède aussi extrême, aussi dangereux, il faut que la nécessité en soit tellement impérieuse, qu'elle soit manifestée aux yeux de tous, que nul ne puisse en douter, que tous la reconnaissent ; et alors l'insurrection n'a pas besoin d'être autorisée » (De Cazeles, A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.392).

936 Le député Muguet de Nanthou exprime clairement ce lien de corrélation entre le choix d'un gouvernement monarchique et l'impératif de reconnaître une inviolabilité royale afin de garantir la pérennité du pouvoir exécutif royal et par là-même la séparation des pouvoirs : « lorsque, envoyés pour donner une Constitution à votre pays, vous avez examiné quel gouvernement vous adopteriez, vous avez consulté l'intérêt de tous, et non le vœu d'un seul. Vous avez recherché ce qui était le plus avantageux au peuple, et non ce qui convenait le mieux à un individu. Vous avez interrogé les mœurs de la nation (…) . Vous avez balancé les avantages et les inconvénients de divers gouvernements, et si, dans votre Constitution, vous avez adopté le gouvernement monarchique, c'est parce qu'il vous a présenté plus de moyens d'assurer le bonheur du peuple, et la prospérité de l'État, qui en est la suite. Vous avez été persuadés que pour conserver cette unité politique, si nécessaire dans un vaste Empire dont toutes les parties tendent naturellement à se diviser, pour unir fortement toutes ces parties entre elles, et les rattacher avec force à un point unique et central (...), il fallait que le pouvoir exécutif résidât dans la main d'un seul, avec des agents responsables ; que ce gouvernement d'ailleurs, (…) en anéantissant les factions, était le tombeau des ambitions particulières; et qu'en élevant un seul homme, il conservait pour tous les autres cette égalité précieuse, base immuable de votre Constitution. C'est donc pour la nation et non pour le roi que la monarchie à été établie; et c'est également pour l'intérêt national que l'hérédité du trône a été décrétée. (…) *Par une suite nécessaire des mêmes principes*, vous avez décrété que la personne du roi serait inviolable ; ce n'est certes pas pour lui ni pour lui assurer l'absurde privilège de tout faire impunément; ce n'est pas par une superstitieuse idolâtrie que cette fiction précieuse de la loi a été consacrée ; c'est pour l'intérêt même de la nation et la stabilité du gouvernement que cette inviolabilité est devenue non un privilège de la personne, mais un attribut nécessaire du pouvoir. Le despotisme ne peut naître que de la confusion des pouvoirs : vous avez donc dû les séparer et les rendre tellement indépendants que l'un ne pût usurper les droits de l'autre » (Muguet de Nanthou, A.P., t.XXVIII, 13 juillet 1791, p.235. [Nous soulignons]).

937 Effectivement, le rapporteur du projet du décret du 28 mars 1791 Thouret, favorable à un encadrement de l'étendue de l'irresponsabilité royale, affirme : « loin de nous tout projet odieux d'avilir la majesté du trône et de dénaturer la royauté, (l'inviolabilité du monarque) est une pierre angulaire de la Constitution et une des garanties de la liberté nationale » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.425). Cette fidélité à l'inviolabilité est donc « commandée par la Constitution » même (*ibid*.).

938 Comme l'affirme le député Duval d'Eprémesnil lors des discussions relatives au projet de décret sur la résidence des fonctionnaires publics qui évoque un cas d'abdication du monarque, « il s'agit de savoir si le roi, lorsqu'il ne remplit pas ses obligations, peut jamais être punissable, parce que sa personne est sacrée et inviolable » (Duval d'Eprémesnil, A.P., t.XXIV, 26 mars 1791, p.392).

conteste pas la fiction du contre-seing ministériel consacrée par les décrets de l'assemblée selon laquelle tous les actes d'administration du roi sont garantis par la signature d'un ministre responsable[939]. De manière évidente, « cette inviolabilité n'est pas dangereuse parce que le peuple a toujours un garant »[940]. Mais ils s'inquiètent de l'éventualité dans laquelle le monarque ne remplirait plus les obligations qui lui sont imposées par le texte constitutionnel[941]. Dans ce cas-là, l'inviolabilité du monarque censée lui permettre d'exercer convenablement ses attributions constitutionnelles ne doit pas alors se retourner contre la Constitution elle-même[942]. C'est pourquoi ils proposent limitativement plusieurs hypothèses d'abdication du Roi en cas de d'un manquement à ses devoirs institutionnels : la sortie du roi hors des frontières françaises et le refus de rentrer malgré l'invitation du corps législatif[943], la constitution d'une armée étrangère dirigée contre la nation, ou

939 Voir en ce sens : Muguet de Nanthou, A.P., t.XXVIII, 13 juillet 1791, p.235 : « Cette inviolabilité de la personne du monarque doit être tellement respectée que, pour empêcher qu'il n'y fût porté aucun atteinte, vous avez cherché à trouver un remède à ce qu'elle pouvait avoir de menaçant pour la liberté des citoyens ; vous avez décrété qu'aucun ordre du roi ne serait exécuté qu'autant qu'il serait contresigné, afin que la loi eût, pour toutes les actions du roi, un individu qu'elle pût poursuivre, et qui en fût responsable »; Robespierre, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.261 : L'inviolabilité du roi est « intimement liée à la responsabilité des ministres; que vous aviez décrété l'une et l'autre, parce que dans le fait vous aviez transféré du roi aux ministres l'exercice réel de la puissance exécutive, et que, les ministres étant les véritables coupables, c'était sur eux que devaient porter les prévarications que le pouvoir exécutif pourrait faire ? De ce système il résulte que le roi ne peut commettre aucun mal en administration, puisqu'aucun acte du gouvernement ne peut émaner de lui, et que ceux qu'il pourrait faire sont nuls et sans effet, que d'un autre côté, la loi conserve toute sa puissance contre lui » ; Barnave, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.328 : « il ne peut pas exister d'inviolabilité sur les fonctions du pouvoir exécutif et c'est pour cela que la Constitution rendant le roi inviolable l'a absolument privé de l'exercice immédiat de cette partie de son pouvoir; le roi ne peut pas exécuter, aucun ordre exécutif ne peut émaner de lui seul; le contreseing est nécessaire ; tout acte exécutif qui ne porte que son nom est nul, sans force, sans énergie; tout homme qui l'exécute est coupable; par ce seul fait, la responsabilité existe contre les seuls agents du pouvoir; ce n'est donc pas là qu'il faut chercher l'inviolabilité relativement aux délits politiques; car le roi, ne pouvant agir en cette partie, ne peut pas délinquer » ; Buzot, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.324.

940 Buzot, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.324.

941 Pour le député Alexandre de Lameth, malgré son inviolabilité, le monarque, en tant qu'il est chargé d'attributions constitutionnelles, doit répondre de ses inactions ou manquements commis dans l'exercice de celles-ci : « à quel point ose-t-on se jouer de nous, se jouer de la nation, lorsque, dans cette Assemblée même, on veut induire de cette inviolabilité qu'il n'est pas de devoirs pour les rois? On ose soutenir que (…) si, en trahissant la Constitution, ils veulent opprimer la liberté, on ose soutenir (…) que la Constitution ne doit pas prévoir de pareils dangers. Je le répète, nous sommes fidèles au roi, au roi de la Constitution, au roi qui a le pouvoir que lui a donné la volonté nationale » (A.P., t.XXIV, 26 mars 1792, p.393-394).

942 L'inviolabilité, établie par la Constitution, « n'est accordée qu'au roi qui règne et qui gouverne constitutionnellement ; il serait trop inepte de soutenir que la Constitution eût fait cette prérogative pour être tournée contre elle-même » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.428). Selon lui, elle ne protège pas le roi pour ses manquements à ses devoirs constitutionnels.

943 Thouret s'attache consciencieusement, en tant que rapporteur du décret du 28 mars 1791, à répondre à toutes les objections de la doctrine absolutiste de l'inviolabilité contre ce cas de figure. Tout d'abord, l'obligation de résider à portée de l'assemblée et de l'interdire de sortir du territoire sans son autorisation permet au roi, contrairement à ce que soutiennent ses opposants, « de remplir les fonctions attribuées à la royauté par la Constitution » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.426). De plus, instituer l'abdication du roi en cas de méconnaissance de cette obligation permet de conférer une portée normative et, dès lors, contraignante à celle-ci : « si ce devoir n'était pas réduit en loi, il ne serait pas une obligation (…) légale, et les rois pourraient constitutionnellement transporter leur résidence hors du royaume ; car, suivant l'article 5 de la déclaration des droits, tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché » (*ibid.*). En effet, « s'il n'y avait aucune sanction ou disposition coercitive au décret de la résidence, il resterait imparfait, (…) il se réduirait aux termes d'un simple vœu, ou d'un conseil impuissant » (*ibid.*, p.427), d'autant plus que le refus du roi de rentrer en France suite à l'invitation de l'assemblée est un « acte libre de volonté du monarque » (*ibid.*) par lequel il décide lui-même de se placer en dehors de la légalité. Enfin, Thouret, réfutant les accusations classiques d'instabilité exécutive et de complot suscitées par ce décret, juge que prévoir les cas d'abdication du roi à l'avance vise à prévenir les insurrections et à décourager les « factieux » (selon lui, « on a dit que le décret proposé « aurait l'inconvénient de provoquer et d'encourager les factieux, puisqu'il ne s'agirait que d'effrayer un roi, et de l'obliger à chercher son salut dans la fuite, pour légitimer son détrônement ». Cette hypothèse se résout par la distinction que voici : ou le factieux qui emploierait ce moyen pour détrôner le roi, serait appuyé par lé vœu de la nation et par la force publique, ou il serait désavoué par le vœu national : au premier cas, le roi serait détrôné par la nation dont il aurait provoqué l'insurrection ;

encore la rétractation de son consentement à la Constitution[944]. Ces restrictions à l'irresponsabilité royale portant « en germe les bases d'une forme de responsabilité du chef de l'État en droit public français »[945].

244. De ce point de vue, leur volonté de prévoir des cas de responsabilité institutionnelle du monarque est intimement liée à leur conception singulière de la Constitution. Au sein de ce courant, certains conçoivent la Constitution comme un acte unilatéral de la Nation à laquelle le Roi doit indiscutablement obéir en tant que pouvoir constitué. La Nation, dotée du pouvoir constituant, dispose du pouvoir d'imposer des obligations au roi sans son consentement, et par là-même de déterminer des cas de figure d'abdication du monarque[946]. En revanche, d'autres perçoivent la norme constitutionnelle comme un pacte constitutionnel et par voie de conséquence, comme toute union contractuelle, celui-ci peut être résilié unilatéralement par l'une des parties contractantes en cas de violation de leurs obligations contractuelles respectives. Transposé au cas d'espèce, ce point de vue, partagée principalement par le député Thouret[947], signifie donc que « le roi s'était engagé, lors de son avènement au trône, à gouverner la nation française suivant sa Constitution »[948]. Il en résulte donc que si le Roi contrevient ou inexécute ses obligations constitutionnelles, « la nation ne peut pas rester engagée au roi qui rompt l'engagement qu'il avait pris avec elle »[949] et se trouve en droit de prononcer son abdication. Cette dernière ne présente donc pas le caractère d'une sanction pénale mais celle d'une sanction civile découlant de la rupture ou de l'inexécution des engagements

au second cas, le roi expliquant par une proclamation le motif de sa fuite, dévoilant l'attentat aux yeux de la nation, et l'appelant à son secours pour rétablir l'ordre public, ne serait pas dans le cas de l'abdication présumée » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.428). Ainsi, ce décret, caractérisé par sa fidélité au monarque, n'affaiblit pas la royauté mais au contraire la renforce. Par voie de conséquence, l'argument selon lequel l'abdication du roi conduirait à rendre justiciable, punissable et donc dépendant le Roi par rapport à l'assemblée est un pur « abus de mots et d'idées » selon lui (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.427).

944 Voir en ce sens les propositions du député Salle qui seront adoptées, sous réserve de la rédaction, lors de la séance du 13 juillet 1791 : « Art. 1er. Un roi qui se mettra à la tête d'une armée pour en diriger les forces contre la nation sera censé avoir abdiqué ; Art. 2. Un roi qui, après avoir prêté son serment à la Constitution, le rétractera, sera censé avoir abdiqué ; Art. 3. Un roi qui aura abdiqué reviendra simple citoyen, et sera accusable, comme eux, pour tous les actes subséquents à son abdication. » (A.P., t.XXVIII, 13 juillet 1791, p.331).

945 C. Euzet, Les fondements doctrinaux de la protection des pouvoirs constitués, op.cit., p.32.

946 Cette conception de la Constitution comme un acte unilatéral ressort clairement des propos d'Alexandre de Lameth : « Comment est-il possible que l'on vienne nous dire qu'il n'y a pas un cas, pas une occasion, pas même celle qui est prévue dans le décret sur le roi désertant, pour ainsi dire, son poste, abdiquant la place que lui a assignée la Constitution, refusant de rentrer dans le royaume sur l'invitation du Corps législatif; de dire qu'alors la nation, qui peut se donner un roi, le gouvernement qui lui plaît, ne pourra pas remplacer le roi qui ne remplirait pas les fonctions qui lui sont prescrites par la Constitution, qu'il doit jurer de maintenir? » (A. de Lameth, A.P., t.XXIV, 26 mars 1792, p.394).

947 Il convient toutefois de remarquer que la vision de la nature juridique de la Constitution partagée par Thouret est quelque peu contradictoire dans la mesure où ce dernier oscille entre une posture contractualiste et une posture unilatérale de la norme constitutionnelle. Convaincu surtout par la première, il fait référence néanmoins également à la seconde épisodiquement. Cela ressort clairement de l'une de ses interventions lors de la séance du 28 mars 1791 : « L'intérêt du trône n'est plus de dissimuler que la royauté n'est pas une propriété du roi et de sa famille, et qu'elle ne lui confère pas le droit de commandement au même titre qu'un maître l'a sur ses esclaves. *Le peuple doit savoir que c'est de lui-même qu'émane l'autorité déléguée au roi*; que chaque acte d'exercice de cette autorité est un devoir de la royauté envers la nation; et que par ces actes le roi remplit ta haute mission dont la confiance nationale l'a chargé » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.429. [Nous soulignons]). En d'autres termes, le peuple souverain dispose du pouvoir d'attribuer unilatéralement au roi certaines compétences constitutionnelles et de fixer des sanctions *institutionnelles* en cas de violation de ses devoirs.

948 Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.428.

949 *Ibid*.

contractuels[950]. Du reste, dans les deux cas, ces conceptions visent à prescrire au roi des devoirs constitutionnels, et surtout à le contraindre à les respecter[951], ce qui en fait un pouvoir constitué responsable exceptionnellement.

245. À côté de cette première hypothèse, les partisans d'une inviolabilité royale relative soulève une seconde situation qui justifierait également une réduction des bornes/du champ d'application de l'irresponsabilité du monarque : les actes commis en dehors de l'exercice de ses fonctions[952]. Pour ce type d'acte, le problème est qu'« il n'y a plus de répondant que la personne même de l'individu coupable »[953], c'est-à-dire le Roi. Par conséquent, ils estiment qu'à moins « que pour être roi on cesse, par la nature même des choses, d'être homme, à moins que l'infaillibilité ne soit un caractère essentiel à la royauté, un individu sur le trône, coupable d'un crime capital et funeste à la tranquillité publique est sujet à la loi »[954]. Au demeurant, le député Robespierre dresse un violent réquisitoire contre le « système absurde »[955] que constitue l'inviolabilité du roi pour les faits étrangers à ses obligations institutionnelles. Il souligne, tout d'abord, l'immoralité et l'injustice[956] d'un tel dispositif

950 Selon le député Thouret, partisan d'une vision contractuelle de la Constitution, l'abdication « n'est pas tiré(e) du système des lois pénales en matière de délits et de crimes, mais de celui des lois civiles, c'est-à-dire de la raison écrite sur la résiliation des engagements » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.428). Elle est étrangère à toute forme de « punition et de châtiment » (*ibid.*). Elle correspond à la *résolution* de l'article 1224 du Code civil qui consiste en la faculté pour un cocontractant de mettre fin unilatéralement au contrat par notification du créancier au débiteur.

951 Cette volonté ressort clairement du discours du député Thouret, favorable à une conception de la Constitution comme acte unilatéral, lors des discussions du projet de décret du 28 mars 1791 : « Nous montrerait-on bien ce qu'il y a de respectueux pour les rois à professer qu'ils doivent, comme les autres hommes, tenir à leurs engagements et à leurs serments? Est-ce encore pour les faire aimer et respecter qu'on veut grossir leur prérogative du privilège immoral de fausser leurs promesses avec la plus scandaleuse impunité? (…) Pour conserver les rois, faisons qu'ils ne puissent pas être infidèles à leurs peuples » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.428).

952 A cet égard, compte tenu que le Roi peut être responsable dans certaines hypothèses, cette doctrine est amenée à réfléchir sur la question de l'autorité compétente pour le « juger ». Pour le député Buzot, il est primordial, après en avoir posé le principe, « d'examiner comment un roi coupable peut être jugé par la nation (...) » (Buzot, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.325). Il propose la solution institutionnelle suivante : « si l'Assemblée nationale se croyait en droit de juger le chef du pouvoir exécutif, ce ne pourrait être assurément que comme Assemblée constituante, et je ne pense pas que dans aucun cas le Corps législatif puisse prononcer un pareil jugement » (*ibid.*). Dans ce système, « (...) l'Assemblée constituante doit se considérer comme la nation elle-même » (*ibid.*). Il considère cette solution comme la plus évidente au regard du droit comparé et de l'exemple anglais : « je remarque (...) que ce ne fut pas le Parlement d'Angleterre qui prononça la déchéance de Charles II ; ce fut une Convention nommée et convoquée *ad hoc* pour destituer et remplacer ce roi. Je ne crois pas que, dans les principes, vous puissiez tenir une autre conduite » (*ibid.*).

953 Buzot, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.324.

954 *Ibid.*

955 Robespierre, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.262.

956 Robespierre recourt à plusieurs exemples extra-juridiques symboliquement forts : « vous qui soutenez ce système avec tant d'énergie, si un roi dépouille par la force la veuve et l'orphelin ; s'il engloutit dans ses vastes domaines la vigne du pauvre et le champ du père de famille ; s'il achète les juges pour conduire le poignard des lois dans le sein de l'innocent, la loi lui dira-t-elle : Sire, vous l'avez fait sans crime; ou bien vous avez le droit de commettre impunément tous les crimes qui paraîtront agréables à Votre Majesté! Législateurs, (…) si un roi égorgeait votre fils sous vos yeux, s'il outrageait votre femme et votre fille, lui diriez-vous : Sire, vous usez de votre droit; nous vous avons tout permis! » (Robespierre, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.262). Ainsi « si épargner un coupable est une faiblesse, immoler un coupable plus faible au coupable puissant, c'est une lâche injustice. (…) Ne pensez pas que (les victimes) voient sans douleur ses représentants suivre encore la marche ordinaire des esclaves, qui cherchent toujours à sacrifier le faible au fort, et ne cherchent qu'à tromper et à abuser le peuple pour prolonger impunément l'injustice et la tyrannie » (*ibid.*, p.263). Dans le même sens : Abbé Grégoire, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.320 : « l'inviolabilité absolue, c'est renverser tous les principes, c'est fonder la liberté publique sur l'immoralité ».

qui au lieu de protéger l'ordre public serait au contraire source de désordre social[957] et de vengeance[958]. Elle affaiblirait également l'autorité du roi qui serait perçu, en restant au pouvoir, comme un « criminel de lèse-nation »[959]. C'est pourquoi ce courant plaide en faveur de l'instauration d'une responsabilité de principe du Roi pour les actes répréhensibles extérieurs à ses fonctions[960].

Cependant, il convient de remarquer que, sur ce point, deux fictions juridiques sont rétorquées par la doctrine absolutiste de l'inviolabilité royale pour s'opposer à la mise en place d'un tel mécanisme. Le premier artifice juridique invoqué est celui du mauvais conseiller. Ce dispositif est parfaitement expliqué par le député Muguet de Nanthou : « Lors même que le roi agit personnellement, la loi, par une fiction nécessaire à la conservation du pouvoir, suppose que quelqu'un lui en a donné le conseil; alors c'est contre ceux qui peuvent être soupçonnés de ce conseil que l'accusation se dirige, et non contre la personne du roi. Cette responsabilité des personnes qui environnent le trône, et des agents du pouvoir exécutif, doit être si sévère et si rigoureusement exercée qu'il soit impossible au roi de trouver quelqu'un qui ose ou exécuter en son nom, ou favoriser, d'une manière quelconque, une entreprise qui serait dangereuse »[961]. Cette première fiction constitue donc un obstacle à la mise en accusation du roi pour ses actes privés supportée par un soi-disant tiers inspirateur. En revanche, Robespierre n'est pas convaincu de cette présomption en raison de la carence intrinsèque dont elle souffre : « Mais, nous a-t-on dit, si le roi commettait un crime, il faudrait que la loi cherchât la main qui a fait mouvoir son bras... Mais si le roi, en sa qualité d'homme, et ayant reçu de la nature la faculté du mouvement spontané, avait remué son bras sans agent étranger, quelle serait donc la

957 Selon Robespierre, les représentants croient substituer « la violence particulière, la justice privée de chaque individu à la justice calme et salutaire de la loi » (Robespierre, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.262). mais pour lui, c'est plutôt le contraire : « l'inviolabilité absolue (n')est (pas) le soutien, la base immuable de l'ordre social ! » (*ibid*.).
958 Il estime qu'« en élevant un homme au-dessus des lois, en lui assurant le pouvoir d'être criminel impunément, on le pousse, par une pente irrésistible, dans tous les vîtes et dans tous les excès ; on le rend le plus vil et, par conséquent, le plus malheureux des hommes ; on le désigne comme un objet de vengeance personnelle à tous les innocents qu'il a outragés, à tous les citoyens qu'il a persécutés » (Robespierre, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.262).
959 « Avez-vous réfléchi sur la supposition bizarre et désastreuse d'une nation qui serait régie par un roi criminel de lèse-nation ! (…) Que deviendraient toutes ces fastueuses déclamations avec lesquelles on vient vanter sa gloire et sa liberté ! Mais au dedans quelle source éternelle et horrible de divisions, où 1e magistrat suprême est suspect aux citoyens! Comment les rappellera-t-il à l'obéissance aux lois contre lesquelles il s'est lui-même déclaré? Comment les juges pourront-ils rendre la justice en son nom ? Comment les magistrats ne seront-ils pas tentés de se couvrir le visage par pudeur lorsqu'ils condamneront la fraude et la mauvaise foi au nom d'un homme qui n'aurait pas respecté sa foi ? Quel coupable sur l'échafaud ne pourra pas accuser cette étrange et cruelle partialité des lois qui met une telle distance entre le crime et le crime entre un homme et on homme, entre un coupable et un homme bien plus coupable encore ? » (Robespierre, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.262).
960 Voir en ce sens : Abbé Grégoire, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1789, p.319 : « Le roi doit être inviolable dans tous les actes qui tiennent à la royauté, parce que, comme on l'a dit, dans ce cas il y a un ministre responsable ; mais pour les cas où l'on ne trouve pas cet agent, la responsabilité doit porter sur le monarque ». Pour ce faire, les partisans de l'inviolabilité relative du monarque invoquent un dernier argument qui consiste à souligner la ressemblance entre l'inviolabilité du roi et celle des parlementaires dans le cadre de laquelle les députés sont responsables des actes extérieurs à leurs fonctions, sous réserve toutefois de l'autorisation de l'assemblée « Le roi est inviolable. Mais vous l'êtes aussi, vous ! Mais avez-vous étendu cette inviolabilité jusqu'à la faculté de commettre le crime? Et ose-rez-vous dire que les représentants du souverain ont des droits moins étendus pour leur sûreté individuelle que celui dont ils sont venus restreindre le pouvoir, celui à qui ils ont délégué, au nom de la nation, le pouvoir dont il est revêtu ? » (Robespierre, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.262).
961 Muguet de Nanthou, A.P., t.XXVIII, 13 juillet 1791, p.235-236.

personne responsable ? »[962]. Sans répondre à cette sérieuse objection de Robespierre, un second artifice juridique est mis en exergue afin de permettre au monarque d'échapper à la mise en cause de sa responsabilité. C'est la présomption irréfragable de sa folie au moment de la commission d'un acte répréhensible personnel. En effet, selon Barnave, pour les fautes de droit commun du monarque, « la Constitution ne peut établir sagement qu'un remède ; je veux dire la supposition de démence »[963]. Cette fiction farfelue est justifiée par ses partisans par le fait qu'elle présente, au regard d'une mise en balance des intérêts, davantage de bienfaits, notamment la stabilité du pouvoir exécutif, que d'inconvénients, l'impunité du roi[964]. On remarque donc que l'idée centrale de la conception absolutiste de l'inviolabilité royale est celle de « l'invisibilité du roi »[965].

246. Finalement, les constituants adopteront une solution intermédiaire : ils consacreront le principe de l'inviolabilité et de la sacralité du Roi[966] pour les actes commis hors[967] et dans la sphère de ses compétences[968] mais prévoiront plusieurs cas de figure dans lesquels il sera présumé avoir abdiqué[969]. On observe donc que son statut est moins protecteur en comparaison de l'inviolabilité quasi-illimitée dont il bénéficiait sous l'Ancien Régime. Il matérialise de la part des constituants un vœu de rupture vis-à-vis du régime absolutiste précédent dans une certaine forme de continuité. Ce faisant, cette solution de compromis à laquelle ces derniers aboutissent - qui dissimulent en réalité de puissants enjeux juridiques et politiques à l'origine de profonds désaccords doctrinaux -, présente un intérêt majeur au regard de notre problématique générale. En effet, le contenu des discussions sur la définition des limites d'action de l'inviolabilité du monarque est une nouvelle fois l'occasion de constater que les réponses apportées à ce questionnement sont déterminées par les conceptions juridiques discordantes des auteurs au service d'intérêts politiques opposés[970]. De ce point de vue, le

962 Robespierre, A.P., t.XXVIII, 14 juillet 1791, p.261.
963 Barnave, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.327.
964 Selon Barnave, en matière de délit de droit commun du roi, « il n'existe aucune espèce de proportion entre l'avantage qui résulte pour le peuple, de sa tranquillité conservée, de la forme de gouvernement maintenue, et l'avantage qui pourrait résulter de la punition d'une faute de cette nature » (Barnave, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.327). En effet, il estime qu'« elle jette un voile sur un mal passager; mais, par là, en prévenant, par les précautions que la démence nécessite, la répétition du délit, elle conserve la forme du gouvernement, et assure au peuple la paix qui, dans une hypothèse opposée, pourrait être troublée à tout moment, non seulement par les jugements, mais même par les accusations auxquelles le prince serait en butte » (*ibid.*). Pour lui, le roi apprendra de ses erreurs : « Que doit alors le gouvernement au maintien de l'ordre et de la morale? Il doit seulement prévenir que le roi qui a fait un délit grave ne puisse le répéter; mais il n'est pas obligé de sacrifier évidemment le salut du peuple et le gouvernement établi à une vindicte particulière » (*ibid.*).
965 M. Pertue, L'inviolabilité du Roi dans la Constitution de 1791, op.cit., p.198.
966 Constitution de 1791, titre III, chapitre II, section I, article 2 : « La personne du roi est inviolable et sacrée ; son seul titre est Roi des Français ».
967 Constitution de 1791, titre III, chapitre II, section I, article 11 : Le roi nommera un administrateur de la liste civile, qui exercera les actions judiciaires du roi, et contre lequel toutes les actions à la charge du roi seront dirigées et les jugements prononcés. Les condamnations obtenues par les créanciers de la liste civile, seront exécutoires contre l'administrateur personnellement et sur ses propres biens ».
968 Constitution de 1791, titre III, article 4 : « Le Gouvernement est monarchique : le Pouvoir exécutif est délégué au roi, pour être exercé sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables (...) ».
969 *Cf.* Constitution de 1791, titre III, chapitre II, section I, articles 5, 6, 7 et 8.
970 La question des limites de l'inviolabilité royale est « celle, qui excite principalement cette résistance plus bruyante que raisonnée, qui, fidèle au système entretenu depuis le commencement de nos travaux, s'attache toujours maladroitement au nom du roi, comme à une occasion naturelle de discorde, cherche à échauffer les esprits toutes les

conflit intellectuel entre les partisans de l'inviolabilité absolue et ceux de l'inviolabilité relative repose principalement sur une interprétation respective différente de plusieurs concepts centraux du droit public que sont la souveraineté et son détenteur, la Constitution et sa nature juridique ou encore la séparation des pouvoirs.

Ces interprétations stratégiques ont pour finalité, dans le premier cas, de garantir une indépendance absolue au Roi vis-à-vis des autres pouvoirs[971] et, dans le second cas, de réaffirmer une nouvelle fois la hiérarchisation des pouvoirs et la position de dominant de l'Assemblée par rapport au pouvoir exécutif. En vérité, ces constructions juridiques sont surplombées par des intérêts politiques supérieurs fondamentaux. Derrière celles-ci se trouve la volonté, d'un côté, par la défense de l'inviolabilité absolue du monarque, de « terminer la Révolution sur la monarchie constitutionnelle (avec le seul prince possible) »[972] de manière à maintenir Louis XVI sur le trône[973] et, de l'autre, par la possibilité de faire abdiquer le roi en cas de à ses manquements à ses obligations, de protéger l'œuvre révolutionnaire et sa principale construction juridique, la Constitution[974]. Il apparaît donc que l'urgence historique de l'été 1791, caractérisée par une monarchie en danger, dicte certaines interprétations instrumentalisées des concepts centraux du droit constitutionnel à même d'atteindre leurs objectifs politiques. Cependant, au regard de la décision de compromis adoptée, on perçoit ainsi nettement que « la concession du maintien de la monarchie, faite en 1791, par les révolutionnaires, se trouvait encadrée d'importantes limites visant à éradiquer tout retour possible à l'Ancien Régime »[975]. À l'image de l'inviolabilité parlementaire, il s'agit, une nouvelle fois, de la

fois que la Constitution règle la prérogative royale, comme si la Constitution était ennemie de la royauté; et, rattachant, dans ses spéculations secrètes, la résurrection de toutes les aristocraties foudroyées, à celle des anciens abus politiques qu'on décorait du nom de l'honneur du trône, prêche la contre-révolution sous le drapeau d un faux royalisme » (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.427), même si les débatteurs parlementaires s'estiment objectifs, à l'image du député De Cazalès : « je tâcherai de ne pas déparer mon opinion par cet esprit de parti qui atténue les raisons les meilleures » (De Cazalès, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.429).

971 Pour Barnave, « le roi essentiellement indépendant deviendrait dépendant de celui qui jugerait la déchéance » (Barnave, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.328). De même, pour Muguet de Nanthou, « si le roi, qu'on ne peut séparer de la royauté, était accusable par le Corps législatif, bientôt il serait dans sa dépendance: et ce corps en comprimant son action finirait par usurper ses droits. Si l'inviolabilité du pouvoir législatif est nécessaire à la liberté publique, l'inviolabilité du roi peut seule assurer l'énergie du corps exécutif. Ces deux pouvoirs, parties essentielles et actives de la machine politique, ne peuvent être justiciables, ni soumis à aucune accusation, et ils ne sont dépendants que des lois, que la Constitution a faites pour eux seuls » (Muguet de Nanthou, A.P., t.XXVIII, 13 juillet 1791, p.235).

972 M. Pertué, L'inviolabilité du Roi…, op.cit., p.195. L'adoption de l'inviolabilité relative rouvrirait pour ses adversaires la Révolution. Cela ressort clairement des propos de Barnave : « songez à ce qui se passera après vous : vous avez fait ce qui était bon pour la liberté, pour l'égalité; aucun pouvoir arbitraire n'a été épargné (…) ; vous avez rendu tous les hommes égaux devant la loi civile et devant la loi politique; vous avez repris, vous avez rendu à l'Etat tout ce qui lui avait été enlevé. De là résulte cette grande vérité, que, si la Révolution fait un pas de plus, elle ne peut le faire sans danger ; c'est que dans la ligne de la liberté, le premier acte qui pourrait suivre serait l'anéantissement de la royauté » (Barnave, A.P., t.XXVIII, 15 juillet 1791, p.330). Il aboutit donc à la conclusion suivante : « Il est (...) vrai qu'il est temps de terminer la Révolution » (*ibid.*).

973 Pour sauver le Roi, il était impératif de sauver son inviolabilité absolue.

974 Pour Thouret, derrière la défense de l'inviolabilité limitée ou absolue du roi, « se découvrent les motifs secrets de cette opposition qui s'occupe beaucoup plus de ce qu'elle ne nous dit pas, que de ce qu'elle paraît défendre dans cette question avec tant de chaleur. Vous ne doutez pas que sa grande affaire est le renversement de la Constitution (Thouret, A.P., t.XXIV, 28 mars 1791, p.427).

975 C. Euzet, Les fondements doctrinaux..., op.cit., p.32.

part des constituants « de placer l'Assemblée en situation hégémonique »[976]. Cette volonté se matérialise en dernier lieu dans le statut réservé à l'autre branche du pouvoir exécutif, les ministres.

§3. Le privilège de juridiction des ministres et ses modalités, source de divergences doctrinales au cœur d'intérêts politiques

À côté des immunités parlementaires et de l'inviolabilité royale, un autre privilège exorbitant du droit commun est institué à partir de la Révolution. Il s'agit de la création d'un tribunal spécialement chargé de juger les autorités ministérielles nommé « la Haute Cour nationale », ancêtre lointain de la contestée Cour de justice actuelle[977]. Il conviendra ainsi de rechercher les raisons avancées par les constituants en faveur de l'instauration d'un tel régime dérogatoire dans un contexte révolutionnaire marqué pourtant par la prédominance du principe d'égalité. Sa mise en place sera à l'origine encore de nouvelles divergences intellectuelles.

247. Dès la chute de l'Ancien Régime, « la responsabilité des ministres devient un véritable leitmotiv »[978]. Jugé responsable du mauvais état des finances, le pouvoir ministériel est, à la veille de la Révolution, comme le souligne Taine, « une sorte de bouc émissaire, coupable de tous les crimes, et de plusieurs siècles de haine accumulée, s'élevait contre lui, une réaction terrible qui devait aller, dans la théorie presque à l'annuler sous prétexte de le contenir et dans la pratique à l'entraver par l'excès d'une surveillance jalouse et tracassière »[979]. À cet égard, il est frappant de constater que la responsabilité des ministres, sans qu'il soit possible de déterminer exactement sa nature[980], est sollicitée par la quasi-totalité des cahiers des États généraux[981] comme remède impératif au despotisme ministériel. Dans un tel contexte[982], le principe de la responsabilité du

976 *Ibid.*

977 Préalablement il convient de noter que conformément au choix méthodologique opéré d'une interprétation *large* de la notion d'immunité - sans que ce point de vue ne fasse l'objet d'une unanimité doctrinale -, le privilège de juridiction reconnu aux ministres constitue dans notre perspective une immunité constitutionnelle puisqu'il permet de déroger au droit commun en permettant à leurs bénéficiaires d'être jugé devant une autre juridiction que celle normalement compétente. Cependant, le point d'achoppement doctrinal réside notamment dans le fait qu'il n'exonère pas toutefois la personne qui en bénéficie de toute responsabilité bien que parfois il tend à adoucir le traitement et la répression des condamnés.

978 N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.87.

979 Cité par R. Charvin, Justice et politique. Evolution de leurs rapports, Paris : L.G.D.J, 1968, p.26.

980 Nathalie Havas souligne que « nombre d'auteurs considèrent (…) que les doléances se limitent à réclamer une responsabilité d'ordre strictement pénal » (N. Havas, La responsabilité ministérielle, op.cit., p.87) mais nuance cette affirmation en estimant que « les prémisses d'une responsabilité civile se rencontrent néanmoins au sein du Testament de l'ancienne France » (*ibid.*), par exemple, par la proposition d'une responsabilité financière des ministres. Pour de plus amples développements : cf. N. Havas, La responsabilité ministérielle, op.cit., p.88-91.

981 Selon les chiffres de Vida Azimi, « en 1789, la responsabilité des ministres et des administrateurs est demandée par 297 cahiers des doléances, toutes catégories confondues (clergé (29), noblesse (67), tiers-état (78)), les trois ordres réunis, baillage, sénéchaussée, ville, paroisse, communauté, université) » (V. Azimi, Aux origines de la responsabilité ministérielle, *in* J. Bart, C. Courvoisier et M. Verpeaux (dir.), 1791, La première constitution française : actes du colloques de Dijon, 26 et 27 septembre 1991, op.cit., p.220).

982 Comme le souligne Vida Azimi, les cahiers de doléance « contiennent des idées dans lesquelles le législateur se

pouvoir exécutif est proclamé sans tarder lors de la séance du 23 juillet 1789, avant même l'adoption de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « quant aux dépositaires du pouvoir qui auraient causé ou qui causeraient par leurs crimes, les malheurs du peuple, (…) ils doivent être accusés, convaincus et punis, mais (…) ils ne doivent l'être que par la loi »[983]. À la suite de cette déclaration solennelle, le principe de la responsabilité de tout agent public, en particulier celle des ministres, est consacré formellement par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789[984] puis dans les différents projets constitutionnels[985], respectant ainsi les vœux appuyés des cahiers de doléances. Le principe de la responsabilité pénale des ministres acquiert rapidement une valeur législative, par la loi des 27 avril-25 mai 1791 sur l'organisation du ministère, et, dès le mois de septembre suivant, une valeur constitutionnelle[986]. Dans chacun des cas, il semble que les révolutionnaires aient fait le choix d'une responsabilité pénale et civile[987], mais aient rejeté toute reconnaissance d'une responsabilité politique des ministres[988].

248. Cependant, si le principe de la responsabilité des agents ministériels se trouve rapidement reconnu, la détermination de l'organe compétent pour les juger est l'occasion, à nouveau, d'un certain désaccord doctrinal. Unanimes sur l'instauration d'un privilège de juridiction pour les ministres malgré les avis contraires des cahiers de doléances, les constituants se séparent entre ceux, minoritaires, qui estiment le corps législatif compétent et ceux, majoritaires, qui réclament l'instauration d'une juridiction spéciale **(A)**. Ils sont également divisés sur la nécessité d'adopter une loi déterminant les infractions pénales et les peines encourues par les ministres, le silence législatif apparaissant comme un « moyen de pression efficace sur les conseillers du roi » aux mains de l'Assemblée **(B)**.

sentira tenu de puiser » (V. Azimi, Aux origines de la responsabilité ministérielle, op.cit., p.222).

983 A.P., t.VIII, 23 juillet 1789, p.267.

984 Article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ».

985 Un projet soumis à l'Assemblée par le député Mounier le 27 juillet 1789 prévoit, à l'article 7 du chapitre II, que « les ministres, les autres agents de l'autorité royale sont responsables de toutes les infractions qu'ils commettent envers les lois, quels que soient les ordres qu'ils aient reçus ; et ils doivent en être punis sur les poursuites des représentants de la Nation » (A.P., t.VIII, 27 juillet 1789, p.286). De la même façon, le rapport du Comité de Constitution présenté par Lally-Tollendal et par Mounier lors de la séance du 31 août 1789, dispose, dans son article 5 : « (…) les ministres et les autres agents de l'autorité sont responsables de toutes les infractions qu'ils commettent envers les lois, quelques soient les ordres qu'ils aient reçues » (A.P., t.VIII, 31 août 1789, p.523).

986 Titre III, chapitre II, section IV, article 5 : « Les ministres sont responsables de tous les délits par eux commis contre la sûreté nationale et la Constitution ; - De tout attentat à la propriété et à la liberté individuelle ; - De toute dissipation des deniers destinés aux dépenses de leur département ; Article 6. - En aucun cas, l'ordre du roi, verbal ou par écrit, ne peut soustraire un ministre à la responsabilité ; Article 7. - Les ministres sont tenus de présenter chaque année au Corps législatif, à l'ouverture de la session, l'aperçu des dépenses à faire dans leur département, de rendre compte de l'emploi des sommes qui y étaient destinées, et d'indiquer les abus qui auraient pu s'introduire dans les différentes parties du gouvernement. Article 8. - Aucun ministre en place, ou hors de place, ne peut être poursuivi en matière criminelle pour fait de son administration, sans un décret du Corps législatif ».

987 La responsabilité pécuniaire des ministres est consacrée lors de la séance du 29 septembre 1789 : « les ministres, et les autres agents du pouvoir exécutif, sont responsables de l'emploi des fonds de leur département, ainsi que de toutes les infractions qu'ils pourront commettre envers les lois, quels que soient les ordres qu'ils aient reçus (...) » (A.P., t.IX, 29 septembre 1789, p.212).

988 Voir en ce sens : N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.94-95.

A. Une opposition légère sur la détermination de l'organe de jugement des ministres

La question de la désignation de l'organe compétent pour juger les ministres est, en réalité, double. Il s'agit d'opérer un premier choix entre la reconnaissance soit de la compétence des tribunaux ordinaires ou soit celle d'une juridiction spécialement créée à cet effet. Puis, dans un second temps, en cas de validation de la seconde option, de choisir entre plusieurs configurations de juridiction d'exception. Or, en l'espèce, si la première question est réglée rapidement par les constituants qui expriment leur préférence en faveur d'une juridiction spécifique, la seconde est résolue dans un climat davantage conflictuel.

249. *Concernant le premier point*, il faut d'abord constater que les doléances, contenues dans les cahiers des États généraux, ont une revendication commune : ils « insistent sur l'importance de trouver un organe chargé de juger les ministres »[989]. Mais ils se différencient sur les solutions proposées. Certains suggèrent la compétence des tribunaux ordinaires[990], d'autres sont favorables à l'établissement d'une juridiction spéciale[991]. Devant l'absence de consensus populaire sur cette question, les constituants étaient donc libres pour trancher en faveur de la solution qui leur paraissait la plus opportune[992]. Or, à première vue, le choix constitutionnel évident aurait été celui des tribunaux ordinaires dans la mesure où les tribunaux d'exception constituaient une entorse à un principe qui représente « la force agissante dans la Révolution »[993], l'acte fondateur ayant permis le basculement de l'ordre juridique ancien : le principe d'égalité devant la justice, démembrement du principe d'égalité devant la loi. Désormais pierre angulaire du droit public français, la future Constitution de 1791 affirmera que « les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne »[994]. C'est pourquoi nombre de cahiers de doléances réclament la suppression des anciennes Commissions extraordinaires[995].

989 *Ibid*, p.96.

990 À titre d'exemple, un cahier affirme : « que tout ministre, homme puissant ou autre, jouissant d'une autorité quelconque, qui aurait sollicité, signé, surpris ou mis à exécution un ordre arbitraire, illégal, attentatoire à la liberté d'un citoyen, soit pris à partie par devant les juges ordinaires, non seulement pour y être condamné en des dommages et intérêts, mais encore pour être puni corporellement (…) » (Noblesse du bailliage de Montargis, A.P., t.IV, p.21, article 3).

991 À titre d'exemple, « (…) qu'en cas de contravention, lesdits ministres seront responsables de leur conduite et pourront dénoncés par un magistrat revêtu de pouvoirs à cet effet et poursuivis devant un tribunal établi pour ce cas » (Tiers-état du bailliage de Gray, A.P., t.I, p.778).

992 Après avoir proclamé la responsabilité des agents du pouvoir exécutif, l'Assemblée affirme son pouvoir discrétionnaire pour fixer l'organe compétent pour juger les ministres : « l'Assemblée, dans la constitution dont elle s'occupe sans relâche, indiquera le tribunal devant lequel sera traduite toute personne accusée de ces sortes de crimes, pour être jugée suivant la loi et après une instruction publique » (A.P., t.VIII, 23 juillet 1789, p.267).

993 M. Hauriou, La science sociale traditionnelle, Paris : Larose et Forcel, 1896, p.80.

994 Constitution de 1791, Titre III, chapitre V, article 4.

995 Voir en ce sens : G. Jasmin, Des Hautes Cours de justice sous la Révolution, thèse dactyl., Paris, 1908, p.21 ; N. Havas, La responsabilité ministérielle en France..., op.cit., p.96. Dans le même sens, au moment de réfléchir sur la future organisation judiciaire du pays, les constituants ressentent « combien il importe de rendre à la justice ordinaire tout ce qu'on eu a détaché en faveur des tribunaux d'exception » (Thouret, A.P., t.X, 22 décembre 1789, p.718).

250. Néanmoins, les constituants expriment leur préférence pour un dispositif tendant à soustraire les ministres au jugement des tribunaux ordinaires pour les soumettre à une juridiction spécifique. Tous les dispositifs adoptés par les révolutionnaires pour juger les ministres seront des juridictions ad hoc - Châtelet de Paris, Tribunal provisoire d'Orléans, Haute Cour nationale -, et ce dans un consensus doctrinal en dépit de la centralité du principe d'égalité au sein de notre système juridique[996]. Une telle unanimité des constituants s'explique par plusieurs raisons d'ordre différent. D'un point de vue juridique, l'hypothèse de la compétence des juridictions ordinaires est très largement écartée au nom du principe de séparation des pouvoirs. Les premiers constituants mettent en place une indépendance marquée entre les pouvoirs et ne parviennent pas à dissimuler leur méfiance à l'égard de l'« autorité » judiciaire[997]. Suivant une lecture stricte, ce principe interdit, à leurs yeux, que les ministres puissent être jugés par des tribunaux de droit commun pour des faits commis dans l'exercice de leur mandat. En outre, d'un point de vue pratique, les juridictions ordinaires présentent, selon eux, certaines carences dans le sens où elles risquent d'exposer les ministres à « des accusations téméraires »[998] et elles ne sont pas « revêtues d'un assez grand pouvoir pour venger les attentats contre la Constitution »[999]. Le choix d'un privilège de juridiction en faveur des ministres est, en fait, « la première manifestation d'une nouvelle conception : l'égalité ne consiste pas à traiter également deux choses inégales, mais à créer des mesures spéciales quand il y a des nécessités spéciales »[1000].

251. Toutefois, la convergence de vues des constituants révolutionnaires sur l'instauration d'un tribunal spécial pour les autorités ministérielles contraste avec leur opposition sur les modalités de ce mécanisme qui constitue *le second point*. Deux schémas principaux se font face. Le premier est l'œuvre du député de la noblesse Trophisme-Gérard de Lally-Tollendal. Le 6 juillet 1789, l'Assemblée constituante désigne un comité chargé de préparer la future Constitution dont il fait

996 Lorsque Thouret présente les résultats de son rapport au nom du comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire, il opère une distinction claire entre les juridictions ordinaires et la juridiction spéciale qu'est la Haute Cour Nationale. Il n'envisage à aucun moment de confier le jugement des ministres aux tribunaux de droit commun : « Pour faciliter son travail et celui de l'Assemblée, (le Comité) s'est fait un plan d'une simplicité extrême. Il présentera d'abord des décrets généraux sur l'administration de la justice, sur les tribunaux et leur composition ; il présentera ensuite la distribution et la gradation de ces mêmes tribunaux (...). Mais l'Assemblée ne remplirait pas, dans toute leur étendue, les fonctions dont elle est, chargée, si elle n'assurait pas à la nation les moyens de punir légalement les corps administratifs et les juges qui tomberaient dans l'insubordination, et si la peine légale n'arrivait pas sans trouble jusqu'aux ministres prévaricateurs. Il faut donc une haute cour nationale (…) dont la composition exige l'attention la plus profonde, qui affermira tout l'édifice politique » (Thouret, A.P., t.X, 22 décembre 1789, p.718).

997 Les constituants s'inspirent du principe de la séparation des pouvoirs dans l'organisation du nouvel ordre judiciaire. Comme le souligne Robert Charvin, « dans la première période révolutionnaire, la grande préoccupation est d'éviter que la justice soit un instrument de réaction ou un pouvoir risquant d'entrer en concurrence avec le pouvoir législatif, au bénéfice du pouvoir exécutif et de ruiner l'équilibre relatif des institutions de compromis » (R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.25) recherché par la future Constitution de 1791. A titre d'exemple, la loi des 16 et 24 août 1790, confirmée par le décret du 16 fructidor an III, témoigne de la méfiance des révolutionnaires vis-à-vis des tribunaux de droit commun et de leur volonté de protéger les agents de l'exécutif.

998 Le Chapelier. A.P., t.XX, 25 octobre 1790, p.22. Il ajoute que dans un tel système, les ministres « seraient perpétuellement troublées dans l'exercice de leurs fonctions, si quelques citoyens pouvaient les accuser à raison de ces mêmes fonctions » (Le Chapelier, A.P., t.XXIII, 8 février 1791, p.45).

999 Thouret, A.P., t.X, 22 décembre 1789, p.718.

1000 R. Charvin, Justice et politique. Evolution de leurs rapports, op.cit., p.26.

partie. Dès le 31 août 1789, il expose longuement, au nom du Comité de Constitution, ses propositions d'organisation du pouvoir législatif[1001]. Parmi celles-ci, il imagine un système bicaméral dans lequel la chambre des représentants serait seule accusatrice et le Sénat seul juge de l'action des ministres[1002]. Mais s'il propose une motion selon laquelle « tout homme soupçonné, accusé, arrêté, doit être remis dans les mains du juge naturel qui doit le réclamer »[1003], il est favorable à l'instauration d'un privilège de juridiction à l'égard des autorités ministérielles. Néanmoins, dans son système, leur jugement est le monopole des membres du parlement. De ce point de vue, son projet ne peut se comprendre que s'il est resitué succinctement dans ses idées politiques. En tant que « disciple de Montesquieu, admirateur de la tradition politique anglaise »[1004] mais également « correspondant et ami »[1005] de Burke et connaisseur de Blackstone[1006], son programme imite les institutions anglaises. Il reconnaît lui-même que ce système « n'est autre chose que *l'impeachment* porté par les communes par-devant la Chambre des pairs »[1007]. Cette configuration s'intègre parfaitement dans son schéma institutionnel puisque notre auteur prône l'institution de deux chambres[1008], condition et seule garantie, à ses yeux, d'un réel équilibre des pouvoirs[1009] et, au-delà, d'une stabilisation de la Révolution. Monarchien, il appréhende les soubresauts imprévisibles des événements révolutionnaires français et loue le modèle constitutionnel anglais pour sa stabilité. C'est pourquoi il prône la reconnaissance d'un veto royal sur les décisions du corps législatif afin de le rendre partie intégrante du corps législatif, et l'institution d'un bicamérisme partagé entre une chambre des représentants élus et d'un Sénat composé de propriétaires indépendants, nommés à vie par le roi sur proposition des assemblées provinciales[1010]. Conformément au mode de pensée empirique propre aux penseurs anglais, il refuse

1001Cf. Lally-Tollendal, A.P., t.VIII, 31 août 1789, p.514-522.

1002 « Le sénat serait un tribunal suprême de justice, mais dans un seul cas. C'est devant lui que seraient poursuivis, c'est par lui que seraient jugés publiquement tous les agents supérieurs du pouvoir public accusés d'en avoir fait un usage contraire à la loi. La Chambre seule des représentants pourrait intenter l'accusation. Tout particulier, et même tout corps, ne pourrait que dénoncer aux représentants (Lally-Tollendal, A.P., t.VIII, 31 août 1789, p.520).

1003 Lally-Tollendal, A.P., t.XVIII, 20 juillet 1789, p.253.

1004 F. Furet, R. Halévi (dir.), Orateurs de la Révolution française, tome I. Les constituants, Paris : Gallimard, 1989, (collection Bibliothèque de La Pléiade) p.1315.

1005 *Ibid*. Comme le souligne la notice bibliographique à son égard, « Lally a été un des informateurs de Burke durant les premiers mois de la Révolution » (*Ibid*., p.1315, note 3).

1006 cf. Lally-Tollendal, A.P., t.VIII, 31 août 1789, p.514.

1007 Lally-Tollendal, A.P., t.XVIII, 31 août 1789, p.520.

1008 Selon Lally-Tollendal, « autant il est nécessaire pour la tranquillité, pour la liberté publique, que le pouvoir exécutif, une fois réduit à sa juste mesure, soit concentré dans une seule main, autant il est nécessaire que le pouvoir législatif soit divisé » (Lally-Tollendal, A.P., t.XVIII, 31 août 1789, p.516). Pour lui, le bicamérisme comporte le mérite de la modération et de la raison : « L'unité, la célérité, le mouvement, sont de l'essence du pouvoir exécutif. La délibération, la lenteur, la stabilité, doivent caractériser le pouvoir législatif. Une Assemblée unique court perpétuellement le danger d'être entraînée par l'éloquence, séduite par des sophismes, égarée par des intrigues, enflammée par des passions qu'on lui fait partager, emportée par des mouvements soudains qu'on lui communique, arrêtée par des terreurs qu'on lui inspire, par une espèce de cri public même dont on l'investit, et contre lequel elle n'ose pas seule résister » (*ibid*.).

1009 Il déclare effectivement : « La division du pouvoir législatif, la réunion du pouvoir exécutif sont deux axiomes politiques que la raison et l'expérience ont placés hors de toute atteinte. Partout où le pouvoir législatif est dans une seule main, partout où le pouvoir exécutif est partagé entre plusieurs, la liberté ne peut exister » (Lally-Tollendal, A.P., t.VIII, 31 août 1789, p.514).

1010 Dans son modèle, il est préférable que « le Corps législatif fût composé de trois parties intégrantes : 1° des représentants de la nation; 2° d'un Sénat; 3° du Roi » (Lally-Tollendal, A.P., t.VIII, 31 août 1789, p.516). De cette façon,

« le rationalisme abstrait d'une révolution fondée sur les seuls principes et indifférente aux réalités léguées par le temps »[1011].

252. Cependant sa vision institutionnelle confiant au Sénat le jugement des ministres reçoit un accueil réservé de la part des constituants. Une double raison explique cet échec. D'une part, malgré que les institutions d'Outre-Manche constituent une source indéniable d'inspiration institutionnelle pour les constituants français, « la grande majorité d'entre eux rejette pour autant la transposition du modèle britannique »[1012]. L'anglomanie de la fin du XVIIIème siècle « ne se traduit pas dans les dispositions consacrées par les premiers Constituants français »[1013]. D'autre part, et surtout, le choix constitutionnel du monocamérisme dès le 10 septembre 1789[1014] éloigne la possibilité de transformer une éventuelle chambre haute en cour de justice[1015]. Tirant la conclusion de ce revers catégorique, Lally remettra sa démission du Comité de Constitution, suivi par les députés Mounier, Bergasse, Clermont-Tonnerre qui marquera « le naufrage de la révolution monarchique »[1016].

253. Le second projet, défendu par la majorité des rédacteurs de la Constitution, institue de manière similaire un privilège de juridiction au profit des ministres mais s'en distingue par le fait qu'il confie leur jugement non plus au parlement mais à une juridiction spécifique : la Haute Cour nationale. Dès le 22 décembre 1789, le projet du Comité de Constitution relatif à l'organisation du pouvoir judiciaire, présenté par Thouret, suggère l'institution de ce nouveau tribunal spécial[1017], même s'il précise que « le comité a senti combien il importe de rendre à la justice ordinaire tout ce

« les représentants, indépendamment de leurs propres forces, trouveraient un appui de plus dans la résistance du Sénat contre la royauté, comme ils en trouveraient un dans le pouvoir du Roi contre les prétentions du Sénat » *(ibid.*).En effet, pour lui, « les deux Chambres qui doivent former, avec le Roi, le triple pouvoir, doivent avoir chacune un intérêt particulier, indépendamment de l'intérêt général qui leur est commun, et une composition différente, en même temps qu'elles font partie d'un même tout » (*ibid.*, p.515).

1011 F. Furet, R. Halévi (dir.), Orateurs de la Révolution française, tome I. Les constituants, op.cit., p.1315.

1012 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.106.

1013 *Ibid*. C'est une raison parmi tant d'autres, selon Nathalie Havas, à l'absence de consécration de la responsabilité politique comme elle pouvait exister en Angleterre à partir de la Révolution. Voir sur ce point : N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.115.

1014 Le 10 septembre 1789, c'est par un vote sans appel que l'Assemblée tranche la question des deux Chambres : 89 députés seulement s'y déclarent favorables, alors que 490 se prononcent pour une Chambre unique (on compte 122 voix perdues ou sans vœu) (A.P., t.VIII, 11 septembre 1789, p.607-608).

1015 Sa proposition est également un échec car une idée répandue dans l'opinion commune compare péjorativement le présent Sénat avec le Conseil des Dix, en italien Consiglio dei Deici, et les inquisiteurs d'État de Venise (A.P., t.VIII, 31 août 1789, p.520, note 1). Le conseil des dix, qui fait partie du sénat et du grand conseil, institué de 1310 à la chute de la République en 1797 juge les procès criminels des nobles, les crimes de lèse-majesté publique, la conduite des commandants (*ibid.*) . Or, à titre de défense, Lally-Tollendal argue que ce conseil chargé de veiller à la sûreté de l'État « jette les accusés dans un cachot, ne leur permet les secours d'aucun conseil, les juge en secret et les condamne arbitrairement » (Lally-Tollendal, A.P., t. VIII, 31 août 1789, p.520). En outre, les inquisiteurs d'Etat qui sont au nombre de trois (deux sénateurs du conseil des dix, et un conseiller du doge) « exercent un pouvoir absolu sur la vie de tous les sujets vénitiens ; ne sont tenus de rendre aucun compte, de communiquer avec qui que ce soit, quand ils sont tous trois du même avis ; non-seulement jugent, mais font exécuter leurs jugements en secret, et, sur le rapport de deux espions, envoient noyer un malheureux à qui il sera échappé quelques paroles indiscrètes sur le gouvernement » (*ibid.*). Le Sénat qu'il propose ne présente pas un tel danger pour les libertés selon lui et regrette la propagation de cette comparaison inexacte.

1016 F. Furet, R. Halévi (dir.), Orateurs de la Révolution française, tome I. Les constituants, op.cit., p.1315.

1017 A.P., t. X, 22 décembre 1789, p.718.

qu'on eut à détacher en faveur des tribunaux d'exception »[1018]. Dans l'attente de sa mise en place, plusieurs tribunaux d'exception seront chargés provisoirement de juger des crimes de lèse-nation commis par les ministres, preuve de la détermination des constituants à mettre en place une institution dérogatoire à leur profit[1019]. Par la suite, le fait de créer un organe particulier dans ce domaine ne fait pas non plus l'objet de discussion entre les constituants. Cela ressort clairement du rapport du comité de Constitution sur la Haute Cour nationale et le tribunal de cassation du 25 octobre 1790, et, en particulier, des propos de Robespierre lors de cette séance. Pourtant lui-même opposé à « l'institution d'un corps destiné à juger ces sortes de crimes »[1020] en ce qu'il est « beaucoup plus dangereux qu'utile pour la liberté »[1021], il se plie à l'opinion générale qui « s'est déjà déclarée pour la formation d'une cour nationale avec tant de force, qu'il serait téméraire de la combattre »[1022]. Dans le même sens, quelques mois plus tard, l'avocat député Isaac-René-Guy Le Chapelier, président du comité de législation chargé d'élaborer un projet de Haute Cour nationale, déclare lors de la présentation de celui-ci en février 1791 : « depuis ce temps on a beaucoup réfléchi sur cet établissement ; toutes les idées sont faites à cet égard : il est inutile (…) que le comité de Constitution commence par employer votre temps à écouter une dissertation sur la question de savoir s'il doit y avoir une haute cour nationale; c'est à sa composition qu'il me semble que la discussion s'attachera davantage »[1023]. Pour légitimer un organe dérogatoire spécifique et l'incompétence des tribunaux ordinaires, il avance un double argument. Il le justifie par la nature particulière des délits en jeu qui « intéresse la sûreté de l'État »[1024] ainsi que « la sûreté de la Constitution et du royaume »[1025], mais également par les personnes concernées, le gouvernement entre autres. Néanmoins, il convient de noter que ce projet n'est pas diamétralement opposé au schéma concurrent de Lally-Tollendal. S'il prône l'institution d'une autorité distincte contrairement

1018 Thouret, A.P., t. X, 22 décembre 1789, p.718.

1019 Un décret du 21 octobre 1789 institue provisoirement un tribunal chargé de connaître des crimes de lèse-nation commis en autres par les ministres : le Châtelet de Paris. Selon les termes du décret, « le comité de Constitution proposera (…) à l'Assemblée un plan pour l'établissement d'un tribunal chargé de juger les crimes de lèse-nation, et que provisoirement et jusqu'à ce que ce tribunal ait été établi par l'Assemblée nationale, le Châtelet de Paris est autorisé à juger en dernier ressort les prévenus et accusés de crimes de lèse-nation » (A.P., t.IX, 21 octobre 1789, p.472). Suite aux carences de ce tribunal mises en lumière comme nous l'avons vu par les poursuites contre Mirabeau, l'Assemblée vote l'abrogation du décret du 21 octobre 1789 et décide la formation d'un tribunal provisoire siégeant à Orléans (A.P., t. XXIII, 5 mars 1791, p.677-679).

1020 Robespierre, A.P., t.XX, 25 octobre 1790, p.26.

1021 *Ibid*. Robespierre doute de l'impartialité des membres d'un tribunal de lèse-nation : « dans les temps de révolution, lorsqu'un peuple secoue le joug du despotisme, un tribunal de lèse-nation est peut-être nécessaire pour réprimer les complots des factions puissantes qui conspirent contre la Constitution naissante; mais il ne peut rendre ce service au peuple, qu'autant qu'il est composé de citoyens attachés aux principes nouveaux et à la cause populaire. Que les partisans du despotisme ou de l'aristocratie s'en emparent, qu'il soit corrompu ou seulement faible et pusillanime, il devient alors le plus terrible fléau de la liberté. (…) Il n'est que trop facile peut-être de le corrompre ou de le composer d'hommes corrompus d'avance, ou du moins susceptibles de l'être. Dans les temps ordinaires, il n'est pas non plus à l'abri de ce danger ; parce qu'il est sans cesse exposé à toutes les séductions du pouvoir dominant dont il doit arrêter et punir les usurpations » (Robespierre, A.P., t.XX, 25 octobre 1790, p.26). C'est pourquoi il préfère à ce système celui de « la vigilance de l'Assemblée » car « dans les temps d'une révolution telle que la nôtre, les conspirateurs ne pouvaient avoir de surveillant plus sûr, ni de vengeur plus redoutable que les représentants de la nation » (*ibid*.).

1022 Robespierre, A.P., t.XX, 25 octobre 1790, p.26.

1023 Le Chapelier, A.P., t. XXIII, 8 février 1791, p.45.

1024 *Ibid*.

1025*Ibid*.

au député monarchiste, il n'exclut toutefois pas la participation de l'Assemblée à ce processus judiciaire. Dans le cadre d'un système monocaméral, il estime, au contraire, primordial que le rôle d'accusateur appartienne exclusivement aux représentants de la Nation. À ses yeux, l'attribution de la mise en accusation aux citoyens risquerait de « perpétuellement troubler [les membres de l'exécutif] dans l'exercice de leurs fonctions »[1026] et au-delà « la marche du gouvernement »[1027]. De plus, en raison de la singularité de ces délits, ils n'auraient pas « la faculté de rassembler tout ce qu'il lui faudrait, ni la force nécessaire pour faire punir des coupables souvent accrédités »[1028]. Dès lors, dans la pensée révolutionnaire, l'Assemblée est mise au centre de cette procédure, disposant de l'initiative et de l'opportunité des poursuites.

254. Les conceptions opposées quant à la désignation de l'organe compétent pour juger les ministres sont donc dépendantes des représentations constitutionnelles (nombre de chambres, adhésion au modèle anglais, etc..) et politiques (impuissance des tribunaux ordinaires...) de leur auteur. Unanimes sur le principe même d'un tribunal dérogatoire du droit commun, les plus importantes tergiversations entre les révolutionnaires portent sur ses modalités d'organisation, et principalement sur le besoin ou non d'un texte définissant les « crimes de lèse-nation »[1029] et les sanctions qui en découlent. Derrière cette question se cache, en vérité, un enjeu de premier ordre : la prééminence institutionnelle de l'Assemblée par rapport aux pouvoirs subordonnés.

B. L'obligation de définir les crimes de lèse-nation et les peines subséquentes, pierre d'achoppement entre les constituants guidés par des velléités politiques opposées

255. Une fois le choix des constituants opéré en faveur de la mise en place d'une juridiction spécifique qui représente une véritable innovation politique, l'hémicycle devient le théâtre d'une vive opposition sur l'opportunité de définir, dans le cadre d'une loi, les crimes de lèse-nation que peuvent commettre les ministres et de déterminer les peines destinées à les punir. À titre de proposition, l'article 4 du rapport du comité de Constitution sur la haute cour nationale du 25 octobre 1790 dispose effectivement : « La haute cour nationale connaîtra de tous les crimes et délits dont le Corps législatif jugera nécessaire de se rendre l'accusateur. Nulle autre affaire ne sera portée à la haute cour nationale »[1030]. À la lecture des débats parlementaires, deux points de vue distincts

1026*Ibid*.
1027*Ibid*.
1028*Ibid*.
1029 Le 23 juillet 1789, l'Assemblée nationale consacre pleinement le crime de lèse-nation et son principe de compétence en matière de poursuite : « (…) quant aux dépositaires du pouvoir qui auraient causé ou causeraient par leurs crimes, les malheurs du peuple, qu'ils doivent être accusés, convaincus et punis, mais qu'ils ne doivent l'être que par la loi, et qu'elle doit les tenir sous sa sauvegarde, jusqu'à ce qu'elle ait prononcé sur leur sort ; que la poursuite des crimes de lèse-nation appartient aux représentants de la nation ; que l'Assemblée, dans la constitution dont elle s'occupe sans relâche, indiquera le tribunal devant lequel sera traduite toute personne accusée de ces sortes de crimes, pour être jugée suivant la loi et après une instruction publique » (A.P., t. VIII, 23 juillet 1789, p.267).
1030 A.P., t. XX, 25 octobre 1790, p.22. Dans la même idée d'une liberté d'appréciation, l'article 5 du même rapport

se rencontrent sur ce projet d'article. Elle révèle l'existence d'un courant légaliste et d'un courant politique parmi les rédacteurs de la Constitution, conditionnés chacun par des finalités politiques contraires.

256. Selon le premier courant, il est impératif qu'une disposition législative énonce précisément les crimes et délits dont pourra connaître la Haute Cour Nationale ainsi que les peines correspondantes. Il estime même que cette obligation doit précéder la création de cet organe[1031]. Il refuse en effet la mise en fonction de celui-ci tant que ladite loi n'aura pas été adoptée[1032]. Au soutien de cette thèse, ses partisans soulèvent plusieurs arguments. Ils invoquent, tout d'abord, la faisabilité d'une telle loi[1033]. Le député Robespierre opère, selon un critère finaliste, une distinction, certes peu convaincante, entre les « crimes ordinaires » et les « crimes de lèse-nation »[1034] que « les lois doivent soigneusement distinguer »[1035]. De manière plus pertinente, les défenseurs de la thèse légale soutiennent également le risque d'« arbitraire »[1036] et les dérives « despotiques »[1037] de cette procédure et des décisions de ce tribunal en l'absence d'un encadrement légal, à deux égards. D'un côté, l'article 5, en conférant un pouvoir discrétionnaire à l'assemblée pour accuser qui seule apprécie l'opportunité des poursuites en raison du silence de la loi, conduit à ce que celle-ci ne soit pas « obligée de se rendre accusateur, même pour des délits qui pourraient être poursuivis devant la

prévoit : « La haute cour nationale ne se formera que quand le Corps législatif aura porté un décret d'accusation » (*ibid*.).

1031 Selon l'abbé Maury, fervent partisan de la thèse légale, « il est (…) évident qu'avant d'instituer un pareil établissement, la première base de notre travail doit être de définir les crimes de lèse-nation (...) » (Abbé Maury, A.P., t. XX, 25 octobre 1789, p.27).

1032 « Ce serait commencer notre travail par la fin, que d'instituer des magistrats avant d'avoir décrété les lois dont ils seront les ministres. Je demande donc d'abord cette loi constitutionnelle, de peur qu'on ne fût ensuite tenté de s'en passer ; et je ne veux reconnaître aucun juge dans la nation, sans avoir lu auparavant le code auquel il vient me soumettre ».

1033 Pour Le Chapelier, qui est pourtant l'un des rédacteurs de l'article 4 et 5 du rapport du 25 octobre 1790, la définition de la notion de « délit et crime de lèse-nation » est même une tâche facile : « quant au code pénal, il y a eu dans tous les gouvernements des crimes qui mettaient la chose publique en danger, et le code à établir ne sera pas plus difficile que la définition de ces crimes » (Le Chapelier, A.P., t.XX, 25 octobre 1790, p.37).

1034 Robespierre, A.P., t. XX, 25 octobre 1789, p.25. Selon Robespierre, le critère de distinction entre ces deux types de crimes sont les personnes visées par l'infraction: « le crime, en général, peut être défini : un attentat aux droits d'autrui. Les crimes de lèse-nation sont les attentats commis directement contre les droits de la nation, différents des crimes ordinaires qui sont des attentats aux droits des particuliers. Ainsi que les délits ordinaires, les crimes de lèse-nation sont de diverses espèces et de divers degrés (...). Ils peuvent attaquer ou les propriétés, la vie du corps politique comme les autres propriétés, la sûreté, la vie des individus. Ceux qui peuvent compromettre la vie et la sûreté du corps politique sont ceux qui méritent toute l'attention du législateur, et peut-être les seuls qui puissent motiver l'institution d'un tribunal particulier (…) » (*ibid*.).

1035 Robespierre, A.P., t. XX, 25 octobre 1789, p.25.

1036 Abbé Maury, A.P., t. XX, 25 octobre 1789, p.27.

1037 *Ibid*. L'abbé Maury regrette le silence du législateur et son renvoi à plus tard de l'adoption d'une telle loi : « Ce même comité de Constitution, qui, pour paraître actif, met toujours les législateurs de la France au présent, et les lois au futur, joint à cette étrange proposition un projet d'organisation de la haute cour nationale, sans nous présenter ni l'énumération des crimes qu'elle doit poursuivre, ni le tableau des peines qu'elle pourra infliger, (...); en sorte, (…) que (…) ce comité de l'avenir vous invite à laisser (...) le tribunal suprême de la nation sans lois. Ses destructions réelles mènent à l'anarchie, et ses prétendues créations au retour du chaos » (Abbé Maury, A.P., t. XX, 25 octobre 1790, p.32). Il exige donc que « l'organisation de la haute cour nationale soit ajournée jusqu'à ce que le comité de Constitution nous ait présenté : (…) Un projet de loi qui définisse clairement les crimes de lèse-nation, pour ne rien laisser d'arbitraire dans une accusation si importante, et qui énonce irrévocablement les peines que nous prononcerons contre les coupables » (*ibid*.).

haute cour nationale »[1038]. Maîtresse de la procédure, elle est donc totalement libre de poursuivre des individus qui ne seraient pas auteurs potentiellement de « délit et crime de lèse-nation » et, à l'inverse, d'ignorer volontairement des faits ou des actes susceptibles d'une telle qualification. Autrement dit, l'assemblée a les moyens de bloquer cette procédure ou, au contraire, de l'utiliser à ses propres fins[1039]. Un reproche identique est formulé au stade du jugement de la Haute Cour nationale. Du fait du silence de la loi, celle-ci dispose d'une marge d'appréciation souveraine pour qualifier les faits, définir les éléments constitutifs de l'infraction de lèse-nation et en fixer les punitions, se comportant de ce fait comme un véritable législateur. Or la thèse légaliste souligne, au contraire, l'incompétence législative de la Haute cour nationale étant donné que ce pouvoir appartient exclusivement et indivisiblement aux représentants souverains de la Nation. Pour ses partisans, ce tribunal ne bénéfice pas de « la faculté de suppléer les lois »[1040] car la Haute cour « ne réunira (...) pas, comme le corps que l'on dit constituant, l'universalité des pouvoirs politiques »[1041]. Pour l'ensemble de ces motifs[1042], la thèse légaliste réclame donc avec insistance la rédaction d'un code pénal, d'un « code des délits et des peines »[1043], de manière à encadrer à la fois le pouvoir d'accusation du corps législatif et l'office de la Haute cour nationale, et en dernier ressort à atténuer l'arbitraire de ce tribunal exceptionnel[1044].

257. À l'inverse, selon le second courant, une telle contrainte légale ne constitue pas une urgence. La Haute Cour peut entrer en fonction bien qu'aucun texte pénal n'ait été adopté. Ce rejet profond d'une telle loi par les acteurs politiques est manifeste. En ce sens, lors de la séance du 8 février 1791, une motion d'un député est écartée catégoriquement par les constituants sans réelle motivation[1045]. En outre, ce questionnement de la nécessité d'une définition légale des crimes et

1038 Defermon, A.P., t. XXIII, 8 février 1791, p.46.

1039 Pour Malouet, l'article 5 est « un article vague, indéfini, qui attribue au Corps législatif le droit de porter à la haute cour nationale tous les délits qu'il jugera à propos » (Malouet, A.P., t. XXIII, 8 février 1791, p.46).

1040 Abbé Maury, A.P., t. XX, 25 octobre 1790, p.27.

1041 *Ibid*.

1042 A noter toutefois qu'un argument qui aurait pu être soulevé par la thèse légale pour appuyer son point de vue est curieusement absent de ces débats parlementaires : le principe de légalité des délits et des peines qui constitue pourtant l'un des principes fondamentaux les plus emblématiques déclarés durant l'été 1789. Le rapport du 25 octobre étant considéré comme instituant une responsabilité ministérielle de nature *pénale* (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.95-101), les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, en vigueur à cette date, auraient pu constituer un moyen sérieux et recevable. L'absence d'invocation de cette raison est peut être révélateur de l'indétermination, à cette date, de la nature de la responsabilité des ministres.

1043 *Ibid*. A défaut, les partisans de la thèse légale demandent simplement une « énumération des crimes de lèse-nation » dans l'article 4 (Malouet, A.P., t. XXIII, 8 février 1791, p.46) ou la modification de ce même article par l'ajout des termes suivant en italiques : « La haute cour nationale connaîtra de tous les crimes et délits dont le Corps législatif se portera accusateur et *reconnus par la loi pour crimes de lèse-nation* » (De Lachèze, A.P., t. XXIII, 8 février 1791, p.46)

1044 Cette nécessité d'une loi est renforcée selon eux par le caractère extraordinaire de ce tribunal : « Combien, à plus forte raison, ces sages mesures ne deviennent-elles pas nécessaires, lorsqu'il s'agit de former des tribunaux redoutables dont l'influence doit se faire ressentir à la fois dans toutes les parties de la France; dont la juridiction n'aura de limites que celles de l'Empire; le pouvoir, d'autres bornes que la loi et la conscience des hommes qui en occuperont les places ? » (Francois-Paul-Nicolas Anthoine, A.P., t.XX, 25 octobre 1790, p.33).

1045 Le député De Folleville propose lors de cette séance l'amendement suivant : « la haute cour nationale (…) ne pourra se mettre en activité tant que le code pénal n'aura pas été décrété » (De Folleville, A.P., t. XXIII, 8 février 1791, p.46). Le refus est net comme le retranscrivent les Archives parlementaires : un membre répond « cela n'est pas nécessaire » (*ibid*.). Dès lors, « l'Assemblée rejette l'amendement et adopte l'article 4 » (*ibid*.).

délits de lèse-nation qui est débattu à plusieurs reprises à l'assemblée entre octobre 1790 et mai 1791[1046], n'aboutira jamais à la rédaction de la loi réclamée mais plutôt à son ajournement successif. Réduit à l'état de promesse, le décret du 10 mai 1791 reprendra en termes identiques l'article 4 du rapport du comité de Constitution sur la haute Cour nationale du 25 octobre 1790 sans aucune référence à une quelconque loi pénale[1047]. Dans sa version finale, le texte se cantonne effectivement à réglementer le fonctionnement et la composition de la Haute cour nationale, sans chercher à préciser les modalités s'attachant aux poursuites pénales. Ainsi, comme le note Nathalie Havas, « cette juridiction spécifique se voit (…) octroyer une compétence extrêmement large, en ce sens que le décret (…) n'apporte de précisions quant aux crimes et délits dont elle pourra connaître »[1048]. De même, la compétence discrétionnaire du Corps législatif quant à la mise en accusation devant la Haute cour nationale est réaffirmée à nouveau par ce même décret[1049].

258. Si le décret du 10 mai 1791 institue incontestablement une responsabilité pénale des ministres[1050], l'indétermination du dispositif mis en place qui fait l'économie volontairement d'une définition de l'incrimination de crime et délit de lèse-nation est évidente. Ce choix assumé d'un système lacunaire soulève dès lors quelques interrogations. Or il est manifeste que l'étude approfondie des débats parlementaires n'apporte aucune réponse ni éclaircissement. Elle ne fait ressortir aucune justification, juridique ou non, avancée par les partisans de ce courant. En effet, « l'incrimination nouvelle révèle (…) un dialogue impossible au sein de l'Assemblée, où la revendication d'une définition préalable de la lèse-nation, qui la placerait en quelque sorte sous l'empire des lois, se heurte au refus constant de lier le provisoire par des définitions légales et fixes »[1051]. En réalité, il semble ici, comme souvent en matière de réflexion sur les statuts dérogatoires des autorités constituées, que ce soit en raison de velléités politiques que les révolutionnaires ne construisent pas un mécanisme complet et refusent de légiférer. L'obscurité des dispositions relatives à la responsabilité pénale des ministres exprime la volonté de l'Assemblée de « s'offrir un moyen de pression efficace à l'égard des conseillers du Roi »[1052]. L'imprécision de la notion de « crimes et délit de lèse-nation » garantit en effet aux parlementaires – placés dans une situation d'interprète authentique - de moduler à leur guise leur mise en accusation à l'égard des

1046 Proposés une première fois par le rapport du comité de Constitution du 25 octobre 1790 (A.P., t. XX, 25 octobre 1790, p.22), les articles 4 et 5 qui ne connaissent aucune modification terminologique sont adoptés lors de la séance du 8 février 1791 (A.P., t. XXIII, 8 février 1791, p.46). Ils le seront définitivement lors de la séance du 10 mai 1791 (A.P., t. XXV, 10 mai 1791, p.714).

1047 L'article 4 dans la version du décret adopté le 10 mai 1791 dispose que : « La haute cour nationale connaîtra de tou3 les crimes et délits dont le Corps législatif se portera accusateur » (A.P., t. XXV, 10 mai 1791, p.714).

1048 N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.97.

1049 L'article 5 du décret du 10 mai 1791 prévoit : « La haute cour nationale ne se formera que quand le Corps législatif aura porté un décret d'accusation » (A.P., t. XXV, 10 mai 1791, p.714). Ainsi aucune sanction royale n'est nécessaire pour poursuivre devant la Haute cour nationale un ministre.

1050 Pour Nathalie Havas, la loi des 10-15 mai 1791, portant formation de la la haute cour nationale apporte « quelques précisions sur la responsabilité pénale des ministres » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.95). Pour de plus amples développements : *ibid.,* p.95-101.

1051 J.-C. Gaven, Le crime de lèse-nation. Histoire d'une invention juridique et politique (1789-1791), op.cit., p.139.

1052 N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.87.

ministres, de telle sorte qu'ils deviennent maîtres de la procédure et de sa définition. Instrument précieux aux mains des députés, ce procédé pénal malléable permet, plus largement, d'affirmer une nouvelle fois la prééminence institutionnelle des représentants de la Nation sur les autorités subordonnées que sont les ministres et par là-même de « consolider leur autorité sur la personne du Roi en agissant sur ses conseillers »[1053]. L'instrumentalisation de la responsabilité pénale des ministres par les parlementaires lors de la période révolutionnaire est ainsi évidente[1054].

259. Les controverses doctrinales analysées – qu'elles portent sur la détermination de l'organe compétent pour juger les autorités ministérielles ou sur l'opportunité d'adopter une loi organisant leur mise en accusation et leur jugement -, sont déterminées en vérité dans chacune d'entre elles par des représentations constitutionnelles et politiques opposées de la part des constituants révolutionnaires. Il s'agit pour eux, majoritairement, de protéger, grâce aux immunités parlementaires ou à l'inviolabilité royale, la suprématie de l'Assemblée sur le pouvoir exécutif[1055]. L'épisode révolutionnaire de 1789 à 1791 permet ainsi de constituer la première doctrine française de la responsabilité ministérielle[1056], « sans clore les débats destinés à se poursuivre pendant toute l'ère révolutionnaire »[1057]. La suspicion des premiers constituants à l'égard du pouvoir exécutif marquera, pour longtemps, la conception des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués. Toutefois, l'hégémonie parlementaire qui caractérise cette première période connaît, sous l'effet d'une conjoncture politique agitée, de sérieux aménagements sans véritablement disparaître lors de l'expérience constitutionnelle suivante, le régime conventionnel.

1053 *Ibid*., p.103. Comme le souligne Jean Rossetto, « en dépit de vives résistances, ils ont aménagé la responsabilité pénale de telle manière qu'elle offrait au Corps législatif une latitude considérable pour en user à des fins politiques » (J. Rossetto, L'introuvable faute des gouvernants, Droits, 1987, p.110).

1054 Pour Nathalie Havas, un « pouvoir de défiance [de l'Assemblée] se manifeste à travers l'utilisation du mécanisme pénale » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.104). D'ailleurs à l'instar du décret du 10 mai 1791, la loi des 27 avril et 25 mai 1791 destinées à organiser les ministères, puis la Constitution de septembre 1791 qui poseront le principe de la responsabilité pénale des ministres feront également « l'économie d'une définition de cette responsabilité et ne préciseront que de manière insuffisante ses modalités de mise en œuvre » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.95). Conformément à l'article 30 de la loi des 27 avril et 25 mai 1791, un code pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791 sera adopté mais constituera un apport limité en ce qu'« il n'a pas servi à déterminer toutes les infractions et les peines subséquentes susceptibles de permettre la mise en accusation des conseillers du roi » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.100), signe de la volonté de l'assemblée d'exercer une pression permanente sur les ministres et de manifester sa domination sur ces derniers. Par la suite, la loi des 10-15 mai 1791 sera reprise par la Constitution de 1791, en précisant l'étendue de la compétence réservée à la Haute cour nationale. Si elle réaffirme le pouvoir du Corps législatif de déclencher arbitrairement les poursuites en matière pénale (titre III, chap. III, sect. III, art. 122 de la Constitution de 1791), elle précisera la compétence *ratione materiae* attribuée à cette juridiction (titre III, chap. V, art. 177 de la Constitution de 1791) : elle connaîtra des délits des conseillers du Roi ainsi que des crimes commis contre la sûreté de l'État qui auront fait l'objet d'un décret d'accusation émanant du Corps législatif. Toutefois, comme le souligne Nathalie Havas, « nonobstant ces précisions, la Constitution se révèle tout aussi laconique que la loi des 10-15 mai 1791 sur la détermination des crimes et délits dont la haute cour est susceptible de connaître, mais également sur les peines encourues par les personnes mises en cause » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.98). En définitive, la responsabilité pénale des ministres ne constitue qu'un ensemble composite de textes constitutionnels et législatifs.

1055 C'est pourquoi certaines auteurs considèrent que l'institution de la Haute cour nationale constitue une « sorte de représentation nationale judiciaire » (R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.29).

1056 Comme le souligne Nathalie Havas, « la juridiction spécifique (de la Haute Cour nationale), instituée en 1791, a (…) servi de modèle à toutes les Constitutions républicaines et même césariennes depuis l'an III jusqu'en 1852 » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.98).

1057 V. Azimi, Aux origines de la responsabilité ministérielle, op.cit., p.223.

SECTION 2. UNE RÉFLEXION DOCTRINALE RENOUVELÉE PAR L'APPARITION DE LA RÉPUBLIQUE ET DU GOUVERNEMENT RÉVOLUTIONNAIRE (1792-1795)

Au début de la Révolution, le souci prioritaire et profond des premiers constituants, au-delà de préserver l'ensemble des pouvoirs institués, vise à mettre l'Assemblée en situation prééminente par rapport aux autres pouvoirs et de la mettre à l'abri de toute pression venant de l'exécutif ou de l'autorité judiciaire. Il s'agit de sauvegarder l'organe qui constitue le symbole et le moteur de la Révolution afin d'éviter tout retour à l'Ancien Régime. En outre, le choix du régime représentatif, après quelques hésitations, induit également, de manière impérative, la sauvegarde de l'instance chargée d'incarner la volonté nationale.

260. De ce point de vue, la période qui suit (1792-1795), au cours de laquelle se pose à nouveau avec la même intensité le problème de la protection des pouvoirs constitués, s'inscrit, dans une certaine mesure, dans un esprit identique. La bataille de Valmy, le 20 septembre 1792, qui voit la victoire des armées révolutionnaires, permet à la Révolution de continuer, avec la fin de la monarchie constitutionnelle et l'avènement de la Première République. En effet, la Convention nationale, qui désigne l'assemblée chargée d'établir une nouvelle constitution et d'assumer provisoirement l'exercice de la souveraineté, succède à l'Assemblée législative, le 20 septembre 1792. Elle fonde la 1ère République et abolit le lendemain la royauté, acte par lequel elle « rompt (…) le dernier lien de la Révolution qui la tenait encore à l'Ancien Régime »[1058]. À la tête du gouvernement de la France jusqu'au 26 octobre 1795 (4 Brumaire an IV), le nom même de Convention est « chargé de sens »[1059] puisqu'elle désigne une assemblée exerçant les deux pouvoirs législatif et exécutif. Ce cumul de puissance aura pour conséquence qu'elle se considérera comme la représentante de la Nation dans la plénitude de sa souveraineté. Par ailleurs, il convient de noter que l'étude de la pensée constitutionnelle relative aux régimes exorbitants du droit commun sous la Convention demeure celle des constituants - et non celle de Professeurs de droit - dans la mesure où à cette époque, les Facultés de droit sont « à l'agonie »[1060]. Les Facultés de droit de province disparaissent en effet en 1791 et 1792, « la plupart du temps faute d'étudiants »[1061]. Leur suppression officielle « qui ne fait qu'entériner leur suppression de fait »[1062] sera d'ailleurs

1058 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.99.
1059 J.-C. Martin, La Révolution française, 1789-1799, une histoire socio-politique, Paris : Belin, 2004, p.166.
1060 J. Imbert, L'enseignement du droit dans les écoles centrales sous la Révolution, Annales d'histoire des facultés de droit et de la Science juridique, 3, 1986, p.37.
1061 *Ibid,* note 1.
1062 B. Mathieu, La Faculté de droit de Dijon dans la première moitié du XIXè siècle, 1806-1855, Mémoire de D.E.A. : Histoire des institutions et du droit bourguignon : Dijon, 1980, p.11.

prononcée par le décret du 15 septembre 1793, avant leur réapparition par l'intermédiaire du décret du 7 ventôse an III (25 février 1795) sous forme d'écoles centrales[1063].

261. Dans les premiers mois de sa mise en œuvre, le régime de la Convention nationale se situe dans la continuité du début de la période révolutionnaire, en ce sens qu'il est guidé par une volonté similaire de sanctuarisation de l'Assemblée et, corrélativement, de soumission de l'exécutif afin de se protéger d'une réapparition de l'ordre ancien. Cependant, l'exécution du Roi en janvier 1793, ajoutée à la création du Comité de salut public en avril 1793[1064] qui annonce en creux la Terreur dans un contexte intérieur et extérieur mouvementé, vont modifier complètement le cadre de réflexion des constituants par rapport à la problématique des régimes exorbitants des pouvoirs supérieurs. Comme le souligne Albert Mathiez, « aussi longtemps que la Révolution eut à se défendre contre le pouvoir royal, elle fit respecter jalousement la prérogative parlementaire. Mais quand le Roi eut disparu et que la représentation nationale cumula les deux fonctions, la gouvernementale et la législative, la doctrine fléchit et la pratique se modifia. L'inviolabilité fut moins envisagée dans ses avantages que dans ses dangers pour l'intérêt public. Au moment des grands périls de 1793, elle parut constituer un abri pour les intérêts privés, un péril pour la patrie et on n'hésita pas à la restreindre au nom de la raison d'État »[1065]. L'année 1793 voit en effet la naissance d'un clivage idéologique important entre les tenants d'une souveraineté nationale, corollaire de l'hégémonie parlementaire, favorables par conséquent à la protection immunitaire la plus étendue possible à l'égard des représentants de la Nation, et ceux d'une souveraineté populaire partisans d'un cantonnement étroit de la protection extraordinaire des simples mandataires du peuple. À cet égard, les solutions relatives à la protection des pouvoirs constitués s'avèrent étroitement liées aux choix opérés en matière de souveraineté qui conditionne directement la nature du mandat des députés. Or on observe un net recul de l'idée représentative parmi la majorité des constituants à partir de 1793 et, corrélativement, un quasi-consensus pour réduire le périmètre des immunités parlementaires puisque celles-ci sont analysées comme un bouclier intolérable profitable aux ennemis de la Révolution présents au sein de la Convention. Dès lors, dans ce contexte idéologique et politique renouvelé par rapport aux premières années de la Révolution et davantage hostile à la théorie de la représentation nationale, l'esprit général des immunités parlementaires connaît un profond renversement sous le régime conventionnel : « il ne s'agit plus seulement de protéger le législatif des excès de l'exécutif, mais aussi de protéger le peuple souverain des dérives potentielles du législatif »[1066]. C'est pourquoi plusieurs décrets révolutionnaires au cours des années 1793 et 1794 opéreront une limitation de leur privilège en restreignant les droits de la défense du

1063 Voir en ce sens : J. Imbert, L'enseignement du droit dans les écoles centrales sous la Révolution, op.cit., p.37-56.
1064 Décret du 6 avril 1793.
1065 A. Mathiez, Etudes robespierristes. 2. La conspiration de l'étranger, op.cit., p.292.
1066 C. Euzet, Les fondements doctrinaux de la protection des pouvoirs constitués, op.cit., p.36.

député mis en cause, au point que Barère déclarera même que « l'inviolabilité est détruite »[1067]. Cette période apparaît, d'une certaine manière, comme une rupture avec la période précédente dans la manière de concevoir les immunités parlementaires, sans que cette fracture ne soit pour autant totale. En réalité, le statut dérogatoire des députés ne connaîtra aucune suppression sous la Convention et sera maintenu de manière notoire dans l'ordre juridique français par les constituants (**§1**).

262. En outre, malgré cette divergence doctrinale relative aux bornes de l'immunité parlementaire, le régime conventionnel s'inscrit également dans la lignée de la période précédente à propos du statut du pouvoir exécutif. Suspicieux à l'égard du titulaire du pouvoir exécutif et de ses agents, il organise, de la même façon, la prédominance de l'Assemblée sur l'exécutif. Cette méfiance se manifeste avec force à travers les modalités du privilège de juridiction des ministres, la Haute Cour de justice, et l'abolition de l'inviolabilité constitutionnelle du Roi dans le but de permettre son jugement à partir de décembre 1792 (**§2**).

§1. Une rupture mesurée quant à la manière de concevoir les immunités parlementaires lors du régime conventionnel

263. La période de 1792-1795 est une période ambivalente en matière de réflexion des constituants sur le sujet des privilèges des parlementaires. *D'un côté*, dans les mois qui suivent sa réunion, les membres de la Convention nationale conservent l'essentiel du dispositif immunitaire protégeant les députés depuis le début de la Révolution. Ils maintiennent et précisent la distinction entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité sans employer encore des termes précis pour chacun de ces volets. De plus, en ce qui concerne le dispositif de l'*inviolabilité* au sens contemporain, ils exigent en particulier que les membres de l'Assemblée ne puissent être traduits devant un tribunal sans un décret préalable de la Convention. L'idée révolutionnaire de prééminence institutionnelle de l'Assemblée sur l'ensemble des pouvoirs, appuyée sur la théorie de la représentation nationale, continue ainsi d'irriguer l'ensemble du système de protection des pouvoirs constitués (**A**). Mais, *de l'autre*, la période née en août 1792 est « une période de grande incertitude et d'instabilité où la politique prit le pas sur le droit et où la fin, c'est-à-dire la victoire de la Révolution, mais aussi la défense du territoire national, justifia l'utilisation de tous les moyens, y compris la Terreur »[1068]. Plusieurs facteurs politiques vont en effet conduire à redessiner la manière dont les constituants conçoivent les immunités parlementaires. Par opposition à la période précédente, la proclamation de

1067 Barère, Moniteur universel, t.18, 12 novembre 1793, p.418.
1068 P. Bodineau, M. Verpeaux, Histoire constitutionnelle de la France, op.cit., p.12-13.

la République et la mort du Roi qui fait disparaître la peur de représailles de la part du pouvoir exécutif à l'égard des députés, pèsent indéniablement sur l'appréhension conceptuelle du statut dérogatoire des parlementaires, sans expliquer totalement cette évolution. L'origine populaire de la Convention nationale[1069] et le durcissement de ce régime à partir de l'instauration du Comité de salut public le 6 avril 1793 constituent également une autre source d'explication. Placée au cœur d'enjeux et d'intrigues politiciennes, la conceptualisation des immunités parlementaires est tributaire des oppositions politiques au sein de la Convention entre les Girondins et les Montagnards. Il se dessine effectivement un vif conflit doctrinal entre les partisans de la « démocratie directe au nom de laquelle la Convention est instituée, et le système représentatif, dont elle hérite de la Constituante »[1070]. Cette divergence idéologique se manifeste principalement au sujet de *l'obligation ou non de permettre l'audition devant la Convention de l'un de ses membres inculpés*. Les réponses apportées à cette question, qui constitue une source profonde de désaccord entre les constituants, ne cesseront de varier en fonction des choix qu'ils opèrent en matière de souveraineté mais également de leur conception de la séparation des pouvoirs et de leur lecture plus ou moins stricte du principe d'égalité (**B**). Une nouvelle fois, il sera possible d'observer que les argumentaires des acteurs du droit en matière de privilèges exorbitants sont structurés par des arrière-pensées politiques et théoriques qui articulent plus ou moins explicitement leurs controverses.

A. Une conceptualisation classique malgré un bouleversement du cadre de réflexion

Dans le prolongement des débuts de la Révolution, les membres de la Convention nationale distinguent clairement deux concepts juridiques, même si l'imprécision de leur vocabulaire juridique en la matière reste chronique. Pour ce qui est de l'*irresponsabilité* sans la nommer expressément, ils s'attachent à protéger au maximum ce privilège qu'ils fondent sur la théorie de la représentatif nationale. Malgré une évolution du cadre de réflexion des constituants de la Convention nationale, ce privilège se démarque par sa remarquable continuité tout au long de ce régime mouvementé (**1**). De même, le cœur de l'inviolabilité parlementaire, *l'autorisation préalable de l'assemblée à toute mise en accusation du député*, resta intact quasiment durant toute la période conventionnelle. Nonobstant la violation répétée de cette prérogative par les autorités judiciaires, les constituants expriment majoritairement avec force leur volonté, à plusieurs reprises, de maintenir leur mainmise sur la levée de l'immunité parlementaire. Recourant à plusieurs types d'arguments juridiques, ce monopole exprime la permanence de l'idée représentative pendant cet épisode et la

1069 Le décret des 11-12 août 1792 organise les élections de la Convention nationale. Il manifeste « l'entrée officielle du peuple sur la scène politique » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, p.102) en ce qu'il rejette toute condition censitaire – par opposition aux élections de la Constituante - et supprime *de facto* toute distinction entre citoyens actifs et passifs. Pour être citoyen, seule une condition d'âge (avoir au moins 21 ans) est nécessaire. Cependant ce suffrage universel n'est que théorique puisque un dixième seulement des citoyens a voté le 26 août 1792 (P. Bodineau, M. Verpeaux, Histoire constitutionnelle de la France, op.cit., p.13).
1070 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.99.

ferme intention des membres de l'Assemblée de dresser un « écran entre électeurs et élus, entre le peuple et ses représentants »[1071] ainsi que par rapport aux autres pouvoirs, et ce de manière à rester indépendants d'un point de vue organique et fonctionnel (**2**).

1. L'ancrage doctrinal de la distinction entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité

264. Si la distinction des deux volets de l'immunité parlementaire est encore balbutiante et approximative dans les années 1790, elle se perfectionne grâce à la Constitution de 1791[1072] compte tenu du fait qu'elle devient davantage précise. Chacune des volets obéit désormais à des caractéristiques et à un régime juridique différent et bien délimité. Dans le prolongement des débuts de la Révolution, cette dualité s'ancre encore davantage sous la Convention, même si le vocabulaire reste encore imparfait. En effet, dans un premier temps, les membres de la Convention, en l'absence de texte constitutionnel du fait de l'abrogation de la Constitution de 1791, doutent de l'existence de tels privilèges pour, en définitive, les réaffirmer avec vigueur en les articulant autour de la théorie de la souveraineté nationale de manière à garantir leur indépendance organique et leur libre expression.

265. Cette idée se trouve largement attestée par la séance du 7 janvier 1793. En l'espèce, un membre de la Convention nationale également journaliste, Charles Villette, avait été cité à comparaître devant le tribunal de police de Paris par le procureur Chaumette pour l'un de ses articles signé dans le journal La chronique[1073]. Il protesta alors le 7 janvier 1793 par une lettre indignée qu'il adressa au président de la Convention au motif que le procureur n'avait pas obtenu de mandat d'amener de la part de l'Assemblée et il demanda donc un décret d'accusation contre ce procureur[1074]. Les membres de la Convention, profondément scandalisés, étaient confrontés à l'interrogation suivante : « l'inviolabilité des représentants peut-elle se concilier avec la responsabilité des opinions ? »[1075]. Or, à travers sa lettre, on observe une certaine confusion dans l'esprit du député accusé entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité dans son acceptation moderne, ou,

1071 *Ibid*., p.103.
1072 L'article 7 du titre III, chapitre 1, section V qui institue la notion d'*irresponsabilité* au sens que le droit constitutionnel contemporain français l'entend dispose que : « Les représentants de la Nation sont inviolables : ils ne pourront être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps pour ce qu'ils auront dit, écrit ou fait dans l'exercice de leurs fonctions de représentants ». L'article 8 du titre III, chapitre 1, section, prévoyant l'*inviolabilité* dans notre sens moderne, dispose que : « ils pourront, pour faits criminels, être saisis en flagrant délit, ou en vertu d'un mandat d'arrêt ; mais il en sera donné avis, sans délai, au Corps législatif ; et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à accusation ».
1073 Le député Villette est cité à comparaître à l'audience pour répondre « des expressions, des tours de phrases anticiviques et tendant à diminuer la confiance due à la municipalité » de Paris (A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.262).
1074 Villette, A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.262.
1075 *Ibid*.

plus précisément, entre la notion d'irresponsabilité et son régime juridique. Il soutient que les membres de la Convention bénéficient d'une liberté de parole en tant que représentant souverain de la Nation[1076] mais il revendique, dans le même temps, un mandat d'amener pour pouvoir le poursuivre, ce qui correspond à l'hypothèse de l'inviolabilité[1077]. L'attitude la plus logique aurait été semble-t-il de dénoncer le fait même de le poursuivre pour une opinion prononcée en tant que député et de réclamer l'annulation de l'ensemble de cette procédure pénale illégale. Cette contradiction est symptomatique de l'équivoque qui règne encore parmi certains constituants sur les modalités des deux facettes de l'immunité parlementaire et leurs implications juridiques.

266. Cependant, les membres de la Convention apportent une clarification bienvenue en la matière. Ils rappellent, tout d'abord, le principe de l'irresponsabilité dont bénéficie tout représentant de la Nation en vertu duquel ce dernier « a le droit d'élever sa voix sur les circonstances qui environnent l'Assemblée Nationale »[1078]. Le fondement de cette irresponsabilité réside, à leurs yeux, dans la souveraineté de l'Assemblée et, corrélativement, dans la soumission des pouvoirs subordonnés à celle-ci. Sans cette irresponsabilité, l'autorité judiciaire serait en mesure grâce à ses arrêtés de « rivaliser avec le souverain »[1079]. Expression et moyen de garantie de la domination de l'assemblée sur les autres pouvoirs, elle est l'assurance que le parlementaire ne soit pas paralysé par la crainte des responsabilités causées par l'exercice de son mandat ou « de manœuvres de la faction criminelle »[1080], d'« intrigants »[1081] qui « n'ont d'autre but que de (…) troubler, avilir et séparer »[1082] l'Assemblée. En outre, ce fondement explique, selon eux, l'étendue de leur irresponsabilité. En effet, « lorsqu'il ne s'agit que de simples opinions politiques, le seul tribunal qui puisse en connaître, est l'opinion publique »[1083]. En d'autres termes, un tribunal de droit commun est incompétent pour juger les propos exprimés par un représentant de la nation dans le cadre de ses fonctions. Par voie de conséquence, ils jugent en l'espèce que « la citation est une violation »[1084] et « lorsqu'il s'agit d'un mandataire du peuple, c'est un attentat contre la souveraineté nationale »[1085]. Devant une telle atteinte, les membres de la Convention nationale exigent donc une sanction vigoureuse, « un grand exemple » donné « avec toute la solennité qui convient à une Assemblée chargée solidairement de

1076 Pour Villette, « l'inviolabilité des législateurs » est « le droit que nous avons d'exprimer librement nos pensées, sans en devoir compte qu'au souverain » (Villette, A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.262).
1077 « Je demande un décret d'accusation contre le procureur de la commune, Chaumette, qui a négligé la formalité nécessaire de rendre compte dans 24 heures, à la Convention dont je suis membre, du mandat d'amener lancé contre un de ses membres » (A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.262).
1078 Lanjuinais, A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.264.
1079 Villèle, A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.262. Dans le même sens, Villette ajoute : « je dénonce le procureur Chaumette, qui sort des bornes de son autorité et méconnaît entièrement la vôtre » (*ibid.*).
1080 Marat, A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.263.
1081*Ibid*. Marat constate en effet lors de cette séance que « des intrigants (…) se répandent (…) pour y égarer les pauvres citoyens » (*ibid.*). D'ailleurs, le procureur Chaumette est considéré comme « un intrigant » (*ibid.*) par Marat, ennemi mortel des girondins.
1082 Villèle, A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.262.
1083 Marat, A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.263.
1084 *Ibid*.
1085 *Ibid*.

l'honneur et de la souveraineté de la nation »[1086]. C'est pourquoi ils décident de « casser et annuler »[1087] la citation à comparaître du représentant Villette, interdisant d'y donner suite mais ils mandent également à la barre le procureur afin qu'il rende compte de sa conduite dans cette affaire, chargeant son comité de législation de « faire un rapport sur les mesures ultérieures qui paraîtront nécessaires »[1088]. La sanction est à la hauteur de l'enjeu : l'autonomie de la chambre.

267. Cet épisode significatif comporte plusieurs enseignements. D'une part, on observe, malgré un vocabulaire encore flou, un perfectionnement de la distinction entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité parlementaire. Désormais, le critère de distinction entre les deux facettes de l'immunité parlementaire est établi sur la matérialité de l'acte commis par le membre de l'assemblée. En ce sens, de cette différence d'objet – la protection des actes qui sont au cœur même ou en dehors de la fonction parlementaire -, il découle un régime juridique distinct clairement identifié par les constituants. Dans le cas de l'*irresponsabilité*, aucune poursuite n'est possible comme le démontre la séance du 7 janvier 1793, alors même que les faits commis présentent les caractères d'une infraction pénale. Ici est donc caractérisée une immunité de fond. Dans le cas de l'*inviolabilité*, comme nous le verrons, elle protège les parlementaires contre des mesures restrictives de liberté décidées par le juge, en soumettant ces dernières à une autorisation préalable de l'Assemblée, qui en font une immunité procédurale. D'autre part, du fait de sa finalité – garantir la liberté d'opinion des représentants de la Nation -, on remarque que les membres de la Convention défendent une lecture large de l'irresponsabilité parlementaire puisqu'ils englobent sous ce concept juridique *les articles rédigés par un député dans le cadre d'un journal*. Cette interprétation la plus extensive possible a pour vocation de couvrir tous les actes réalisés par un député dans le cadre de sa fonction, de telle sorte à sauvegarder la primauté du corps représentatif par rapport aux autorités subordonnées et d'éviter tout jugement de la part d'un pouvoir inférieur. Dès lors, c'est la *hiérarchie des pouvoirs,* découlant de la théorie de la souveraineté nationale et structurant le système politique révolutionnaire, qui est à la source de l'irresponsabilité, comme de l'inviolabilité. Sous réserve de son champ d'application[1089], les modalités et les effets du statut immunitaire des représentants de la Nation ainsi que son fondement se précisent et s'enracinent sous la Convention.

De ce point de vue, aucune remise en cause du principe de l'irresponsabilité n'est ainsi faite pendant toute la période de la Convention de la part des constituants, en dépit d'un bouleversement du cadre de réflexion marqué par la contestation de la souveraineté parlementaire. Le constat est identique en ce qui concerne l'inviolabilité parlementaire dans son acceptation moderne.

1086 Kersaint, A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.263.
1087 A.P., t. LVI, 7 janvier 1793, p.264.
1088 *Ibid*.
1089 Dans l'épisode du 7 janvier 1793, les parlementaires ne s'interrogent pas sur l'étendue matérielle de l'irresponsabilité.

2. La défense doctrinale de l'autorisation préalable de l'assemblée en matière de levée d'immunité fondée sur l'idée de suprématie du corps représentatif

268. Dans les mois qui suivent son instauration, la Convention nationale maintient en l'état le dispositif immunitaire en vigueur depuis le début de la Révolution qui protègent les parlementaires. Les nouveaux représentants élus, qui sont en partie issus de la Constituante et de la Législative – ce qui manifeste une certaine forme de *continuité* du personnel politique disposé ainsi à renouer avec les pratiques antérieures[1090] -, s'appuient sur les précédents des régimes antérieurs qui prévoient que le pouvoir d'accusation appartient en dernier ressort à l'Assemblée elle-même par le biais d'un décret d'accusation. Sur ce point, on dénombre plusieurs exemples, principalement au printemps et à l'été 1792, même si l'un des principaux précédents qui sera invoqué à nouveau par les membres de l'assemblée sous la Convention reste celui de mai 1792. En l'espèce, deux ex-ministres, Montmorin et Bertrand de Moleville, qui sont désignés par un journaliste Carra comme membres du « Comité autrichien »[1091], portent plainte devant la justice pour diffamation[1092]. Le juge de paix de la section d'Henri IV, Jean-Baptiste Etienne de Larivière, chargé de l'enquête, ayant appris de Carra qu'il tenait ses renseignements de trois députés membres du Comité de surveillance de l'Assemblée – Chabot, Basire et Merlin de Thionville – n'hésite pas à lancer contre eux un mandat d'amener qui fut exécuté, mais sans recueillir auparavant l'autorisation de l'assemblée. Les trois députés traduits devant le juge refusent alors de répondre à son interrogatoire, à part Basire[1093], excipant de leur qualité. Le juge De Larivière, qui les remit alors tous les trois en liberté sans douter un instant de la légalité de son mandat d'amener, demanda devant l'Assemblée le 18 mai 1872 la remise des pièces, notes et renseignements en possession du comité de surveillance de l'assemblée relativement à l'affaire du Comité autrichien[1094]. Dès la connaissance des faits de cette affaire, les députés ne peuvent s'empêcher d'exiger le lendemain un examen immédiat de la conduite du juge pour s'être abstenu d'obtenir une autorisation d'amener donnée par l'Assemblée[1095], cette abstention étant

1090 L'Assemblée issue des élections d'août-septembre 1792 comporte 749 députés dont 189 ont siégé à la Législative, 96 à la Constituante et près de 400 ont été membres d'administrations de département ou de district (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France..., op.cit., p.103-104). Outre cette permanence du personnel politique, Marcel Morabito émet une seconde remarque quant à la composition de cette nouvelle assemblée : « on constate (…) toujours un important contingent de juristes, le tiers de l'ensemble » (*ibid*., p.104). Au regard de ces deux caractéristiques – continuité du personnel politique et place centrale des juristes -, il en arrive donc à la conclusion que « l'accent est initialement mis sur la stabilité » (*ibid*.).

1091 Le comité autrichien désigne un cabinet secret orchestré par la Reine et son entourage auquel est attribué, selon les jacobins, les échecs des troupes françaises à cause de ses menées défaitistes. En effet, le député Guadet estime que « le comité autrichien, c'est la réunion de ces hommes qui cherchent à perdre nos finances, à porter dans nos armées des semences de division et de discorde, à exciter la défiance des soldats contre les officiers » (Guadet, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.601).

1092 Pour de plus amples précisions sur les faits : A.P., t.XLIII, 18 mai 1792, p.539 ; Guadet, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.599.

1093 A.P., t.XLIII, 19 mai 1792, p.585.

1094 A.P., t.XLIII, 18 mai 1792, p.539.

1095 A.P., t.XLIII, 19 mai 1792, p.575. Le député Gensonné demande en effet qu'« avant d'ouvrir la discussion sur les faits qui vous ont été dénoncés, le juge de paix Larivière soit mandé à la barre à l'instant, pour avoir de lui des

considérée comme « un grand attentat contre la Constitution, contre l'Assemblée des représentants du peuple, et par conséquent contre la liberté et le salut de l'Empire »[1096]. Pour sa défense, le magistrat soutient que la Constitution de 1791 l'autorisait à délivrer un mandat d'amener contre un citoyen-député sans l'accord favorable du corps législatif puisque cette mesure qui n'est pas un acte d'accusation peut être délivrée contre n'importe quel citoyen[1097].

269. Au demeurant, le débat qui s'engage le 20 mai au sein de l'Assemblée est instructif en ce qu'il démontre le consensus des parlementaires pour maintenir leur emprise sur la procédure de la levée d'immunité[1098]. La totalité des orateurs blâment vivement la conduite du juge de paix qui a osé poursuivre des représentants de la Nation sans avoir recueilli d'abord l'assentiment de l'assemblée. La problématique de la discussion qui s'engage est la suivante : « un juge de paix a-t-il le droit de faire arrêter trois députés au Corps législatif » ?[1099]. Plusieurs arguments sont invoqués par les parlementaires pour répondre négativement et justifier leur privilège. Le premier, d'ordre textuel, s'appuie sur les dispositions de la Constitution de 1791. Cette norme constitutionnelle considérée par certains comme « la charte fondamentale des libertés parlementaires contre l'arbitraire gouvernemental »[1100], ne permet pas, à leurs yeux, l'accomplissement d'un tel acte par un juge sans l'aval de l'assemblée, que ce fait – la divulgation d'information à un journaliste - soit considéré

éclaircissements sur sa conduite » (*ibid*., p.578).

1096 Romme, A.P., t.XLIII, 19 mai 1792, p.575.

1097 Le juge De Larivière estime, tout d'abord, que les trois députés ont agi en dehors de l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où « le fait énoncé de la confidence donnée au sieur Carra, n'était pas le fait des comités, mais bien celui des sieurs Merlin, Basire et Chabot comme simples particuliers » (De Larivière, A.P., t.XLIII, 19 mai 1792, p.585). En tant que citoyen, ils ne peuvent donc pas, selon lui, bénéficier de l'irresponsabilité de l'article 7 de la section V, chapitre 1, titre III. De plus, il justifie sa position en apportant un éclaircissement sur la nature du mandat d'amener : il ne s'agit pas d'« une accusation » mais d'« un appel à la police » (*ibid*.) qui n'est pas interdit par l'article 8, section V, chapitre 1, titre III de la Constitution de 1791 qui régit l'inviolabilité des membres de l'assemblée. Or, « la loi veut que tout citoyen, sans distinction, quel qu'il soit, se présente à l'instant où il a des éclaircissements à donner à l'officier de police sur sa conduite. Je ne parle pas un langage étranger au Corps législatif, je lui parle le langage de la loi, et je me sers des termes employés dans la loi » (*ibid*.). En d'autres termes, les trois députés ayant agi en tant que citoyen ordinaire pouvaient faire l'objet d'un mandat d'amener, simple obligation légale à laquelle est soumise tout particulier. Enfin, il invoque un dernier argument : il s'appuie sur une lettre patente du 27 juin 1790 relative à l'arrestation du député Lautrec qui dispose que : « L'Assemblée nationale se réservant de statuer en détail sur les moyens constitutionnels d'assurer l'indépendance et la liberté des membres du Corps législatif, prononce que, jusqu'à l'établissement de la loi sur les jurés en matière criminelle, les députés à l'Assemblée nationale pourront, dans les cas de flagrant délit, être arrêtés, conformément aux ordonnances, et qu'on peut recevoir des plaintes et faire des informations contre eux ; mais qu'ils ne peuvent être décrétés par aucun juge de paix avant que le Corps législatif, sur le vu des informations et les pièces de conviction, ait décidé s'il y a lieu à accusation » (*ibid*.). Cependant, cet argument n'est guère convaincant en ce que ce texte n'est plus en vigueur en mai 1792 puisque la loi sur les jurés en matière criminelle est intervenue le 16-24 août 1790.

1098 Les parlementaires estiment que cette question qui est soumise à leur jugement est « très importante » (Ramond, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.598) et doit être traitée « avec toute la solennité qu'elle mérite » (*ibid*.).

1099 Delacroix, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.597.

1100 A. Mathiez, Etudes robespierristes. 2. La conspiration de l'étranger, op.cit., p.292.

comme commis hors[1101] ou dans l'exercice des fonctions parlementaires[1102]. Le second est d'ordre finaliste : le devoir du juge de saisir en premier le corps législatif répond à la nécessité de garantir la liberté d'expression des représentants de la Nation en les mettant à l'abri de poursuites malveillantes et au-delà de sauvegarder leur indépendance organique. Sans cette prérogative, les juges s'arrogeaient selon eux « le droit de faire arrêter arbitrairement, et sous le plus léger prétexte, les députés »[1103] et « il pourrait arriver bientôt que notre séance ne fût plus composée que de gens voués à la faction dominatrice »[1104]. Méfiants à l'égard de l'autorité judiciaire en raison de sa politisation, l'argument des acteurs politiques fondé sur la séparation des pouvoirs qui constitue le cœur de leur discours[1105], exprime implicitement leur volonté de protéger la domination de la

1101 Pour le député Guadet, « le juge de paix Larivière n'a pas eu le droit de décerner contre 3 membres du Corps législatif un mandat d'amener, et il me suffira de citer la Constitution. Je sais qu'elle sera interprétée de mille manières, qu'on répétera mille sophismes débités (...) par M. Larivière lui-même » (Guadet, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.600). S'appuyant sur l'article 8, section V, chapitre 1, titre III de la Constitution de 1791, il ajoute qu'« il n'y a (…) qu'un seul cas où le représentant du peuple cesse d'être inviolable ; qu'un seul cas où il puisse être arrêté et détenu; c'est lorsqu'il est accusé par la clameur publique ou pris en flagrant délit, ou lorsque, accusé d'un crime, le juge décerne contre lui un mandat d'arrêt. La diffamation n'étant pas un crime, il conclut donc que « les 3 membres du Corps législatif dont nous parlons, en les supposant coupables de diffamation, n'étaient donc pas dans le cas unique, prévu par la Constitution, où il aurait pu être décerné contre eux, par le juge, un mandat d'arrêt, et pour cela il eut fallu qu'ils fussent prévenus de crime. Or, s'ils n'étaient pas dans ce cas unique, il est évident encore que le mandat d'amener décerné contre eux par le juge de paix est un véritable attentat contre la Constitution, contre l'inviolabilité des membres du Corps législatif, contre la liberté du peuple » (*ibid*., p.601). Cependant le député Guadet se contredit quelque peu dans la mesure où il soutient que ces trois parlementaires membres du comité de surveillance de l'Assemblée ont agi dans le cadre de leurs fonctions, ce qui impliquerait qu'ils bénéficient de l'irresponsabilité de l'article 7 section V, chapitre 1, titre III de la Constitution de 1791 et non de l'article 8. Il déclare en effet : « on me dira, sans doute, que les membres d'un comité n'exercent pas dans ce comité des fonctions de représentants du peuple, que là ils n'agissent que comme simples citoyens puisqu'ils n'exercent aucun pouvoir ; (…) c'est une très grande erreur qu'il importe de relever. Les membres des comités agissent dans leurs travaux particuliers comme représentants du peuple français, ils y agissent comme exerçant des fonctions que vous leur avez déléguées, et des fonctions qui sont de nature à ne pouvoir être exercées que par des représentants, puisqu'elles consistent soit dans la préparation des lois, ou dans l'exercice du droit de surveillance, délégué au Corps législatif par la Constitution. Je demande si les comités pourraient agir, s'ils ne jouissaient pas de la même indépendance d'opinion que l'Assemblée nationale elle-même » (*ibid*., p.602). Dès lors, son moyen fondé sur l'article 8 est inopérant si l'on suit son raisonnement.

1102 Pour le député Delacroix, « la Constitution s'y oppose, elle garantit leur inviolabilité absolue pour tout ce qui a rapport à leurs fonctions. Pour se décider, il n'est donc besoin ni d'un rapport, ni de pièces à examiner. Rien n'est plus instant que d'arrêter les prévarications de ce juge, et rien n'est plus facile que de statuer sur cette affaire. Pour tout homme qui a lu la Constitution, il doit être évident que ce juge de paix n'a pas eu le droit de faire amener chez lui trois députés pour le fait dont il s'agit » (Delacroix, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.597).

1103 Guadet, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.600. Dans le même sens, il ajoute : « écartez-vous de la rigueur de ces principes, aussitôt l'existence du Corps législatif entier se trouve dans les mains d'un juge de paix, puisque hors les crimes commis par des députés à l'Assemblée nationale, il peut décerner contre eux des mandats d'amener » (*ibid*., p.602).

1104 Guadet, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.600. Le député Guadet met en exergue la facilité avec laquelle le pouvoir judiciaire pourrait réduire à néant le pouvoir législatif sans autorisation de sa part : « il suffirait qu'une faction puissante pût intéresser un juge de paix au succès de ce complot criminel, et dès lors, ce juge de paix n'aurait besoin que d'un quart de papier marqué ou du plus léger prétexte, pour faire amener devant lui, dans la même journée, tous les membres de l'Assemblée nationale (…). Il ne faudrait (…) qu'un ou deux juges de paix qui voulussent bien partager leurs atroces, leurs perfides combinaisons, pour paralyser tous les jours les opérations des représentants du peuple français » (*ibid*., p.602). Cependant, les parlementaires souhaitent éviter à tout prix de tomber dans l'excès inverse : ils estiment que cette autorisation préalable ne doit pas se transformer en bouclier abusif source d'impunité parlementaire. Il convient donc en la matière de conjuguer deux intérêts contradictoires, d'où la difficulté de ce dispositif. Il faut en effet, selon eux, « chercher ici à concilier la liberté des députés avec l'intérêt de tous les citoyens (...). Si, d'une part, il faut marquer avec exactitude les bornes que l'autorité judiciaire doit reconnaître à ses opérations pour assurer l'indépendance du Corps législatif, d'autre part, il faut marquer toute l'étendue des droits des citoyens pour poursuivre les réparations qui leur sont dues, même le fussent-elles par des députés » (Ramond, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.598).

1105 Cette motivation est répétée à plusieurs reprises par les orateurs. A titre d'exemples : Ramond, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.598 : « on a dit que si nous ne mettions pas à l'instant des obstacles aux efforts de cette puissance judiciaire qui, dans un moment de révolution, tend à devenir un instrument de parti, il serait possible que du jour au lendemain il n'y eût pas 200 membres dans l'Assemblée » ; Guadet, A.P., t.XLIII, 20 mai 1792, p.600 : « La Constitution a déclaré

chambre sur les autres pouvoirs[1106]. À terme, la « jurisprudence De Larivière » - qui porte davantage sur la question de l'inviolabilité parlementaire que celle de l'irresponsabilité au sens moderne du terme – va contribuer, en plus d'autres précédents[1107], à façonner indéniablement la conduite des constituants dans les prémisses de la Convention nationale.

270. En effet, dans la lignée de ces précédents, les nouveaux représentants de ce régime, dépourvus de référence textuelle en l'absence d'acte constitutionnel, décident que les poursuites pénales restent libres[1108] jusqu'au *mandat d'amener* exclusivement. Comme auparavant, ce mandat nécessite l'accord préalable de la Convention pour être valide. Cette formalité obligatoire ressort manifestement de deux cas d'espèce en date du 31 octobre 1792 et du 23 février 1793 dans lesquels les constituants conventionnels réitèrent à l'identique, pour justifier leur mainmise sur ce dispositif, les arguments développés dans l'affaire De Larivière. Dans le premier cas, un citoyen a porté plainte contre un membre de la Convention nationale, Panis, devant un juge de paix qui a « *constamment refusé de recevoir la plainte et d'y donner suite faute d'y être autorisé par un décret »*[1109]. Saisie d'une pétition, la Convention nationale doit rechercher si « tous les citoyens [ont la possibilité de] porter plainte contre tous les membres du Corps législatif, pour faits étrangers à leur qualité de députés »[1110]. La réponse des conventionnels est sans équivoque et unanime. Après avoir mentionné

---

les représentants du peuple inviolables et il le fallait bien, car sans l'inviolabilité des représentants du peuple qui assure la liberté de leurs opinions, il n'y aurait bientôt plus de liberté publique ».

1106 Signe de l'importance attribuée au respect de cette autorisation préalable par l'autorité judiciaire et du souci d'établir une sanction exemplaire à l'égard de cette conduite attentatoire à la Constitution et à la liberté des représentants de la Nation, l'Assemblée ira jusqu'à voter la mise en accusation du juge La Rivière le 20 mai 1792 qui sera arrêté le 21 mai 1792 (cf. A.P., t. XLIII, 21 mai 1792, p.619).

1107 Quelques mois plus tard, le 26 juillet 1792, dans le respect de la procédure tracée par la jurisprudence De Larivière, la même Assemblée répondra cette fois-ci favorablement à la demande d'autorisation présentée par un juge de paix pour la délivrance d'un mandat d'amener contre un autre de ses membres. Le décret, sur proposition du député Guadet actif lors du précédent De Larivière, est ainsi formulé : « L'Assemblée nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de législation, décrète que le juge de paix de la section des Lombards est autorisé à délivrer un mandat d'amener contre le sieur Jouneau, député, à la charge par ledit juge de paix de donner sans délai, conformément à la Constitution, connaissance au Corps législatif du mandat d'arrêt dans le cas où il y aurait eu lieu à le délivrer » (A.P., t. XLVII, 26 juillet 1792, p.177). Cette modalité – l'autorisation préalable de l'assemblée - ne s'est donc pas transformée en verrou insurmontable et dans un sens toujours favorable à ses membres. En outre, deux autres exemples peuvent être recensés en la matière : d'une part, le 14 août 1792, l'Assemblée décide d'elle-même, sans saisine d'un juge, de décréter d'accusation un député en le renvoyant devant la Haute cour nationale pour le jugement des menées contre-révolutionnaires qui lui sont imputées. D'autre part, le 17 août 1792, elle poursuit une procédure pénale ouverte pour agression d'un député par l'un de ses collègues en le décrétant d'accusation. Le décret adopté est le suivant : « L'Assemblée nationale, considérant qu'aux termes de la Constitution, les poursuites ne peuvent être continuées contre un député à l'Assemblée nationale, détenu en vertu d'un mandat d'arrêt, qu'après qu'il aura été décrété qu'il y a lieu à accusation ; l'Assemblée décrète qu'il y a lieu à accusation contre M. Jouneau, pour être, ladite accusation, poursuivie devant les tribunaux compétents, et suivant les formes ordinaires » (A.P., t. XLVIII, 17 août 1792, p.297). Dans tous les cas, l'ensemble de ces jurisprudences témoigne que l'Assemblée a la maîtrise de la procédure pénale contre l'un de ses membres pendant cette période.

1108 A.P., t. LVIII, 2 février 1793, p.162. En l'espèce, un député de la Convention, Sauvé, est présumé avoir calomnié auprès du ministre de la marine un grenadier du nom de Belleville, qui envisage de le poursuivre devant un juge de paix. Il en informe alors par lettre l'Assemblée. La réponse de son secrétaire, Thuriot, est caractéristique de la liberté qui règne en matière de poursuites pénales. Il affirme que « le plaignant peut profiter de toute la liberté qui lui est dévolue pour intenter tout procès qu'il lui plaira » (*ibid.*). Bien entendu, cette liberté s'arrête au mandat d'amener.

1109 A.P., t. LIII, 31 octobre 1792, p.97. Les Archives parlementaires ne précisent pas la nature des faits pour lesquels le citoyen agit en justice.

1110 *Ibid.*

la distinction entre l'inviolabilité et l'irresponsabilité sans employer de termes spéciaux[1111], ils rappellent la règle de principe selon laquelle en matière d'inviolabilité, « on peut exercer contre nous toutes poursuites pour des délits hors de nos fonctions, jusqu'au *mandat d'arrêt,* mais que la Convention nationale seule a le droit d'ordonner l'arrestation »[1112]. Toutefois, on note qu'une certaine confusion règne par rapport à la marge de liberté du juge dans le cadre d'une procédure pénale contre un représentant puisque si les constituants fixent sa limite au *mandat d'arrêt* comme le met en lumière la citation précédente, le décret final l'établit au *mandat d'amener.* Ce dernier dispose en effet que : « le juge de paix a dû recevoir la plainte et y donner suite, jusqu'au mandat d'amener exclusivement, sauf à rendre compte de l'affaire à l'Assemblée nationale avant de donner le mandat d'amener, s'il y a lieu de le prononcer »[1113]. Dès lors, en fixant la barrière du juge au *mandat d'amener*, cette décision s'inscrit pleinement dans la continuité de la jurisprudence antérieure[1114].

271. Dans cet esprit, la séance du 23 février 1793 opère une clarification définitive quant à la marge de liberté du juge en la matière, entre le mandat d'amener et le mandat d'arrêt. En l'espèce, un représentant de la Convention, Barbaroux, est poursuivi pour avoir donné aux fédérés de Marseille lors d'une conférence « le conseil d'entourer la Convention nationale, si jamais elle était en péril »[1115]. Le commissaire de police en charge de l'instruction, saisi par le citoyen Récolme faisant les fonctions d'accusateur public près le tribunal criminel du département de Paris suite à une dénonciation faite au comité de sûreté générale, demande donc à l'Assemblée qu'elle lui délivre contre ce député un *mandat d'amener*[1116]. Dans cette affaire, deux thèses s'affrontent quant aux bornes à fixer à l'autorité judiciaire. Pour certains députés, le mandat d'amener ne peut « être décerné par le juge de paix qu'après que la procédure eut été rapportée au Corps législatif, et que la permission de décerner le mandat eut été accordé »[1117]. En d'autres termes, la liberté du juge en matière pénale contre un représentant s'arrête, selon une lecture stricte, à la demande de délivrance d'un mandat d'amener. Pour défendre cette interprétation, ils s'appuient sur les précédents des Assemblées constituante et législative, en particulier « ceux du Châtelet contre Mirabeau et de Grangeneuve contre Jouneau »[1118] et non sur celui du juge De Larivière. Pour d'autres, selon une

1111 D'ailleurs, il semble que le terme d'*inviolabilité* à cette époque s'entende de ce que nous appelons actuellement l'*irresponsabilité*. Les propos de Delacroix en témoignent : « la nomination d'un citoyen à la Convention nationale ne doit pas être pour lui un brevet d'impunité, et je crois que nous devons être soumis à la loi comme les autres citoyens. (…) Notre inviolabilité ne porte que sur nos opinions dans l'exercice de nos fonctions » (Delacroix, A.P., t. LIII, 31 octobre 1792, p.97).
1112 Delacroix, A.P., t. LIII, 31 octobre 1792, p.97 [Nous soulignons].
1113 A.P., t. LIII, 31 octobre 1792, p.97.
1114 Lanjuinais, A.P., t. LIII, 31 octobre 1792, p.97. D'ailleurs, de manière symptomatique, les constituants motivent une telle décision par le fait qu'ils s'inspirent « de l'exemple du juge Larivière » (ibid.).
1115 A.P., t. LIX, 23 février 1793, p.127.
1116 *Ibid*.
1117 Barbaroux, A.P., t. LIX, 23 février 1793, p.128. Cette thèse stricte est logiquement défendue par l'accusé lui-même en ce qu'elle est davantage protectrice pour lui.
1118 *Ibid*. Cependant il convient de noter que la jurisprudence Jouneaux-Grangeneuve de juin 1792 constitue un moyen inopérant. En l'espèce, le premier a assassiné le second, tout deux étant députés. Jouneau est arrêté mais il est relâché

lecture plus souple, les poursuites pénales sont libres jusqu'au mandat d'arrêt[1119]. Selon ses partisans, cette division doctrinale provient de la confusion entre les deux types de mandat[1120]. Dans un souci d'éclaircissement, il rappelle que le mandat d'amener n'est « qu'une simple citation devant le juge »[1121], contrairement au mandat d'arrêt qui constitue un acte d'arrestation et de mise en détention provisoire. Par conséquent, compte tenu de la différence de contrainte de chacun de ces actes, « aucun officier public n'a le droit de lancer un mandat d'arrêt contre un représentant du peuple, sans en avoir auparavant instruit le Corps législatif »[1122] mais « il en va autrement du mandat d'amener »[1123] qui reste libre.

Finalement, tranchant en faveur de la première thèse et s'inscrivant dès lors dans la jurisprudence De Larivière, les membres de la Convention décideront du renvoi de la procédure au comité de législation qui examinera les faits de manière à déterminer s'ils sont de nature à délivrer un décret d'accusation[1124]. On constate donc que ces derniers font clairement le choix d'une interprétation étroite de la marge de liberté du juge par rapport aux mesures pénales prises contre un représentant accusé. Cette décision manifeste leur détermination à mettre à l'abri les représentants de toute immixtion de l'autorité judiciaire. Cette obligation – l'autorisation de l'assemblée donnée à un mandat d'amener – est effectivement très protectrice à l'égard de ces derniers puisqu'elle interdit même tout interrogatoire sans l'accord préalable de l'Assemblée, contrairement au garde-fou du mandat d'arrêt qui donne davantage de marge de manœuvre au juge et partant un interventionnisme plus important de celui-ci dans le fonctionnement du corps délibérant. En outre, à travers ces deux exemples, on observe que, quel que soit la contrainte - le mandat d'arrêt ou le mandat d'amener - , il n'est jamais question pour les constituants d'offrir une liberté totale à l'autorité judiciaire pour poursuivre un représentant de la Nation pour des actes extérieurs à ses fonctions. Ils n'ont de cesse de rappeler le principe fondamental en matière d'immunité parlementaire suivant lequel « nulle autorité constituée ne peut faire un acte judiciaire contre un corps représentatif qu'autant qu'il est

par la gendarmerie à l'annonce de sa qualité de représentant. Les députés se divisent alors sur la procédure à suivre. Si dans un premier temps ils décident qu'avant de prononcer un décret d'accusation contre ce dernier, les membres de la Convention nationale doivent renvoyer toutes les dépositions et déclarations à son Comité de législation afin qu'il établisse un rapport qui les aidera à se prononcer (P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire de la Révolution française ou journal des assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815, t. 33, 1837, Paris : Paulin Libraire, p.65), ils annulent une telle résolution pour lui préférer la suivante : « l'Assemblée nationale décrète que M. Jouneau se rendra pour trois jours à l'Abbaye, sans préjudice de toutes actions à intenter et poursuivre devant les tribunaux » (ibid., p.68). Cette jurisprudence n'est donc pas invocable en l'espèce.

1119 Selon le député Saladin, « le mandat d'amener est le premier acte que l'officier public décerne contre un citoyen; ce n'est qu'après que l'accusé a subi son interrogatoire sur le mandat d'amener, que le juge peut donner suite à la procédure; alors pour ne pas attaquer ici l'inviolabilité dont doivent jouir les membres de la Convention, il faut qu'il se présente à la Convention pour lui donner connaissance de la procédure, afin qu'elle juge s'il y a lieu ou non à poursuivre l'accusation » (Saladin,, A.P., t. LIX, 23 février 1793, p.128).

1120 Selon le député Couthon, « la difficulté qui s'élève ne vient que (…) de ce qu'on confond (…) le mandat d'amener et le mandat d'arrêt » (Couthon, A.P, t. LIX, 23 février 1793, p.129).

1121 Couthon, A.P, t. LIX, 23 février 1793, p.129.

1122 *Ibid*.

1123 *Ibid*.

1124 A.P, t. LIX, 23 février 1793, p.130.

autorisé par ce corps »[1125]. Clé de voûte de la protection des parlementaires, le mécanisme de l'autorisation de l'Assemblée est véritablement sacralisée dans les premiers mois de la Convention, de façon à assurer leur indépendance et au-delà leur suprématie dans la hiérarchie des pouvoirs.

272. Le durcissement du régime en mars 1793, marqué par l'apparition de mesures d'exceptions, n'altère en rien la pérennité juridique de l''inviolabilité des représentants et la nécessité d'une autorisation préalable. Pourtant, face à une situation intérieure et extérieure dramatique[1126], la création d'un Tribunal criminel extraordinaire le 11 mars 1793[1127] qui a pour finalité d'écraser l'intrigue royaliste ou toute menée contre-révolutionnaire[1128], fait peser un doute sur le maintien d'un tel privilège dans son intégralité. D'ailleurs, quelques semaines plus tard, suite aux trahisons du général Dumouriez, une partie des membres de la Convention se demandent si elle ne renferme pas en son sein quelques représentants suspects qui ont conspiré en toute tranquillité avec le « traître » grâce à leur privilège immunitaire[1129]. C'est pourquoi, à l'appui d'une conception objective de l'immunité parlementaire, la Convention adopte, sur proposition du représentant Birotteau, le décret suivant le 1er avril 1793 :

> « *La Convention nationale, considérant que le salut du peuple est la suprême loi, décrète que,* sans avoir égard à l'inviolabilité d'un représentant de la nation française*, elle décrétera d'accusation celui ou ceux de ses membres contre lesquels il y aura de fortes présomptions de sa complicité avec les ennemis de la liberté, de l'égalité et du gouvernement républicain, résultant de dénonciations ou des preuves écrites déposées au comité de défense générale, chargé des rapports relatifs aux décrets d'accusation à lancer par la Convention* »[1130].

273. Ce décret, qui peut être interprété à première vue comme mettant fin à l'inviolabilité parlementaire[1131] compte tenu de sa formulation et de la motivation de son auteur[1132], ne fait en vérité qu'attribuer au comité de défense générale la connaissance des décrets d'accusation à préparer contre ses membres en cas de « violents soupçons »[1133] de trahison. Comme auparavant, seule la

1125 Lecointe-Puyraveau, A.P., t. LIX, 23 février 1793, p.129. Dans le même sens : Couthon, A.P., t. LIX, 23 février 1793, p.129 : « il n'est pas permis d'enlever un représentant du peuple à ses fonctions, sans en donner avis à l'Assemblée dont il fait partie ».

1126 Au plan extérieur, le régime subit un revers militaire en Belgique et au plan interne, il doit faire face à une insurrection de la Vendée et aux difficultés économiques entraînant à Paris une vague d'agitation orchestrée par les Enragés (*cf.* A. Mathiez, Études robespierristes. 2. La conspiration de l'étranger, op.cit., p.294 ; F. Furet et D. Richet, La Révolution française, Fayard, 1973, p. 195).

1127 A.P., t., LX, 11 mars 1793, p.95-96.

1128 L'article 1 du Titre 1 dispose à cet effet : « Il sera établi à Paris un tribunal criminel extraordinaire, qui connaîtra de toute entreprise contre-révolutionnaire, de tout attentat contre la liberté, l'égalité, l'unité, l'indivisibilité de la République, la sûreté intérieure et extérieure de l'État, et de tous les complots tendant à rétablir la royauté, ou à établir toute autre autorité attentatoire à la liberté, à l'égalité et à la souveraineté du peuple, soit que les accusés soient fonctionnaires civils ou militaires, ou simples citoyens » (A.P., t. LX, 11 mars 1793, p.95).

1129 Le député Marat réclame effectivement de « déchirer le voile qui couvre encore les trahisons de Dumouriez. Examinons la conduite des membres de la Convention (…) qui nous sont dénoncés de toutes parts. Frappons les traîtres quelque part qu'ils se trouvent » (Marat, A.P., t. LXI, 1er avril 1793, p.63).

1130 A.P., t. LXI, 1er avril 1793, p.64 [Nous soulignons].

1131 Pour Marcel Morabito, le décret du 1er avril provoque « la suspension de l'inviolabilité des députés » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.117).

1132 Pour le constituant Birotteau, « dans un moment où la liberté est menacée de tout côté, toute espèce d'inviolabilité cesse ; le peuple ne doit pas laisser sa confiance à un député contre lequel sont portées de nombreuses accusations » (Birotteau, A.P., t. LXI, 1er avril 1793, p.63).

1133 Birotteau, A.P., t. LXI, 1er avril 1793, p.63.

Convention peut autoriser des poursuites à l'égard des représentants et ne perd en aucun cas l'exclusivité de ce pouvoir. D'ailleurs, quelques jours plus tard, le 5 avril 1793, lorsque le député Charlier propose que l'accusateur public du Tribunal révolutionnaire se voit reconnaître le droit de poursuivre tous ceux qui seraient prévenus de crimes de lèse-nation *sans autorisation préalable de la Convention*[1134], les membres de la Convention ne manquent pas d'y apporter immédiatement une exception et de rappeler le principe fondamental en la matière : « aucun de ses membres (ne peut) être traduit devant un tribunal, sans qu'elle ait elle-même prononcé, s'il y a lieu à accusation contre lui »[1135]. Autrement dit, l'accusateur public ne peut traduire au tribunal révolutionnaire un représentant de la Nation sans un décret d'accusation émanant de la Convention[1136]. À cet égard, il convient de noter que les acteurs politiques justifient cette dérogation par un argument nouveau en lien direct avec la théorie de la souveraineté nationale : la complétude de l'assemblée. Pour Danton, « la représentation nationale doit rester intacte, pour le salut même du peuple, jusqu'à ce que la Convention ait elle-même jugé qu'il y a lieu à accusation contre un de ses membres »[1137]. Il s'agit de la sorte d'articuler deux intérêts antinomiques : d'un côté, garantir la possibilité pour chacun des représentants en charge d'exprimer la volonté de la nation de siéger à la Convention, et de l'autre, empêcher toute impunité des traîtres présents en son sein[1138]. Par ailleurs, on note que la logique du régime représentatif est encore solidement ancrée dans l'esprit des membres de la Convention puisqu'ils n'hésitent pas à faire de l'inviolabilité, de manière contestable[1139], une conséquence de celle-ci.

274. En outre, même lors du tournant dictatorial du régime à partir de septembre 1793[1140], les membres de la Convention maintiennent indéniablement l'obligation d'une intervention préalable de

1134 Cette proposition a lieu à l'occasion de la mise en accusation d'un lieutenant de Dumouriez, Thuring : A.P., t. LXI, 5 avril 1793, p.334. Selon Charlier, la nécessité d'un décret d'accusation de la Convention « favorise ainsi l'impunité des grands coupables par la lenteur et la manière dont l'acte d'accusation est dressé » (*ibid.*).

1135 Danton, A.P., t. LXI, 5 avril 1793, p.335.

1136 A ce titre, si le décret définitif adopté le 5 avril 1793 par la Convention prévoit, en son article 2, que « l'accusateur public près du tribunal est autorisé à faire arrêter, poursuivre et juger tous prévenus desdits crimes, sur la dénonciation des autorités constituées ou des citoyens » (A.P., t. LXI, 5 avril 1793, p.337), son article 3, conformément à l'amendement proposé par Danton et à la définition bien établie de l'inviolabilité parlementaire, dispose que « ne pourra cependant ledit accusateur décerner aucun mandat d'arrêt ni d'amener contre les membres de la Convention nationale sans un décret d'accusation (…), sans en avoir obtenu l'autorisation de la Convention » (*ibid.*). D'ailleurs, Danton sera le premier bénéficiaire de son propre amendement puisque la Convention votera sa mise en accusation le 13 avril 1793 afin de le faire traduire devant le tribunal criminel extraordinaire (A.P., t. LXII, 13 avril 1793, p.24). Preuve du respect de cette dérogation, le membre du Comité de Sûreté générale, Amar, demandera devant la Convention, au nom de ce comité, l'autorisation de faire arrêter Mainville, Duprat et Vallée (cf. L'esprit des journaux, français et étrangers, t.2, mars-avril 1795, Paris : Chez Valade, imprimerie-libraire, p.205).

1137 *Ibid.*

1138 De cette manière, s'adressant aux membres de la Convention, Danton estime : « vous conciliez par là ce que vous devez à vous-mêmes, avec ce que vous devez à la nation, pour déjouer les conspirateurs » (Danton, A.P., t. LXI, 5 avril 1793, p.335).

1139 Cécile Guérin-Bargues a justement démontré que l'argument de la complétude de l'assemblée n'est pas susceptible de fonder de manière solide l'inviolabilité parlementaire puisque « le régime représentatif (…) s'accommode fort bien de l'absence d'un ou plusieurs députés, dans la mesure où chacun d'entre eux est censé représenter la Nation tout entière » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.123). Seul un mandat de type impératif requiert une telle complétude.

1140 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.122.

leur assemblée pour autoriser la poursuite d'une accusation contre l'un des leurs, sur le fondement de l'idée ancrée du régime représentatif. En effet, durant la première phase de la Terreur, l'épisode du 22 Brumaire an II (12 novembre 1793) témoigne de cette continuité. En l'espèce, les constituants réfléchissent à supprimer le décret voté quelques jours plus tôt qui prévoit qu'aucun de leurs membres ne peut être mis en état d'accusation sans avoir été *entendu* par la Convention[1141]. Favorable à la suppression de ce droit, le député Merlin de Thionville souhaite amoindrir encore davantage l'inviolabilité des parlementaires en proposant que « les députés eux-mêmes ne soient plus traduits à la Convention pour être décrétés d'accusation »[1142]. Pour cela, il argue d'un argument nouveau dans le cadre de la problématique des statuts dérogatoires des pouvoirs supérieurs, *le principe d'égalité entre les citoyens*[1143]. Cependant, cette proposition, qui s'inscrit totalement à rebours de la « jurisprudence » constante en vigueur depuis la Constituante et qui entraînerait l'abrogation de l'inviolabilité parlementaire, est fortement critiquée par les constituants au motif qu'elle constitue une « mesure exagérée »[1144]. Or on constate à la lecture des débats parlementaires que les constituants s'empressent d'écarter cet amendement dans un consensus quasi-général et de réaffirmer, conformément à la définition bien établie de l'inviolabilité parlementaire, le principe constitutionnel désormais traditionnel[1145] selon lequel « aucun tribunal, aucune autorité dans la République ne peut se prononcer sur un représentant du peuple avant que l'assemblée elle-même ait pris connaissance des motifs qui déterminent son arrestation »[1146]. Réitérant une argumentation classique, ils justifient cette règle essentielle comme la garantie du maintien de la représentation nationale[1147] et l'assurance de la protection de l'institution souveraine contre toute manœuvre conspirationniste venue de l'intérieur et de l'extérieur[1148]. À nouveau, il est intéressant d'observer le consensus qui s'établit parmi les constituants sur le régime représentatif ainsi que sur le lien étroit établi entre celle-ci et l'inviolabilité parlementaire, malgré un contexte marqué par la suspicion généralisée entre les membres même de la Convention[1149].

1141 Le décret du 10 novembre 1793 (20 Brumaire an II), sur proposition de Chabot, prévoit à cet égard en son article 1 : « La Convention nationale décrète qu'aucun de ses membres ne sera mis en état d'accusation qu'après avoir été entendu dans son sein » (A.P., t. LXVIII, 10 novembre 1793 (20 Brumaire an II), p.703).
1142 Merlin de Thionville, Moniteur universel, tome XVIII, 12 novembre 1793, p.418.
1143 Selon Merlin de Thionville, « tous les citoyens doivent être poursuivis sans distinction » (*ibid*.).
1144 Billaud-Varennes, Moniteur universel, tome XVIII, 12 novembre 1793, p.419.
1145 Pour le député Billaud-Varennes, exceptée l'hypothèse du flagrant délit, cette règle ne doit connaître aucune exception : « il faut que rien n'altère ce principe » (Billaud-Varennes, Moniteur universel, tome XVIII, 12 novembre 1793, p.419).
1146 Billaud-Varennes, Moniteur universel, tome XVIII, 12 novembre 1793, p.419. On observe à cet égard que les poursuites pénales restent libres désormais jusqu'à l'*arrestation* et non plus jusqu'au mandat d'amener. Cette évolution significative résulte du décret du 10 novembre 1793 (20 Brumaire an II) qui dispose dorénavant, en son article 2 que : « ses membres pourront être mis en état d'arrestation sur le rapport d'un de ses comités » (A.P., t. LXVIII, 10 novembre 1793 (20 Brumaire an II), p.703). Cependant, seule la Convention pourra autoriser la poursuite de la procédure pénale après l'arrestation.
1147 *Ibid*.
1148 Pour Billaud-Varennes, « la première autorité contre-révolutionnaire pourrait paralyser l'autorité nationale » (*ibid*.).
1149 A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, op.cit., p.305-306.

275. L'avènement de la Grande Terreur (22 prairial an II-9 thermidor an II), qui marque une concentration des pouvoirs au profit de Robespierre, ne bouleverse en aucun cas le statut dérogatoire des députés et leur maîtrise de la procédure de la levée de l'immunité. Ils s'appuient pour cela sur un discours argumentatif constant, basé en grande partie sur la théorie du régime représentatif. Pourtant, le décret du 22 prairial An II (10 juin 1794) rédigé par Georges Couthon[1150], qui élargit la compétence personnelle[1151] du Tribunal révolutionnaire afin d'anéantir les « ennemis du peuple », laisse planer un doute parmi les constituants sur le maintien de l'obligation d'un décret préalable de la Convention pour traduire un de ses membres devant cette juridiction. Son article 10 prévoit effectivement que « nul ne pourra traduire personne au tribunal révolutionnaire si ce n'est la Convention, le Comité de Salut Public, le Comité de Sûreté générale, les représentants du peuple en mission et l'accusateur public du Tribunal révolutionnaire »[1152]. Or il est frappant de constater qu'à peine cette crainte soulevée par l'un des constituants Bourdon de l'Oise[1153] le lendemain à la Convention, ses membres, dans une clameur générale, répondent par la négative[1154]. Ils réclament le vote immédiat d'une motion qui réitère la règle usuelle d'après laquelle « les représentants du peuple arrêtés ne pourront être traduits au Tribunal révolutionnaire qu'après que la Convention aura porté contre eux le décret d'accusation »[1155]. Seule à même de protéger la liberté des représentants de

1150 Le 25 décembre (5 nivôse) 1793, le comité de salut public avait été chargé par décret rendu sur proposition de Robespierre de réformer le Tribunal révolutionnaire. Voir en ce sens : P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire de la Révolution française ou journal des assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815, t. 33, 1837, Paris : Paulin Libraire, p.187.

1151 La définition de la notion d'« ennemi du peuple » est extrêmement large dans le décret de manière à accroître la compétence personnelle du Tribunal révolutionnaire: « ce sont ceux qui cherchent à anéantir la liberté soit par la force, soit par la ruse » (article 5), la seule peine prévue étant la peine de mort (article 7). A cet égard, toutes les garanties habituelles de la justice sont supprimées : « s'il existe des preuves soit matérielles soit morales, il ne sera pas entendu de témoins » (article 13). De même « la loi donne pour défenseurs aux patriotes calomniés des jurés patriotes, elle n'en accorde point aux conspirateurs » (article 16). Enfin, la procédure est limitée aux « moyens simples que le bon sens indique pour parvenir à la connaissance de la vérité » (article 8). Voir en ce sens : M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France..., op.cit., p.124 ; P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire de la Révolution française..., t. 33, op.cit., p.187-193.

1152 P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire..., op.cit., p.197.

1153 Il s'exprime en ces termes : « Je ne crois pas que la Convention nationale, en restreignant à la Convention, aux comités de salut public et de sûreté générale, et à l'accusateur public le droit de traduire les citoyens au tribunal révolutionnaire, et en dérogeant aux lois précédentes qui ne concorderaient pas avec le présent décret, la Convention, dis-je, n'a pas entendu que le pouvoir des comités s'étendrait sur les membres de la Convention sans un décret préalable » (cité par P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire…, t. 33, op.cit., p.203).

1154 Les débats retranscrits lors de la séance du 11 juin 1794 mentionnent effectivement qu'à l'affirmation de l'hésitation de Bourdon de l'Oise sur la portée réelle de l'article 10 du décret du 22 Prairial, les membres de la Convention réagirent de la manière suivante » : « non, non ! S'écrie-t-on de toutes parts » (P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire..., t. 33, op.cit., p.203), rassurant ainsi l'interlocuteur : « Je m'attendais à ces heureux murmures » (*ibid.*).

1155 *Ibid.*, p.203. On remarque d'ailleurs que les membres de la Convention admettent désormais que les poursuites pénales, depuis le décret du 10 novembre 1793 (article 2), restent libres jusqu'à l'arrestation sur le rapport d'un des comités et non plus jusqu'au mandat d'amener, ce qui constitue une véritable entaille dans la protection immunitaire des députés. Mais, même dans ce cas-là, la Convention doit donner son autorisation pour pouvoir poursuivre la procédure par l'intermédiaire d'un décret d'accusation. Voir en ce sens : A.P., t. LXVIII, 10 novembre 1793 (20 Brumaire an II), p.703).

manière « impérissable »[1156], elle est érigée au rang de « droit inaliénable »[1157]. Dans ces conditions, la motion est logiquement et facilement adoptée le 11 juin 1794[1158].

Cependant, offensés par sa formulation « injurieuse »[1159] qui laisse supposer que le Comité de salut public ait voulu faire disparaître cette protection essentielle reconnue à la représentation nationale[1160], ses membres Couthon, Barrère et Robespierre obtiennent son abrogation[1161]. Pour autant, il est intéressant de noter que ces derniers ne réclament pas la remise en cause de son principe même puisqu'ils la considèrent comme « la loi constitutionnelle et fondamentale de la liberté »[1162]. Ainsi, en cette période de la Grande Terreur, que ce soit parmi les membres de la Convention ou ceux du Comité de Salut public, le droit exclusif de la représentation nationale de décréter ses membres d'accusation est solidement ancré dans leur mentalité[1163]. D'ailleurs, même

1156 P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire..., t. 33, op.cit., p.203. En ce sens, Bourdon de l'Oise motive son initiative de la manière suivante : « le but de ma proposition était que les Comités continuassent de faire des arrestations provisoires qui ont été si utiles à la République, et qui le seront encore, mais que la Convention exprimât formellement, dans un décret, qu'elle seule a le droit d'envoyer un de ses membres au tribunal révolutionnaire. Nos lois ne peuvent pas être trop bien rédigées, quand de leur rédaction dépend la liberté publique » (*ibid*., p.204). Dans le même sens : pour le député Bernard, cette motion est essentielle car « de la sûreté et de la tranquillité de la Convention nationale dépend essentiellement la sûreté et la tranquillité publiques » (*ibid*.).

1157 *Ibid*., p.205. Cette qualité de droit inviolable défendue par Merlin de Douai consiste selon lui, de manière classique, en ce que « le jury qui doit prononcer s'il y a lieu à accusation contre un représentant du peuple, c'est la Convention » (*ibid*.).

1158 *Ibid*., p.205. Rédigée en ces termes, elle dispose : « La Convention nationale, sur la proposition d'un membre, tendant à ce qu'il soit décrété que, par le décret d'hier concernant le tribunal révolutionnaire, elle n'a pas entendu déroger aux lois qui défendent de traduire au tribunal révolutionnaire aucun représentant du peuple, sans qu'au préalable il ait été rendu contre lui un décret d'accusation. Considérant que le droit exclusif de la représentation nationale de décréter ses membres d'accusation et de les faire mettre en jugement, est un droit inaliénable » (*ibid*.).

1159 P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire de la Révolution française..., t. 33, op.cit., p.208.

1160 Pour Couthon, membre du Comité de salut public, par cette motion, « on a avancé (…) que le Comité de salut public avait voulu, par une disposition implicite, s'attribuer, et au Comité de sûreté générale, aux représentants du peuple dans les départements, et à l'accusateur public, le droit de traduire au tribunal révolutionnaire les membres de la représentation nationale, sans un décret préalable de la Convention ; c'est-à-dire qu'on a prétendu que le Comité, par une disposition implicite, avait voulu détruire les lois déjà faites, anéantir une disposition constitutionnelle, et violer les principes les plus sacrés. N'est-ce pas la plus atroce des calomnies lancées contre le Comité de salut public ? » (P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire de la Révolution française..., t. 33, op.cit., p.207). Il ajoute que ce sous-entendu constitue « une injure pour le Comité de salut public ; car dire que la Convention n'a pas entendu déroger à un droit inaliénable de la nature, c'est insinuer adroitement que le Comité a prétendu le lui faire aliéner » (ibid., p.208). Pour Robespierre, figure de la Montagne, cet amendement est « absurde (…) ; son but était de faire croire que le projet présenté par le comité attentait aux droits de la représentation nationale, ce qui est évidemment faux. Le préopinant a cherché dans la discussion à séparer le Comité de la Montagne » (*ibid*., p.212). Cet amendement est donc pour lui une manœuvre politique destinée à discréditer le Comité de salut public. Enfin pour Barrère, « décréter une pareille disposition le lendemain qu'une loi sur le tribunal révolutionnaire était portée, la décréter sur une motion inquiète, qui tendait à produire des craintes sur la sûreté des représentants du peuple, n'est-ce pas évidemment vouloir faire soupçonner au esprits crédules, et faire dire par les malveillants que le comité de salut public a eu l'intention de violer les lois qui constituent la représentation nationale ? » (*ibid*., p.219).

1161 P.-J.-B. Buchez et P.-C. Roux, Histoire parlementaire de la Révolution française..., t. 33, op.cit., p.219.

1162 *Ibid.*, p.207.

1163 Malgré leur attachement, du moins en apparence, à ce droit exclusif de la Convention, l'absence d'existence juridique de ce privilège conduira à certaines dérives en pratique. En effet, si l'abrogation de la motion de Bourdon de l'Oise du 11 juin 1794 « ne suffisait pas (...) pour conférer aux comités un droit d'arrestation qu'aucune loi antérieure ne leur conférait, que l'inviolabilité de la représentation ne leur conférait » en tant que tradition constitutionnelle, on observe, comme le relève le journal révolutionnaire *L'esprit des journaux français et étrangers*, que « les comités feignirent de croire qu'abroger une réserve superflue, c'était anéantir le droit réservé » (L'esprit des journaux, français et étrangers, tome 11, mars-avril 1795, op.cit., p.206), ce qui eut pour conséquence qu'« ils arrêtèrent les députés sans rapport et décret préalable » (*ibid.*). Dès lors « plus de liberté pour la Convention nationale. Quand le matin entrant dans cette enceinte vous appreniez que tels ou tels de vos collègues avaient été arrêtés dans la nuit, vous aviez à craindre que la nuit suivante ne vous amenât le même sort » (*ibid*.).

après l'exécution de Robespierre le 27 juillet 1794 (9 thermidor an II) et l'avènement de la Convention thermidorienne, il ne connaîtra aucune inflexion jusqu'à la fin du régime le 26 octobre 1795 (4 Brumaire an IV)[1164]. Durant tout le régime conventionnel, il ne sera jamais question de priver les Assemblées du droit de poursuivre ou de sanctionner leurs propres membres, malgré l'ampleur des tentatives de restriction. Cette prérogative est justifiée par des raisons qui n'ont cessé d'évoluer, entre la nécessité de se prémunir des intrusions de l'autorité judiciaire au début de la Convention puis des stratagèmes et de la dictature des Comités au cœur et à la fin de celui-ci, avec, comme point d'orgue de leur argumentation, le régime représentatif.

276. Suivant l'exemple de la Constituante et de la Législative, on remarque que les membres de la Convention protégèrent avec force leurs privilèges tout au long de la Convention, que ce soit le volet de l'irresponsabilité ou celui de l'inviolabilité, sans employer néanmoins un terme précis pour chacun d'eux[1165]. Durant cette période, ils clarifient leurs régimes juridiques respectifs, comme leurs fondements. Les membres de la Convention assoient l'irresponsabilité - qui interdit toute poursuite pénale contre un représentant – sur la théorie de la représentation nationale afin de garantir leur liberté de parole. Or il est apparu que c'est sur ce même fondement qu'ils justifient leur inviolabilité. Tout au long de ce régime, le pouvoir de poursuivre une accusation contre un représentant revient en dernier ressort à l'Assemblée elle-même par le biais du décret d'accusation, en dépit d'une volonté incessante de réduire ce privilège - à l'image du décret du 10 novembre 1793[1166]- , voire de

1164 En octobre 1794, la procédure de la levée de l'immunité parlementaire sera réglée sur de nouvelles bases. Plus précisément, le 27 octobre (6 Brumaire an III), Merlin de Douai présentera au nom des trois Comités (Comité de sûreté générale, Comité de législation, Comité de Salut public) un projet de loi en ce sens. Dorénavant, toute dénonciation contre un représentant du peuple sera examiné par les trois Comités. Au cas où cet examen sera défavorable au représentant, la Convention sera saisie par un rapport et invitée à nommer une commission d'enquête. Cette commission de 21 membres étudiera le dossier et préparera le décret d'accusation, qui sera voté à l'appel nominal. Le décret désignera le tribunal chargé des poursuites qui ne pourrait informer et juger que sur les faits compris dans l'acte d'accusation. Cette procédure extrêmement protectrice à l'égard des représentants sera adoptée sans débat. Voir en ce sens : A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, op.cit., p.312-313. Une nouvelle fois, on observe donc que le privilège de la représentation nationale de décréter ses membres d'accusation est réaffirmé.

1165 Ces deux prérogatives furent d'ailleurs consacrées par les deux projets de Constitution. Dans le texte girondin présenté à la Convention le 15 février 1793 qui ne sera pas voté, son article 13, section 1, titre VII, assimilable à l'irresponsabilité dispose : « les Membres du Corps législatif ne pourront être recherchés, accusés, ni jugés en aucun temps pour ce qu'ils auront dit ou écrit dans l'exercice de leurs fonctions ». En outre, son article 14 r approchable de l'inviolabilité parlementaire dans son acceptation contemporaine énonce : « Ils pourront, pour fait criminel, être saisis en flagrant délit ; mais il en sera donné avis, sans délai, au Corps législatif, et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à la mise en jugement ». Son article 15 ajoute : « hors le cas du flagrant délit, les Membres du Corps législatif ne pourront être amenés devant les Officiers de Police, ni mis en état d'arrestation avant que le Corps législatif ait prononcé sur la mise en jugement. Dans la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 qui « exhale la représentation nationale » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.112), les deux volets de l'immunité parlementaire sont incontestablement reconnus. L'article 43 relatif à l'irresponsabilité dispose : « Les députés ne peuvent être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps, pour les opinions qu'ils ont énoncées dans le sein du Corps législatif ». De manière complémentaire, l'article 44 correspondant à l'inviolabilité parlementaire prévoit : « Ils peuvent, pour fait criminel, être saisis en flagrant délit : mais le mandat d'arrêt ni le mandat d'amener ne peuvent être décernés contre eux qu'avec l'autorisation du Corps législatif ». Sans être appliquées, la « jurisprudence » des membres de la Convention en la matière s'inspira grandement de ces deux dispositions.

1166 Dès l'exécution de Robespierre et de ses partisans le 9 thermidor, le député Bentabole se hâte de demander quelques jours plus tard l'abrogation du décret du 10 novembre 1793 qui permettait aux Comités de perquisitionner et d'arrêter préventivement les membres de la Convention. Le 13 thermidor, sa motion est adoptée sans difficulté (A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, op.cit., p.311).

le faire disparaître. Défendu à plusieurs reprises avec vigueur par les constituants, comme nous l'avons vu, qui essayent néanmoins d'éviter toute impunité pour les actes extérieurs à la fonction parlementaire, s'enracine la solution de compromis que toute mesure restrictive ou privative de liberté contre un député doit obtenir l'autorisation préalable de l'assemblée. Si divers arguments seront invoqués par les constituants pour légitimer ce droit exclusif – la complétude de l'assemblée, la protection des membres de l'institution souveraine contre des manœuvres judiciaires -, c'est la persistance du tropisme représentatif qui explique son maintien dans un contexte politiquement troublé. À l'image de l'irresponsabilité, ils établissent un lien étroit entre l'inviolabilité et la souveraineté nationale, même si les députés ne cessent de se dénommer les « représentants du peuple ».

Découlant de cette théorie, c'est plus globalement la *hiérarchie des pouvoirs* qui structure la conception des immunités parlementaires. « Premier palladium de la liberté »[1167], les constituants les intègrent effectivement à un système politique révolutionnaire organisé sur le principe de la suprématie du corps représentatif qui interdit, par conséquent, aux autorités extérieures – donc inférieures – de dépasser les bornes de leurs prérogatives[1168]. D'ailleurs, si ces privilèges restent intangibles pendant tout le régime de la Convention, ce sont, en réalité, les garanties procédurales de l'inviolabilité qui connaissent une réduction évidente marquant par-là même une rupture limitée avec la conception révolutionnaire. Les modalités de l'inviolabilité évoluent au gré des conflits internes au sein de la Convention tiraillée entre les Girondins et les Montagnards ainsi que de la conception de la souveraineté de certains de ses membres.

B. Divisions et revirement sur le droit à la parole des députés soupçonnés au gré du durcissement du gouvernement révolutionnaire

277. Si une quasi-unanimité se dégage au sein de la Convention nationale pour protéger le privilège exclusif de la représentation nationale de décréter ses membres d'accusation, les modalités de la procédure de la levée de l'immunité parlementaire sont âprement discutées. Une divergence profonde apparaît entre ses membres sur un droit spécifique des députés soupçonnés ou arrêtés : celui d'être *entendu* par l'assemblée saisie d'un rapport en ce sens. Sous l'influence des circonstances politiques et des présupposés théoriques des acteurs, le régime de la Convention est l'histoire d'une lente dépossession des garanties procédurales reconnues aux députés poursuivis. Cette perte progressive est interprétée par certains penseurs comme le témoignage de la disparition des

1167 Guadet, A.P., t. XLIII, 20 mai 1792, p.599.
1168 Il s'agit d'éviter que les autorités subordonnées puissent « avilir le corps législatif » (Guadet, A.P., t. XLIII, 20 mai 1792, p.603).

immunités parlementaires ou, du moins, de la mise sous tutelle de la liberté des représentants dans les mains d'une autorité extérieure[1169].

278. Jusqu'au printemps 1793, la procédure de la levée de l'immunité parlementaire sous la Convention est entourée de nombreux garde-fous destinés à sauvegarder l'indépendance des représentants soupçonnés. Elle suit en cela l'exemple de la Constituante et de la Législative. L'épisode du 23 février 1793 - examiné précédemment - illustre ce degré de protection. Évoquant les jurisprudences Châtelet-Mirabeau et Grangeneuve-Jouneau[1170], les membres de la Convention rappellent lors de cette séance le principe établi en la matière : ils ne peuvent adopter un décret d'accusation contre un représentant qu'après la rédaction puis la discussion d'un rapport particulier de l'un de ses comités dans lequel il examinera si les faits sont de nature à exiger un tel décret[1171]. Dès lors, jusqu'au début de l'année 1793, l'assemblée examine les dossiers, entend les députés, mande à sa barre les juges instruisant la procédure en cause[1172] et désigne éventuellement les tribunaux. Dans la continuité de l'état du droit sous la Législative et de la Constituante, on remarque que les membres de la Convention conservent, dans un premier temps, « avec une fermeté jalouse, le droit de haute police sur leurs membres »[1173] de manière à se prémunir de tout empiétement de l'exécutif ou du judiciaire[1174]. Autrement dit, « l'Assemblée agit en assemblée souveraine »[1175].

279. Toutefois, sous l'effet de paramètres *internes* et *externes* propres à cette période, les membres de la Convention ont peu à peu abdiqué ses droits en faveur de ses Comités[1176]. Il a été reconnu à

1169 A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, op.cit., p.313.
1170 Barbaroux, A.P., t. LIX, 23 février 1793, p.128. Comme nous l'avons souligné précédemment, la jurisprudence Grangeneuve-Jouneau a suivi une telle procédure avant d'y renoncer.
1171 Comme l'énonce le député Lecointe-Puyraveau, « nulle autorité constituée ne peut faire un acte judiciaire contre un corps représentatif qu'autant qu'il est autorisé par ce corps. Or, le corps représentatif blesserait toutes les règles, s'il prenait une décision sans connaissance de cause » (Lecointe-Puyvareau, A.P., t. LIX, 23 février 1793, p.129). Par conséquent, dans le respect de ce principe, la Convention décrète lors de la séance du 23 février 1793 « le renvoi de la lettre (du commissaire de police ayant instruit l'affaire) au comité de législation, qu'elle autorise à prendre connaissance de l'instruction commencée » (*ibid*., p.130).
1172 A.P., t. LIX, 23 février 1793, p.127-130.
1173 A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, op.cit., p.313.
1174 Comme le note Albert Mathiez, comme ce fut sous le cas sous la constituante et la législative, les membres de la Convention « ont autorisé les poursuites qu'à de rares occasions, pour des affaires privées » (*ibid*.).
1175 *Ibid*.
1176 La Convention institue par un décret du 2 octobre 1792 un Comité de sûreté générale, composé en majorité de conventionnels, qui a pour mission de « faire arrêter les individus prévenus de complot et ceux qui pourraient troubler la tranquillité publique », c'est-à-dire que par son comité, la Convention exerçait elle-même une partie de la police politique » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.185). En outre, en raison des désastres militaires extérieurs (coalition armée contre la France) et intérieurs (soulèvement de la Vendée) au printemps 1793, elle décide le 6 avril 1793 la création d'un Comité de Salut public pour remplacer le comité de Défense générale existant depuis janvier 1793, mais qui s'est avéré peu efficace. Rouage essentiel du gouvernement révolutionnaire, la mission de ce nouveau comité est « de surveiller et d'accélérer l'action de l'administration confiée au Conseil exécutif provisoire » (A. Ledru-Rollin, Journal du Palais : répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845, vol.3, Bureau du journal du palais, 1846, p.628). Si, à l'origine, la Convention en maîtrise son fonctionnement (le Comité de salut public doit rendre compte de ses décisions tous les huit jours) et sa composition (ses membres sont élus parmi les membres de la Convention pour un mandat court de 1 mois mais renouvelable indéfiniment), elle va en perdre progressivement le contrôle et cet organe concentrera rapidement le pouvoir à son profit (M. Morabito, Histoire constitutionnelle..., 16è éd., op.cit., p.117-118). Voir en ce sens : M. Ternaux, Histoire de la terreur, 1792-1794 d'après des documents authentiques et inédits, Paris : Michel Lévy frères, 1869, tome 7, p. 541-545 ; R. Matta-Duvignau, Gouverner, administrer

ces derniers d'importants pouvoirs dans le cadre de la procédure de levée de l'immunité, qui ont remis en cause immanquablement l'indépendance et par-là même l'inviolabilité des représentants, sans que disparaisse cependant le droit protecteur de l'autorisation préalable de l'assemblée. Dans un contexte de péril national, la première brèche dans le bouclier de l'inviolabilité intervient par l'intermédiaire du décret du 12 juillet 1793, sur la proposition du membre du Comité de Sûreté générale Chabot. Suite aux insurrections du 31 mai et du 2 juin qui ont chassé de la Convention les chefs girondins qui se sont enfuis pour soulever les départements, ce Comité, successeur du Comité de surveillance chargé d'organiser la répression de la guerre civile[1177], réclame des mesures supplémentaires pour atteindre les rebelles dont certains sont des représentants. La Convention adopte le décret suivant sans débat :

> « *la Convention nationale décrète que son comité de sûreté générale est autorisé à faire mettre les scellés sur les papiers de ceux de ses membres qui pourront lui être dénoncés comme complices de la conspiration qui se manifeste contre l'unité de la République* »[1178].

280. Mesure de circonstance[1179], ce décret n'est cependant pas anodin. Il manifeste le dépouillement des prérogatives de l'Assemblée en matière de protection de de ses membres dans la mesure où elle est, en principe, la seule autorité compétente pour autoriser tout acte susceptible de restreindre la liberté du député visé ou toute atteinte à ses biens. Comme le remarque Albert Mathiez, en autorisant la mise sous scellée sans son contrôle, la Convention « ne plaçait sans doute pas ses membres sous le contrôle d'une autorité extérieure car le Comité de sûreté générale était son émanation, mais, en fait et de plus en plus, les Comités agirent comme des pouvoirs distincts »[1180]. Composé d'une grande partie de représentants conventionnels[1181], le comité acquiert effectivement progressivement de « l'importance dans ses fonctions, notamment en devenant un organe de plus en plus centralisateur »[1182]. L'indépendance de la représentation nationale subit donc une première restriction majeure[1183], vouée à se répéter.

---

révolutionnairement : le Comité de Salut public, 6 avril 1793 - 4 brumaire an IV, Paris : L'Harmattan, 2013.

1177 Voir en ce sens : E. Cadio, Le Comité de sûreté générale (1792-1795), *in* La Révolution française [En ligne], Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française, n°3, 2012.

1178 Collection générale des décrets rendus par la convention nationale avec la mention de la date d'apposition du sceau, chez Baudouin, volume 5, mois de juillet 1793, p.90.

1179 L'intitulé du décret du 12 juillet 1793 l'atteste : « décret relatif à la découverte d'un complot dans lequel paraissent tremper des membres de la Convention » (*ibid*.).

1180 A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, op.cit., p.298.

1181 Le comité de sûreté générale « dénombre cent quarante-quatre conventionnels élus au comité du 2 octobre 1792 au 4 novembre 1795 » (E. Cadio, Le Comité de sûreté générale, op.cit., p.4).

1182 *Ibid*., p.1.

1183 Cependant, il convient de nuancer quelque peu la portée du décret du 12 juillet 1793. Il semble que sa mise en œuvre soit cantonnée aux journées du 31 mai et du 2 juin 1793, comme son intitulé l'indique. En d'autres termes, la mise sous scellés des papiers de représentants soupçonnés est impossible pour le Comité de sûreté générale en dehors de ce cas précis. D'ailleurs, la séance du 3 octobre 1793 le prouve : c'est l'Assemblée elle-même qui décide de l'apposition de scellés sur les documents personnels des députés mise en cause. Son décret d'accusation dispose effectivement en son article 4 : « (…) les signataires des protestations des 6 et 19 juin (…) seront mis en état d'arrestation dans une maison d'arrêt, et *les scellés apposés sur leurs papiers* » (A.P., t. LXXV, 3 octobre 1793, p.521). Il apparaît donc que l'atteinte portée à la liberté des représentants et à la protection de leurs biens personnels à travers le décret du 12 juillet 1793 soit en réalité limitée, du moins temporaire et de portée non générale.

281. Évoluant dans un sens toujours moins protecteur, la Convention maîtrise de moins en moins la procédure de la levée de l'immunité parlementaire à partir d'octobre 1793 sous la pression de ses comités. Plus exactement, elle s'en déleste d'elle-même progressivement au profit de ses Comités. Sur ce point, il est intéressant d'examiner le dissensus doctrinal entre les conventionnels au cours de l'année 1793-1794 sur la question du maintien d'une garantie particulière reconnue au député soupçonné lors de l'examen d'une demande d'un décret d'accusation : *celle d'être auditionné par les membres de la Convention pour discuter le rapport du Comité qui le met en cause,* autrement dit le respect des droits de la défense à un stade extra-judiciaire. Les diverses positions des représentants sont structurées par des conceptions opposées du principe de la séparation des pouvoirs et du détenteur de la souveraineté, ainsi que par des arrière-pensées politiques. Au-delà, la question de l'observation des droits de la défense des représentants soupçonnés recèle un enjeu important qui est celui de la préservation effective des immunités parlementaires.

282. Après un dangereux précédent le 3 octobre 1793[1184] - sur lequel nous reviendrons - et une demande refusée le 9 novembre 1793[1185], les défenseurs de ce droit expriment leur point de vue lors de la séance du 10 novembre 1793 (20 brumaire an II). Les circonstances politiques dessinent les contours du débat et expliquent les orientations choisies. En l'espèce, suite au vote du décret d'accusation contre le député Osselin le 9 novembre 1793, les Montagnards s'inquiètent pour leur liberté, d'autant plus « quand la tribune des Jacobins retentit de dénonciations menaçantes contre Chabot, Basire, Julien de Toulouse, Thuriot, Reubell, Merlin de Thionville, Robert, Danton lui-même »[1186]. Ils regrettent d'« avoir confié à des Comités, dont ils ne faisaient plus partie, la haute police dictatoriale sur les membres de l'Assemblée »[1187]. En situation de danger, les Montagnards de l'Assemblée tentent d'obtenir rapidement, *dans leur propre intérêt*, le vote d'un décret qui protégera le droit à la parole des représentants accusés après la lecture du rapport du comité de sûreté générale, et développent en ce sens une argumentation circonstanciée.

1184 A.P., t. LXXV, 3 octobre 1793, p.520.

1185 Le 9 novembre 1793 (19 Brumaire an II), la Convention nationale, après avoir entendu le rapport du comité de sûreté générale sans que s'ensuive une défense du député accusé, décrète d'accusation l'un de ses membres, Osselin, en raison de la protection qu'il avait accordé, en violation de la loi, à la marquise de Charry, émigrée devenue sa maîtresse (A.P., t. LXXVIII, 9 novembre 1793, p.656). Or le conventionnel Merlin de Thionville demande une évolution de la procédure de la levée de l'immunité parlementaire, en particulier le respect du principe du contradictoire à l'égard du député soupçonné. Il exige en effet que la Convention « frappe ceux de ses membres qu'elle trouve coupables, mais, avant, elle ne peut refuser de les entendre » (*ibid.*). Mais cette motion sera refusée au nom d'un argument qui constitue le cœur de l'argumentation des adversaires à la reconnaissance de ce droit : en vertu de la séparation des pouvoirs, « la Convention ne juge pas Osselin, elle le renvoie devant un tribunal » (Voulland, *ibid.*). De plus, ces mêmes adversaires remarquent que cette garantie ne pouvait pas être respectée en l'espèce car le député en cause est sorti durant la lecture du rapport du comité de sûreté générale l'accusant (*ibid.*). Cependant, la séance du 3 octobre 1789 a montré que malgré la présence du représentant soupçonné auquel le rapporteur interdit de sortir, la parole lui est interdite. Voir en ce sens : A.P., t. LXXV, 3 octobre 1793, p.520.

1186 A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, op.cit., p.300.

1187 *Ibid*. Le décret du 1er avril 1793 attribuait au comité de défense générale, futur Comité de salut public, la connaissance des décrets d'accusation à préparer contre ses membres en cas de « violents soupçons » de trahison. Cf. A.P., t. LXI, 1er avril 1793, p.63.

Plusieurs arguments sont mobilisés à cet effet. Le principal, fondé sur la théorie de la représentation nationale, entend démontrer que cette procédure qui viole les droits de la défense des représentants mises en cause, conduit à terme à « avilir la Convention nationale, lui enlever le caractère de la dignité qu'elle doit conserver, comprimer son énergie et renverser la liberté »[1188]. Selon eux, en privant les représentants du droit de présenter leurs observations après le rapport du comité de sûreté générale, elle sacralise de fait ce document à charge qui constitue le seul point de vue sur lequel peuvent s'appuyer les membres de la Convention pour forger leur intime conviction d'accuser l'un des leurs. Par conséquent, le non-respect de la contradiction institue contre la représentation nationale, censée être le pouvoir suprême, une dictature des comités qui, *à travers leur rapport*, dictent le sort des membres de la Convention[1189] et menacent par-là même directement leur indépendance[1190]. C'est pourquoi Chabot, qui fut pourtant l'auteur du décret autorisant la mise sous scellés des papiers de ses pairs[1191] et ancien membre du Comité de sûreté générale jusqu'à l'été 1793, exige désormais, *dans un autre contexte*, la reconnaissance d'un droit à la parole, un droit de réponse contre le rapport du comité, véritable garantie protectrice de la liberté des représentants de la Nation. Selon lui, il est primordial que « la Convention discute et non pas qu'elle décrète simplement sur un rapport ; ce qui m'importe, dit-il, c'est qu'il n'y ait pas toujours qu'un seul avis sur tous les décrets »[1192]. On comprend dès lors qu'une nouvelle fois, c'est le concept de la souveraineté nationale et l'idée de la hiérarchie des pouvoirs qui en découle, interdisant à toute autorité subordonnée – en l'espèce le Comité de sûreté générale ou le Comité de salut public - de menacer

1188 Thuriot, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.704.

1189 Comme le remarque Chabot, « quelques membres (du comité de sûreté générale) portent une grande haine aux membres (de la Convention » (Chabot, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.704).

1190 Robespierre rejettera a une telle accusation lors de son discours du 11 germinal an II (31 mars 1794) prononcé à la Convention. Il note en effet de manière rhétorique que quelques-uns de ses membres « ont reçu des prisonniers des instructions portant qu'il fallait demander à la Convention quand finirait la tyrannie des comités de salut public et de sûreté générale ; qu'il fallait demander à ces comités s'ils voulaient anéantir (…) la représentation nationale » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à nos jours, tome XIV, année 1794, Éditeur de l'histoire universelle, 1821, p.85). Or Robespierre estime que les Comités sont une création de la Convention, ils « ne tiennent que de la patrie leurs pouvoirs, qui sont un immense fardeau » (*ibid*.). Outre leur origine légitime, l'accomplissement de leur mission a permis d'éviter d'« avilir la représentation nationale et de la dissoudre » (*ibid*.). Il ajoute : « demandez-nous compte de notre administration ; nous répondrons par des faits : nous vous montrerons les factions abattues ; nous vous prouverons que nous n'en avons flatté aucune, que nous les avons écrasées toutes pour établir sur leurs ruines la représentation nationale. (…) Nous qui avons étouffé ses plus dangereux ennemis » (*ibid*.), en l'espèce les dantonistes à ses yeux. Ainsi l'existence et l'action des Comités ont, pour Robespierre, sauvegardé l'indépendance des représentants : « on voudrait faire croire que nous voulons écraser la représentation, nous qui lui avons fait un rempart de nos corps » (*ibid*.)

1191 Collection générale des décrets rendus par la convention nationale avec la mention de la date d'apposition du sceau, Paris : chez Baudouin, volume 5, mois de juillet 1793, p.90.

1192 Chabot, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.704.

l'intégrité[1193] et la prédominance de l'Assemblée[1194], qui articule le débat en matière de statut immunitaire des gouvernants.

En outre, ce droit à la discussion du rapport du comité de sûreté générale est également motivé par la nature du décret d'accusation de la Convention et par l'autorité dont il est revêtu. S'ils reconnaissent que cet acte « n'est pas une condamnation (…) dans la rigueur des termes »[1195], ils jugent qu'« une déclaration de la Convention (…) est appuyée sur l'opinion publique, sur une forte preuve morale ; et quand un juré absout un homme que la Convention a accusé, il doit trembler »[1196]. En d'autres termes, un décret d'accusation est en quelque sorte un pré-jugement qui expose les membres du tribunal à des représailles en cas d'acquittement. Cette mesure n'est donc pas un acte juridique quelconque et il est dès lors indispensable qu'il respecte une certaine procédure, davantage respectueuse de la représentation nationale, au regard de ses conséquences juridiques et de sa valeur. Pour l'ensemble de ces raisons, il importe donc pour ses défenseurs de consacrer « le principe fondamental »[1197] selon lequel « le prévenu soit entendu avant d'être décrété d'accusation »[1198] devant le tribunal révolutionnaire[1199]. De la sorte la bonne foi[1200] et le sérieux de la demande de la levée de l'immunité parlementaire seront vérifiés[1201]. En définitive, dans le

1193 Comme le souligne le député Thuriot, « il n'est que trop vrai qu'il existe un système de terreur et de calomnie contre les citoyens les plus dévoués à la patrie » (Thuriot, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.704). Pour lui, les membres de la représentation nationale doivent faire l'objet d'une protection spécifique : « il faut que le crime conduise à l'échafaud, que les criminels ne puissent échapper : mais les patriotes doivent être à l'abri de toutes les persécutions » (*ibid.*).

1194 Comme l'affirme Chabot, « ce qui m'importe, c'est que la terreur n'éloigne pas de la représentation nationale des citoyens dignes de nous succéder » (*ibid.*). Soutenant la supériorité des membres de la Convention, il réclame pourtant dans le même temps, sur l'argument paradoxal du principe d'égalité entre les citoyens, que « les députés de la Convention jouissent de la même faveur que les particuliers, c'est-à-dire qu'ils ne soient décrétés d'accusation qu'après avoir été entendu » (Chabot, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.704). De mauvaise foi, il soutient donc la similitude de situation entre les citoyens et les représentants de la Nation pour justifier le respect des droits de la défense.

1195 Chabot, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.704

1196 *Ibid.*

1197 *Ibid.*

1198 *Ibid.*

1199 Le seul opposant à la reconnaissance du *droit à la discussion du représentant soupçonné* est le député Bourdon de l'Oise. De ce point de vue, une telle position apparaît contradictoire en comparaison de son attitude future du 11 juin 1794 – il demandera, comme nous l'avons vu, la réaffirmation du droit exclusif de l'Assemblée à décréter d'accusation ses pairs-. Au demeurant, il argue de l'état d'exception pour motiver sa position : « citoyens, gardons-nous bien de nous relâcher un instant, faisons une guerre à mort à tous les traîtres, nous sommes en Révolution ; pour sauver la Révolution, agissons révolutionnairement » (Bourdon de l'Oise, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.705). De plus il constate que toutes les demandes d'accusation étaient bien-fondées : « parmi les nombreuses arrestations commandées par le salut public, qu'on m'en cite qui aient été faites mal à propos » (*ibid.*). Ce droit à la parole n'est donc à ses yeux qu'une « lamentation » (*ibid.*).

1200 Le député Basire constate en effet que les membres de la Convention sont poursuivis « sur des équivoques, sur des faits vagues » (Basire, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.705) ou encore sur des « lettres falsifiées » (Chabot, *ibid.*, p.704) envoyées au comité de sûreté générale.

1201 Les constituants entendent en effet lutter contre ce « système (qui vise à) faire perdre à la Convention la dignité en diffamant successivement chacun de ses membres » (Thuriot, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.704).

contexte de la Terreur, la proposition de Chabot sera votée[1202] mais pour une courte durée puisqu'elle sera supprimée deux jours plus tard.

283. À plusieurs reprises, entre octobre 1793 et janvier 1794, au moment où la Terreur s'intensifie[1203] et où le Comité de Salut public dominé par les amis de Robespierre est particulièrement actif, une majorité de députés manifeste une vive opposition à la consécration d'un quelconque droit à la discussion des députés mises en cause[1204]. L'interdiction étant vouée à devenir la règle de droit commun sous le régime de Convention, ce dissensus entre les membres de l'Assemblée par rapport à ce privilège est le résultat d'une interprétation différente du titulaire de la souveraineté et de la séparation des pouvoirs. *Concernant le premier point*, alors que les partisans de ce droit le dégagent de la théorie de la souveraineté nationale, ses opposants mettent en avant, au contraire, pour s'opposer à sa consécration, une autre théorie qui fait son apparition sur la scène doctrinale : celle de la souveraineté populaire. Cet argument novateur, défendu par Barère intervenant en tant que membre du Comité de salut public, est particulièrement mis en valeur lors de la discussion du 12 novembre 1793 (22 Brumaire) à la Convention, qui se déroule quelques jours après le vote du décret proposé par Chabot favorable à la contradiction[1205]. Selon lui, dès lors que le peuple et non plus l'assemblée des représentants est considéré comme le titulaire du pouvoir suprême[1206], il est impossible d'établir « une démarcation entre les représentants du peuple et les autres citoyens »[1207]. Corollaire du principe d'égalité devant la loi, cela signifie que les députés, en tant que commis du peuple, ne peuvent pas avoir plus de droits que lui. Autrement dit,

1202 L'article 1 du décret du 10 novembre 1793 dispose effectivement : « La Convention nationale décrète qu'aucun de ses membres ne sera mis en état d'accusation qu'après avoir été entendu dans son sein » (A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.703). Cependant, son article 2 nuance sa portée en ce qu'il prévoit l'arrestation préventive des membres de la Convention : « ils pourront être mis en état d'arrestation sur le rapport d'un de ses comités » (ibid.). Une telle disposition, qui apparaît contradictoire à première vue, est l'œuvre du même député Chabot qui la justifie de la manière suivante : « vous ne renverrez aucun membre de la Convention devant le tribunal révolutionnaire sans avoir été entendu. Si vous craignez que les coupables échappent, donnez au comité de sûreté générale le pouvoir de nous faire arrêter provisoirement » (Chabot, A.P., t. LXXVIII, 10 novembre 1793, p.704).

1203 « Le 5 septembre 1793, la Convention met « la Terreur » à l'ordre du jour. Elle veut dire qu'elle va organiser, systématiser et accélérer la répression des adversaires intérieurs de la République, entreprendre la punition expéditive de « tous les traîtres » (F. Furet et M. Ozouf, Dictionnaire critique de la Révolution française. Événements, Paris : Flammarion, 2007, p.293), présents aussi à l'assemblée.

1204 Ce débat est à l'ordre du jour de la Convention nationale plusieurs fois au cours de la Terreur : il est possible de dénombrer la séance du 3 octobre 1793 (A.P., t. LXXV, 3 octobre 1793, p.520), celle du 12 novembre 1793 (22 brumaire) (A.P., t. LXXIX, 12 novembre 1793, p.76) et celle du 13 janvier 1794 (11 germinal) (A.P., t. LXXXIII, 13 janvier 1794).

1205 Le 22 Brumaire, Dubarran, membre du Comité de sûreté générale, donne lecture de son rapport d'accusation contre le député Osselin et indique à la Convention qu'il lui reviendra de « juger ensuite si vous devez entendre Osselin » (Dubarran, A.P., t. LXXIV, 12 novembre 1793, p.76), même s'il indique que c'est à ce dernier « maintenant à s'expliquer devant les tribunaux » (*ibid.*). Or, à l'unanimité et sans discussion, l'assemblée se range à l'avis de Dubarran. Barère, au nom du Comité de salut public, en profite pour demander le rapport de la proposition de Chabot votée l'avant-veille.

1206 Pour Barère, « il n'y a d'inviolable que le peuple et ses droits » (Barère, Moniteur universel, t. 18, 12 novembre 1793, p.418.).

1207 Barère, Moniteur universel, t. 18, 12 novembre 1793, p.418. Barère est en effet favorable à la doctrine du *jacobinisme* qui défend une conception particulière de la représentation. Le discours jacobin renverse l'idée traditionnelle de la représentation puisque les gouvernants ne se distinguent pas des gouvernés. Elle rejette une assimilation du corps représentatif aux représentés. Voir en ce sens : L. Jaume, Echec au libéralisme. Les Jacobins et l'État, Paris : Ed. Kimé, 1990, p.285.

concrètement, « devant le jury d'accusation, tous sont les mêmes. Le jury d'accusation doit prononcer sur les pièces, et jamais il ne doit être influencé par l'audition de l'accusé »[1208]. Dès lors, le droit spécial à la contradiction reconnu au député mis en cause devant la Convention nationale « blesse (…) l'égalité »[1209] en comparaison de la situation des citoyens ordinaires qui, bien que souverains, en sont dépourvus. Par voie de conséquence, la « manière de procéder au décret d'accusation doit être la même pour tous »[1210], de façon à ce que « représentants et citoyens passent sous le même niveau »[1211]. En d'autres termes, il s'agit d'abolir, au motif de la souveraineté populaire, cette garantie procédurale inégalitaire. Il apparaît ainsi que les solutions relatives à la protection des pouvoirs constitués, et en particulier celles concernant les droits procéduraux des membres de la Convention lors d'une demande de mise en accusation, s'avèrent « étroitement liées aux choix opérés en matière de souveraineté »[1212]. A partir du moment où le peuple est considéré comme le souverain au détriment de l'assemblée représentative, « la suspicion, jusqu'ici centrée sur l'exécutif, se porte aussi à l'endroit du pouvoir législatif »[1213]. Les immunités parlementaires peuvent alors devenir un instrument juridique dangereux pour les citoyens qui sont dans l'impossibilité de se protéger des excès du législatif. Le discours de Barère exprime parfaitement cette mutation :

> « *Si vous n'accusez pas un représentant comme tout autre citoyen sur les preuves morales qui résultent de la connaissance des pièces ; si vous exigez plus de preuves contre l'un que contre l'autre, je ne vois plus (...) qu'une aristocratie nouvelle* »[1214].

Pour lui, en créant un privilège spécifique à l'égard des membres de la Convention dont le peuple est privé, s'institue de fait une infériorité juridique du second par rapport au premier, qu'il convient par conséquent de supprimer[1215]. Son raisonnement, dicté par les circonstances politiques afin de faciliter l'arrestation des députés[1216] en dépit de ses convictions personnelles[1217], constitue donc indéniablement un revirement complet dans la façon dont les acteurs se représentent les immunités parlementaires depuis le début de la Révolution. Sous la pression des Comités, la suprématie

1208 *Ibid*.
1209 *Ibid*.
1210 *Ibid*.
1211 *Ibid*. Barère estime même à l'inverse que les représentants conspirateurs devraient avoir moins de garanties procédurales que le peuple (*ibid*.).
1212 C. Euzet, Les fondements doctrinaux de la protection..., op.cit., p.36.
1213 *Ibid*.
1214 Barère, Moniteur universel, t. 18, 12 novembre 1793, p.418.
1215 Pour Barère, « une différence établie entre les citoyens tendrait à jeter un venin de défaveur sur les lois » (Barère, Moniteur universel, t. 18, 12 novembre 1793, p.418).
1216 A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, op.cit., p.304-305.
1217 Le 11 octobre 1792, Barère est désigné pour faire partie de la commission chargée de rédiger un projet de constitution. Dans le projet girondin, l'article 27 de la Déclaration des droits naturels, civils et politiques des hommes dispose à cet égard que la souveraineté « réside essentiellement dans le Peuple entier, et chaque Citoyen a un droit égal à concourir à son exercice », complété par l'article 28 du même texte qui énonce que « nulle réunion partielle de Citoyens, et nul individu ne peuvent s'attribuer la Souveraineté, exercer aucune autorité, et remplir aucune fonction sans une délégation formelle de la Loi ». Ce choix textuel en faveur d'une souveraineté davantage nationale contredit sa conception populaire de la souveraineté.

institutionnelle de l'assemblée qui justifiait le statut protecteur des parlementaires se trouve contestée.

284. *Concernant le second point*, la séparation des pouvoirs sert également de garde-fou à la reconnaissance d'une telle garantie. Alors que ses partisans soulignent la frontière infime entre un décret d'accusation et un jugement, ses adversaires plaident, à l'inverse, pour une séparation stricte entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire. Argument commun aux trois débats portant sur cette question, il convient pour eux de respecter les domaines de compétences respectifs de chacun d'eux. En pratique, cela signifie que lorsque des preuves d'un délit sont présentées par un de ses Comités aux membres de la Convention, ces derniers doivent ou non porter un décret d'accusation. À ce titre, l'Assemblée est tenue, *dans les limites de ses fonctions*, d'« examiner les preuves qui sont présentées, d'entendre avec la plus scrupuleuse attention les rapports de votre comité de sûreté générale, et d'accuser ensuite »[1218]. Mais il ne s'agit pas pour elle de prononcer la culpabilité d'un député mis en cause à travers le décret d'accusation[1219], mais uniquement de le renvoyer devant un tribunal[1220] sur la base de faits et preuves vraisemblables. Car « l'examen le plus approfondi du fait, l'audition de l'accusé, la discussion des circonstances atténuantes sont du ressort du tribunal »[1221]. Il revient en effet, non pas aux représentants, mais « aux jurés à distinguer l'erreur du crime »[1222]. Par voie de conséquence, l'audition préalable des représentants qui risque d'influencer le jury, est hors du champ des attributions d'une assemblée.

Sur ce point, on assiste à une nouvelle métamorphose des fondements doctrinaux de la protection exorbitante des députés puisque les membres de la Convention, sous la contrainte de ses Comités, expriment une certaine confiance dans l'autorité judiciaire pour juger « impartialement » les représentants accusés. Cette évolution inédite ressort clairement du discours de Robespierre, membre éminent du Comité de salut public, prononcé devant la Convention le 31 mars 1794 (11

1218 *Ibid.*

1219 Cette conception du décret d'accusation est défendue à plusieurs reprises lors de la séance du 3 octobre 1793. En l'espèce, après qu'Amar, membre du Comité de sûreté générale et adversaire acharné des girondins, ait lu son rapport d'accusation contre les chefs girondins au titre de la conspiration tramée par Brissot et ses complices, plusieurs des accusés présents auxquels il a été interdit de sortir sur la demande d'Amar (A.P., t. LXXV, 3 octobre 1793, p.520) réclament la parole pour répondre au rapporteur. Or, ce droit de réponse leur est refusé à chaque fois pour la même raison : le député en cause « pourra présenter des moyens justificatifs au tribunal » (*ibid*., p.544). En effet, à titre d'exemple, lorsque le député Aubry demande la parole pour contester les preuves de sa trahison, on lui objecte : « vous répondrez au tribunal » (*ibid*., p.536). De ce point de vue, le député Osselin opère à cette occasion une clarification sur la nature du décret d'accusation : ceux qui demandent un droit à la contradiction paraissent « avoir une fausse idée du décret d'accusation ; celui qui est accusé n'est pas pour cela convaincu : ce n'est qu'une prévention sur laquelle le tribunal prononce » (*ibid*., p.536). Pour ce motif, la Convention nationale adoptera un décret d'accusation, désigné généralement « le décret des 73 » bien qu'il vise en réalité 76 députés (A.P., t. LXXV, 3 octobre 1793, p.534, note 2), sans avoir *entendu* au préalable les députés mis en cause.

1220 Barère déclare au demeurant : « envoyons-nous à l'échafaud celui que nous décrétons d'accusation ? Non ; nous l'envoyons à un tribunal : c'est là qu'il doit être entendu » (Barère, Moniteur universel, t. 18, 12 novembre 1793, p.418). Pour lui, le seul risque d'un décret d'accusation est qu'un député le vote « légèrement (…) contre ses collègues » (*ibid*.).

1221 *Ibid.*

1222 D'ailleurs Barère ne croit pas que « le peuple soit assez insensé pour confondre le crime et l'erreur » (Barère, Moniteur universel, t. 18, 12 novembre 1793, p.418).

germinal an II) « au paroxysme de la Terreur »[1223]. Suite aux arrestations le 30 mars des représentants partisans des Indulgents - Desmoulins, Lacroix, Philippeau et Danton – qui avaient osé défier le Comité de Salut public contre sa politique liberticide, il affirme de manière symptomatique pour refuser aux conventionnels arrêtés le droit de justifier leur conduite devant leurs pairs[1224] : « On se défie (…) de la justice nationale, des hommes qui ont obtenu la confiance de la Convention nationale »[1225]. Or, ajoute-t-il, « je dis que quiconque tremble en ce moment est coupable ; car jamais l'innocence ne redoute la surveillance publique »[1226]. On comprend donc qu'initialement conçue comme une barrière contre le despotisme judiciaire au début de la Révolution, la mise en place de rapports apaisés entre le législatif et le judiciaire pour Robespierre redessine les contours de l'immunité parlementaire dans le sens de sa réduction[1227], et spécialement celle des garanties procédurales offertes aux députés lors de la levée de l'immunité parlementaire[1228]. À cet égard, on perçoit que la question de l'inviolabilité ne peut être véritablement saisie qu'en lien avec celle du droit pénal, de la procédure pénale et du statut de l'autorité judiciaire. Quoi qu'il en soit, l'ensemble de ces raisons conduira les membres de la Convention, sous la menace des protagonistes des Comités, à l'image de Barère et de Robespierre, à réaffirmer, en plein cœur de la Terreur, à plusieurs reprises – entre octobre 1793 et juillet 1794 - que « nul ne doit être entendu, en matière d'accusation, que par le jury devant lequel il est renvoyé »[1229]. Dès lors, la consécration de ce principe marque, pour Barère, la fin des privilèges et par-là même l'anéantissement de l'inviolabilité parlementaire[1230] car « il n'y a d'inviolable que le peuple et sa liberté ».

285. Fruit d'une divergence doctrinale entre les membres de la Convention, cette règle nuisible à la représentation nationale établie, par la pratique, le 3 octobre 1793 puis consacrée juridiquement le 22 brumaire, demeurera en vigueur pendant toute la Terreur et la Grande Terreur[1231]. À partir de

1223 C. Lefort, Essais sur le politique (XIXe-XXe siècles), 1986, Paris : Éditions du Seuil, p.82.

1224 En réaction à ces arrestations, Legendre, ami de Danton, monte à la tribune de la Convention le 31 mars 1794 pour demander que les prévenus soient entendus à la barre de l'Assemblée suite à la lecture des rapports des Comités. Sa motion sera vivement combattue par Robespierre et sera rejetée.

1225 Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à nos jours, tome XIV, année 1794, Éditeur de l'histoire universelle, 1821, p.83.

1226 *Ibid*.

1227 La preuve en est que la proposition du représentant Legendre devant la Convention le 31 mars 1794 visant à ce que la Convention ne statue sur le rapport des Comités avant d'entendre les députés détenus sera « abandonné sans aucune délibération » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à nos jours, tome XIV, année 1794, Éditeur de l'histoire universelle, 1821, p.86).

1228 Cependant, il est permis de douter en l'espèce de l'indépendance des juges du Tribunal criminel extraordinaire car comme le prévoit le décret du 11 mars relatif à son organisation, en son article 5 : « Les juges seront nommés par la Convention nationale, à la pluralité relative des suffrages, qui ne pourra néanmoins être inférieure au quart des voix » (A.P., t. LX, 11 mars 1793, p.95). Autrement dit, sa composition reflète celle de l'Assemblée et des factions politiques qui la composent.

1229 Moniteur universel, t. 18, 12 novembre 1793, p.418. Bien évidemment, outre des facteurs internes, « la poursuite des rivalités entre les différents courants (de l'assemblée) favorise la radicalisation » (J.-C. Martin, La Révolution française, 1789-1799. Une histoire socio-politique, Paris : Belin, 2004, p.200).

1230 Durant son intervention lors de la séance du 12 novembre 1793 relative à la suppression du droit à la parole des députés mis en cause, Barère déclare : « il ne doit plus exister de privilège. L'inviolabilité est détruite ».

1231 Cette interdiction sera abolie le 31 juillet 1794 (13 thermidor) sur la proposition du député Bentabole. Ce dernier

cette période, il en résultera une multiplication des arrestations et des mises en accusation de députés[1232]. En privant catégoriquement les membres de la Convention du droit d'entendre un des siens inculpé par ses Comités et de juger la valeur des témoignages et pièces, la Convention livrait effectivement son indépendance – matérielle et d'esprit - à l'arbitraire des Comités et de leurs rapports d'accusation[1233]. Par là-même, en dépit de l'autorisation parlementaire « qui n'a bientôt été plus qu'une formalité »[1234], elle se plaçait dans une situation inférieure par rapport à ces derniers. Ils exercèrent une véritable « dictature »[1235] jusqu'au 9 thermidor, remettant en cause par-là même le paradigme ancré depuis le début de la Révolution de la prééminence institutionnelle de l'assemblée.

286. Cette évolution est véritablement instructive dans le cadre de notre réflexion. En raison de postulats théoriques divergents par rapport à la période précédente, il apparaît que le statut protecteur des députés connaît une sérieuse restriction durant la Convention, et ce à travers l'interdiction du contradictoire pour les parlementaires accusés. Toutefois, on perçoit dans le même temps une certaine contradiction, du moins en apparence, dans le discours des membres de la Convention. Tout en défendant sans discontinuer leur droit exclusif de déclarer eux-mêmes l'accusation de l'un de leurs pairs sur le fondement de la *théorie de la représentation nationale*, ils condamnent, de manière paradoxale, le droit à l'audition d'un député du peuple mis en cause devant la Convention au motif de la *souveraineté populaire. S*'il s'agit d'éviter dans ce dernier cas toute oligarchie parlementaire, ils mettent tout de même leur liberté sous le contrôle d'une autorité extérieure. Cette ambiguïté, qui se manifeste par un enchevêtrement des deux sortes de souveraineté, se comprend, en réalité, si on relativise leur opposition systématisée par Carré de Malberg[1236] et diffusée très largement par la doctrine constitutionnelle contemporaine[1237]. Comme l'a démontré Michel Troper à travers l'exemple de la Constitution de 1793, les conventionnels n'entendaient pas « opposer nettement la souveraineté nationale et la souveraineté populaire »[1238].

estime que le décret du 12 novembre 1793 a étouffé « la liberté des opinions ; car (…) quel député pouvait dire ce qu'il pensait ? Quel député pouvait faire part des soupçons qu'il avait ? Quel député pouvait combattre des mesures qui semblaient contraire à l'intérêt de la République, quand il était sûr d'être arrêté sur-le-champ, sans pouvoir se faire entendre de la Convention ? » (Bentabole, Réimpression de l'Ancien Moniteur, mai 1789-novembre 1799, 1841, vol. 21, Bureau central, p.367). Il demande donc le rapport de ce décret et le vote d'un nouveau prévoyant qu' « aucun de ses membres ne pourra être arrêté sans avoir été préalablement entendu » (*ibid*.). En cela, les conventionnels retrouvent la pratique de la Constituante et de la législative.

1232 A. Mathiez, L'immunité parlementaire sous la Révolution, op.cit., p.309.

1233 Comme le remarque Albert Mathiez, il ne resterait à la Convention « que la ressource de renverser les Comités quand elle cesserait d'avoir confiance en eux » (*ibid*., p.306).

1234 *Ibid*., p.313.

1235 *Ibid*.

1236 R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, Librairie du Recueil Sirey, 1922, t. II, p.184 et s.

1237 P. Brunet, Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État, op.cit., p.29-31. Comme le note Pierre Brunet, les travaux récents de Guillaume Bacot « ont permis de mesurer la responsabilité de Carré de Malberg quant à la radicalisation et la systématisation de cette opposition entre les deux doctrines de la souveraineté » (*ibid*., p.32) que cet auteur conteste. Cf. G. Bacot, Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale, Paris : Ed. Du CNRS, 1985.

1238 M. Troper, La constitution de l'an III ou la continuité : la souveraineté populaire sous la Convention, *in* R. Dupuy et M. Morabito (dir.), 1795, pour une République sans révolution : colloque international, 29 juin-1er juillet 1995, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 1996, p. 189.

Cette distinction « qui ne manque pas d'éveiller quelque perplexité »[1239] n'est, à cette époque, que relative[1240] - comme l'illustre le débat du 12 novembre 1793 entre Barère et Billaud-Varennes. Elle ne constitue en vérité « qu'une reconstruction faite par la doctrine moderne »[1241]. Cette dualité théorique participe d'un surinvestissement historique qui plaque des constructions doctrinales ultérieures sur une réalité factuelle autre. C'est pourquoi il convient de parler de révolution *mesurée* quant à la façon de concevoir les immunités parlementaires sous le régime de la Convention nationale. Le paradigme représentatif, s'il connaît effectivement un recul dans l'esprit des conventionnels qui entraîne une réduction des garanties procédurales dans le cadre de la procédure de la levée de l'immunité parlementaire, n'est pas pour autant totalement abandonné durant cette période. Celui-ci explique l'acharnement des acteurs politiques à défendre et à maintenir les deux volets de l'immunité parlementaire dans le droit positif. Le statut réservé aux autorités exécutives sous la Convention en est la confirmation.

§2. La volonté des conventionnels de subordonner les autorités exécutives à la Convention souveraine

287. Dans la continuité de la Constituante et la Législative, les conventionnels sont « animés d'une réelle méfiance à l'égard du pouvoir exécutif »[1242]. Celle-ci se manifeste par leur volonté farouche de mettre les autorités exécutives - le Roi et les ministres - sous la domination de la représentation souveraine. Le débat sur le jugement ou non du Roi est particulièrement révélateur de cette velléité

1239 *Ibid*.

1240 Comme le souligne Michel Troper, la Constitution de 1793 « proclame bien le principe de la souveraineté populaire (article 25 de la Déclaration des droits) et elle établit le suffrage universel, mais elle n'adopte pas la démocratie directe ; la part de démocratie semi-directe y est très faible et le référendum qu'elle prévoit est probablement impraticable. Surtout, elle n'institue pas le mandat impératif et, même, elle le prohibe implicitement par de nombreuses dispositions (articles 26 de la Déclaration des droits, 29 et 43 de la Constitution). En réalité, elle établit bien un mandat représentatif, en ce sens que chaque député est censé représenter la nation tout entière et qu'il ne peut être contrôlé pour ses votes » (*ibid*., p. 184). D'ailleurs, l'article 23 de la même Déclaration affirme que la souveraineté est nationale et l'article 7 de la Constitution proprement dite définit le peuple comme « l'universalité des citoyens français ». Ainsi, « dans la Constitution de 1793, les termes de nation, peuple ou universalité des citoyens sont employés les uns pour les autres et définis les uns par les autres » (*ibid*., p. 185). Il en résulte donc qu'« en 1793, comme en 1789, le peuple peut donc être défini comme un tout formé de parties intégrantes : une totalité à laquelle on parvient par imputation. Cette totalité n'est donc en rien une réalité matérielle et ne saurait se confondre avec les individus pris *ut singuli* ni avec un quelconque sentiment d'appartenance à une collectivité imaginaire. Le peuple (…) est une hypothèse nécessaire, un concept que produit le système juridique » pour se légitimer (P. Brunet, Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État, op.cit., p.129. Voir en ce sens : L. Jaume, Les équivoques de la souveraineté sous la Révolution française, *in* G. M. Cazzaniga et Y.-C. Zarka (dir.), Penser la souveraineté, Actes des colloques à Pise et Paris (2000), vol. I, p.335 ; L. Jaume, Le discours jacobin et la démocratie, Fayard, 1989, p.263-403.

1241 M. Troper, La constitution de l'an III ou la continuité..., op.cit., p. 183-184, note 6 bas de page. Michel Troper estime que la démarche épistémologique de la doctrine constitutionnelle est erronée car celle-ci considère que « les constituants commencent par poser des principes, pour en tirer ensuite toutes les conséquences logiques » (*ibid*., p.184). En d'autres termes, elle prétend déduire de l'existence d'un principe de souveraineté certaines des règles qui sont présumées s'y attacher alors qu'en réalité « elle ne rend pas compte de la réalité des débats constituants. (…) Le débat ne porte pas seulement sur la cohérence des dispositions qu'on souhaite adopter avec des principes réputés fondamentaux » (*ibid*., p. 184) et « il peut arriver qu'une constitution ne soit pas cohérente au sens où pourrait l'entendre la thèse traditionnelle et qu'elle adopte à la fois certaines solutions qui sont censées découler de la souveraineté nationale et d'autres que l'on rattache habituellement à la souveraineté populaire » (*ibid*., p.184).

1242 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.173.

de subordination[1243]. En dépit d'un dissensus certain entre les conventionnels, ces derniers s'affairent plutôt, en majorité, à démolir l'inviolabilité du monarque qu'ils avaient pourtant eux-mêmes édifiée un an plus tôt dans l'intérêt de la Nation (**A**). En outre, le statut établi à l'égard des ministres dans les deux projets de Constitution témoigne de cette même détermination. S'ils leur reconnaissent pourtant le bénéfice d'un privilège de juridiction, les titulaires du pouvoir législatif en maîtrisent totalement la procédure dans chacun des textes constitutionnels, au point qu'il est possible de considérer qu'ils disposent d'« un pouvoir de révocation à l'endroit des ministres »[1244] (**B**). Dans les deux cas, compte tenu de l'ancrage et de la pérennité du tropisme représentatif, les conventionnels organisent la prédominance de l'Assemblée sur les titulaires du pouvoir exécutif, véritable fil conducteur de la conception française des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués depuis la Révolution.

A. Le jugement du Roi par la Convention, manifestation de la suprématie institutionnelle de « l'Assemblée »

288. Dans la nuit du 9 au 10 août 1792, l'insurrection de la Commune de Paris provoque la chute de la royauté[1245]. Par un décret du Corps législatif en date du 10 août, le roi est suspendu, « sa famille et lui restent en otages »[1246]. Le 21 septembre, la Convention qui succède à la Législative abolit, comme il a été souligné précédemment, la royauté lors de sa première séance publique[1247] et proclame la République. Vestige de l'Ancien Régime, le problème du sort du Roi se pose donc rapidement, mettant en lumière un vif dissensus au sein de la doctrine révolutionnaire. Elle est partagée entre les conventionnels favorables soit à un sursis temporaire du monarque ou à un jugement pour les plus modérés soit, pour les plus catégoriques, à son exécution immédiate. Débutant l'instruction du procès de Louis Capet, des commissions d'enquête se forment au sein de l'Assemblée pour recueillir les preuves de sa culpabilité. À cet égard, le député Dufriche-Valazé est chargé de rédiger un premier rapport sur les faits imputés au monarque[1248].

Mais ce sont surtout les aspects *juridiques* et *procéduraux* d'un possible jugement du Roi qui soulèvent des problèmes fondamentaux. Deux questions juridiques majeures se posent qui

1243 B. Melchior-Bonnet, Le procès de Louis XVI, Paris : Perrin, 1992, p.57-71.
1244 *Ibid*., p.177.
1245 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.91.
1246 Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale législative avec la mention des sanctions et des mandats d'exécution donnés par le Roi du 10 août au 21 septembre 1792, Paris : Chez Baudouin, 1792, p.7.
1247 Sur la proposition des députés Jean-Marie Collot d'Herbois et l'abbé Grégoire, « la Convention nationale décrète à l'unanimité que la royauté est abolie en France » par le décret des 21-22 septembre 1792 (Recueil général des lois, décrets, ordonnance, etc...depuis le mois de juin 1789 jusqu'au mois d'août 1830, tome 4, Administration du journal des notaires et des avocats, 1839, p.1).
1248 Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, Paris : Éditeur de l'Abrégé de l'Histoire universelle, 1820, p.147.

intéressent directement le statut dérogatoire du monarque. La première vise à rechercher si le roi peut être mis en jugement alors qu'il est réputé inviolable par la Constitution de 1791 encore en vigueur (**1**). La seconde, intimement liée à la première, vise à rechercher l'autorité compétente et la procédure à respecter pour le juger (**2**). Il revient aux membres de la Convention élus au suffrage universel de se prononcer sur cette série de questions qui déterminent le sens et la destinée de l'entreprise révolutionnaire. À cet égard, pour chacune de ces interrogations, deux vigoureuses tendances entrent en conflit au sein de la Convention déchirée entre, d'un côté, un *courant de la souveraineté* qui défend, même en l'absence de texte préalable, le droit naturel du peuple à juger un tyran comme corollaire de son pouvoir suprême. Et c'est dès lors cette même autorité, le peuple, représenté par la Convention, qui détient la compétence de le juger. De l'autre, un *courant légaliste* ou *pénaliste* qui soutient qu'en l'absence de texte antérieur incriminant les faits répréhensibles du Roi, tout jugement de ce dernier est impossible. Mais, globalement, le choix définitif opéré quant à ce double questionnement manifeste la détermination des conventionnels, en majorité, à abolir l'inviolabilité du Roi, rabaissé au rang de pouvoir constitué, et par-là même d'affirmer leur prédominance sur le pouvoir exécutif, et surtout sur l'ancien souverain[1249].

1. L'abandon de l'inviolabilité constitutionnelle du Roi en vertu de la souveraineté de la Nation personnifiée par la Convention

De manière préliminaire, le premier questionnement auquel doivent répondre les conventionnels pour déterminer le second porte sur la possibilité ou non de juger le monarque Louis XVI. Source d'intense réflexions[1250], il fait naître des solutions diamétralement opposées, tributaires des postulats politiques de chaque courant, lors de vifs débats entre novembre et décembre 1792.

289. Sur ce point, des premiers éléments de réflexion sont apportés par un courant minoritaire que nous avons qualifié de « légaliste » ou « pénaliste ». Selon celui-ci, il est primordial qu'antérieurement aux faits, une norme en vigueur énonce les éléments constitutifs de l'incrimination reprochée au monarque, ainsi que les peines correspondantes[1251]. Cette exigence formelle n'est, pour ses partisans, que le respect d'un principe consacré récemment, symbole de

1249 B. Melchior-Bonnet, Le procès de Louis XVI, Paris : Perrin, 1992, p.70-71.

1250 Le rapport Mailhe souligne que « le sort du Roi absorbait (…) toutes les pensées. Dans toutes les opinions, il était un point de départ » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.147), étant donné que cette question se trouvait étroitement liée à la naissance de la République proclamée quelques mois auparavant.

1251 Le conventionnel Morisson, opposé au jugement du Roi, exprime cette idée en ces termes : « l'accusé ne sera jugé, ne sera condamné que lorsqu'il existera antérieurement à son crime une loi positive qui puisse lui être appliquée » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.172).

l'œuvre révolutionnaire et garantie fondamentale contre l'arbitraire, qui est celui de la légalité des délits et des peines proclamé dans le texte de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789[1252]. Dans le cas présent, pour que l'accusation puisse être décidée et une condamnation prononcée, il faudrait nécessairement que la haute trahison reprochée au monarque soit caractérisée par les contraventions, crimes ou délits prévus et punis par le Code pénal, et par des lois spéciales. Dans le cas contraire, toute poursuite ou tout procès est impossible. En ce sens, les défenseurs de ce courant arguent précisément de l'inexistence de toute disposition pénale qui permettrait de punir le « premier des fonctionnaires ». Plus exactement, pour le conventionnel Morisson, « le Code pénal, qui a dérogé à toutes les lois criminelles qui lui sont antérieures, prononce la peine de mort contre ceux qui trahissent la patrie »[1253]. Mais il constate en positiviste légaliste conséquent qu'une dérogation prévue par la Constitution de 1791 a été introduite dans ce texte :

> « *Nous sommes ici religieusement sous l'empire de la loi, comme des juges impassibles ; nous consultons froidement notre Code pénal : (...) ce code pénal ne contient aucune disposition qui puisse être appliquée à Louis XVI, puisqu'au temps de ses crimes, il existait une loi positive qui portait une exception en sa faveur ; je veux parler de la Constitution* »[1254].

290. En effet, la Constitution de 1791, en ses articles 5, 6, et 7 du Titre III, chapitre II, section 1[1255], ne condamne pas « à une autre peine que la destitution un roi conspirateur »[1256]. Juridiquement, à la lumière de l'article 8 du titre III, chapitre II, section 1 de la Constitution de 1791, ce n'est qu'après son abdication que le droit commun lui est applicable pour ses actes *postérieurs*, étant donné que le monarque tombe dans la classe des citoyens ordinaires. Comme le souligne le représentant Fouchet, « il est dit (…) de la manière la plus formelle, que les peines portées contre les plus grands crimes dans le code pénal ne sont applicables au roi déchu que pour les délits postérieurs à sa déchéance »[1257]. La haute trahison dont il est présumé coupable n'est, par voie de conséquence, punissable que d'une abdication[1258]. Ce courant en conclut donc à l'absence de loi pénale

1252 Le conventionnel Fauchet affirme à cet égard : « Nous avons envoyé dans toutes les parties du monde la Déclaration des Droits ; on y lit cette maxime fondamentale de la société : *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit*. Violerons-nous à la face des nations notre pacte social ? Non (…) on n'oserait pas nous proposer cette infamie ! » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.191). Le député de la Vendée Morisson appuie cette opinion juridique : « d'après nos institutions, pour pouvoir le juger, il faut qu'il y ait une loi positive préexistante qui puisse lui être appliquée » (*ibid*., p.173).

1253 Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.173.

1254 *Ibid*.

1255 Ces trois articles régissent les hypothèses d'abdication légale du monarque. L'article 5 du titre III, chapitre II, section 1 de la Constitution de1791 dispose : « Si, un mois après l'invitation du Corps législatif, le roi n'a pas prêté ce serment, ou si, après l'avoir prêté, il le rétracte, il sera censé avoir abdiqué la royauté ». L'article 6 prévoit : « si le roi se met à la tête d'une armée et en dirige les forces contre la Nation, ou s'il ne s'oppose pas par un acte formel à une telle entreprise, qui s'exécuterait en son nom, il sera censé avoir abdiqué la royauté ». Enfin, l'article 7 énonce : « si le roi, étant sorti du royaume, n'y rentrait pas après l'invitation qui lui en serait faite par le Corps législatif, et dans le délai qui sera fixé par la proclamation, lequel ne pourra être moindre de deux mois, il serait censé avoir abdiqué la royauté (...) »

1256 Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.191.

1257 *Ibid*.

1258 Le conventionnel Morisson constate effectivement que la peine contre les agissements du monarque « est

incriminant et punissant le comportement du Roi au moment des faits - sous réserve de la disposition constitutionnelle prévoyant sa renonciation de droit - qui constitue dès lors un obstacle formel à tout procès du roi[1259].

À ce défaut de loi, s'ajoute un second argument soulevé par le courant légaliste tiré de la conception du pouvoir exécutif établie par la Constitution de 1791 et qui empêche tout jugement de Louis XVI : l'irresponsabilité du Roi pour les actes pris dans l'exercice de ses fonctions. En effet, comme le note le conventionnel Morisson, « le roi n'est (…) que le chef du conseil ; tout s'y fait en son nom ; mais il ne répond de rien, parce que les ministres, ses agents subalternes, sont responsables chacun dans la partie qui le concerne »[1260]. Dès lors, il n'existe « aucune peine contre lui pour tout ce qui tient à l'exercice du pouvoir exécutif »[1261]. Par conséquent, ce sont les ministres, seules autorités responsables, qui doivent répondre de ses actes à sa place[1262].

291. À l'opposé, le courant « souverainiste », majoritaire au sein de la Convention, rejette fortement l'idée d'une nécessaire loi en vigueur afin de juger le roi[1263]. Les conventionnels partisans de cette doctrine ne s'estiment pas liés par le droit positif, que ce soit par le Code pénal ou même par l'acte constitutionnel, car ils mettent en avant la souveraineté de la Nation dont ils sont l'incarnation. Il en résulte plusieurs conséquences. D'une part, ils soutiennent que la Nation, expression de son pouvoir constituant originaire, est affranchie du respect de la disposition constitutionnelle prévoyant l'inviolabilité du Roi qui n'est qu'un pouvoir constitué. Du fait de son pouvoir suprême[1264], elle

seulement la déchéance, peine que le peuple a jugée peut-être plus rigoureuse pour un despote que toutes celles que contient notre Code pénal » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.176).

1259 Pour le député Morisson, « il faut une loi positive préexistante qui puisse lui être appliquée mais cette loi n'existe pas » (*ibid*., p.173). Ainsi, « Louis XVI (…) ne peut tomber que sous le glaive de la loi ; la loi ne prononce rien à son égard ; par conséquent nous ne pouvons le juger » (*ibid.*, p.179).

1260 *Ibid*., p.175.

1261 *Ibid*., p.175-176.

1262 Le courant de la souveraineté rejette fortement cette idée. Alors que certains conventionnels du courant légaliste estiment que « sa personne ne pouvait pas être séparée des fonctions de la royauté ; qu'inviolable comme roi pour tous les faits administratifs, il l'était comme individu pour tous les faits personnels » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale..., tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.151), la thèse de la liberté objecte que le monarque a « trop justifié la possibilité de cette séparation. Son inviolabilité, comme chef du pouvoir exécutif, avait pour unique base une fiction qui rejetait le délit et la peine sur la tête de ses agents. Mais n'a-t-il pas renoncé à l'effet de cette fiction, s'il est vrai qu'il ait ourdi ses complots sans le concours de ses ministres ordinaires, ou sans agents visibles, ou qu'il les ait mis hors de l'atteinte d'une surveillance efficace ? Et comme il répugne aux bases mêmes de la Constitution acceptée par Louis XVI, qu'il y eût infraction à la loi sans responsabilité, Louis XVI était naturellement et nécessairement accusable pour tous ceux de ses délits dont il était impossible de charger ces agents » (*ibid*., p.151-152). En d'autres termes, Louis XVI est jugeable pour les faits qu'on lui reproche dans la mesure où ils sont « étrangers à l'exercice de la royauté ». Voir en ce sens l'opinion du conventionnel Grégoire : « l'inviolabilité ne s'étend qu'aux actes administratifs, et non aux délits personnels » (*ibid*., p.208). Sur la conception étroite de l'inviolabilité royale : A. Soboul, Le procès de Louis XVI, Paris : Gallimard, 1973, p.15.

1263 Les principales thèses du courant de la souveraineté sont exprimées dans le rapport présenté au nom du Comité de Législation par Jean Mailhe, avocat et député de la Haute-Garonne, en date du 7 novembre 1792. Sur la biographie de Jean Mailhe : cf « Jean-Baptiste Mailhe », dans Adolphe Robert et Gaston Cougny, Dictionnaire des parlementaires français ..., Paris : Edgar Bourloton, 1889-1891. Pour la reproduction de ce rapport : cf. Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.148-168.

1264 Malgré son adhésion à la thèse légaliste, Morisson souligne que « le peuple souverain n'a d'autre que sa volonté suprême » (Choix de rapports, opinions et discours ..., tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.171).

dispose du « droit imprescriptible de changer de Constitution »[1265]. Car, dans le cas contraire, le respect de l'immunité du Roi, signifierait, à leurs yeux, non seulement, l'aliénation de la souveraineté de la Nation[1266] mais également la prédominance du monarque par rapport à celle-ci[1267]. D'autre part, et surtout, ce courant fait découler de la souveraineté de la Nation un droit naturel, par essence, supérieur au droit positif : *le droit imprescriptible du peuple de juger et de condamner ses Rois*[1268]. Inspiré du jusnaturalisme et du contractualisme de Locke et Hobbes, ce principe non-écrit observable de « tous les temps et dans tous les pays »[1269] postule que :

> « *Les rois n'ont été créés que pour faire exécuter les lois communes à tous ; que pour protéger, par la direction des forces sociales, les propriétés, la liberté, la vie de chacun des associés, et de garantir de l'oppression la société entière : partout où ils ont dû être inviolables dans ce sens, que les offenser, c'eût été offenser la nation qu'ils représentaient ; mais s'ils violaient leurs serments, s'ils offensaient eux-mêmes la nation dans ses droits suprêmes ou dans ceux de ses membres, s'ils tuaient la liberté au lieu de la défendre, la nation n'avait-elle pas, par la nature même des choses, le droit impérissable de les appeler devant son tribunal et de leur faire subir la peine des oppresseurs ou des brigands* »[1270].

Le courant souverainiste considère que « les rois ne sont que les délégués du peuple »[1271]. Liés par un contrat fondateur de l'ordre social, le droit qu'a toute nation de juger et de condamner ses Rois est effectivement « une condition inhérente à l'acte social qui les plaça sur le trône »[1272]. Ce pouvoir, illustré par de nombreux exemples historiques en France ou à l'étranger[1273], est ainsi, à leur yeux, la

1265 Cette formule est contenue dans le rapport Mailhe (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.155).

1266 Selon le rapport Mailhe, l'inviolabilité ne doit pas « être opposée à la nation elle-même » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.149). Car il rappelle que l'esprit même de ce mécanisme juridique a été conçu, au moment des débats parlementaires, au début de la Révolution comme un instrument de protection en faveur de la Nation : « La France, disait-on, ne peut pas se soutenir sans monarchie, ni la monarchie sans être entourée de l'inviolabilité. Si le roi pouvait être accusé ou jugé par le Corps législatif, il serait dans sa dépendance ; et dès lors, ou la royauté serait bientôt renversée par ce corps, qui, usurpant tous les pouvoirs, deviendrait tyrannique, ou elle serait sans énergie, sans action pour faire exécuter la loi; dans tous les cas, il n'y aurait plus de liberté. Ce n'est donc pas pour l'intérêt du roi, mais pour l'intérêt même de la nation, que le roi doit être inviolable » (*ibid.*). Le rapport ajoute à cet égard que « l'inviolabilité du roi, ainsi que celle du corps législatif, était destinée à prévenir les entreprises de l'un sur l'autorité de l'autre : de là devait naître un équilibre qu'on avait supposé nécessaire pour le maintien de la liberté » (*ibid.*, p.154).

1267 Selon le rapport Mailhe : « il n'en résultait pas qu'il ne pût être jugé par la nation ; car pour extraire une pareille conséquence, il faudrait pouvoir dire que, par l'Acte constitutionnel, le roi était supérieur à la nation, ou indépendant de la Nation » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.153). Il ajoute que « la nation n'était pas liée par l'inviolabilité royale ; elle ne pouvait pas l'être : il n'existait pas de réciprocité entre la nation et le roi. Louis XVI n'était roi que par la constitution ; la nation est souveraine sans constitution et sans roi : elle ne tient la souveraineté que de la nature ; elle ne peut pas l'aliéner un seul instant. Ce principe éternel est rappelé dans la constitution même (de 1791) » (*ibid.*).

1268 Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.157.

1269 *Ibid.*, p.156.

1270 Cette idée est développée dans le rapport Mailhe (Choix de rapports, opinions et discours..., tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.156-157).

1271 *Ibid.*, p.172.

1272 *Ibid.*, p.157.

1273 Pour légitimer le droit naturel des peuples de juger et condamner les monarques, le rapport Mailhe s'appuie sur plusieurs précédents historiques externes et internes : « quand Don Henri, jugé par les états de Castille, subit, d'abord en effigie, et ensuite en réalité, la dégradation la plus ignominieuse ; quand Jeanne de Naples fut poursuivie criminellement comme meurtrière de son époux ; quand les rois français cités devant des assemblées d'évêques et de seigneurs, qui se disaient les représentant de la nation, y étaient déposés et condamnés à avoir les cheveux coupés et à passer le reste de leur vie dans un couvent ; quand don Alphonse et un fils de Gustave Vasa furent déclarés déchus de leur trône, et privés pour jamais de leur liberté, le premier par les états de Portugal, le second par les états de Suède ; quand Charles Ier perdit la tête sur un échafaud ; quand tous ces princes et tant d'autres expièrent leurs crimes par une fin honteuse ou

conséquence « éternelle, inaliénable de la souveraineté nationale »[1274]. Or les conventionnels constatent, en l'espèce, que Louis XVI a violé le pacte social que représente la Constitution[1275]. Le peuple souverain possède donc le droit immuable, en dépit d'une loi positive l'y autorisant, « de se venger de la perfidie d'un individu qui, ayant accepté la mission d'exécuter ses lois suprêmes avec le pouvoir nécessaire pour la remplir, en (a) abusé pour se constituer son oppresseur et son meurtrier »[1276]. Principe méta-juridique, cette « maxime de la justice éternelle »[1277] fait directement obstacle à la règle de la légalité des délits et des peines. Comme le souligne le rapport du juriste Mailhe, s'il n'y a pas « de lois expresses qui eussent spécifié la peine des rois coupables », (…) il est de la nature même de la souveraineté nationale de suppléer, s'il le faut, au silence des lois écrites, de déployer l'appareil des supplices attachés à la violation de son premier acte social »[1278]. Il en résulte par conséquent pour cette doctrine que le monarque, en tant qu'autorité constituée, ne peut échapper à un jugement, même à défaut de norme positive préalable, devant la Nation souveraine, frappé par une sanction discrétionnairement déterminée par cette dernière[1279].

tragique » (Choix de rapports, opinions et discours..., tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.157), le rapport constate qu'il n'existait pas de lois expresses précisant la peine des rois coupables.

1274 *Ibid.*, p.157. Cette conviction est contestée par le courant légaliste qui détermine, au contraire, de manière paradoxale, des limites à la souveraineté du peuple : pour le député Morisson, « citoyens, je traite cette question au milieu d'un peuple qui exerce sans contrainte la plénitude de sa souveraineté ; je n'ai point ici l'intention de contester ses droits ; je saurai toujours les respecter ; mais ces droits ont des limites » (Choix de rapports, opinions et discours..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.178). Selon lui, le droit naturel est encadré par la loi : « les lois de la nature (…) sont la base sacrée de tous nos droits ; mais comme dans l'ordre social ces droits ne peuvent s'exercer que par une espèce de relation réciproque, il a fallu leur marquer des limites pour éviter une opposition destructive, pour que chaque individu pût exercer les siens dans la plus grande latitude possible ; et ces limites c'est la loi positive, la seule loi qui les a fixées » (*ibid.*). Et surtout ce droit positif prime sur le droit naturel car « vous ne pouvez vous mettre au-dessus de ces lois positives sans détruire les liens essentiels de la société (…), sans donner vous-mêmes à la République entière une première leçon d'anarchie, un premier exemple de désordre général » (*ibid.*).

1275 Le rapport Mailhe précise à cet égard : « outre que son inviolabilité constitutionnelle n'était rien devant la nation, nous pourrions lui demander s'il n'a jamais été le roi constitutionnel des Français ? Nous pourrions lui demander s'il n'a pas dû être toujours supposé à l'époque où son droit pour régner était, comme celui de tous les rois encore existants, le droit de la force et de la violence ? Nous pourrions lui demander si toutes les actions de son règne constitutionnel ne se sont pas réduites à prouver qu'il était capable de joindre la plus noire ingratitude aux autres crimes de la tyrannie ? Quel est le forfait, quel est l'attentat qu'il n'ait pas commis ou protégé contre les bases de l'institution sociale, contre les propriétés et les personnes, lorsque la nation française se réveilla pour la première fois, en 89 ? Au lieu de de le punir comme elle le pouvait, comme elle le devait, elle eut la générosité de le maintenir sur le trône ; elle voulut même l'y rendre juste à force de bienfaits. Comment y répondit-il ? Après avoir accepté tous les articles de la Constitution, il fit sa fameuse protestation du 21 juin : il y annonçait qu'il n'était pas libre ; que toutes ces acceptations avaient été forcées. C'était donner aux puissances étrangères le signal de venir à son secours. Elles n'arrivaient pas assez tôt : il voulait se rendre lui-même auprès d'elles pour presser leurs préparatifs et leur marche, la nation lui fit grâce encore (...). Si, au lieu de rappeler, contenir et déjouer ses frères et les autres émigrés, qui, depuis les premiers instants de la Révolution, mendiaient en son nom la coalition des despotes, il continua de les soudoyer avec les bienfaits de la nation et paralysa toutes les mesures précautionnelles du Corps législatif; si, au lieu de prévenir l'invasion prussienne et autrichienne, il organisa la trahison dans toutes les places limitrophes et antérieures, n'en faudrait-il pas conclure que son acceptation générale du mois de septembre n'aurait pas été plus franche que ses acceptations partielles ; qu'elles n'auraient toutes été qu'un jeu pour le maintenir sur le trône, y attendre les brigands, et leur ménager la facilité de rétablir le despotisme sur les débris de la Constitution ; (…) qu'il n'aurait jamais accepté, en effet le trône constitutionnel; qu'il aurait été constamment en guerre avec la nation ? Et il viendrait réclamer aujourd'hui contre la justice nationale, cette Constitution par laquelle il n'aurait jamais voulu être lié lui-même, cette Constitution dont il ne se serait servi que pour inonder de sang le territoire français et assurer l'exécution de ses complots contre la liberté ! » (Choix de rapports, opinions et discours..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.159-160).

1276 *Ibid.*, p.160. Selon le représentant Morisson, « ce droit de juger les rois (…) est imprescriptible parce qu'il tient essentiellement à la souveraineté des peuples » (*ibid.*, p.172).

1277 Telle est la valeur du droit des peuples à juger et condamner les rois selon le conventionnel Saint-Just (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.183).

1278 *Ibid.*, p.157.

1279 Comme le précise le rapport, « que Louis XVI fût coupable ou innocent, la nation avait à chaque instant le droit de

292. En définitive, la majorité des conventionnels s'emploie à déconstruire l'inviolabilité du monarque, comme l'illustrera le décret du 3 décembre 1792, car derrière ce statut protecteur se joue l'enjeu de la domination de l'Assemblée souveraine sur le reste des pouvoirs constitués et, au-delà, du sort de la Révolution de 1789. Le choix que les représentants opèrent quant à l'organe compétent pour le juger et à la procédure à suivre en est la confirmation.

2. L'auto-proclamation de la compétence souveraine de la Convention, incarnation de la Nation, pour juger le monarque

Une fois tranchée la question de la possibilité ou non de juger Louis XVI, son éventuel procès soulève une seconde question complémentaire qui est celle de l'autorité apte à prononcer un jugement à son encontre et des modalités procédurales à suivre. Si plusieurs solutions s'offrent aux conventionnels, les axiomes théoriques de départ de chacun des deux courants conditionnent, en réalité, leurs solutions finales respectives.

293. Pour ce qui est du courant *légaliste*, étant donné qu'aucune loi antérieure n'incrimine les actes commis par le monarque en vertu du principe de la légalité des délits et des peines sous réserve de son abdication constitutionnelle, tout jugement est sans fondement légal. De ce fait, de manière logique, aucun tribunal ni aucune autorité ne sont compétents selon cette doctrine pour juger le Roi. Par contre, cette seconde problématique fait l'objet de plus amples développements de la part du courant souverainiste. Partant de l'idée que le roi « peut être jugé pour les crimes commis sur le trône constitutionnel »[1280] en raison du pouvoir suprême appartenant au peuple, ils réfléchissent à plusieurs schémas possibles. La première hypothèse consisterait à renvoyer le monarque « devant le tribunal du lieu de son domicile » ou « devant celui des lieux où les crimes ont été commis »[1281]. Autrement dit, le roi serait jugé par une juridiction ordinaire selon les règles d'attribution de compétence territoriale des tribunaux de droit commun. Les quelques conventionnels qui soutiennent cette proposition arguent du fait que « Louis XVI ne doit plus jouir d'aucun privilège »[1282] puisque son inviolabilité constitutionnelle est abrogée[1283]. Mais cette proposition

le faire descendre du trône, et de mettre à sa place tout autre citoyen » (Choix de rapports..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.155). En effet, l'inviolabilité du Roi avait « pour unique objet d'assurer l'énergie du pouvoir exécutif, par son indépendance à l'égard du Corps législatif » *(ibid*., p.153). Par conséquent, « il résultait bien que ce corps n'avait pas le droit de juger le roi dans les cas non prévus par la Constitution. De là il résultait bien que, dans aucun cas, le roi ne pouvait être jugé par les autres autorités constituées, dont il était le supérieur. Mais il n'en résultait pas qu'il ne pût être jugé par la nation » (*ibid*.). Sur l'opposition entre le droit constitutionnel et le droit révolutionnaire : cf. A. Soboul, Le procès de Louis XVI, Paris : Gallimard, 1973, p.14.

1280 Choix de rapports, opinions et discours..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.161.

1281 *Ibid*.

1282 *Ibid*.

1283 Avant de l'abandonner, le rapport Mailhe soulève cette piste de réflexion : « puisque l'inviolabilité

n'emporte pas la conviction de l'ensemble des défenseurs du courant souverainiste dans la mesure où « tous les tribunaux actuellement existants ont été créés par la constitution ; l'effet de l'inviolabilité du roi était précisément de ne pouvoir être jugé par aucune des autorités constituées »[1284]. Par conséquent, le courant souverainiste en majorité arrive à la conclusion que la seule autorité au-dessus du roi qui soit en mesure de le juger est la Nation[1285]. En effet, son inviolabilité « ne disparaît que devant la Nation »[1286] et, dès lors, elle « seule (a) le droit de rechercher Louis XVI pour des crimes constitutionnels »[1287].

294. Néanmoins, la reconnaissance de sa compétence fait émerger deux modes de jugement imaginables : soit « la convention nationale se prononce elle-même sur ces crimes » en tant que représentante de la Nation, soit « elle le renvoie à un tribunal formé par la nation entière »[1288]. La seconde solution « longtemps débattue »[1289], qui atténue le rôle de la Convention, est écartée au profit de la première[1290], ce qui démontre ainsi la volonté des conventionnels de maîtriser cette procédure et de faire valoir leur prédominance sur les autorités subordonnées[1291].

constitutionnelle (…) ne peut pas le mettre à l'abri d'être jugé, pourquoi serait-il distingué des autres citoyens, soit pour le mode de son jugement, soit pour la nature du tribunal » (Choix de rapports..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.161).

1284 *Ibid*. Pour s'opposer à la compétence des juridictions de droit commun pour juger le Roi, les conventionnels mettent en avant également que « les tribunaux ne doivent juger qu'en appliquant une loi écrite. Or le Code pénal ne s'applique point au ci-devant Roi » (*ibid*., p.228). Le représentant Pétion ajoute de ce point de vue qu'« un tribunal ordinaire ne peut avoir d'égard aux moyens tirés du droit naturel ou du droit politique (…). Voilà pourquoi ce jugement ne peut être porté que par la Convention nationale » (*ibid*., p.229).

1285 S'appuyant sur l'esprit des dispositions de la Constitution de 1791, les partisans de la thèse de la liberté mettent en exergue que « la puissance réelle du Corps législatif, à l'égard du roi, était bornée, par la Constitution, à juger les cas de déchéance, qu'elle avait prévus. Dans ces cas mêmes, il ne pouvait prononcer que la peine de la déchéance : hors ces cas, la personne au roi était indépendante du Corps législatif ; hors ces cas, le Corps législatif ne pouvait s'ingérer d'aucune fonction judiciaire (…). Placé parallèlement par la Constitution, à côté du Corps législatif, le roi était au-dessus de toutes les autres autorités constituées. Il ne pouvait donc être accusé ni jugé que par la nation elle-même » (Choix de rapports..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.152). Dans le même sens, selon le conventionnel Grégoire, « quand même on supposerait que le Roi ne peut être traduit devant aucune autorité constituée, cette prérogative disparaît devant l'autorité nationale » (*ibid*., p.205). Sur la conception populaire de la souveraineté : cf. A. Soboul, Le procès de Louis XVI, op.cit., p.17.

1286 *Ibid*.

1287 *Ibid*.

1288 *Ibid*. Concrètement, cela signifiait déléguer le jugement du roi à « un tribunal formé par les assemblées électorales des 83 départements » (*ibid*., p.148).

1289 *Ibid*.

1290 Le rapport de Mailhe du 7 novembre 1792 mentionne le projet détaillé de « ceux qui ne voulaient pas que la convention nationale jugeât elle-même Louis XVI » (Choix de rapports, opinions et discours..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.161) : il prévoyait que « la convention nationale exercerait les fonctions de jury d'accusation ; elle nommerait six de ses membres, dont deux rempliraient auprès d'elle les fonctions de directeurs de jury, et quatre poursuivraient l'accusation si elle était admise. Louis XVI serait conduit à la barre ; les deux directeurs exposeraient en sa présence les chefs d'accusation, analyseraient les pièces, et présenteraient l'acte qui doit en être le résultat ; Louis XVI pourrait dire, ou par lui-même ou par les conseils dont il serait assisté, tout ce qu'il jugerait utile à sa défense; ensuite l'assemblée admettrait ou rejetterait l'accusation. Si l'accusation était admise, les quatre membres de la convention destinés à faire les fonctions de grands procurateurs poursuivraient l'accusation devant un tribunal et un jury qui seraient formés l'un et l'autre de" la manière suivante : Les corps électoraux nommeraient dans chaque département deux citoyens chargés de faire les fonctions de jurés ; la liste de cent soixante-six jurés serait présentée à Louis XVI, qui aurait la faculté d'en récuser quatre-vingt-trois : s'il n'usait pas de cette faculté, la réduction au nombre de quatre-vingt-trois serait opérée par le sort. Le tribunal serait composé de douze juges tirés au sort parmi les présidents des tribunaux criminels des quatre-vingt-trois départements. Le jury donnerait sa déclaration à la pluralité absolue des suffrages ; le tribunal appliquerait la peine : il faudrait prévoir le cas du partage » (*ibid*., p.162). Cependant le rapport note que « le comité de législation a rejeté ce projet » (*ibid*.).

1291 Cependant ce choix est critiqué par certains conventionnels car selon François Robert, député de Paris, la Convention, « en déclarant le roi jugeable, (…) se constituaient juges et parties » (Choix de rapports, opinions et

295. Préférant « faire juger Louis XVI par la convention elle-même »[1292], ses membres s'interrogent alors sur les garanties procédurales à respecter, et notamment sur la nécessité de s'assujettir aux formes prescrites pour les procès criminels ordinaires. A cet égard, du fait de l'abolition de l'immunité royale, certains sont favorables à l'application de la procédure pénale de droit commun. Ils considèrent, dès lors, que le jury d'accusation et le jury de jugement doivent être assumés par des membres différents de la Convention car « ce mode n'a d'autre mérite que celui d'éviter à l'accusé de retrouver les mêmes individus exerçant dans le cours de son procès deux fonctions différentes »[1293]. Ils ajoutent que « dans le cours ordinaire de la justice, les formes sont considérées comme la sauvegarde de la fortune, de la liberté, de la vie des citoyens »[1294]. D'autres, au contraire, mettent en avant le caractère exceptionnel de ce procès, manifestation de la souveraineté de la Nation, qui vise à juger le « premier commis »[1295] du peuple et militent donc pour un formalisme restreint[1296]. Bien que les conventionnels soient ici juge et partie, il n'est pas permis d'avoir des doutes, selon eux, sur leur impartialité car « la convention nationale représente entièrement et parfaitement la république française »[1297]. Dans un souci de légitimation de leur propre action, ils soulignent que :

> « *La nation a donné pour juges à Louis XVI les hommes qu'elle a choisis pour agiter, pour décider ses propres intérêts ; les hommes à qui elle a confié son repos, sa gloire et son bonheur ; les hommes qu'elle a chargés de fixer ses grandes destinées, celles de tous les citoyens, celles de la France entière (...). Ainsi prétendre récuser la convention nationale ou quelqu'un de ses membres, ce serait vouloir récuser toute la nation ; ce serait attaquer la société jusque dans ses bases* »[1298].

Les membres de la Convention ne sont donc guidés que par la recherche de la décision la plus conforme à l'intérêt général[1299]. Par conséquent, ils sont libres, à leurs yeux, de déterminer eux-mêmes les formalités procédurales du procès du monarque et, lors du prononcé du jugement, d'en

discours..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.204).

1292 *Ibid*., p.162.

1293 *Ibid*.

1294 *Ibid*., p.164.

1295 Selon l'opinion du conventionnel Grégoire, député de Loi-et-cher (*ibid*., p.204).

1296 Pour le conventionnel Saint-Just, « le tribunal qui doit juger Louis n'est point un tribunal judiciaire ; c'est un conseil, c'est le peuple (…), et les lois que nous avons à suivre sont celles du droit des gens ! C'est vous (la Convention) qui devez juger Louis ; mais vous ne pouvez être à son égard une cour judiciaire, un juré, un accusateur ; cette forme civile de jugement le rendrait injuste, et le roi, regardé comme citoyen, ne pourrait être jugé par les mêmes bouches qui l'accusent » (*ibid*., p.188). Dans le même sens, Robespierre qui prononce un discours sur ce sujet lors de la séance du 3 décembre 1792 à la Convention, estime que les conventionnels confondent « les règles du droit civil et positif avec les principes du droit des gens, (…) les relations des citoyens entre eux avec les rapports des nations à un ennemi qui conspire contre elles, (…) une nation qui punit un fonctionnaire public en conservant la forme de gouvernement, et celle qui détruit le gouvernement lui-même » (*ibid*., p.220). Il ajoute que « les tribunaux, les procédures judiciaires sont faites pour les membres de la cité. (…) Quelles sont les lois qui les remplacent ? Celles de la nature, celle qui est à la base de la société même, le salut du peuple. Le droit de punir le tyran et celui de le détrôner c'est la même chose ; l'un ne comporte pas d'autres formes que l'autre : le procès du tyran c'est l'insurrection, son jugement c'est la chute de sa puissance, sa peine celle qu'exige la liberté du peuple ! » (*ibid*., p.221).

1297 *Ibid*., p.165.

1298 *Ibid*.

1299 Comme le souligne le rapport Mailhe, « à moins que Louis XVI ne demande des juges susceptibles d'être corrompus par l'or des cours étrangères, pourrait-il désirer un tribunal qui fût censé moins suspect ou plus impassible ? » (*ibid*., p.165).

fixer discrétionnairement les peines[1300].

296. Dernier aspect de la procédure, ils s'interrogent sur la nécessité de soumettre le jugement du Roi à la ratification de tous les citoyens « réunis en assemblées de commune ou en assemblées primaires »[1301]. Si ce point a fait l'objet de discussions « agitées »[1302] au sein du Comité de législation, les membres de la Convention rejettent, de manière significative, cette proposition. Le premier motif de refus, au demeurant classique, repose sur l'impossibilité matérielle de réunir le peuple pour lui soumettre le jugement en dernier ressort[1303]. Le second, davantage instructif par rapport à la manière de concevoir le statut immunitaire des autorités constituées, consiste à alléguer que la Convention incarne, de manière pleine et entière, le peuple et sa souveraineté. Prenant les exemples de Rome et de Sparte qui, eux, proposaient à l'approbation populaire les condamnations de crime de lèse-majesté[1304], les membres de la Convention mettent en avant que « ni les consuls de Rome, ni les rois, le sénat et les éphores de Sparte n'étaient revêtus d'une représentation véritablement nationale ; ils étaient si éloignés d'avoir ou de mériter le plein exercice de cette souveraineté populaire dont la convention nationale se trouve investie ! »[1305]. De manière frappante, on observe donc que les conventionnels, pour déclarer inutile la sanction populaire de leur décision finale, adoptent une conception *ultra-représentative* du régime en place d'après laquelle seules les assemblées disposent du monopole de la représentation politique[1306]. Ainsi la Convention qui s'estime être l'unique représentation de la Nation, est la seule autorité qui exprime la souveraineté nationale et, par conséquent, la volonté légitime[1307]. Si ce modèle sera remis cause partiellement au

1300 Selon le conventionnel Saint-Just, « les formes de la procédure ne sont point dans la loi civile, mais dans la loi du droit des gens » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale..., tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.184). Celles-ci, restreintes, seront fixées lors de la séance du 6 décembre suite au projet présenté par le député Quinette qui prévoit que l'accusation est confiée à une commission de 21 membres (la commission des 24, les comités de législation et de sûreté générale nomment chacun 3 membres) alors que l'audience et le jugement sont attribués à la Convention nationale. Voir en ce sens : Choix de rapports, opinions et discours..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.240.

1301 Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale..., tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.165.

1302 *Ibid*.

1303 Le rapport Mailhe ajoute d'ailleurs que le peuple n'est pas suffisamment informé sur la culpabilité ou non du Roi pour avoir une opinion dans la mesure où « pour se prononcer sur la vie d'un homme, il faut avoir sous les yeux les pièces de conviction ; il faut entendre l'accusé, s'il réclame le droit naturel de parler lui-même à ses juges » (Choix de rapports, opinions et discours..., t.X, année 1792 et 1793, op.cit., p.166). Or « ces deux conditions élémentaires, qui ne pourraient pas être violées sans injustice, sont (...) impossibles à remplir » (*ibid*.) si le peuple devait ratifier la décision de la Convention.

1304 Comme le précise le rapport Mailhe, « à Rome, les consuls jugeaient toutes les affaires criminelles ; lorsqu'il s'agissait d'un crime de lèse-majesté populaire, ou seulement d'un délit qui fût de nature à mériter une peine capitale, la sentence devait être soumise au peuple, qui condamnait ou absolvait en dernier ressort. A Sparte, quand un roi était accusé d'avoir enfreint les lois ou trahi les intérêts de la patrie, il était jugé par un tribunal composé de son collègue, du sénat et des éphores, et il avait le droit d'attaquer le jugement par appel au peuple assemblé » (*ibid*., p.165).

1305 *Ibid*., p.166. Le rapport ajoute que « ce qu'on appelait le peuple romain ou le peuple Spartiate n'était que le peuple d'une ville régnant sur toutes les provinces de la république » (*ibid*., p.165-166).

1306 Voir en ce sens : C. Vimbert, La tradition républicaine en droit public français, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, (Collection Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques), p.81-82.

1307 Le courant de la souveraineté appuie sa conviction sur l'exemple du jugement de Charles Stuart par le Parlement anglais qui était dépourvu d'un pouvoir national auquel il reproche « d'avoir violé les formes » (Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale..., tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.163). De ce point de vue, il souligne que « Charles Stuart était inviolable comme Louis XVI ; mais, comme Louis XVI, il avait trahi la nation qui

cours de la Convention par les jacobins[1308], il exercera tout au long de ce régime une influence considérable sur la manière dont les représentants appréhendent les statuts dérogatoires du droit commun des pouvoirs constitués.

297. En définitive, après de vives divergences doctrinales exposées portant sur la possibilité de juger ou non le roi et sur la détermination de l'organe de jugement compétent, la Convention décidera de manière univoque, par le décret du 3 décembre 1792, que « Louis XVI sera jugé par elle »[1309]. La thèse de la souveraineté de la Convention est donc pleinement entérinée ici par la majorité des conventionnels après mûres discussions[1310]. Il apparaît ainsi que les choix effectués par les membres de la Convention, appuyés sur des justifications théoriques bien spécifiques, consistant à reconnaître, *dans un premier temps*, le Roi justiciable après avoir écarté son inviolabilité constitutionnelle puis, *dans un second temps*, à s'autoproclamer compétents pour le condamner en se dispensant eux-mêmes de toute ratification populaire en dernier ressort, sont riches d'enseignements par rapport à notre problématique générale. Chacune de ces orientations témoigne avec vigueur de la volonté des conventionnels de manifester leur emprise sur le pouvoir exécutif et d'affirmer par-là même, en surplomb, leur plénitude de souveraineté sur la totalité des pouvoirs constitués[1311]. Ils se fondent sur un modèle ultra-représentatif qu'ils assument et qui constitue

l'avait placé sur le trône : indépendant de tous les corps établis par la constitution anglaise, il ne pouvait être accusé ni jugé par aucun d'eux ; il ne pouvait l'être que par la nation. Lorsqu'il fut arrêté, la chambre des pairs était toute dans son parti ; elle ne voulait que sauver le roi et le despotisme royal ; la chambre des communes se saisit de l'exercice de toute l'autorité parlementaire (...). Mais le parlement lui-même n'était qu'un corps constitué ; *il ne représentait pas la nation dans la plénitude de sa souveraineté ; il ne la représentait que pour des fonctions déterminées par la constitution : il ne pouvait donc ni juger le roi ni déléguer le droit de le juger*. Il devait faire ce qu'a fait en France le corps législatif ; il devait inviter la nation anglaise à former une convention » *(ibid*., p.163. [Nous soulignons]). Cependant, il convient de noter que Charles Ier d'Angleterre n'a pas comparu devant la Chalbre des communes mais devant un tribunal d'exception (B. Melchior-Bonnet, Le procès de Louis XVI, op.cit., p.252). D'ailleurs, la majorité des membres de la Convention (423 députés contre sur les 721 présents) refusera une nouvelle fois de soumettre leur condamnation à la ratification des électeurs le 15 janvier 1793 en raison de leur souveraineté. Le propos de Couthon prononcé ce jour-là est caractéristique de cette manière de concevoir leur pouvoir : « l'appel au peuple est attentatoire à la souveraineté car il n'appartient pas aux mandataires de transformer leur pouvoir constituant en une simple autorité constituante » (cité par B. Melchior-Bonnet, Le procès de Louis XVI, op.cit., p.151).

1308 Si, au début de la Révolution, le peuple est apparu surtout comme « une entité symbolique portée par le discours », « comme une démarche artificialiste » (L. Jaume, Echec au libéralisme. Les Jacobins et l'État, op.cit., p.18), les Montagnards ont amorcé « un conflit entre souveraineté et représentation, entre démocratie « pure » et démocratie « représentative », un conflit qui avait fait le jeu des éléments les plus radicaux contestant la doctrine de la souveraineté nationale issue de Sieyès » (L. Jaume, La souveraineté montagnarde : République, peuple et territoire, in J. Bart, J.-J. Clère, C. Courvoisier, M. Verpeaux (dir.), La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français, Éditions Universitaires de Dijon, 1997, p.116-117). À cet égard, parmi ses membres, les « Enragés », reprenant la diatribe rousseauiste, interprètent la représentation nationale comme l'aliénation de la souveraineté populaire (cf. D. Gilles, Représentation et souveraineté chez les Enragés, in Association française des historiens des idées politiques, Le concept de représentation dans la pensée politique. Actes du colloque d'Aix-en-Provence (mai 2002), PUAM, 2003, p.253-286). En outre, les différents projets de Constitution au cours de l'année 1793 (celui dû à Condorcet et présenté à la Convention le 15 février 1793, celui de St-Just le 24 avril 1793, celui de Hérault de Séchelles le 10 juin et le texte final du 24 juin 1793) dessinent des visions différentes de la souveraineté et de la volonté générale (voir en ce sens : L. Jaume, La souveraineté montagnarde : République, peuple et territoire, op.cit., p.115-133). Concernant le poids du jacobinisme sur l'antagonisme entre « peuple » et « représentation » : cf. L. Jaume, Le discours jacobin et la démocratie, Paris : Fayard, 1989.

1309 Choix de rapports, opinions et discours..., tome X, année 1792 et 1793, op.cit., p.230.

1310 Comme le note Bernadine Melchior-Bonnet, « entre les convictions du Roi et celles des révolutionnaires, aucun compromis n'était possible. Ils se mouvaient dans des mondes différents, ils obéissaient à des logiques différentes, ils ne parlaient pas le même langage » (B. Melchior-Bonnet, Le procès de Louis XVI, op.cit., p.251).

1311 Comme le souligne Robert Charvin, « à la devise de l'Ancien Régime, « le Roi peut tout », s'est substitué « la

l'ossature conceptuelle majeure des statuts dérogatoires des gouvernants en vigueur depuis le début de la Révolution[1312]. En ce sens, il semblerait que le statut réservé aux ministres sous le régime conventionnel participe tout autant de cette volonté de suprématie institutionnelle des représentants.

B. La subordination de l'exécutif à la Convention souveraine revendiquée par les conventionnels

298. Dans la lignée de la Constituante et de la Législative, les membres de la Convention expriment une réelle crainte à l'égard du pouvoir exécutif, et, en particulier, à l'égard des ministres. En effet, après l'abolition de la monarchie et l'exécution de Louis XVI, « se pose le problème de l'adaptation de l'exécutif au nouveau contexte démocratique lié à l'établissement de la République »[1313]. Dès le début de l'année 1793, la peur apparaît de voir restaurer une royauté, abolie depuis peu de temps. Dès lors, à l'image du statut du Roi, les membres de la Convention s'attachent à une étroite surveillance des ministres et sont animés par le souci de subordonner les titulaires du pouvoir exécutif à la Convention nationale, incarnation de la souveraineté.

299. Ce projet de soumission se manifeste en particulier à travers le débat, au sein de la Convention, sur l'aménagement de la responsabilité des ministres. Que ce soit la consécration du « principe de l'unité de l'organe exécutif en ce qu'il n'existe plus de chef de l'État et le principe de la collégialité quant à la composition de cet organe unique en vue de prévenir toute personnification au sein de cette institution »[1314], les différents projets présentés à la Convention au cours de l'année 1793, aussi bien ceux des Girondins que ceux des Montagnards, organisent la domination et la prééminence de l'Assemblée sur les membres du pouvoir exécutif. Cette tendance s'illustre notamment par un pouvoir constitutionnel de défiance et révocation des conventionnels à l'égard de ces derniers. En surplomb, l'enjeu affectant l'organisation de la responsabilité des ministres est à nouveau de « préserver l'unité du pouvoir »[1315] au profit de l'Assemblée, paradigme théorique dominant des régimes exorbitants en France. L'exécutif dépourvu de caractère représentatif ne peut être qu'une instance subordonnée à la volonté nationale exprimée par la seule Convention. Comme le note Alphonse Aulard, dès le commencement de la Révolution, « une sorte d'habitude politique

Nation peut tout » » (R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.43).

1312 Manifestation de sa souveraineté, « le peuple s'est donné le droit de juger et de condamner à mort Louis XVI (ou plutôt la monarchie car ce procès était celui de toute la lignée) » (B. Melchior-Bonnet, Le procès de Louis XVI, op.cit., , p.252). Plus exactement, « ce jugement permet à la Révolution de rompre avec le passé de compromis et consacre la souveraineté de la Convention, cumulant tous les pouvoirs, « incarnation parfaite de la Nation » » (R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.45).

1313 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale » dans la Constitution de 1793, *in* J. Bart, J.-J. Clère, C. Courvoisier et M. Verpeaux, L'utopie dans le droit public français, op.cit., p.243.

1314 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France..., op.cit., p.173.

1315 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.259.

avait été prise, de considérer le ministère comme ennemi et étranger, et aussi de tenir la position de ministre pour inférieure et presque humiliante »[1316]. Cette perspective est pleinement conforme à l'architecture constitutionnelle bâtie depuis le début de l'ère révolutionnaire articulée autour du principe de la hiérarchie des fonctions. Dans cette perspective, il convient d'analyser succinctement les différents dispositifs conventionnels proposés sur la question précise de la responsabilité des ministres.

300. À ce titre, au cours des débats constitutionnels de l'année 1793, le statut des ministres se trouve abordé à plusieurs reprises et traité de manière quelque peu différente dans les deux projets qui se suivent, celui de Condorcet présenté à la Convention le 15 février 1793 « qui constitue le point de départ de la réflexion des nouveaux constituants »[1317], et celui présenté par Hérault de Séchelles le 10 juin 1793, sans compter « ceux qui exercèrent une influence décisive sur la rédaction (de la Constitution de l'an I), comme St-Just, ou qui rendent compte des problématiques de fond, à la manière de Billaud-Varenne »[1318]. De ce point de vue, chacun des deux projets principaux organisent une soumission plus ou moins importante des autorités exécutives à la représentation nationale.

301. Concernant le schéma institutionnel de Condorcet, principal artisan du projet girondin[1319], celui-ci conçoit la responsabilité des ministres dans une perspective relativement équilibrée entre deux intérêts contradictoires. Il recherche « un compromis difficile entre l'affirmation de l'unité du pouvoir et l'autonomie à procurer aux détenteurs des différentes fonctions, de manière à ce que le système puisse fonctionner en pratique »[1320]. Au demeurant, il part de l'observation selon laquelle les ministres, « premiers agents du gouvernement, ont partout et dans tous les temps, excité la défiance des amis de la liberté »[1321] en raison de « l'étendue, la durée de leurs pouvoirs, l'influence qu'ils exercent sur l'individu ou sur le corps investi du pouvoir législatif, le grand nombre de leurs partisans, suite nécessaire de celui des places lucratives et durables dont ils disposent »[1322]. Par

1316 A. Aulard, Recueil des actes du Comité de salut public, Introduction : avec la correspondance officielle des représentants en mission et le registre du Conseil exécutif provisoire, Paris : imprimerie nationale, 1889, LXXVII p.
1317 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.249. La pensée constitutionnelle de Condorcet sert de base également à la réflexion des Montagnards : comme l'observe Lucien Jaume, « on ne peut comprendre la genèse de la Constitution de l'an I sans se référer au projet constitutionnel dû à Condorcet (…). Le texte montagnard se veut en effet la réplique, en même temps que la contestation des idées du philosophe-législateur » (L. Jaume, La souveraineté montagnarde..., op.cit., p.115).
1318 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.249. Si de nombreux projets sont présentés par les députés durant cette période, on peut citer notamment l'ouvrage de J.N. Billaud-Varenne, membre du Comité de Constitution des Jacobins, « Les Éléments du Républicanisme », Paris : [Charles-Frobert Patris] l'an premier de la République française [1793] ou celui de Saint-Just, « L'esprit de la révolution et de la constitution en France », Paris : chez Beuvin, publié dès 1791 dont s'inspire son discours-programme du 24 avril 1793 énoncé à la Convention.
1319 Le texte du projet de Constitution girondine et les articles votés peuvent être consultés : cf. textes réunis par A. Aulard, dans la revue La Révolution française : Revue d'histoire moderne et contemporaine, janv.-juin 1898, t. 34, p.503-554.
1320 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.252.
1321 Condorcet, A.P., t. LVIII, 15 février 1793, p.591-592.
1322 *Ibid*., p.592.

conséquent, pour remédier à la dérive du despotisme ministériel et par crainte d'en faire un rival du législatif, il est impératif pour Condorcet que les titulaires du pouvoir exécutif ne puissent pas « vouloir mais (…) veiller »[1323]. Pour le girondin, les agents ministériels doivent être « essentiellement subordonnés aux dépositaires de la puissance législative, ou le principe de l'unité d'action serait violé. Ce conseil doit être la main avec laquelle les législateurs agissent, l'œil avec lequel ils puissent observer les détails de l'exécution de leurs décrets, et les résultats des effets que ces décrets ont produits »[1324]. Corps inférieur à la Nation en ce qu'ils sont dépourvus de dimension représentative, les ministres se voient, dès lors, définis par leur fonction d'exécution de la loi. Leur mission consistera, selon lui, à « faire en sorte, que la volonté nationale, une fois exprimée, soit exécutée avec précision, avec ordre, avec sûreté »[1325].

302. Néanmoins, dans un souci d'équilibre sommaire, Condorcet veut conférer à cet organe une relative autonomie « afin qu'il ne soit pas à la merci du corps législatif et que subsiste une authentique séparation des pouvoirs »[1326]. Comme l'affirme le philosophe, si les ministres « sont les agents du Corps législatif, ils ne doivent pas en être les créatures »[1327]. Ainsi on comprend que la problématique de Condorcet par rapport à la responsabilité des ministres consiste à déterminer comment rendre l'exécutif subordonné à la puissance législative, tout en ayant des ministres qui disposent d'une certaine autonomie. Pour cela, la solution qu'il adopte est de faire élire[1328] directement par le peuple[1329] les ministres formant un conseil exécutif de la République composé de sept membres[1330] et de prévoir une mise en jeu de la responsabilité des membres du conseil qui relève d'un jury national spécifique élu par le peuple[1331]. Cependant, conformément à ses visées

1323 *Ibid*., p.590.
1324 *Ibid*., p.591.
1325 *Ibid*., p.590.
1326 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.251-252.
1327 Condorcet, A.P., t. LVIII, 15 février 1793, p.591.
1328 Comme le souligne Jean-Pierre Duprat, « Condorcet se préoccupe davantage que Robespierre ou Saint-Just de la souveraineté populaire, donc du fondement ultime et concret que constitue le peuple. Sa démarche scientifique lui fait préférer un mode de raisonnement opératoire, même s'il aboutit à une construction institutionnelle complexe, à une approche strictement conceptuelle (…). Cette orientation démocratique rend compte de la place attribuée au pouvoir électoral, expression du peuple souverain, à la fois dans la désignation des autorités politiques et dans le processus législatif, de même que dans la reconnaissance d'un pouvoir de censure » (J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale » dans la Constitution de 1793, op.cit., p.243). Le Girondin se fixe effectivement comme objectif de laisser « subsister dans toute leur étendue, et la souveraineté du peuple, et l'égalité entre citoyens, et l'exercice de la liberté naturelle » (Condorcet, A.P., t. LIII, 15 février 1793, p.583). Pour lui, l'ensemble des autorités doivent être placées sous le contrôle effectif du peuple, de manière à prévenir toute dérive autoritaire.
1329 Plus précisément, les ministres sont élus à partir de listes de candidats proposées par chaque département pour chaque ministère sur lesquelles les assemblées primaires procèdent au vote définitif. Cf. Titre V, section II, Du mode d'élection du Conseil exécutif, art.1 à 22. Cependant, leur élection populaire ne leur confère pas la qualité de représentant car les ministres sont subordonnés à la volonté des députés, ils sont de simples agents d'exécution. D'ailleurs, le projet de Condorcet écarte toute marge d'appréciation ou d'interprétation de la part des ministres dans leur mission consistant à mettre en application les lois comme l'illustre l'article 6, titre V, section I : « il (…) est expressément interdit [au Conseil exécutif] de modifier, d'étendre ou d'interpréter les dispositions des lois et des décrets, sous quelque prétexte que ce soit ».
1330 Comme l'explique Condorcet, « les membres du conseil ne seront point élus par le Corps législatif, puisqu'ils sont les officiers du peuple et non ceux de ses représentants » (Condorcet, A.P., t. LVIII, 15 février 1793, p.591).
1331 Selon Condorcet, « une destitution arbitraire eût entraîné une trop grande dépendance » des ministres au Corps législatif (Condorcet, A.P., t. LVIII, 15 février 1793, p.591), tout en notant qu'il était « dangereux cependant de ne

d'origine, Condorcet se méfie de la tyrannie ministérielle et cherche à préserver la logique unitaire des pouvoirs. Il veille donc à subordonner l'exécutif au Corps législatif. De ce point de vue, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des ministres – de nature pénale - mettent en lumière et concrétisent une telle volonté. En premier lieu, comme le souligne Nathalie Havas, l'Assemblée dispose potentiellement, dans le projet girondin, d'« un pouvoir de défiance à l'égard des ministres par le biais de la procédure de mise en accusation »[1332] en cas de « forfaiture » ou de « simple destitution » puisqu'elle constitue la seule autorité susceptible d'engager les poursuites pénales[1333]. Surtout, en l'absence de définition de la qualification pénale de « forfaiture », elle possède une compétence discrétionnaire pour définir les faits susceptibles d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité pénale des ministres[1334].

En second lieu, le Corps législatif bénéficie également dans le projet girondin d'un pouvoir de révocation, étant donné qu'il dispose d'« une procédure ayant de grandes chances de déboucher sur le renvoi de membres du Conseil exécutif »[1335]. Outre la mise en accusation pour forfaiture, le Corps législatif peut en effet également engager des poursuites contre un ministre en vue d'obtenir sa « destitution ». Or il est manifeste que cette procédure est, en partie, maîtrisée par les membres de l'assemblée puisque, *d'une part*, les poursuites ne peuvent être engagées qu'à la suite de la rédaction d'un « acte énonciatif des faits qui ne pourront être qualifiés », dans un délai de trois jours, au regard de l'article 25, titre V, section I du projet girondin. Dès lors, on constate que ces poursuites ne sont pas fondées sur « le principe de légalité puisque la qualification juridique des faits s'avère impossible, mais sur un principe d'opportunisme politique »[1336]. *D'autre part*, les constituants girondins étant demeurés silencieux sur la définition des incriminations susceptibles de mettre en œuvre une procédure de destitution que sont l'« incapacité » et la « négligence grave » de la part d'un ministre[1337], « les membres du Corps législatif peuvent (…) solliciter la destitution d'un

soumettre des fonctionnaires à aucune destitution tant que de véritables prévarications n'appelleraient pas contre eux la sévérité des lois » (*ibid*.).

1332 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.174.

1333 Au titre de l'article 21, titre V, section I, « aucun Ministre en place, ou hors de place, ne peut être poursuivi en matière criminelle pour fait de son administration, sans un décret du Corps législatif qui ordonne la mise en jugement ».

1334 Au titre de l'article 24 titre V, section I, du projet de Constitution girondin, lorsque le Corps législatif décide de mettre en accusation un ministre, celui-ci peut décider de prononcer « la simple destitution » ou « la forfaiture ». De ce point de vue, selon Nathalie Havas, dans ce dernier cas, « dans la mesure où les promoteurs du projet girondin ne précisent pas quels sont les faits susceptibles de constituer une forfaiture, ils pourront aisément retenir cette qualification juridique à l'endroit d'un ministre » qu'ils souhaitent écarter pour des raisons politiques (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.176). Cette volonté girondine prend appui sur le précédent de l'affaire Delessart dans laquelle la mise en accusation de ce ministre a été faite « dans le but non dissimulé d'obtenir son retrait de la fonction ministérielle » (*ibid*., p.176). Cependant, certains députés critiquent l'arbitraire résultant de cette lacune juridique. Le député Faure a parfaitement conscience des enjeux découlant de cette indétermination pénale : il affirme en effet lors de la séance du 24 avril 1793 que le Comité de Constitution « ouvre la voie à décerner contre lui [le Conseil exécutif] un acte d'accusation, sans en donner d'autres raisons que la volonté du Corps législatif et il a tort ; c'est mettre le pouvoir exécutif sous la dépendance immédiate du Corps législatif » (Faure, A.P., t. XIII, 24 avril 1793, p.282) au risque d'« exposer le Conseil exécutif aux caprices, à l'intrigue et aux petites passions du Corps législatif » (*ibid*., p.283) et le priver de toute stabilité.

1335 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.177.

1336 *Ibid.*, p.176-177.

1337 Titre V, section I, article 31 du projet girondin : « la destitution d'un membre du Conseil aura lieu pour les cas

ministre pour n'importe quel fait, sans avoir à justifier d'une quelconque atteinte à la légalité »[1338]. Pour autant, si l'assemblée dispose de l'initiative de cette procédure, le pouvoir de décision finale appartient exclusivement à la juridiction d'exception du jury national à qui il revient de se prononcer sur la destitution ou, au contraire, sur le renvoi dans ses fonctions du ministre poursuivi[1339]. Mais du fait d'un mode d'élection populaire identique, il est fort probable, selon le point de vue de Michel Troper, qu'une certaine connivence naîtrait entre les titulaires du pouvoir législatif et les membres du jury national, de telle sorte que cette juridiction d'exception donnerait raison aux mises en accusation des ministres par le corps législatif en prononçant dans la plupart des cas leur destitution[1340]. Dès lors, on peut considérer que l'assemblée bénéficie, sans nul doute, d'un pouvoir de révocation à l'endroit des ministres[1341], en plus d'un pouvoir de défiance.

En définitive, on observe donc que le projet de Condorcet, rédacteur le plus influent du projet girondin, rend compte de sa volonté paradoxale « de renforcer l'institution ministérielle, afin qu'elle ne soit pas le simple exécuteur des volontés du législatif »[1342] et d'instituer un semblant de séparation des fonctions « même dans une logique hiérarchique »[1343], tout en maintenant « la conception unitaire du pouvoir et la suprématie de l'assemblée »[1344], comme l'illustre le régime de la responsabilité des ministres[1345]. Il est indéniable que les députés, malgré l'instauration d'un privilège de juridiction, maîtrisent fortement les conditions de sa mise en œuvre[1346], de telle manière que les ministres se trouvent assujettis à la volonté des dépositaires de la puissance législative, tels de simples agents d'exécution[1347].

d'incapacité ou de négligence grave ».

1338 *Ibid*., p.177.

1339 Titre V, section I, article 26 du projet girondin : « Un seul Jury national sera convoqué dans la huitaine ; il prononcera ensuite sur les faits non qualifiés : il y a, ou il n'y a pas lieu à destitution ; et le Tribunal, d'après la déclaration du Jury, prononcera la destitution du Membre du Conseil, ou le renvoi dans ses fonctions ».

1340 cf. M. Troper, Saint-Just et le problème du pouvoir exécutif dans le discours du 24 avril 1793, AHRD, janvier-mars 1968, n°191, p.7.

1341 Ce pouvoir de révocation se justifie d'autant plus au regard de l'article 28 de la Constitution qui prévoit que dès qu'il y a mise en accusation d'un ministre, la suspension de ses fonctions est prononcée *de jure* jusqu'à ce que le jury national ait rendu son jugement. Dès lors « les Constituants girondins ne peuvent ignorer que l'article 28 qu'ils proposent pourra être utilisé par les députés en vue d'obtenir le départ, même provisoire, d'un ministre » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.178).

1342 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale » dans la Constitution de 1793, op.cit., p.253.

1343 *Ibid.*

1344 *Ibid*.

1345 Pour Lucien Jaume, « il s'agit d'établir une séparation entre l'origine du pouvoir (indépendance, fondée sur l'élection) et sa fonction, subordonnée au législatif » (L. Jaume, La souveraineté montagnarde..., op.cit., p.118).

1346 Comme le note Nathalie Havas, dans la continuité de la Législative en matière de responsabilité ministérielle, « cette indétermination du dispositif pénal offre à nouveau aux titulaires du pouvoir législatif un moyen d'attaquer les membres de l'exécutif à des fins politiques » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.174).

1347 Il apparaît que si le Corps législatif dispose de moyens susceptibles d'inciter un ministre à quitter ses fonctions, « les membres du Conseil exécutif se trouvent dépourvus du pouvoir politique » (*ibid*., p.174) de sorte qu'il n'est pas possible de parler de l'instauration à travers le projet girondin d'une responsabilité politique des ministres. Sur l'absence de pouvoir gouvernemental des membres du Conseil exécutif fortement assujettis à la volonté du Corps législatif : cf. *ibid*., p.178-179.

303. À l'instar du projet girondin – qui sera finalement rejeté[1348] -, le projet montagnard[1349] présenté le 10 juin 1793 par le conventionnel Hérault de Séchelles, rapporteur du Comité de salut public[1350], tend également à subordonner l'exécutif au Corps législatif mais dans un sens encore plus accentué. Les Montagnards partagent une défiance à l'égard de l'organe exécutif en raison de la puissance dont il dispose et qui peut servir à réaliser l'ambition personnelle des membres qui le composent. Comme le déclare Robespierre, « le gouvernement est institué pour faire respecter la volonté générale ; mais les hommes qui gouvernent ont une volonté individuelle ; et toute volonté cherche à dominer. S'ils emploient à cet usage la force publique dont ils sont armés, le gouvernement n'est que le fléau de la liberté. Concluez donc que le premier objet de toute Constitution doit être de défendre la liberté publique et individuelle contre le gouvernement lui-même »[1351]. C'est pourquoi les Montagnards rejettent vivement l'idée girondine d'une élection populaire des ministres qui les légitimerait et renforcerait encore davantage leur pouvoir[1352]. Par conséquent, redoutant une concurrence par rapport aux titulaires du pouvoir législatif, Hérault de Séchelles dénie fermement la qualité de représentant aux ministres et, plus largement, à l'exécutif. Dans son discours, l'ancien juge, imprégné des idées rousseauistes[1353], déclare que celui-ci « doit

1348 La discussion sur le projet girondin de Constitution s'ouvre à la Convention dès le 17 avril 1793 mais s'interrompt brusquement à la séance du 24 avril 1793 du fait de la ferme hostilité des Montagnards à ce texte constitutionnel, exprimée en particulier par Robespierre (cf. A.P., t. LXIII, 24 avril 1793, p.197-200) et Saint-Just (cf. A.P., t. LXIII, 24 avril 1793, p.200-215). Ils lui reprochent principalement l'irresponsabilité des ministres qu'il institue du fait de l'unité de l'organe exécutif. Selon Saint-Just, « un Conseil et des ministres sont deux choses hétérogènes et dépassées : si on les confond, le peuple doit chercher des dieux pour être ses ministres, car le Conseil rend les ministres inviolables, et les ministres rendent le peuple sans garantie contre le Conseil » (Saint-Just, A.P., t. XIII, 24 avril 1793, p.202). Cela signifie selon Michel Troper que « chaque ministre, individuellement, peut rejeter la responsabilité de ses actes sur le Conseil en prétendant qu'il n'a fait qu'exécuter des arrêtés pris collectivement ; de son côté, le Conseil peut éluder la responsabilité en imputant les attitudes ou les faits qui lui sont reprochés à l'action individuelle des ministres » (M. Troper, Saint-Just et le problème du pouvoir exécutif dans le discours du 24 avril 1793, op.cit., p.6-7). Cependant, comme le souligne Nathalie Havas, l'opposition des Montagnards au projet girondin est en réalité avant tout guidée par des considérations d'opportunité politique : « le projet de Condorcet ne connaît (...) aucune suite, parce qu'il achoppe sur l'opposition des Montagnards qui ne bénéficiaient pas d'une place de choix au sein du Comité de Constitution » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.180).

1349 A la fin du mois de mai 1793, le Comité de salut public, créé quelques semaines auparavant, est chargé de rédiger un nouveau projet de Constitution plus court que le précédent. Pour cela, cinq nouveaux membres lui sont adjoints, à savoir Couthon, Hérault de Séchelles, Mathieu, Ramel et Saint-Just.

1350 Parmi ces rédacteurs, on peut considérer que « Saint-Just tient le rôle principal, relayé, au moins au titre de secrétaire de séance, par Hérault de Séchelles (…). De fait, dans le projet constitutionnel présenté à la Convention par Hérault le 10 juin, ainsi que l'exposé des motifs, on retrouve la trace des idées de Saint-Just, quoique des modifications importantes aient dû être consenties par le jeune ami de Robespierre » (L. Jaume, La souveraineté montagnarde..., p.129).

1351 Robespierre, A.P., t. LXIV, 10 mai 1793, p.429. En ce sens, il ajoute : « jamais les maux de la société ne viennent du peuple, mais du gouvernement » (*ibid*.).

1352 Saint-Just déplore dans le premier projet la « royauté des ministres », du fait des conditions de leur élection et des moyens dont ils disposent (cf. Saint-Just, A.P., t. LXIII, 24 avril 1793, p.202). Comme le souligne Nathalie Havas, Boissy d'Anglas va encore plus loin puisqu'il propose dans son *projet de Constitution pour la République française*, à la séance du 17 avril 1793 « la disparition des ministres. L'article 16 du titre VI de son projet prévoit que « le titre de ministre est aboli, ainsi que les divisions ministérielles. L'autorité du Conseil sera une et indivisible ; il n'y aura parmi les membres qui le composent aucune distinction de département (...) » » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.181).

1353 Hérault de Séchelles indique dans son discours du 10 juin 1793 que les rédacteurs du projet montagnard ont retenu une option mixte : « la Constitution française ne peut être exclusivement représentative, parce qu'elle n'est pas moins démocratique que représentative » (Hérault de Séchelles, A.P., t. LXVI, 10 juin 1793, p.258). Ainsi chez Hérault de Séchelles, revendiquant son influence rousseauiste – il s'appuie sur le Contrat social (*ibid*., p.259) -, la souveraineté de la volonté générale ne « peut laisser qu'une place intermédiaire à la représentation, et seulement dans le cadre de l'assemblée législative. Une nécessité logique impose alors une vision unitaire du pouvoir (…) ; la seule articulation

s'inscrire dans une stricte logique démocratique, c'est-à-dire de subordination à la loi et au peuple »[1354]. Il affirme avec force : « on ne représente point le peuple dans l'exécution de sa volonté »[1355]. D'après ce raisonnement, explique Nathalie Havas, « il ne fait (…) aucun doute que les Constituants montagnards (aspirent) à subordonner l'organe exécutif à l'Assemblée, et plus largement au peuple lui-même »[1356].

304. À cette fin, outre la division entre un Conseil exécutif et des ministres afin de neutraliser l'influence du premier[1357], les modalités de la responsabilité de l'organe exécutif organisées par le projet montagnard font état d'une telle volonté. Dans le but d'asseoir l'autorité des députés sur les membres du Conseil exécutif, les articles 55[1358] et 71[1359] attribuent au seul Corps législatif le droit d'accusation en ce qui concerne les crimes et délits des ministres – qui sont, dès lors, soumis à une responsabilité pénale. L'article 72 de la Constitution de l'an I pose ensuite le principe de la responsabilité du Conseil exécutif[1360]. La nature exacte de cette responsabilité s'avère délicate à déterminer[1361]. Il en résulte donc, pour Nathalie Havas, qu'à l'instar du projet girondin, « par ces deux dispositions de la Constitution montagnarde, l'article 72 mais aussi et surtout l'article 71, le Corps législatif dispose d'un pouvoir de défiance et d'un pouvoir de révocation à l'endroit des ministres »[1362]. D'ailleurs, la domination du Corps législatif sur les ministres apparaît même

possible entre les institutions apparaît de nature verticale, donc hiérarchique » (J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale » dans la Constitution de 1793, op.cit., p.250).Pour lui, la qualité de représentant n'intervient qu'au profit du Corps législatif, lorsqu'il vote les décrets et non pas les lois : « le député sera revêtu d'un double caractère; Mandataire dans les lois qu'il devra proposer à la sanction du peuple, il ne sera représentant que dans les décrets : d'où il résulte évidemment que le gouvernement français n'est représentatif que dans toutes les choses que le peuple ne peut pas faire lui-même » (Hérault de Séchelles, A.P., t. LXVI, 10 juin 1793, p.258).

1354 Hérault de Séchelles, A.P., t. LXVI, 10 juin 1793, p.258.

1355 *Ibid*., p.259.

1356 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.181. Cette volonté se manifeste à travers la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen inséré dans le Préambule à la Constitution du 24 juin 1793, qui consacre, en ses article 27, 30, 31, « le principe de la révocabilité des gouvernants – entendu *lato sensu* comme désignant les membres de l'exécutif et du législatif – devant le peuple » (*ibid*., p.181-182). L'article 27 dispose en effet : « que tout individu qui usurperait la souveraineté soit à l'instant mis à mort par les hommes libres », auquel l'article 30 ajoute : « les fonctions publiques sont essentiellement temporaires ; elles ne peuvent être considérées comme des distinctions ni comme des récompenses, mais comme des devoirs ». Par conséquent, l'article 31 prévoit que « les délits des mandataires du peuple et de ses agents ne doivent jamais être impunis. Nul n'a le droit de se prétendre plus inviolable que les autres citoyens ».

1357 Institution originale marquée par la collégialité (24 membres), le Conseil exécutif doit servir d'intermédiaire entre les ministres et l'assemblée. Alliée de cette dernière au sein même de l'exécutif, son institution répond au souci d'« éviter l'émergence d'un pouvoir administratif, qui saperait l'autorité du Corps législatif » (J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.243). A l'image du projet girondin, le Conseil exécutif ne bénéficie que d'un rôle d'exécution des lois et ne participe en aucune manière à la fonction législative (article 65 de la Constitution de l'an I : « le Conseil est chargé de la direction et de la surveillance de l'administration générale ; il ne peut agir qu'en exécution des lois et des décrets du Corps législatif »).

1358 Article 55 de la Constitution de l'an I : « sont désignés, sous le nom particulier de décret, les actes du Corps législatif, concernant : (…) La poursuite et la responsabilité des membres du conseil, des fonctionnaires publics ».

1359 Article 71 de la Constitution de l'an I : « les membres du Conseil, en cas de prévarication, sont accusés par le Corps législatif ».

1360 Article 72 de la Constitution de l'an I : « Le Conseil est responsable de l'inexécution des lois et des décrets, et des abus qu'il ne dénonce pas ».

1361 Selon Jean-Pierre Duprat, « la rédaction de l'article 72 implique que la responsabilité du Conseil soit ici collective et donc politique » (J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.262).

1362 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France..., op.cit., p.183.

renforcée par rapport au projet antérieur puisque la Constitution de l'an I ne spécifie pas quels sont les juges qui doivent examiner les accusations de l'Assemblée. La mention du jury national disparaît en effet du projet montagnard[1363] au motif que les constituants rejettent cette institution par peur d'ériger une autorité supérieure au Corps législatif[1364]. C'est pourquoi face à une telle imprécision des dispositions relatives à la responsabilité des membres de l'exécutif, le député Marée proposera sans succès que « la Constitution exprime formellement le droit et le devoir aux législateurs de régler le mode d'exercice de la responsabilité des ministres »[1365]. Mais une fin de non-recevoir des conventionnels est opposée à la requête du conventionnel Marée. Une telle requête manifeste implicitement, comme le souligne Nathalie Havas, « leur volonté de conserver un moyen commode de provoquer le départ des ministres »[1366].

305. Il apparaît donc que le projet montagnard exprime une légère différence de conception par rapport au projet girondin. Alors que le second souhaite réhabiliter et préserver une certaine indépendance aux ministres comme en témoignent les modalités de leur désignation, le premier vise à subordonner *strictement* l'organe exécutif au Corps législatif. Les montagnards mettent en avant une conception rigide de la séparation des pouvoirs[1367] qui tend vers une hiérarchisation des fonctions et des organes investis, « favorisée par la logique unitaire constamment revendiquée par les orateurs »[1368]. Supposant une collaboration étroite entre les pouvoirs, l'organe exécutif

1363 Le projet exposé par Hérault de Séchelles le 10 juin 1793 prévoyait, à l'origine, la mise en place d'un jury national, « cette grande institution dont la majesté du souverain a besoin » (A.P., t. LXVI, 10 juin 1793, p.258) même s'il la conçoit, de manière symptomatique, maîtrisée par le Corps législatif puisqu'il affirme qu'« elle sera placée à côté de la représentation elle-même » (ibid.). Le Montagnard justifie cet organe de la manière suivante : il s'étonne que « les fonctionnaires publics (soient) responsables ; et les premiers mandataires du peuple ne le (soient) pas encore (…). La plus profonde des injustices, la plus écrasante des tyrannies nous a saisis d'effroi. Nous en avons cherché le remède dans la formation d'un grand jury, destiné à venger le citoyen opprimé dans sa personne, des vexations (...) du corps législatif et du conseil : tribunal imposant et consolateur, créé par le peuple, à la même heure, et dans les mêmes formes qu'il crée ses représentants ; auguste asile de la liberté, où nulle vexation ne serait pardonnée, et ou le mandataire coupable n'échapperait pas plus a la justice qu'à l'opinion » (*ibid*.).

1364 Le rapporteur Hérault de Séchelles qui affirme que « l'institution du juré national est une idée grande, belle et généreuse » rejette tout de même ce tribunal « propre à inquiéter les membres de la législature et (…) (à) être un germe de division » (A.P., t. LXVI, séance du 16 juin 1793, p.577). La fonction même de ce « grand juré national » qui consiste à « garantir les citoyens de l'oppression du Corps législatif et du Conseil » (*ibid*., p.576) et ses modalités intrinsèques posent problème manifestement pour les conventionnels. Pour Thirion, il serait tout d'abord « funeste à la liberté des opinions des membres du Corps législatif, chacun craindrait de manifester sa pensée » (*ibid*.), entravant par conséquent la marche de l'assemblée. Le Corps législatif deviendrait ainsi un corps subordonné à ce tribunal, en totale contradiction avec le principe de l'unité du pouvoir en vigueur depuis la période révolutionnaire. De plus, Thuriot souligne une contradiction : « la législature peut rendre nul l'établissement de ce tribunal car il n'est convoqué que par décret du Corps législatif. Si celui-ci redoute son jugement, il ne le convoquera pas » (*ibid*., p.577). En effet, bénéficiant d'une immunité, les membres du Corps législatif ne peuvent être livrés au tribunal que sur un décret d'accusation de l'Assemblée des représentants du peuple selon le projet montagnard. Cependant, le conventionnel Ramel-Nogaret nuance la puissance de ce tribunal qu'il considère comme le « palladium de la liberté » (*ibid*.) car ce dernier, organe non permanent finalisé, dispose d'une compétence limitée : il déclare effectivement qu'il « n'est pas toujours assemblé ; il n'est convoqué que dans des cas extraordinaires, et pour un temps déterminée » (*ibid*.). Par conséquent, « on ne doit pas être effrayé de son autorité » (*ibid*.). Finalement, l'idée d'un grand juré national sera abandonnée par les Montagnards arguant qu'« il existe déjà un tribunal de ce genre, l'opinion publique » (Thirion, *ibid*., p.576). Pour Robespierre, « ce sera le peuple qui scrutera la conduite des mandataires » (*ibid*., p.577).

1365 Marée, A.P., t. LXVI, 16 juin 1793, p.576.

1366 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France..., op.cit., p.183.

1367 Voir en ce sens : M. Troper, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris : LGDJ, 1980, p.182-183.

1368 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.243.

n'intervient qu'en exécution des actes de l'assemblée et « ne dispose (…) d'aucun recours pour contrebalancer [son influence] »[1369]. Influencée par la pensée de Rousseau[1370], le projet montagnard se caractérise effectivement par une articulation des pouvoirs marquée par une logique de concentration des pouvoirs au profit de l'assemblée. Véritable régime d'assemblée, il apparaît manifestement, comme le remarque Jean-Pierre Duprat, que « la notion de séparation se trouve largement réinterprétée à la lumière du *Contrat social* et prévaut alors une distinction des fonctions présentée selon un schéma hiérarchique, dans la mesure où la notion-clé est celle de volonté générale, dont l'expression est la loi. L'exécutif se trouve ainsi cantonné à des actes particuliers qui sont extérieurs à celle-ci, même s'ils en réalisent l'application »[1371]. En revanche, il est indéniable que les deux projets se rejoignent sur leur manière de concevoir *théoriquement* et *en pratique* la responsabilité ministérielle, et, spécialement, le privilège de juridiction dont il bénéficie.

306. Mais, en dépit de son adoption par les conventionnels le 24 juin et par référendum populaire en août 1793, la Constitution montagnarde, fruit d'une longue réflexion, ne sera jamais appliquée. La Terreur anéantit les efforts des constituants. Pour autant, il n'en demeure pas moins que les deux projets de Constitution possèdent un intérêt important. Ils constituent un outil précieux pour déterminer les différents postulats théoriques qui structurent la conception des statuts dérogatoires des gouvernants défendues par les membres de la Convention durant cette période. À cet égard, que ce soient les Montagnards ou les girondins dans une moindre mesure, ils sont guidés par un même souci de subordonner l'organe exécutif - dépourvu de volonté - à la représentation nationale incarnée toute entière dans la Convention et, plus largement, par le peuple lui-même[1372]. Or, en l'occurrence, cette préoccupation centrale commune se reflète directement dans leur façon de penser et d'aménager la responsabilité des ministres. Les deux projets dotent le pouvoir législatif d'un pouvoir de défiance et de révocation à l'endroit des ministres, et ce malgré l'instauration d'un privilège de juridiction en leur faveur - davantage équivoque dans le projet montagnard. Il s'avère, ainsi, que les régimes immunitaires des pouvoirs politiques, et en particulier celui des ministres, sont organisés durant cette période autour d'un paradigme théorique dominant, bien ancré depuis le début de la Révolution, qui est celui de *la prééminence de l'assemblée souveraine sur l'ensemble des pouvoirs constitués*. La vision unitaire de la souveraineté qui guide la pensée constitutionnelle des conventionnels, et dont découle la subordination revendiquée de l'exécutif au Corps législatif, conduit, en effet, à la mise en place d'un contrôle quasi-total de l'assemblée sur les conditions

1369 *Ibid.*, p.267.
1370 Les constituants montagnards citent régulièrement le penseur genevois. A titre d'exemples : v. le discours de Saint-Just du 24 avril (A.P., t. LXIII, 24 avril 1793, p.203), le discours de Robespierre du 10 mai (A.P., t. LXIV, 10 mai 1793, p.432), le rapport exposé par Hérault de Séchelles le 10 juin (A.P., t. LXVI, 10 juin 1793, p.259).
1371 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.252.
1372 Comme le remarque Paul Bastid, « ces deux textes, qui mettaient aux prises des adversaires irréconciliables, ont en réalité beaucoup de points communs ; on peut même dire que le second ne marquait que l'accentuation du premier. Tous les deux exaltaient la suprématie d'une Assemblée unique ; tous les deux organisaient un exécutif subordonné » (P. Bastid, Le régime d'assemblée, Paris : Ed. Cujas, 1956, p.306).

d'engagement de la responsabilité des ministres. Les conventionnels, méfiants à l'égard du pouvoir exécutif, sont, comme le note Jean-Pierre Duprat, « prisonniers d'une vision légicentriste du pouvoir »[1373]. À leurs yeux, il ne peut être de volonté qu'émanant du Corps législatif et « c'est donc implicitement voir en [ce dernier] la tête véritable de l'organisation constitutionnelle ; dans leur langage, le conseil exécutif se trouve réduit soit à l'état de membre, le bras, soit à l'état d'organe, l'œil »[1374]. En dépit des discours et des efforts réalisés par les constituants pour asseoir une logique proche de la démocratie directe, le principe représentatif l'emporte en faveur de l'assemblée pendant cette période. De ce point de vue, le régime de la Convention nationale se situe dans la continuité théorique de l'ère révolutionnaire. Il s'enracine durant cette période l'idée majeure de *l'unicité du pouvoir* comme structure de pensée des régimes exorbitants qui va traverser durablement l'histoire constitutionnelle française, même si, au cours de l'année 1793, « la prééminence théorique de l'assemblée est (…) près de s'effacer au profit de celle des comités, surtout le Comité de salut public, une fois décidée la mise à l'écart de la Constitution, réalisant ainsi la concentration du pouvoir la mieux adaptée à la vision unitaire qui guidait les conventionnels »[1375].

SECTION 3. LE DIRECTOIRE : UNE PÉRIODE DE RATIONALISATION DES IMMUNITÉS CONSTITUTIONNELLES DANS UN CONTEXTE POLITIQUE DAVANTAGE APAISÉ

307. Les objectifs des constituants de l'an III étaient clairs. Ttirant les leçons des expériences constitutionnelles précédentes, ils redoutent, non seulement, la monarchie et la dictature d'un homme en souvenir de Louis XVI et de Robespierre, mais également l'omnipotence d'une Assemblée unique en réaction à la Terreur[1376]. Lors des discussions de la Constitution de l'an III, les Thermidoriens tentent ainsi d'organiser les pouvoirs publics afin d'échapper à ces deux écueils. A cet égard, après avoir rejeté la mise en application de la Constitution montagnarde[1377], les Thermidoriens adoptent la Constitution du 5 Fructidor an III dont le principal rédacteur est Daunou[1378], même si le projet de Constitution est présenté à la Convention par Boissy d'Anglas[1379].

1373 J.-P. Duprat, Le « monstre acéphale »..., op.cit., p.268.
1374 *Ibid*.
1375 *Ibid*., p.268. Sur ce point : L. Jaume, Le discours jacobin et la démocratie, op.cit., p.383.
1376 Pour Boissy d'Anglas, à travers la Constitution du 22 août 1795, « la Convention traduit l'esprit des Français, elle laisse sa destinée incertaine, si elle ne donne enfin à la France une Constitution libre, une Constitution qui prévienne le retour de toutes les tyrannies en détruisant l'anarchie, à l'aide de laquelle s'élèvent tous les tyrans, qui rende à la liberté sa force et son éclat en la dépouillant des illusions perfides dont on l'avait entourée » (Discours préliminaire au projet de Constitution pour la République française prononcé par Boissy-d'Anglas, au nom de la Commission des onze, dans la séance du 5 messidor an III (23 juin 1795), op.cit., p.83).
1377 Sur ce point : N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.195-197.
1378 A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, *in* G. Conac et J.-P. Machelon (dir.), La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel, op.cit., p.111.
1379 C. Courvoisier, Boissy d'Anglas, rapporteur du projet de Constitution de l'an III, *in* G. Conac et J.-P. Machelon

Pour atteindre leurs deux objectifs principaux, les constituants de l'an III semblent faire le choix d'une séparation rigide des pouvoirs puisque le texte constitutionnel de 1795 établit une spécialisation et une indépendance absolues entre les pouvoirs. Au regard des dispositions constitutionnelles, il est exact que les Conseils exercent exclusivement la fonction législative et que le Directoire, secondé par des ministres, apparaît seul investi de la fonction exécutive. Les directeurs et les ministres sont dans l'incapacité de proposer des lois et ils ne se trouvent pas non plus investis d'un droit de veto en matière législative, à la différence du monarque de la Constitution de 1791. La Constitution de l'an III va même jusqu'à contraindre le Directoire à promulguer les lois adoptées par le Corps législatif, de la même manière que le pouvoir législatif ne peut intervenir dans la fonction exécutive. En outre, aucun moyen d'action réciproque n'est établi par l'acte constitutionnel. Le principe d'indépendance paraît garanti, en ce que les directeurs et les ministres doivent nécessairement être choisis en dehors des chambres. Les membres de l'exécutif n'ont d'ailleurs pas de contact direct avec les assemblées, puisqu'ils ne bénéficient ni du droit d'entrée, ni du droit de parole au sein des Conseils. L'exécutif ne peut communiquer avec le Corps législatif que par l'intermédiaire des messagers d'État. Au vue de cette organisation, « le pouvoir exécutif ne peut donc absolument pas influencer le débat législatif »[1380]. Surtout les membres de l'organe exécutif sont dans l'impossibilité d'agir sur les Conseils, tout particulièrement parce qu'ils sont dépourvus du droit de dissolution. Réciproquement, la Constitution directoriale « demeure silencieuse quant à une éventuelle responsabilité politique »[1381] du pouvoir exécutif devant le corps législatif et organise uniquement une responsabilité pénale pour les crimes contre la Constitution. À première vue, il semble possible de considérer, à l'image de la doctrine constitutionnelle classique[1382], que les constituants de l'an III tentent d'établir un certain équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif.

308. Cependant, nonobstant certaines dispositions constitutionnelles tendant à l'isolement des pouvoirs, « l'équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif auquel paraissent aspirer les Constituants de 1795 s'avère illusoire »[1383] à la lumière de l'analyse des débats constituants et du texte lui-même. Comme l'a démontré Michel Troper, la Constitution directoriale est guidée, en réalité, par le modèle de la spécialisation des pouvoirs entraînant une soumission du pouvoir exécutif au pouvoir législatif, selon la perspective légicentriste adoptée lors de Révolution[1384]. La

(dir.), La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas..., op.cit., p.101.

1380 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France..., op.cit., p.201. Dans le même sens, le Directoire n'a ni le droit de convoquer les Conseils en session, ni même celui d'ajourner ces sessions.

1381 *Ibid*., p.201.

1382 M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2è éd., Paris : Sirey, 1929, p.301 ; R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français, préface E. Maulin, rééd. Paris : Dalloz, 2004, t. II, p.36-42 ; A. Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et comparé, avant-propos D. Chagnollaud, Paris : LGDJ, éditions Panthéon-Assas, 2001, p.466-477 ; J. Barthélemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, Paris : Dalloz, 1933, p.146.

1383 N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.197.

1384 Voir en ce sens : M. Troper, Terminer la Révolution, op.cit., p.129-146; M. Troper, La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III, in G. Conac et J.-P. Machelon (dir.), La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel, op.cit., p.51-71.

conceptualisation et l'architecture des immunités constitutionnelles réalisées par les constituants de l'an III en sont la manifestation et la clé de voûte. Dans la continuité du début de la période révolutionnaire, le système immunitaire des autorités constituées reste pensé autour du principe de la suprématie institutionnelle de l'Assemblée souveraine sur le reste des pouvoirs constitués. En ce sens, les constituants de l'an III mettent en place un dispositif immunitaire très protecteur à l'égard du pouvoir législatif qui connaît quelques innovations (**§1**). En outre, ils organisent à nouveau, malgré l'opposition de certains auteurs dont le groupe de Coppet, une subordination du pouvoir exécutif au pouvoir souverain par le biais du mécanisme de la responsabilité pénale des directeurs et, spécialement, au moyen de la procédure de mise en accusation dont l'initiative appartient aux Conseils (**§2**).

§1. La conceptualisation des immunités parlementaires entre continuité et perfectionnement

309. Le Directoire est souvent présenté comme un régime médiocre, indigne successeur de l'élan primitif de la Révolution[1385]. En réalité, il est le régime le plus long de la période révolutionnaire au cours duquel s'enracinent durablement les institutions érigées et qui connaissent encore une résonance à l'heure actuelle. De manière symptomatique, son apport à la problématique des immunités parlementaires est ambivalent. Opérant une synthèse de l'héritage révolutionnaire, il est vrai que la systématisation des immunités parlementaires par les Thermidoriens s'inscrit dans la continuité de la pensée révolutionnaire. Prisonniers de l'orthodoxie révolutionnaire d'une représentation unitaire du pouvoir, ils confèrent à la représentation nationale une protection encore plus conséquente par rapport à la période précédente (**A**). Cependant, par opposition à la phase précédente, la suspicion s'est installée à l'égard du pouvoir législatif en raison du souvenir de la Terreur. Les Constituants mettent ainsi en place un système de responsabilité pénale des parlementaires qui « achève un processus de mise à l'écart des gouvernants de la justice de droit commun »[1386]. Il s'agit, en l'occurrence, d'un saut qualitatif indéniable dans la problématique envisagée. Guidée par un souci du détail, la Constitution du Directoire marque un perfectionnement

1385 La Constitution de l'an III est considérée pour la plupart des auteurs comme « une Constitution méconnue » (G. Conac, J.-P. Machelon, De l'Ardèche à Paris, in G. Conac, J.-P. Machelon (dir.), La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel, op.cit., p.5). En outre, comme le note Michel Troper, « parmi toutes (les) constitutions (de la France), celle de 1795 (…) est sans aucun doute celle qui fait l'objet des critiques les plus vives, mais aussi les plus diverses » (M. Troper, Terminer la Révolution. La Constitution de 1795, op.cit., p.11) à savoir sa longueur, son style, son contenu réactionnaire (une Déclaration des droits et des *devoirs* de l'Homme et du citoyen) ou son organisation stricte des pouvoirs. Cependant les ouvrages en la matière n'ont cessé de croître et ont réhabilité toute la valeur de ce texte. Cf. G. Conac, J.-P. Machelon (dir.), La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel, op.cit. ; M. Troper, Terminer la Révolution. La Constitution de 1795, op.cit. ; J. Bart, J.-J. Clère, C. Courvoisier, M. Verpeaux (dir.). La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain, Actes du colloque de Dijon (1996), Dijon : EUD, 1998, 443 p. ; R. Dupuy et M. Morabito (dir.), 1795. Pour une République sans révolution, Rennes : P.U.R., coll. Histoire, 1996, 296 p.
1386 C. Euzet, Les fondements doctrinaux, op. cit., p.38.

de la technique constitutionnelle des immunités parlementaires qui présente, à ce titre, un intérêt évident (**B**).

A. La volonté constituante d'une protection immunitaire élargie fondée sur la spécialisation des pouvoirs

310. Dans un contexte politique renouvelé, l'objectif affiché par les constituants de l'an III est clairement de rééquilibrer le régime en réaction aux dérives des périodes antérieures grâce à la mise en place d'un isolement poussé des pouvoirs (**1**). Cependant, en dépit de ces orientations constituantes, les membres de l'an III restent encore fortement imprégnés de la rhétorique révolutionnaire qui valorise la supériorité institutionnelle du corps législatif souverain. Cela conduit à la reconnaissance d'un statut immunitaire largement favorable à l'égard des parlementaires, voire même renforcé, reflet et garantie de cette primauté (**2**).

1. La recherche affichée d'une restauration d'un équilibre entre les pouvoirs exécutif et législatif par les Constituants de l'an III

311. La Commission des Onze, chargée de rédiger une nouvelle Constitution après l'abandon de la Constitution de 1793, se trouve confrontée à une situation politique nouvelle qui transforme, de manière significative, le cadre de réflexion des constituants. Comme le note Marcel Morabito, « il ne s'agit plus de fonder la République, mais de la préserver contre le retour de ses excès, de la stabiliser en s'efforçant de conjurer d'autres dérapages révolutionnaires »[1387]. Les constituants de l'an III veulent en effet par-dessus tout terminer la Révolution, « c'est-à-dire se perpétuer au pouvoir en préservant ce qui a été acquis, ce qu'ils ont acquis, les principes essentiels de 1789 (...) »[1388]. C'est pourquoi ils cherchent à briser toute nouvelle tentation de dictature d'une assemblée unique concentrant tous les pouvoirs à l'image de l'épisode de la Terreur. De manière inédite en comparaison du début de la période révolutionnaire, on constate que les constituants expriment une réelle méfiance à l'égard du pouvoir législatif et aspirent à affaiblir sa toute-puissance. L'objectif

1387 M. Morabito, Les nouveautés constitutionnelles de l'an III, *in* R. Dupuy et M. Morabito (dir.), 1795. Pour une République sans révolution, Rennes : PUR, coll. Histoire, 1996, p. 167.
1388 M. Troper, Terminer la Révolution. La Constitution de 1795, op.cit., p.12.

affiché par les Thermidoriens semble ainsi de rééquilibrer les rapports entre les pouvoirs législatif et exécutif en réponse aux errements du passé.

312. Pour mener à bien cette entreprise, les constituants de l'an III affichent la volonté de mettre en place une autonomie marquée des pouvoirs, comme le soutient Boissy d'Anglas lors de la présentation du projet constitutionnel : « [l'exécutif] doit (…) être indépendant [du législatif], sans l'opprimer jamais : il doit être soumis à la loi, parce qu'elle est l'expression présumée de la volonté du peuple, sans jamais l'être au législateur »[1389]. Eschassériaux aîné accrédite également cette idée : « sans cette liberté et cette indépendance, [l'exécutif] n'est point un pouvoir, il est entièrement l'esclave des législateurs ou des factions qui peuvent se former dans leur sein. Jetez les yeux autour de vous ; la République est encore souffrante de tous les désordres et les maux qu'un pouvoir exécutif asservi aux dominations d'un corps législatif a attirés sur elle »[1390]. En d'autres termes, les rédacteurs de la Constitution de 1795 tentent de soustraire l'exécutif à la prédominance du Corps législatif et d'encadrer les prérogatives de ce dernier[1391]. Débarrassé du risque de pressions éventuelles du pouvoir exécutif présent au début de l'ère révolutionnaire, les rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif semblent donc conçus dans une perspective davantage égalitaire et apaisée, comme le soutient la doctrine constitutionnelle classique[1392], même si « cette idée est pour le moins étrange si l'on considère qu'un pouvoir chargé d'« exécuter » les lois est par définition subordonné à celui qui les fait et que l'idée d'un équilibre entre un pouvoir supérieur et un pouvoir subordonné est une contradiction dans les termes »[1393]. C'est pourquoi, dans ce contexte politique et intellectuel renouvelé, il peut sembler *a priori* prévisible que la conception des immunités parlementaires soit redessinée par les constituants de l'an III. Or cette thèse ne résiste pas à l'examen.

1389 Boissy d'Anglas, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 13 messidor an III (1er juillet 1795), n°283, séance du 5 messidor an III (23 juin 1795), p.1140.
1390 Echafferiaux aîné, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 12 messidor an III (30 juin 1795), n°312, séance du 6 messidor an III (24 juin 1795), p.1258.
1391 La mise en place du bicamérisme participe à la réalisation de cet objectif. Sur ce point : M. Troper, La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III, *in* G. Conac et J.-P. Machelon (dir.), La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel, op.cit., p.68.
1392 D. Maus, L'image de la Constitution de l'an III dans les manuels de droit constitutionnel, *in* J. Bart, J.-J. Clère, C. Courvoisier, M. Verpeaux (dir.). La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain, op.cit., p. 417-425.
1393 M. Troper, La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III, op.cit., p.56.

2. La persistance de l'articulation des immunités parlementaires autour du paradigme révolutionnaire de la prédominance institutionnelle de l'Assemblée souveraine

313. Malgré une volonté manifeste de changement affirmée par les constituants de l'an III contre les dérives constitutionnelles précédentes et un environnement renouvelé, le Directoire ne marque pas une rupture totale avec les paradigmes théoriques à la source des régimes de 1791 et de 1793. Ces méta-principes continuent de dicter l'articulation des pouvoirs, spécialement la conception et l'aménagement des statuts immunitaires.

314. Comme l'observe Michel Troper, au regard des dispositions constitutionnelles de la Constitution de 1795, les Conventionnels, dans la continuité des régimes précédents, « n'ont jamais voulu réaliser un équilibre des pouvoirs, mais bien une hiérarchie »[1394]. Si le texte constitutionnel repose en effet sur une conception rigide de la séparation des pouvoirs, c'est dans le sens d'une hiérarchisation des fonctions et des organes qui en sont investis. Les constituants de l'an III n'ont pas mis en place une organisation équilibrée des pouvoirs, mais plutôt une organisation hiérarchique, puisque les ministres apparaissent subordonnés au Directoire qui se révèle lui-même largement subordonné au Corps législatif.

315. Cette hiérarchie des pouvoirs imaginée par les thermidoriens trouve sa justification dans la persistance de l'orthodoxie révolutionnaire de la prédominance institutionnelle de l'Assemblée souveraine durant les débats constituants du Directoire. Selon Maurice Hauriou, « les conventionnels de 1795 (n'ont pas) renoncé au dogme de la suprématie du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif et cela se marque dans la façon dont ils organisent ce dernier pouvoir ; ils le considèrent, non pas comme un représentant de la nation, égal ou supérieur au pouvoir législatif, mais comme un pouvoir commis subordonné au législatif »[1395]. En effet, même s'il bénéficie de prérogatives plus larges et qu'elle recouvre une certaine autorité[1396], le pouvoir exécutif est édifié de la manière la plus étroite, c'est-à-dire réduite à la stricte exécution des lois. A ce titre, « le Directoire n'est pas habilitée par la Constitution à prendre des règlements. Même si, par la suite, il a en fait énoncé un certain nombre d'arrêtés réglementaires, il ne s'agissait que d'assurer l'exécution des

1394 *Ibid*., p.66.
1395 Cité par N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.212.
1396 « Les attributions confiées aux directeurs à cette époque s'avèrent plus importantes que celles dont bénéficiait le pouvoir exécutif dans les régimes précédents » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.211). Par exemple, le Directoire a la charge de la sûreté extérieure et intérieure de la République et dispose de la force armée (titre VI, article 144 de la Constitution de 1795) sans toutefois pouvoir en prendre le commandement. Il doit surveiller et assurer l'application des lois dans les administrations et les tribunaux (titre VI, article 147 de la Constitution de 1795). En matière de conclusion des traités, le Directoire se trouve investi de larges compétences. Ainsi de manière plus générale, « cette institution collégiale apparaît-elle dotée d'un véritable pouvoir de décision en matière de politique extérieure » (*ibid.*, p.211).

lois »[1397]. De surcroît, il existe bien « une spécialisation générale, mais elle est surtout dirigée contre le Directoire, qui ne doit se mêler en rien de la législation, tandis que les conseils ont au contraire un droit de regard sur l'exercice de la fonction exécutive »[1398]. Quant à l'indépendance, il s'agit avant tout de mettre les conseils à l'abri de toute intimidation des Directeurs, « mais l'indépendance du Directoire lui-même ne saurait en aucun cas le mettre en mesure de mener une politique opposée ou même simplement différente de celle qui s'exprime en forme législative »[1399].

316. En ce sens, l'Assemblée en tant qu'organe collégial continue d'être perçue par les constituants de l'an III comme l'épicentre du pouvoir et le représentant unique de la Nation souveraine. En témoigne la pensée constitutionnelle de l'un des rédacteurs principaux de la Constitution directoriale, Pierre Claude François Daunou (1761-1840), oratorien et professeur de philosophie dans les établissements de la congrégation. Il est « l'un des artisans spirituels trop méconnu d'une théorie moderne de la représentation en formation à l'époque révolutionnaire »[1400]. Ce dernier plaide largement en faveur de l'idée d'un « régime représentatif de philosophie libérale »[1401] au sein de la Commission des Onze, qu'il a « sans répit cherché à légitimer tant dans ses livres, que dans ses interventions à la tribune de la Convention »[1402]. Selon sa philosophie, tout gouvernement est un mal mais étant donné qu'il est impossible de faire l'économie du pouvoir, il est nécessaire de fonder le gouvernement sur la Raison[1403], « car elle seule peut éclairer le citoyen et le rendre apte à soutenir le régime qui assurera son bonheur »[1404]. Dès lors, « formé dans le culte de la raison et des Lumières, confiant dans la croyance en la perfectibilité des institutions et des hommes »[1405], Daunou est convaincu de la nécessité et de l'utilité de la représentation en matière politique[1406]. La Terreur conforte sa conviction politique. Il convient de retrouver une stabilité politique et d'établir

1397 M. Troper, La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III, op.cit., p.67. Sur ce point : M. Verpeaux, La fonction exécutive et le pouvoir réglementaire dans la Constitution de l'an III, *in* J. Bart [et *al*.] (dir.). La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain, op.cit., p. 163-176.
1398 M. Troper, La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III, op.cit., p.67.
1399 *Ibid*. Cependant, cette position doit être nuancée car si les Directeurs sont strictement soumis au respect et à l'application de la norme législative, certains auteurs considèrent que c'est durant le Directoire qu'« émerge véritablement la fonction gouvernementale, en ce que (les directeurs) bénéficie(nt) d'un pouvoir de décision ce qui était jusqu'alors exclu pour le pouvoir exécutif » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.206). Comme le remarque Michel Verpeaux, « la Constitution de l'an III ne reconnaît pas au pouvoir exécutif le pouvoir de prendre des actes généraux, même dans le cadre de l'exécution des lois. C'est pourtant de cette époque que date, de façon certaine, l'affirmation d'un réel pouvoir réglementaire, né en dehors de la Constitution » (M. Verpeaux, La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799, Paris : PUF, 1991, p.356). Ainsi le Directoire marque l'avènement de la fonction gouvernementale dans la mesure où les Directeurs disposent d'un pouvoir d'appréciation dans l'exercice de leur mission. Ainsi désormais « cette institution collégiale peut penser et exprimer une volonté, à l'instar du Corps législatif » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.212).
1400 A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, op.cit., p.112.
1401 *Ibid.*, p.118.
1402 *Ibid.*
1403 Renonçant à l'origine divine du pouvoir, Daunou développe « l'idée d'une souveraineté de la Raison débouchant sur la nécessité de la représentation » (A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, op.cit., p.118).
1404 *Ibid*., p.117.
1405 *Ibid.*, p.118.
1406 Georges Burdeau note à propos de Daunou : « le gouvernement doit être représentatif, mais ce qui commande qu'il soit tel, ce n'est pas le droit de l'homme à n'être lié que par sa volonté (Daunou se soucie peu des droits naturels), c'est simplement l'utilité... » (G. Burdeau, Traité de science politique, t.6, 2e éd., p.196).

un système garantissant les libertés individuelles. Dans cette optique, seul le régime représentatif permet aux citoyens de « conserver leurs droits individuels en ne confiant aux pouvoirs publics que le strict nécessaire »[1407]. C'est pourquoi, au sein de la Commission des Onze, il propose un système constitutionnel qui s'inspire des idées de l'officier, homme politique et philosophe français, Antoine Destutt de Tracy (1754-1836)[1408]. À cet égard, comme le note André Dauteribes, Daunou, « dans la pure tradition révolutionnaire majoritaire, (…) considérait que les concepts de représentation et de souveraineté étaient liés »[1409]. Ce dernier affirme en effet que « toutes les volontés individuelles sont les éléments de la volonté générale, qui s'appelle le souverain (…). Quand le souverain est toujours là pour exprimer son vœu et pour agir par lui-même, il ne faut pas d'autre Constitution ; mais dès que l'État s'agrandit ; la nation a besoin de mandataires... »[1410]. La suite de sa démonstration, somme toute classique, est éclairante pour notre réflexion. Il s'avère à ses yeux que la Nation, support de la souveraineté, en délègue l'exercice à des représentants dont les volontés sont l'expression de la volonté nationale. À ce titre, le Corps législatif est, pour lui, « le comité de la Nation »[1411], chargé d'exprimer la volonté de l'entité souveraine dans un but d'unité et de rationalité[1412]. Il rejette en ce sens le mandat impératif : « le système des mandats impératifs (…) mettrait beaucoup trop d'obstacles à l'unité et à l'enchaînement des travaux du législateur. Il enlèverait trop d'influence aux lumières qui peuvent naître des discussions »[1413]. La fonction qu'il

1407 A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, op.cit., p.121. Daunou est favorable à un gouvernement minimal, contenu dans des limites étroitement définies. Il affirme à cet égard en 1793 : « citoyens, il importe que vous fassiez une Constitution [...]. Je crois qu'après avoir arrêté la distribution du territoire et l'état des citoyens, vous devez aussitôt aborder l'unique problème qui renferme à mes yeux toutes les dispositions constitutionnelles : déterminer la puissance dont le peuple se réserve l'exercice habituel, et distribuer entre les délégués, la puissance qui ne sera point exercé par lui. Depuis le despotisme qui dit au peuple, tu ne pourras rien et je pourrai tout, jusqu'au contrat social où nul ne veut pour le peuple, et où ses mandataires agissent pour lui, entre ces deux systèmes extrêmes...viennent se placer autant de conceptions intermédiaires […]. Là sont tous les systèmes qu'on a désignés par les noms obscurs et beaucoup trop indéterminés de monarchie, d'aristocratie, de démocratie, de gouvernement mixte, fédératif, représentatif, républicain. Là se montrent ces idées modernes de représentation nées, dit Rousseau, du régime féodal, à jamais inconnues à l'antiquité libre et même à l'antiquité esclave. Là sont les assemblées qui représentent, puis les conseils qui représentent aussi, enfin les rois qui commencent encore par représenter, mais dont l'autorité à peine affermie oubliant bientôt son origine, se déclare fille du ciel et tyrannise les peuples au nom de la puissance qui les fit libres et souverains […]. Il paraît donc naturel qu'avant de savoir qui agira au nom du peuple, on sache ce qu'il fera lui-même, et que nul ne fait pour lui ; c'est la part qui doit être faite la première ; vous retrancherez ensuite de toute l'action publique, ce qui sera demeuré entre les mains du peuple et vous distribuerez l'excédent entre ses mandataires, délégués, représentants ou commissaires quelconques [...]» (Daunou, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, an II, n°118, 28 avril 1793, p.520).

1408 cf. Notice historique sur la vie et les travaux de M. le comte Destutt de Tracy, par M. Miguet, in Notices et mémoires historiques de l'Académie des sciences morales et politiques, t.1, Paulin, 1843.

1409 A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, op.cit., p.126.

1410 P.-C.-F. Daunou, Vues rapides sur l'organisation de la République française, Paris, Impr. nationale, [s. d.], p.3-4. Ainsi pour André Dauteribes, Daunon est « hostile à toute idée de démocratie directe » (A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, op.cit., p.130) puisque le constituant de l'an III image dans son projet de constitution que « le peuple choisirait tous ses mandataires (…), le peuple ferait les lois, et toute autorité émanerait de lui, mais le peuple ne gouvernerait point. En conservant une souveraineté active, en ne cédant rien de ce qui est incommunicable dans cette souveraineté, il déléguerait avec plénitude l'exercice du gouvernement (...) » (P.-C.-F. Daunou, Vues rapides sur l'organisation de la République française, op.cit., p.130).

1411 *Ibid.*

1412 Daunou reste néanmoins favorable au bicamérisme afin de tempérer la puissance législative. Cf. A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, op.cit., p.128.

1413 *Ibid.*, p.7. Plus tard, Daunou confirmera sa position lors de son cours au Collège de France : « Les représentants sont chargés d'exprimer des opinions et des volontés conformes, non à des mandats positifs, non à des instructions impératives, mais à l'intérêt général dont on suppose qu'ils ont la connaissance et le sentiment... » (P.-C.-F. Daunou, Cours d'études historiques, Paris, t.2, chez Firmin Didot frères, 1842, p.275).

attribue au corps législatif détermine ainsi directement sa place au sein des institutions. Il s'ensuit que « le corps représentatif choisi pour formuler une volonté inconnue au moment où il est désigné est donc placé *au centre* de la vie politique »[1414]. Le principe posé, il examine les conséquences qui en découlent sur la répartition des pouvoirs : « considérant que l'action doit suivre la pensée, (il fait) dépendre le pouvoir exécutif du législatif »[1415]. La principale mesure qu'il propose à cette fin est la nomination des Directeurs par l'assemblée elle-même[1416]. Telle est dans ses grandes lignes l'architecture constitutionnelle pensée par le constituant Daunou qui sera repris, en grande partie[1417], dans les futures institutions[1418]. Le système représentatif est effectivement la source du nouvel édifice institutionnel[1419], conformément au schéma intellectuel dominant durant cette période[1420] d'après lequel le pouvoir législatif en tant qu'entité exprime de manière exclusive la volonté de la Nation. Les membres de la Convention thermidorienne demeurent ainsi « prisonniers de la mythologie révolutionnaire, de la Nation une et de la vie politique comme expression de cette

1414 A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, op.cit., p.126 [Nous soulignons].
1415 *Ibid*., p.128.
1416 Pour assurer cette domination du législatif sur l'exécutif, Daunou exprime l'idée suivante qui sera consacrée par la Constitution directoriale : « les députés du peuple, après avoir vérifié leurs pouvoirs, et avant de se constituer en corps législatif, nommeront les dépositaires du pouvoir exécutif suprême, mais ils seraient tenus de les choisir parmi les membres de la législature précédente » (P.-C.-F. Daunou, Vues rapides sur l'organisation de la République française, op.cit., p.19).
1417 Comme le note André Dauteribes, « la Convention n'a pas suivi Daunou dans toutes ses propositions, mais elle a retenu surtout, ce qui était très novateur, la division du corps législatif en deux chambres, et l'attribution de l'exécutif à un collège de personnes » (A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, op.cit., p.131) auquel il est possible d'ajouter la nomination des Directeurs par l'assemblée elle-même.
1418 L'influence de Daunou dépasse le cadre du Directoire. Sa conception institutionnelle est en effet « le fruit de ses réflexions et des conversations échangées au cours des réunions d'Auteuil dans le salon de Mme Helvetius, où se rencontraient Condorcet, Cabanis, Sieyès, Volney, Destutt de Tracy, Franklin, et d'autres encore non moins célèbres. La plupart d'entre eux forment le groupe des idéologues qui eurent un « règne » de très courte durée situé entre Thermidor et le 18 Brumaire, assurant la transmission d'une pensée libérale du XVIIIème siècle au XIXème siècle, en inspirant l'organisation politique de la Restauration et de la monarchie de Juillet fondée sur l'acclimatation et le développement d'institutions représentatives » (A. Dauteribes, Daunou et le modèle du régime représentatif, op.cit., p.117).
1419 La Constitution de l'an III désigne formellement la Nation comme souveraine, au titre de son article 52 qui consacre le mandat représentatif : « Les membres du Corps législatif ne sont pas représentants du département qui les a nommés, mais de la Nation entière, et il ne peut leur être donné aucun manda ». Cependant Michel Troper nuance quelque peu cette interprétation en soulignant l'indécision du texte voire même son orientation en faveur de la souveraineté populaire. Pour lui, « il est (…) parfaitement clair que le souverain est désigné tantôt comme peuple, tantôt comme nation, tantôt comme universalité des citoyens » (M. Troper, Terminer la Révolution…, op.cit., p.116), à l'image de l'article 29 de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen (« Chaque citoyen a un droit égal de concourir, immédiatement ou médiatement, à la formation de la loi, à la nomination des représentants du peuple et des fonctionnaires publics ») ou de l'article 2 de la Constitution de l'an III (« L'universalité des citoyens français est le souverain ») qui « ne désigne pas une nation distincte du « peuple » et qu'elle est en réalité parfaitement synonyme de ces deux mots » (*ibid.* p.115). Outre cet argument formel, Michel Troper souligne que « dans le cours des débats, les députés utilisent indifféremment les mots « peuple » et « nation », sans que ces usages soient remarqués ou considérés comme significatifs » (*ibid*.). Enfin, il critique l'opposition théorique entre la souveraineté nationale et la souveraineté populaire qu'il estime « mal conçue » (*ibid*., p.110) dans la mesure où « il est inexact que les constituants commencent par poser des principes, pour en tirer ensuite toutes les conséquences logiques » (*ibid.*, p.113). Il en conclut ainsi que « le souverain désigné par la Constitution de l'an III est le même que celui de la Constitution de 93, c'est le peuple, désigné quelque fois comme « universalité des citoyens » » (*ibid*., p.127).
1420 Michel Troper estime même que « les conventionnels en restant dans les schémas intellectuels de 93, ont poursuivi, en raison de quelques changements conceptuels, une évolution qui conduit du système représentatif à la démocratie représentative » (M. Troper, Terminer la Révolution…, op.cit., p.127). Dans le premier cas, « le souverain ne peut vouloir que par représentation et il ne se confond en aucune façon avec les électeurs. Il est seulement l'être auquel est imputée la volonté exprimée par les représentants. C'est la raison pour laquelle ces représentants peuvent être aussi bien des autorités non élues, comme c'était le cas en 1791 » (*ibid*.). Dans le second cas, à l'image de notre système actuel, « le corps électoral est assimilé au peuple souverain » (*ibid*.).

unité »[1421]. La vision légicentiste héritée du commencement de la période révolutionnaire persiste indéniablement à cette époque, conduisant à ce que « de la hiérarchie entre la création et l'exécution de la loi résulte une hiérarchie organique »[1422].

317. Par suite, ces principes supérieurs dictent et structurent leur conception des immunités parlementaires qui en est le reflet. Dans la continuité de la période révolutionnaire, les constituants de 1795 continuent à articuler les immunités constitutionnelles autour de la suprématie de l'Assemblée souveraine. Ce dispositif juridique est en effet, à la fois, la manifestation et la garantie de la prééminence du corps législatif. Épicentre de la souveraineté, ils veillent à accorder une protection étendue aux représentants de la Nation, en conservant l'essentiel du dispositif immunitaire sauvegardant les députés depuis le début de la Révolution. Il s'agit de garantir la plus grande indépendance possible à la représentation nationale à l'égard des autres autorités constituées hiérarchiquement subordonnées. En effet, « en rédigeant la Constitution de l'an III, la Convention nationale mit à profit l'expérience qu'elle avait acquise à ses tristes dépens »[1423] et prend soin de prévenir les exactions du pouvoir exécutif observables à l'été 1789 ou encore les atteintes portées à l'immunité parlementaire durant la Terreur. C'est pourquoi elle entoure l'inviolabilité personnelle des parlementaires de minutieuses garanties. Preuve en est, comme l'observe Maryvonne Bonnard, qu'« un sous-titre de la nouvelle Constitution leur est réservé »[1424]. Intitulé « De la garantie des membres du Corps législatif », il comprend quatorze articles détaillés. Il instaure un statut immunitaire solide et complet[1425] composé des deux volets désormais traditionnels.

318. Concernant le volet de *l'irresponsabilité* des membres du corps législatif, sa formulation est classique[1426], quasi-identique à celle des textes constitutionnels précédents. De même, son champ d'application matériel est en partie similaire aux textes antérieurs[1427] puisqu'il protège aussi bien les écrits que les paroles des représentants sans délimitation spatiale - que ce soit dans ou à l'extérieur de l'assemblée[1428] contre toute recherche, accusation ou jugement. Pour ce qui est du volet de

1421 B. Baczko, article « Thermidoriens », in F. Furet, M. Ozouf (dir.), Dictionnaire critique de la Révolution française, Paris : Flammarion, 1988, p.55.
1422 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.213.
1423 M. Bonnard, Les pratiques parlementaires sous le Directoire, op.cit., p.227.
1424 *Ibid*.
1425 Titre V, art.110 à 123 de la Constitution de 1795.
1426 Titre V, art. 110 de la Constitution de 1795 : « Les citoyens qui sont, ou ont été, membres du Corps législatif, ne peuvent être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps, pour ce qu'ils ont dit ou écrit dans l'exercice de leurs fonctions ».
1427 La conception de l'irresponsabilité parlementaire est davantage stricte dans la Constitution de 1795 par comparaison avec la Constitution de 1791, et son article 7, puisque ce dernier protège un représentant de la Nation « pour ce qu'ils auront dit, écrit ou fait dans l'exercice de leurs fonctions de représentants ». La mention « fait » a donc disparu dans le texte directorial. Il s'agit de protéger le cœur de la fonction parlementaire ainsi que la liberté d'expression et de parole des parlementaires davantage que leurs actions. Par ailleurs, la formulation de la Constitution de 1795 est davantage précise que celle de la Constitution de 1793 puisque l'article 43 de la Constitution montagnarde protège les « opinions » énoncées dans le sein du Corps législatif, terme général et indéterminé.
1428 Il convient de noter que l'article 43 de la Constitution de 1793 cantonne la protection des opinions émises par les représentants dans le seul « sein du Corps législatif ». Or, en l'absence d'une quelconque mention spatiale dans la

l'inviolabilité parlementaire, les constituants de l'an III s'appuient également sur les précédents offerts par les deux textes constitutionnels[1429]. Ils reconnaissent en ce sens une large garantie aux représentants pour les actes de nature criminelle commis en dehors de l'exercice de leurs fonctions. Leur indépendance est assurée par le maintien de l'autorisation parlementaire, pierre angulaire du mécanisme de l'inviolabilité parlementaire. Alors que les constitutions précédentes ne consacrent qu'un seul article à cette catégorie d'immunité[1430], les conventionnels s'attachent à établir un régime approfondi et précis puisqu'ils ne consacrent pas moins de treize articles à cette question. Plus précisément, l'ouverture d'une procédure pénale contre un représentant selon la Constitution de 1795 n'est, par principe, autorisée contre les députés qu'avec l'intervention préalable de leur Assemblée. L'inviolabilité parlementaire les protège contre les mesures privatives de liberté qu'une autorité extérieure au corps représentatif voudrait adopter à leur encontre. Dès lors, l'autorité compétente doit, de manière préliminaire, obtenir l'autorisation de l'Assemblée pour la délivrance de tout acte susceptible de restreindre la liberté du député visé dans deux cas précis. En premier lieu, *en cas de flagrant délit*, après en avoir donné avis sans délai au Corps législatif, « la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Conseil des Cinq-Cents aura proposé la mise en jugement que le Conseil des Anciens l'aura décrétée »[1431]. En second lieu, *en dehors de l'hypothèse de flagrant délit*, les parlementaires ne peuvent être « amenés devant les officiers de police, ni mis en état d'arrestation, avant que le Conseil des Cinq-Cents ait proposé la mise en jugement, et que le Conseil des Anciens l'ait décrétée »[1432]. Cette obligation d'un acte préalable de l'assemblée est d'autant plus forte qu'elle se prolonge temporellement du moment de l'élection des membres du Corps législatif jusqu'à trente jours après l'expiration de leurs fonctions[1433]. Il en résulte que, dans tous les cas, le pouvoir d'entendre, d'arrêter ou de poursuivre une accusation revient *in fine* à

Constitution de 1795, celle-ci offre donc une protection plus étendue à la représentation nationale – à l'image de l'article 7 du titre III, section V de la Constitution de 1791 - que la Constitution montagnarde.

1429 Titre V, art. 111 à 123 de la Constitution de 1795.

1430 Titre III, Chap. 1, section V, article 8 de la Constitution de 1791 ; article 44 de la Constitution de 1793.

1431 Titre V, article 112 de la Constitution de 1795. Parmi l'ensemble des dispositions qui composent le sous-titre « De la garantie des membres du corps législatif », l'article 112 du titre V de la Constitution de 1795 est le seul qui a fait l'objet d'un léger dissensus entre les membres de la convention. En effet, le parlementaire Guyomard estime que le pouvoir du Conseil des Anciens d'approuver la mise en jugement proposée par le Conseil des Cinq-cents le place en situation de « supériorité dangereuse » (Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 9 Thermidor an III (27 juillet 1795), n°309, séance du 3 Thermidor an III (21 juillet 1795), p.305). Il suggère donc pour sa part que « la proposition de la mise en jugement soit faite par le conseil dans le sein duquel sera le membre pris en flagrant délit, et que l'autre approuve ou désapprouve la délibération » (*ibid*.). Cependant, Lanjuinais, l'un des rédacteurs de la Constitution de l'an III, rejette cette idée au motif que « c'est de l'ensemble, c'est de l'analogie dans toutes les parties de la constitution que vous demandez ; l'amendement de Guyomard la détruirait entièrement ; puisque l'approbation est essentiellement réservée au Conseil des Anciens » (*ibid*.). Au regard de la configuration des institutions de l'an III, le Conseil des Anciens, en tant qu'organe de décision à l'image de son pouvoir d'adoption ou de rejet des lois ou en matière d'absence de flagrant délit, doit également avoir le pouvoir de dernier mot dans le cadre d'une procédure de mise en jugement d'un député, qu'il soit membre ou non de cette assemblée. Ainsi l'article est finalement adopté dans sa version initiale (cf. *ibid*.).

1432 Titre V, article 113 de la Constitution de 1795.

1433 Titre V, article 111 de la Constitution de 1795 : « Les membres du Corps législatif, depuis le moment de leur nomination jusqu'au trentième jour après l'expiration de leurs fonctions, ne peuvent être mis en jugement que dans les formes prescrites par les articles qui suivent ».

l'Assemblée elle-même maîtresse du destin de ses membres, illustrant ainsi la prééminence du corps représentatif par rapport au reste des pouvoirs constitués.

319. D'ailleurs, accentuant encore un peu plus la position privilégiée des parlementaires, la Constitution de 1795 se démarque des actes constitutionnels précédents en ce qu'elle institue, de manière inédite, une juridiction spéciale pour ces derniers. Comme l'énonce l'article 114 du titre V de la Constitution directoriale, pour les faits criminels commis en dehors de l'exercice de leurs fonctions, après autorisation du corps législatif, « un membre du Corps législatif ne peut être traduit devant aucun autre tribunal que la Haute Cour de justice »[1434]. Ainsi, en plus de maîtriser les poursuites pénales engagées à leur encontre[1435], ils sont soustraits à la justice de droit commun. Les représentants sous le Directoire bénéficient donc d'un statut immunitaire élargi.

320. À l'analyse, il apparaît que les constituants de 1795 approfondissent dans un sens encore plus favorable le statut immunitaire des assemblées par rapport aux régimes précédents, ce qui lui confère une suprématie institutionnelle dans le régime directorial. Mais, s'il est adopté sans discussion véritable[1436], les conventionnels s'efforceront, néanmoins, en souvenir de la Terreur, de corriger quelque peu cette domination du pouvoir législatif - « qui était certes précisément le résultat recherché »[1437] par ces derniers - dans la mesure où elle présentait l'inconvénient de conduire à l'accaparement par le corps législatif de la fonction exécutive. Le principe de spécialisation pouvait ainsi « conduire à sa propre ruine et donc à la suppression de toute séparation des pouvoirs »[1438]. Le remède des constituants de l'an III résidera dans la division du pouvoir législatif par l'instauration du bicamérisme, ce qui réalisera de la sorte un équilibre prévenant le despotisme[1439]. Pour autant, il n'en demeure pas moins qu'en dépit d'un contexte politique renouvelé et davantage apaisé, les conventionnels ont maintenu les principes et concepts hérités de la période révolutionnaire, conduisant par conséquent à une conceptualisation semblable des immunités

1434 Les modalités de cette Cour et son apport à la problématique des immunités parlementaires seront étudiés dans la partie suivante.
1435 La procédure devant la Haute Cour de Justice est initiée par le Conseil des anciens, puis le Conseil des cinq cents. Cf. Titre V, articles 114 à 123 de la Constitution de l'an III.
1436 La discussion du sous-titre « De la garantie des membres du corps législatif » intervient lors de la séance du 3 Thermidor (21 juillet 1795) à la Convention nationale. Or il est indéniable que les articles composant ce sous-titre sont adoptés dans un consensus quasi-général puisqu'ils ne font l'objet quasiment d'aucun débat entre ses membres. En effet, le Moniteur universel contient une seule et unique page à ce sujet qui fait mention uniquement du bref dialogue entre les conventionnels Gyomard et Lanjuinais qui s'opposent sur le contenu du futur article 112 de la Constitution directoriale. Cf. Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 9 Thermidor an III (27 juillet 1795), n°309, séance du 3 Thermidor an III (21 juillet 1795), p.305.
1437 M. Troper, La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III, op.cit., p.67-68.
1438 *Ibid.*, p.68.
1439 De cette manière, comme le note Michel Troper, « ce sera un équilibre non pas entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, mais entre les deux conseils. Ainsi s'explique la formule de Sieyès : « Unité toute seule est despotisme ; division toute seule est anarchie, division avec unité donne la garantie sociale sans laquelle toute liberté n'est que précaire ». (…) Il fallait donc trouver un compromis qui permette de sauvegarder la suprématie de la loi tout en évitant le despotisme d'une assemblée » (M. Troper, La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III, op.cit., p.68).

parlementaires appréciées largement[1440]. Cependant, il convient de souligner que leur pensée constitutionnelle ne se réduit pas à la seule synthèse durable de l'héritage révolutionnaire par rapport à la problématique des régimes dérogatoires des pouvoirs constitués mais constituent également une source d'enrichissement de ce questionnement.

B. Le perfectionnement de la technique constitutionnelle des immunités parlementaires

321. Souvent décriée, la Constitution directoriale est considérée par la majorité de la doctrine classique et moderne, comme un texte « dépourvu de signification théorique ou juridique »[1441]. De nombreux traités, manuels et cours de droit constitutionnel se rejoignent effectivement pour souligner les défauts ou même les vices de la Constitution de l'an III que les auteurs qualifient de « médiocre, malencontreuse, maladroite, défectueuse, inadéquate »[1442]. Texte exclusivement

1440 Le débat relatif aux immunités parlementaires se prolongera au-delà du moment constituant. En effet, les circonstances politiques durant le Directoire ont imposé aux deux chambres de longs débats sur ces questions. Le 21 floréal an IV (10 mai 1796), le gouvernement républicain du Directoire déclare avoir déjoué un complot destiné à piller la capitale et restaurer le règne de la Terreur, généralement nommé « la Conspiration des Égaux » avec à leur tête Gracchus Babeuf. Parmi le groupe des conspirateurs présumés, on compte le député au Conseil des Cinq-Cents Jean-Baptiste Drouet qui, malgré sa qualité, est arrêté et détenu. Le Conseil des Cinq-cents débat de son inviolabilité à l'été 1796. À cet égard, le jour de son arrestation, les Directeurs déclarent que la police a appréhendé celui-ci en flagrant délit de conspiration (cf. L. Mason, Après la conjuration : le Directoire, la presse, et l'affaire des Égaux, Annales historiques de la Révolution française, n°354, octobre-décembre 2008, p.96). Les discussions portent ainsi principalement sur la véracité du flagrant délit puisqu'il en découle une procédure constitutionnelle différente de celle d'une absence de flagrant délit. Pour sa défense, Drouet prétend « avoir été arrêté au moment où il rencontrait des alliés politiques pour discuter d'une lettre officielle qu'il rédigeait », cette déclaration étant confirmée par le rapport de police (*ibid.*). Comme le note le député au Conseil des Cinq-Cents François Lamarque, « il n'y avait (…) aux yeux du commissaire et de ses assistants, ni actions, ni paroles, ni écrits qui annonçassent extérieurement, matériellement et de leur nature, aucune espèce de conspiration, il n'y avait donc pas de flagrant délit » (F. Lamarque, Discours (…) sur la question de savoir : S'il y a lieu à examen de la conduite du représentant Drouet, Paris, R. Vatar, an IV, p.14). Or si Drouet n'avait pas été arrêté en flagrant délit de conspiration, « le Directoire avait porté atteinte à son inviolabilité et, ce faisant, violé la Constitution » (L. Mason, Après la conjuration : le Directoire, la presse, et l'affaire des Égaux, op.cit., p.96), et en particulier l'article 113 du titre V de la Constitution directoriale qui interdit, en dehors de l'hypothèse du flagrant délit, toute arrestation d'un représentant sans l'autorisation préalable du Conseil des Cinq-Cents et du Conseil des Anciens. De même, « si le Corps législatif redoublait cet acte (du Directoire) en autorisant la tenue d'un procès, il violerait à son tour la constitution » (*ibid.*) d'où la critique de certains représentants : « si la constitution est violée par ses principaux gardiens, tout est perdu ; car, de quel front punirez-vous un homme qui aura conspiré contre la constitution, si vous en êtes les premiers violateurs ? » (Journal des Patriotes de 89 (11 Prairial an IV) ; Journal des hommes libres (23 thermidor an IV). Finalement, malgré le soutien des démocrates, le Conseil des Cinq-cents, après avoir retenu le flagrant délit, proposa la mise en jugement du député Drouet au Conseil des Anciens qui se prononça en faveur d'un procès et procéda à la formation de la Haute cour de justice seule habilitée à juger un représentant du peuple. Cependant, il sera acquitté par la cour – sa seule réunion au cours du Directoire - le 26 mai 1797, après s'être évadé car « son cas était devenu trop embarrassant pour le Directoire » qui espérait « ramener l'attention sur Babeuf, moins crédible, et remporter ainsi la gloire qu'(il escomptait) de sa mise en accusation » (L. Mason, Après la conjuration : le Directoire, la presse, et l'affaire des Égaux, op.cit., p.99). Indubitablement, l'affaire des Egaux apparaît révélateur des enjeux politiques qui sous-entendent les immunités parlementaires.

1441 G. Vedel, Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques (licence 1ère année), Les Cours de droit, 1960-1961, p.88. Voir en ce sens : O. Passelecq, Actualité de la Constitution de l'an III, *in* G. Conac et J.-P. Machelon (dir.), La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel, op.cit., p.74-98 ; D. Maus, L'image de la Constitution de l'an III dans les manuels de droit constitutionnel, *in* J. Bart [et *al.*], La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain, op.cit., p.417-423.

1442 O. Passelecq, Actualité de la Constitution de l'an III, op.cit., p.74.

circonstanciel[1443], « œuvre de compromis »[1444], cette Constitution ne serait donc qu'un texte sans réel intérêt théorique, qui n'apporterait guère d'innovations sur le plan constitutionnel et dont l'échec était inévitable.

322. Derrière ce jugement brutal se cache une vérité plus subtile si l'on se place dans la perspective de la problématique des immunités parlementaires. En réalité, le Directoire offre un terrain relativement intéressant pour la présente réflexion car ses membres laissent apercevoir quelques nouveautés conceptuelles dans la protection de la représentation nationale qui font tout l'intérêt d'étudier ce régime. En effet, il convient d'observer que le Directoire représente une étape décisive dans le perfectionnement de l'art législatif. On assiste durant cette période à une rationalisation du fonctionnement des assemblées, que ce soit par l'instauration du « bicamérisme modérateur »[1445], par l'institutionnalisation des méthodes du travail parlementaire[1446] ou par le perfectionnement du statut des députés. Cette évolution tient, pour Maryonne Bonnard, à une professionnalisation croissante des acteurs[1447]. Plus précisément, sous le Directoire, l'indépendance des membres du Conseil est effectivement « garantie grâce à un système très élaboré »[1448]. Outre leur mode

1443 Cette opinion est partagée notamment par Georges Vedel. Selon lui, la Constitution de 1795 n'aurait pour seul et unique objet que de permettre aux survivants des régimes précédents, les Thermidoriens, de conserver le pouvoir. Ces derniers présentent en effet « la remarquable originalité d'avoir à se méfier autant de la droite que de la gauche : parce qu'ils ont voté la mort de Louis XVI, ils doivent éviter à tout prix le retour de la monarchie, et parce qu'ils ont éliminé Robespierre, il leur faut écarter non moins résolument tout retour en force des Jacobins » (O. Passelecq, Actualité de la Constitution de l'an III, op.cit., p.76). « Constitution de la peur » selon l'expression de Pierre Gaxotte, la Constitution est donc faite « purement et simplement pour maintenir au pouvoir et en vie les hommes qui ont su survivre aux tourmentes de la Révolution » (G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris : Sirey, 1949, p.88). Les Thermidoriens seront d'ailleurs appelés « les perpétuels » (O. Passelecq, Actualité..., op.cit., p.76).

1444 M. Duverger, Le système politique français, Paris : PUF, collection Thémis, 20ème éd., 1990, p.88. Didier Maus note que « tout le monde s'accorde à dire que la Constitution de l'an III ne fait pas partie des constitutions fondatrices. Elle n'est ni la Constitution de 1791, fondatrice par obligation, ni celle de 1793, fondatrice par idéologie. La Constitution de l'an III est avant tout élaborée pour éviter les erreurs des régimes précédents » (D. Maus, L'image de la Constitution de l'an III dans les manuels de droit constitutionnel, op.cit., p.418).

1445 M. Bonnard, Les pratiques parlementaires sous le Directoire, op.cit., p.236.

1446 Les progrès du jeu parlementaire lors du Directoire se manifeste principalement selon Maryvonne Bonnard par deux aspects principaux : d'une part, « la spécialisation des organes et des services des deux assemblées » tels que le Bureau de chaque assemblée, les huissiers, les inspecteurs de la Salle, l'établissement d'une bibliothèque du corps législatif, la création de commissions spéciales, une commission administrative, d'autre part, « la régulation de leur fonctionnement » (M. Bonnard, Les pratiques parlementaires sous le Directoire, op.cit., p.236), comme par exemple l'organisation de leurs séances et des travaux parlementaires ou encore la mise en place d'un cérémonial dans l'enceinte parlementaire.

1447 M. Bonnard, Les pratiques parlementaires sous le Directoire, op.cit., p.224.

1448 *Ibid*.

d'élection[1449], la nature de leur mandat[1450], les incompatibilités[1451] et leur indemnité[1452] qui forment un véritable statut parlementaire leur garantissant un libre exercice de leur mandat, la Constitution directoriale marque un seuil significatif dans le perfectionnement du régime et de la conceptualisation des immunités des membres des assemblées. Cette tendance participe par là-même à un approfondissement manifeste de la souveraineté du corps législatif. À cet égard, deux changements complémentaires méritent l'attention.

323. D'une part, le Directoire représente un apport notable à l'amélioration de la technique constitutionnelle proprement dite des immunités parlementaires. Il est élaborée la Constitution la plus longue et la plus minutieuse que notre histoire constitutionnelle ait connue comme l'illustrent les 377 articles qu'elle contient. De ce point de vue, ce texte témoigne de la part des constituants de l'an III d'un souci aigu du détail dans l'édification des privilèges des représentants. Ces derniers consacrent, comme nous l'avons vu, pour la première et la dernière fois dans notre histoire constitutionnelle, une sous-partie spéciale à ce sujet – intitulée « *De la garantie des membres du Corps législatif* ». D'ailleurs, de manière révélatrice, ce sous-titre est lui-même composé d'un nombre considérable d'articles étant donné qu'il en comporte pas moins de quatorze, ce qui constitue un record à la lumière du reste des autres Constitutions passées ou futures[1453]. Ces dispositions établissent « une procédure détaillée et précise pour d'éventuelles poursuites ou mise en accusation d'un des membres des conseils »[1454]. En outre, cette rigueur rédactionnelle de la part des thermidoriens s'illustre à travers l'amélioration et la consolidation de la différenciation des deux volets de l'immunité. Formulées dans des termes quasi-identiques à la Constitution de 1958, Maryvonne Bonnard estime en effet que « l'apport du Directoire est capital dans la mesure où il établit une vraie distinction entre inviolabilité et irresponsabilité au sens où nous les entendons

1449 Les constituants de l'an III abandonnent l'expérience du suffrage universel direct et font le choix du suffrage censitaire à deux degrés pour l'élection des parlementaires, fondé à la fois sur la capacité et la fortune, censé accroître leur indépendance. Complétée par quatre décrets (5 et 13 fructidor an III ; 1 et 30 vendémiaire an IV), l'article 8 du titre II de la Constitution de l'an III dispose que « tout homme né et résidant en France, qui, âgé de vingt et un ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son canton, qui a demeuré depuis pendant une année sur le territoire de la République, et qui paie une contribution directe, foncière ou personnelle, est citoyen français ».

1450 Aux yeux des rédacteurs de la Constitution de l'an III, « le peuple doit avoir la souveraineté de droit, mais ne peut en fait en posséder l'exercice permanent. Cette souveraineté s'exerce nécessairement par représentation » (M. Bonnard, Les pratiques parlementaires sous le Directoire, op.cit., p.226). Comme l'affirme l'article 52 du titre V de la Constitution directoriale, « les membres du Corps législatif ne sont pas représentants du département qui les a nommés, mais de la Nation entière, et il ne peut leur être donné aucun mandat.

1451 L'article 47 du titre V de la Constitution directoriale dispose : « Il y a incompatibilité entre la qualité de membre du Corps législatif et l'exercice d'une autre fonction publique, excepté celle d'archiviste de la République ».

1452 Afin d'assurer au parlementaire la liberté morale indispensable à l'exercice de ses fonctions et le dispenser de toute tentation, l'article 68 du titre V de la Constitution directoriale prévoit que « les membres du Corps législatif reçoivent une indemnité annuelle : elle est, dans l'un et l'autre Conseil, fixée à la valeur de trois mille myriagrammes de froment (six cent treize quintaux trente-deux livres) ».

1453 En matière d'immunités parlementaires, la plupart des Constitutions françaises ne contien(nen)t que deux articles, l'un relatif à l'irresponsabilité, l'autre relatif à l'inviolabilité. A titre d'exemple, cf. articles 7 et 8 du titre III, chapitre 1, section V de la Constitution de 1791 ; articles 43 et 44 de la Constitution de 1793 ; articles 69 et 70 du titre V de la Constitution de 1799 ; articles 36 et 37 de la Constitution de 1848 ou encore articles 21 et 22 du titre II de la Constitution de 1946. A l'inverse, sur cette question, la Constitution de 1958 comporte quatre alinéas regroupés en un seul article.

1454 *Ibid*., p.227.

aujourd'hui »[1455]. Cependant, ce jugement peut être nuancé puisque le vocabulaire employé en la matière reste encore, avec nos yeux de contemporains, approximatif et incertain, comme l'illustrera la discussion de l'affaire Drouet devant les deux chambres[1456]. Il n'en reste pas moins que les constituants de l'an III font preuve, à travers les dispositions de la Constitution directoriale, d'un raffinement juridique dans l'élaboration des privilèges parlementaires qui influence encore le droit parlementaire actuel.

324. Dans le même ordre d'idées, une autre anticipation observable sous le Directoire mérite d'être soulignée. En plus de parfaire le statut dérogatoire des membres des assemblées, les constituants de l'an III ont contribué à son essor. Par rupture avec les expériences révolutionnaires précédentes, ces derniers ont imaginé une extension de la compétence *ratione personae* de la Haute Cour de justice[1457]. Aux termes de l'article 265 du titre VIII de la Constitution directoriale[1458], la compétence de la Haute Cour de justice s'étend aux accusations admises par le Conseil des anciens et le Conseil des Cinq-cents contre les cinq directeurs mais aussi aux accusations admises par ce même Corps législatif contre ses propres membres pour les actes commis en dehors de l'exercice de leur mission. Dès lors, « pour la première fois, et aussi la dernière dans notre histoire constitutionnelle, la compétence de la Haute Cour de justice était étendue à tous les membres de la représentation nationale »[1459]. Cette nouveauté constitutionnelle est riche de plusieurs enseignements. *D'une part*, grâce à celle-ci, les parlementaires sont désormais soustraits à la justice populaire « dont ils ont appris à craindre l'arbitraire »[1460]. Néanmoins, si l'extension de la compétence du tribunal d'exception semble manifester à première vue la suspicion naissante à l'égard du corps législatif, cette innovation renforce, au contraire, encore davantage l'indépendance des représentants de la Nation. En effet, pour Euzet, « la responsabilité pénale ainsi consacrée achève un processus de mise à l'écart des gouvernants de la justice de droit commun »[1461]. Les thermidoriens poussent à l'extrême la logique immunitaire en soustrayant totalement les représenatnts à la compétence des juridictions ordinaires quelle que soit la nature de leur acte[1462]. Ils poursuivent et parachèvent par là-même l'œuvre de la Révolution marquée par la reconnaissance et l'extension continue d'un statut d'indépendance en faveur des membres du corps législatif, expression et garantie de leur qualité de représentant unique de la Nation souveraine.

1455 *Ibid*.
1456 L. Mason, Après la conjuration : le Directoire, la presse, et l'affaire des Égaux, op.cit., p.96.
1457 La compétence *ratione materiae* de la Haute Cour de justice a également été étendue puisque de manière *inédite*, les parlementaires peuvent être jugés devant elle pour les actes délictuels commis par ces derniers étrangers à l'exercice de leurs fonctions ainsi que pour « les faits de trahison, de dilapidation, de manœuvres pour renverser la Constitution, et d'attentat contre la sûreté intérieure de la République » (article 115 du titre V de la Constitution de l'an III).
1458 Les articles 114 à 123 du titre V de la Constitution directoriale développent la procédure applicable au représentant traduit devant la Haute Cour de justice.
1459 J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.346.
1460 C. Euzet, Les fondements doctrinaux de la protection des pouvoirs constitués, op.cit., p.38.
1461 *Ibid*.
1462 Au mépris de certains principes tels que l'égalité devant la loi entre les citoyens, le stade ultime serait une irresponsabilité généralisée pour tous les types d'actes dans et hors les fonctions parlementaires.

D'autre part, le second enseignement de cette innovation réside dans les modalités de ce tribunal spécial qui met en lumière la prédominance institutionnelle des assemblées. L'organisation de la Haute Cour de justice réalise « la mise en œuvre du principe de souveraineté nationale »[1463] puisque c'est la Nation elle-même qui accuse par l'organe de ses représentants, c'est-à-dire le corps législatif. À cet égard, il apparaît qu'en plus de contrôler les procédures contre les directeurs devant la Haute cour de justice, les parlementaires gardent également l'initiative des poursuites pénales susceptibles d'être engagées contre ses propres membres devant cette Cour. De cette façon, ils sont maîtres de leurs accusations et donc de leur propre destin. Comme l'énonce l'article 116 du titre V de la Constitution de l'an III, « aucune dénonciation contre un membre du Corps législatif ne peut donner lieu à poursuite, si elle n'est rédigée par écrit, signée et adressée au Conseil des Cinq-Cents »[1464]. Une fois que le Conseil des Cinq-Cents a déclaré qu'il y a lieu à examen, le prévenu comparaît dans un délai de deux jours devant le Conseil des Anciens « dans l'intérieur du lieu des séances »[1465], qui peut décider de prononcer ou non l'accusation et de renvoyer l'accusé devant la Haute Cour de justice[1466]. Par ce dispositif astucieux confiant le monopole de l'accusation à la représentation nationale, les parlementaires sous le Directoire sont, de fait, à l'abri de toute poursuite judiciaire pour leurs actes commis dans et hors l'exercice de leurs fonctions. Ce système est donc, à la fois, le témoignage et la sauvegarde de l'indépendance des membres du corps législatif[1467]. Ainsi il apparaît que les modalités et la compétence de la Haute Cour de justice imaginées par les constituants de l'an III font que le Directoire, dans le cadre de notre problématique, « représente une réelle originalité dans l'histoire républicaine »[1468].

À travers ces innovations, le régime du Directoire revêt un intérêt certain dans l'histoire doctrinale des privilèges parlementaires. Il n'est en rien un interrègne mais poursuit et accentue, au contraire, les réalisations acquises de la Révolution. En revanche, cet esprit de nouveauté et de progrès ne guident pas la manière dont les constituants de 1795 conçoivent le statut de l'exécutif.

1463 J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.348.
1464 Dans le même sens, l'article 267 du titre VIII de la Constitution de l'an III dispose que « la Haute Cour de justice ne se forme qu'en vertu d'une proclamation du Corps législatif, rédigée et publiée par le Conseil des Cinq-cents ». L'article 271 du titre VIII de la Constitution de l'an III ajoute : « Les actes d'accusation sont dressés et rédigés par le Conseil des Cinq-Cents ».
1465 Article 120 du titre V de la Constitution de l'an III.
1466 Article 121 du titre V de la Constitution de l'an III. Toutefois, le jugement n'est pas l'œuvre des parlementaires puisque cinq juges et deux représentants du Tribunal de cassation encadrent les hauts jurés nommés par les assemblées locales (article 266 du titre VIII de la Constitution de l'an III).
1467 Dans le même sens, pour garantir la liberté du vote et renforcer par là-même l'indépendance des parlementaires, l'article 122 du titre V de la Constitution de l'an III dispose que « toute discussion, dans l'un et dans l'autre Conseil, relative à la prévention ou à l'accusation d'un membre du Corps législatif, se fait en Conseil général. Toute délibération sur les mêmes objets est prise à l'appel nominal et au scrutin secret ».
1468 J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.346. Toutefois, la réunion de la Haute Cour de justice à l'encontre d'un représentant restera symbolique durant le Directoire puisqu'un seul député, Drouet, membre du Conseil des Cinq-cents, sera jugé devant elle qui prononcera son acquittement dans le cadre de l'affaire de la Conspiration des Égaux. Cf. J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.346.

§2. La subordination persistante de l'exécutif à la représentation nationale malgré les tentatives d'inflexion du Groupe de Coppet

325. Empruntant aux paradigmes hérités de l'ère révolutionnaire, l'apport du Directoire à la problématique des privilèges immunitaires des pouvoirs constitués est ambivalent. Pour Gérard Conac et Jean-Pierre Machelon, « se mêlent dans la Constitution de l'an III archaïsme et modernité, innovations hardies et médiocres mesures conservatoires »[1469]. En effet, s'il comporte sa part d'innovations, parfois de grand intérêt en matière de conceptualisation des immunités parlementaires, il manifeste également une certaine continuité dans l'aménagement du statut du pouvoir exécutif. À cet égard, la nouveauté de ce régime réside dans le choix d'une dualité en son sein puisqu'il comprend désormais un organe collégial, *le Directoire*, et *des ministres*. Un doute doctrinal persiste du moins sur la nature exacte de ces deux organes. Pour certains, le Directoire équivaudrait à un chef de l'État[1470], alors que pour d'autres il constituerait un *ministère*[1471], faisant dès lors des ministres des agents subordonnés investis d'une seule fonction administrative. S'il apparaît « délicat de déterminer avec certitude quel est le statut respectivement accordé aux deux entités constituant l'exécutif », la seconde option sera préférée dans la présente étude.

Mais, malgré cette particularité, le pouvoir exécutif, dans le prolongement du début de la Révolution, demeure placé par les constituants de l'an III, comme nous l'avons souligné, sous la dépendance exclusive du pouvoir législatif. Pourtant, il est intéressant de constater qu'un fort courant doctrinal a sérieusement tenté durant les discussions constituantes de la Constitution de l'an III, « première tentative française pour penser un pouvoir exécutif républicain »[1472] de revaloriser la place de ce pouvoir et, à cette fin, de remodeler son dispositif immunitaire. Il s'agit du *Groupe de Coppet*, qui désigne « une véritable école de pensée, au-delà du conjoncturel, qui veut unir l'ordre et la liberté autour du pouvoir exécutif comme clé de voûte »[1473]. Il conviendra, à ce titre, d'étudier la pensée constitutionnelle de Necker et de Germaine de Staël qui, influencés par les idées du constitutionnalisme anglais, préconisent l'irresponsabilité du Directoire, compensée par la consécration de la responsabilité politique de ses ministres (**A**). Mais ces opinions doctrinales originales ne rencontrent aucun écho au cours de la période étudiée. En dépit de la volonté affichée

1469 G. Conac, J.-P. Machelon, De l'Ardèche à Paris, *in* G. Conac, J.-P. Machelon (dir.), La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel, op.cit., p.7.
1470 Par exemple, Robert Charvin, opère une distinction entre « le chef de l'État (dont la fonction est assurée collectivement par le Directoire) et les ministres » (R. Charvin, Justice et politique..., op.cit., p.73).
1471 D'après Nathalie Havas, le Directoire paraît « au niveau de ses attributions, (…) davantage conçu comme un ministère que comme un chef de l'État » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.171) même si l'auteur concède que « l'analyse de la responsabilité des membres de cette institution collégiale semblera *in fine* annoncer davantage la responsabilité du chef de l'État sous la Seconde République et sous le Second Empire que la responsabilité ministérielle de type parlementaire » (*ibid.*).
1472 L. Jaume, « L'esprit de Coppet » et l'organisation du pouvoir exécutif, op.cit., p.140.
1473 *Ibid.*, p.122.

par les Thermidoriens de « restaurer, dans une certaine mesure, l'autorité du pouvoir exécutif en réaction à la prépondérance législative à laquelle a conduit la pensée jacobine sous la Convention nationale »[1474], la responsabilité pénale des directeurs est encore organisée par ces derniers au prisme de la domination du législatif sur l'exécutif, conséquence de la persistance de la vision unitaire du pouvoir. En ce sens, nonobstant la reconnaissance classique d'un privilège de juridiction à l'égard des directeurs, l'assemblée continue de bénéficier en comparaison des régimes précédents, des pouvoirs de défiance et de révocation à leur encontre, expressions de sa suprématie constitutionnelle, par le biais du dispositif pénal devant la Haute Cour de justice (**B**).

A. L'esprit de Coppet ou la volonté de revalorisation inédite du pouvoir exécutif

326. Au moment précis et crucial où la commission des Onze élabore les futures institutions du pays sur des fondements stables, le courant de pensée du Groupe de Coppet, cherche à participer à cette entreprise constituante et à peser sur les choix définitifs. Pour cela, il nous livre, à propos du pouvoir exécutif, une réflexion singulière et subversive[1475] qui tente de revaloriser sa place et son rôle institutionnels par opposition au dogme révolutionnaire de la prééminence constitutionnelle du corps législatif[1476]. Leur ligne directrice consiste en effet « à penser que l'exécutif peut être le

1474 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.171.

1475 L'ouvrage de référence en la matière est l'éclairant exposé de Henri Grange, Les idées de Necker, Paris : Klincksieck, 1974. Cf également, du même auteur, Necker, Mme de Staël et la Constitution de l'an III, in Approches des Lumières. Mélanges offerts à Jean Fabre, Paris : Klincksieck, 1974.

1476 En dehors du Groupe de Coppet, de nombreux auteurs aspirent à revaloriser le pouvoir exécutif afin de lutter contre la tyrannie parlementaire. Parmi eux, Pierre-Louis Roederer, journaliste durant le Directoire (v. not. J.-L. Chappey, Pierre-Louis Roederer et la presse sous le Directoire et le Consulat : L'opinion publique et les enjeux d'une politique éditoriale, Annales historiques de la Révolution française [En ligne], n°334, octobre-décembre 2003), considéré comme le « douzième » membre de la Commission et futur acteur majeur du coup d'État du 18 Brumaire, formule les plus vives critiques à l'encontre du projet de Constitution de l'an III dans sa brochure « Du gouvernement ». Il affirme « sans préliminaire et sans détour que l'organisation du pouvoir exécutif présentée dans le plan de la commission des Onze (...) paraît défectueux et contraire aux vues sages qui ont dicté le reste du projet » (P.-L. Roederer, Du gouvernement, reprod. de l'édition de l'impr. du Journal de Paris, 1795, p.1) en raison de son impuissance. Pour lui, « ceux qui aiment l'anarchie doivent ou vouloir, que le projet proposé pour le pouvoir exécutif passe tel qu'il est » (*ibid*.). Analysant chaque détail du projet, et notamment la responsabilité du pouvoir exécutif et le dispositif envisagé, il constate que « le gouvernement manque de garantie politique contre le pouvoir législatif » (*ibid*., p.23). Favorable à une mise en accusation par les Chambres, il est conscient des conséquences d'un tel pouvoir confié au corps législatif : « Les membres du gouvernement ne peuvent être mis en jugement qu'après que le conseil des anciens a prononcé qu'il y a lieu à accusation et que le conseil des 500 a déclaré qu'il y a lieu à inculpation. Cette précaution contre les accusations, et contre les jugements iniques atteste sans doute les bonnes intentions du comité ; les effets qu'elle doit produire y répondent faiblement » (*ibid*.). Il souligne notamment le risque de l'apparition en pratique d'un contrôle politique sur le pouvoir exécutif par les assemblées puisqu'il remarque qu'« il est de la nature du conseil des 500 d'inculper souvent et légèrement ; de la nature du conseil des anciens, d'accuser plus légèrement encore et il est presque nécessaire au tribunal de condamner de même » (*ibid*.). Cependant, il apparaît que ses reproches ne seront pas entendus durant le Directoire mais trouveront un certain écho sous les régimes napoléoniens dont il est l'un des protagonistes éminents. En outre, ce courant favorable à une revalorisation du pouvoir exécutif compte de nombreux partisans : v. not. A. C. Thibaudeau, Plan d'organisation d'un gouvernement intermédiaire, jusqu'à ce que la Constitution puisse être organisée, présenté à la Commission des Seize par la section qu'elle avait chargée de cet objet, composée des Représentants du Peuple Thibaudeau, Romme et Merlino, Paris : Imprimerie nationale, an III ; J.-D. Lanjuinais, Opinion sur le gouvernement provisoire de la République, Paris : Imprimerie nationale, an III ; J.-B. Louvet, Opinion sur le gouvernement provisoire de la République, Paris : Imprimerie nationale, an III ; E. P. A. Villetard, Opinion sur l'organisation provisoire de la

gardien des libertés et de la liberté, au lieu de constituer *a priori* une menace »[1477], ce qui les conduit à élaborer une doctrine de la balance des pouvoirs puisée des modèles de la Révolution de 1789, du système anglais et du gouvernement à l'américaine.

327. Le point de départ de cette doctrine prend racine dans la pensée constitutionnelle de Jacques Necker. « Vaincu de l'histoire »[1478] mais surtout homme d'État expérimenté et observateur avisé de la Révolution confronté personnellement au basculement de l'Ancien Régime, sa réflexion institutionnelle mérite l'attention[1479]. Pour Lucien Jaume, il s'agit d'« une pensée constitutionnaliste parmi les plus riches et les plus fines, qui influence directement Mme de Staël et Benjamin Constant et, à travers ce dernier ou grâce à l'édition des *Oeuvres complètes*, irrigue toute la réflexion libérale sous le régime des Chartes »[1480]. Trois de ses écrits en matière constitutionnelle présentent un intérêt certain : *Du pouvoir exécutif dans les grands États* (1792), *De la Révolution française* (1796) et *Dernières vues de politique et de finance* (1802), dans lesquels il fait preuve d'originalité par rapport à la rhétorique intellectuelle révolutionnaire et d'un « esprit (…) subtil mais complexe »[1481], dans une perspective comparatiste. Concentrant plus particulièrement sa réflexion sur le pouvoir exécutif[1482], « la fonction gouvernante a été la préoccupation constante du théoricien de Coppet »[1483] afin de concilier l'ordre et la liberté. Admiratif du système constitutionnel de l'Angleterre et de sa monarchie limitée, il y voit un modèle d'harmonie et d'équilibre des pouvoirs donnant une place non négligeable à l'exécutif, même s'il n'en soutient pas une reproduction à l'identique[1484]. Sur ce socle, deux axiomes constituent la ligne directrice de la vision constitutionnelle du ministre genevois. *Le premier*, inspiré du modèle anglais, est la défense d'une séparation des pouvoirs qui met en place ce que Necker appelle l'« entremêlement » des fonctions. Il souhaite des interactions entre le pouvoir exécutif et législatif comme en Angleterre et aux Etats-Unis[1485] et rejette donc la séparation absolue des pouvoirs mise en place par la Constitution

République, Paris, Imprimerie nationale, an III.

1477 L. Jaume, « L'esprit de Coppet » et l'organisation du pouvoir exécutif, op.cit., p.122.

1478 L. Jaume, Necker : examen critique de la Constitution de l'an III, op.cit., p.167.

1479 Sur ce sujet, une somme importante lui a été consacrée : H. Grange, Les idées de Necker, Paris: Klincksieck,1974.

1480 L. Jaume, Necker : examen critique..., op.cit., p.167. Sur ce point, la pensée de Necker influencera également « l'école doctrinaire (qui) s'en inspire sur certains points, bien que la dette ne soit pas toujours facile à déterminer » (*ibid*.).

1481 *Ibid*., p.168.

1482 Comme le note Lucien Jaume, « si l'on admet que la question du pouvoir exécutif est le grand échec de la Révolution constituante qui pèse sur toute la suite de l'histoire française jusqu'à nos jours, il faut constater que la pensée de Necker est de première importance en ce domaine, notamment par son livre de 1792, Du pouvoir exécutif dans les grands Etats » (L. Jaume, « L'esprit de Coppet »..., op.cit., p.121).

1483 L. Jaume, Necker : examen critique..., op.cit., p.168.

1484 En 1792, Necker reproche à l'Assemblée constituante de ne pas s'être inspiré du modèle anglais, non pas, précise-t-il, « pour s'y conformer servilement, mais pour fixer ses idées au milieu du vide immense dont son génie destructeur l'avait environnée » (A. Laquièze, Le modèle anglais et la responsabilité ministérielle selon le groupe de Coppet », *in* L. Jaume (dir.), Coppet, creuset de l'esprit libéral. Des idées politiques et constitutionnelles du groupe de Madame de Staël, Paris ; Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 2000, p.169.

1485 Pour Necker, « on doit chercher à établir une liaison constitutionnelle entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ; on doit songer que leur prudente association, leur ingénieux entrelacement seront toujours la meilleure caution d'une circonspection mutuelle et d'une surveillance efficace » (J. Necker, De la Révolution française, op.cit., t.X, p.133). Il reproche donc que « les législateurs français (de l'an III) ont pris à tâche de séparer en tous sens les deux

directoriale. *Le second* fait toute la singularité de sa réflexion. À coutre-courant du système constitutionnel bâti depuis le début de la Révolution concevant le pouvoir législatif comme la fonction première et souveraine de l'État, il opère un renversement des rapports de force institutionnels. Il soutient que le pouvoir exécutif, « quoique le second en apparence dans l'ordonnance politique, y joue le rôle essentiel »[1486] au point d'être « la pierre de l'angle de toutes les sociétés politiques »[1487]. Cette idée est présente dès son ouvrage *Du pouvoir exécutif dans les grands États*, qui constitue un bilan critique de la Constitution de 1791 dans lequel il affirme que « le pouvoir exécutif est la force motrice d'un gouvernement ; il représente, dans le système politique, cette puissance mystérieuse qui, dans l'homme moral, réunit l'action à la volonté »[1488]. Dans le but de revaloriser ce pouvoir, le publiciste justifie sa prédominance dans sa propre organisation des pouvoirs au regard de sa mission principale, c'est-à-dire, selon lui, « maintenir, sans usurpation, l'ordre public et l'observation des lois »[1489], condition de préservation de la liberté. S'écartant d'un autre genevois de renom, Rousseau, il considère que « l'obéissance du grand nombre au petit nombre suppose toujours un éclat, un prestige et une incarnation du pouvoir exécutif »[1490]. Néanmoins, cela n'empêche pas Necker de « concevoir un exécutif de type républicain »[1491].

En définitive, la combinaison de ces deux principes implique pour Necker que l'exécutif « ait l'initiative de la politique engagée, exerce un véritable *leadership*, partage l'initiative des lois avec le législatif, ait droit de veto, et même de dissolution »[1492], de façon à ce que « si le pouvoir exécutif mène le jeu, il devient un facteur d'ordre et de sécurité et, par là, un puissant élément de conservation sociale »[1493]. Ces prétentions expliquent logiquement son attitude critique envers la Constitution directoriale, qu'il exprime clairement dans son ouvrage *De la Révolution française*. Il procède à travers celui-ci à une analyse fine à la fois de la Constitution de 1791 et celle de 1795[1494], contre laquelle il émet plusieurs reproches qui sont la conséquence directe de ses deux postulats

autorités suprêmes, et ils se sont imposé cette obligation sur la foi périlleuse d'un axiome absolu trouvé en quelques livres, et au mépris des instructions fournies par l'expérience » (*ibid.*).

1486 J. Necker, Du pouvoir exécutif dans les grands Etats, in Auguste de Staël (dir.), Œuvres complètes t. VIII, Paris : Treuttel et Würtz, p.17.

1487 *Ibid.*, p.38.

1488 *Ibid.*, p.14.

1489 *Ibid.*, p.32.

1490 L. Jaume, « L'esprit de Coppet »..., op.cit., p.124. C'est la raison pour laquelle Necker approuve « la pompe monarchique, les formes solennelles, les gradations d'ordres et de rangs qui doivent entourer le monarque pour fortifier son prestige » (*ibid.*).

1491 L. Jaume, Necker : examen critique..., op.cit., p.168.

1492 *Ibid.*, p.169.

1493 L. Jaume, « L'esprit de Coppet »..., op.cit., p.125.

1494 Necker y consacre plus de 135 pages, complété par une comparaison avec l'Amérique (Quatrième partie, section première : « République fédérative. Exemple des américains ») et l'Angleterre (Section seconde : « Monarchie tempérée. Exemple de l'Angleterre »). (J. Necker, De la Révolution française, op.cit., t. X).

principaux. Outre la structure collégiale du directoire[1495] et ses compétences restreintes[1496] critiquables, il insiste également, dans notre perspective, sur la responsabilité illusoire des directeurs et des ministres. *Concernant les seconds*, il doute tout d'abord de la volonté des constituants d'instituer une responsabilité véritable des ministres. Au regard de l'article 152 du titre VI de la Constitution directoriale, Necker observe en effet que seule cette disposition constitutionnelle « évoque la responsabilité, pour en conférer deux, et qui peuvent se contredire, aux ministres »[1497]. *En outre*, les directeurs disposent d'un tel pouvoir hiérarchique sur les agents administratifs que l'émergence d'une quelconque responsabilité ministérielle est rendue impossible. Comme le remarque Necker, « comment un ministre serait-il responsable de l'exécution des lois, lorsqu'on autorise le Directoire à suspendre *immédiatement* les administrateurs secondaires, à annuler de même *immédiatement* tous les actes de ces administrateurs, sans autre formalité que l'attestation ou l'écriture d'un secrétaire privé »[1498]. Or le théoricien du groupe de Coppet regrette cette irresponsabilité *de fait* des ministres, étant donné qu'elle est un obstacle à l'introduction en France du modèle anglais fondé sur le binôme inviolabilité du chef de l'État-responsabilité ministérielle qui représente, pour lui, la meilleure organisation du pouvoir exécutif. À ses yeux, « le mal est dans cette parité réelle, aux regards de l'opinion, entre les *chefs* et les *sous-chefs* du gouvernement, parité qui rend inadmissible le système ingénieux introduit en Angleterre »[1499]. Toutefois, Necker se ravise rapidement et estime que ce système dual n'est pas transposable à une constitution républicaine car « il ne faut pas moins que la majesté du trône pour garantir le chef de l'État de l'atteinte portée à sa considération par la responsabilité directe de ses ministres envers la nation ; et si l'on avait établi en France une responsabilité de cette nature, le Directoire n'eût été qu'un *vain fantôme* et un fantôme *ridicule* ; car pour en créer un sérieux, un véritablement utile à l'État, il faut tous les prestiges de la royauté »[1500]. Or le penseur genevois est persuadé du manque d'autorité et de considération des cinq

1495 Ce système est source pour Necker de longueur et d'incohérence dans la prise de décision. Il affirme en effet : « supposerez-vous le Directoire obligé constamment d'acquérir une volonté et par une délibération et par une supériorité de suffrages entre cinq personnes ? Quelle lenteur dans l'action ne serait pas le résultat d'un pareil assujettissement » (J. Necker, De la Révolution française, op.cit., tome X, p.127), auquel s'ajoute un risque de « disparité des principes, une diversité de systèmes » (*ibid*., p.128). Il lui préfère l'unité bénéfique du pouvoir exécutif en souvenir de la structure monarchique.

1496 Necker dénonce principalement l'absence de participation des Directeurs au pouvoir législatif : « on n'a pas assez réfléchi peut-être, en dessinant la constitution française, qu'entre toutes les manières de relever l'autorité exécutive dans une république, la plus simple et la moins dangereuse est de lui attribuer une part directe ou indirecte à la confection des lois » (J. Necker, De la Révolution française, op.cit., tome X, p.125). La réduction des fonctions des membres du pouvoir exécutif à une simple mission de surveillance présente selon lui des risques pour la liberté. En effet, « Necker fait observer qu'à vouloir réduire les Directeurs à une stricte fonction d'exécution, on perd le bénéfice des connaissances que la branche administrative pourrait apporter ; de plus, on humilie les cinq Directeurs qui risquent fort de chercher tous les moyens pour se promouvoir. Car, une fois rabaissés, les dépositaires du pouvoir exécutif « se plaisent dans le tumulte et dans les factions, afin de fixer sur eux le premier intérêt, afin de donner plus d'éclat à leur office, afin de montrer bruyamment leur droit de contrainte ou de répression » » (L. Jaume, « L'esprit de Coppet »..., op.cit., p.138).

1497 L. Jaume, Necker : examen critique..., op.cit., p.174.

1498 J. Necker, De la Révolution française, op.cit., tome II, p.125.

1499 *Ibid*., tome X, p.137.

1500 *Ibid*., p.134. Necker soutient effectivement que l'irresponsabilité du chef de l'exécutif apparaît en France comme parfaitement inconciliable avec la forme républicaine des institutions puisque seul un Roi peut être déclaré irresponsable : « la responsabilité du ministre et l'inviolabilité du chef de l'État sont des conditions monarchiques et nullement républicaines » (J. Necker, Dernières vues de politique et de finances, op.cit., t. XI, p.71). D'ailleurs, conscient de la fin de la monarchie héréditaire et de l'entrée dans le système représentatif et républicain, Necker mettra

particuliers qui feront office de directeurs[1501]. Dès lors, le schéma de Necker est « empoisonné [puisqu'] il tourne à la supériorité de la monarchie »[1502]. Autrement dit, Necker pense l'alternative – en forme de dilemme institutionnel - dans les termes suivants : « ou les directeurs sont responsables et il n'y a plus de contrôle possible, car il mettrait en danger l'existence même de l'État, ou les ministres sont responsables et les directeurs deviennent des fantoches »[1503] dépourvus de pouvoir. Necker regrette ainsi l'absence d'« une véritable fonction gouvernante »[1504].

328. En outre, Necker dresse le même constat négatif à l'égard de la responsabilité des directeurs établie par les constituants de l'an III. Ses critiques se concentrent principalement sur leur *mise en accusation* que sur leur *mise en jugement*. Concernant le premier point, l'homme d'Etat suisse met en lumière le caractère irréaliste de la procédure de mise en accusation instaurée à l'encontre des directeurs compte tenu de la collégialité de cet organe : « quel acte administratif, et quelles fautes, hors le cas de trahison, pourraient décider à un décret d'accusation contre cinq hommes indivisibles, qu'il faut attaquer en masse, et au milieu du crédit auquel leurs fonctions les appellent ? »[1505]. La division du pouvoir exécutif entre cinq membres dilue leur responsabilité. Il juge que « cette conception ambiguë d'un pouvoir indivisible mais à cinq têtes se prolonge, selon Necker, dans une mise en œuvre illusoire de la *responsabilité* »[1506]. De plus, l'ineffectivité de cette procédure résulte, à ses yeux, du « décalage entre les rythmes de renouvellement de conseils (trois ans) et des directeurs (cinq ans par roulement annuel entre eux) : le directeur en fin de mandat n'aura généralement pas une *mémoire* présente dans les conseils, en face de lui, pour le juger »[1507]. Enfin, au regard de ses axiomes évoqués ci-dessus, il considère surtout que le pouvoir de mise en accusation détenu par le corps législatif crée une subordination inacceptable du pouvoir exécutif au

un problème institutionnel majeur à la fin de sa vie quant à l'organisation du pouvoir exécutif : « assurer la responsabilité du pouvoir exécutif sans altérer la dignité du gouvernement, et mettre cette responsabilité en exécution sans jeter du trouble dans l'État : voilà peut-être la plus grande difficulté politique » (J. Necker, Dernières vues de politique et de finance, in Œuvres complètes, Treutel et Würtz, 1820-1821, t. XI, p.155).

1501 Necker s'efforce d'entourer les directeurs, ces chefs de l'État, d'une certaine majesté et leur donne certains conseils à cet égard : « L'autorité exécutive en France sera souvent obligée d'emprunter les *formes magiques de la royauté* ; et l'indivisibilité du gouvernement, qui rendra cette ressource nécessaire, en facilitera le succès ; puisqu'au sein d'un vaste pays, cette indivisibilité placera dans l'*éloignement* le directoire et lui donnera le moyen d'échapper aux regards du plus grand nombre des citoyens... » (J. Necker, De la Révolution française, op.cit., tome X, p.235). Toutefois, Necker s'interroge si ces procédés n'opèrent pas une transformation de la nature du régime républicain du Directoire : « est-ce une République qu'un pays de vingt-cinq millions d'hommes où, en raison de cette immense population, l'autorité première est forcée de recourir aux manières et aux usages monarchiques pour s'assurer du respect et de l'obéissance ? Non, ce n'est alors une République que de figure et de nom. Il n'y a pas de roi, mais il y a la royauté » *(ibid.)*.

1502 L. Jaume, Necker : examen critique..., op.cit., p.175.

1503 H. Grange, De l'influence de Necker sur les idées politiques de Benjamin Constant, Annales Benjamin Constant, 1982, n° 2, p.77. Dans la lignée de cette idée, Lucien Jaume note que « l'histoire française va concevoir la question du pouvoir d'État, tantôt en rêvant d'un « pouvoir neutre », garantie de la pérennité et de l'impartialité de l'État, mais irréalisable si l'on en juge par l'expérience de Juillet ; tantôt en s'en remettant à un chef de l'État engagé et plébiscitaire de type bonapartiste » (L. Jaume, Necker : examen critique de la Constitution de l'an III, op.cit., p.175).

1504 L. Jaume, « L'esprit de Coppet » et l'organisation du pouvoir exécutif, op.cit., p.139.

1505 J. Necker, De la Révolution française, op.cit., tome X, p.130.

1506 L. Jaume, Necker : examen critique de la Constitution de l'an III, op.cit., p.174.

1507 *Ibid.*, p.177. À cet égard, Necker affirme qu'« on ne pourra presque jamais diriger une accusation contre un ou plusieurs directeurs hors de fonction sans mettre en cause les directeurs régnants » (J. Necker, De la Révolution française, op.cit., tome X, p.121).

législateur : « lorsqu'on cherche dans cette Constitution les moyens attribués à la législature pour surveiller et pour contenir le pouvoir exécutif, on ne trouve que des messages et des décrets d'accusation ; mais le premier de ces moyens n'a point d'action efficace, et le second en a trop »[1508]. Concernant le second point, la mise en jugement des directeurs est, pour lui, une procédure dangereuse pour la stabilité du régime. Elle est « une arme violente qu'on oserait difficilement employer avec un Directoire en crédit dans le peuple ou dans l'armée. Une situation extrême, et qui serait déjà le commencement d'un grand trouble, pourra seule y déterminer »[1509]. Il en résulte donc que « le contrôle de l'exécutif s'avère doté d'un prix à payer très élevé : ou bien il faut le supposer docile (…) ou bien il faut le frapper par un moyen qui risque d'engendrer le bouleversement politique plutôt que de régulariser une situation »[1510]. En fin de compte, il apparaît que Necker éprouve la plus grande réserve à l'égard de la Constitution directoriale qui contredit ses principales convictions constitutionnelles à propos de l'organisation du pouvoir exécutif. Ses prémisses expliquent sa représentation du privilège immunitaire du pouvoir exécutif, divergente de celle des constituants de l'an III.

329. Sur la base du projet de Necker développé à cette période dans son ouvrage *Du pouvoir exécutif dans les grands États*, sa fille, Germaine de Staël, tente de prolonger l'œuvre constitutionnelle de son père afin de la rendre davantage effective. Pour cela, elle va chercher à influencer les membres de la commission des Onze et à faire adopter les idées institutionnelles qui lui sont chères, notamment par rapport au statut immunitaire du pouvoir exécutif. Précédemment, rassurée sur les conditions de vie à Paris, après avoir résidé trois ans en Suisse (à Lausanne et à Coppet), elle décide de rentrer en France au printemps de l'année 1795, au moment même des discussions constituantes. En effet, « devenue tardivement, mais sincèrement, républicaine, après Themidor, elle rêve de se lancer à nouveau dans la vie politique française et de refaire de son salon un des centres les plus brillants de la capitale »[1511]. Deux de ses ouvrages nous renseignent sur ses intentions et ses propositions en matière constitutionnelle : *Réflexions sur la paix intérieure* (1795) et *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France* (1798). Ces deux écrits d'envergure ont le mérite de porter « deux regards successifs sur la Constitution de l'an III, l'un, alors qu'elle est encore en gestation, l'autre, après une mise en application peu satisfaisante – l'expérience du premier Directoire et des coups

1508 J. Necker, De la Révolution française, op.cit., tome X, p.123.
1509 Cité par L. Jaume, Necker : examen critique de la Constitution de l'an III, op.cit., p.176.
1510 *Ibid*. En ce sens, Necker déclare : « il deviendra presque impossible de soumettre à une responsabilité efficace, à une responsabilité d'usage le gouvernement exécutif institué pour la France. On lui fera la guerre, on le renversera, s'il se rend coupable de quelque forfaiture éclatante ; mais comment pourra-t-on le stimuler s'il reste en deçà de la loi ? Comment pourra-t-on le réprimer s'il en franchit les limites ? » (J. Necker, De la Révolution française, op.cit., tome X, p.120). Son jugement s'avère juste puisque, comme le note Lucien Jaume, « menacés du décret d'accusation, trois directeurs durent, dans un cas (18 Fructidor an V), utiliser la force militaire pour se maintenir au pouvoir, et dans l'autre cas, donner leur démission (30 prairial an VI) » (L. Jaume, Necker : examen critique de la Constitution de l'an III, op.cit., p.177).
1511 H. Grange, Mme de Staël et la Constitution de l'an III : avant et après, op.cit., p.183.

d'Etat de Fructidor et de Floréal - dont elle veut tirer la leçon »[1512]. Dotée d'une culture constitutionnelle exceptionnelle pour l'époque[1513], le trait fondamental de sa doctrine constitutionnelle est une admiration pour la monarchie constitutionnelle anglaise qui constitue, à côté des idées de son père, sa source majeure d'inspiration. L'Angleterre est, pour elle, un modèle politique, principalement sa Constitution et sa façon d'agencer les pouvoirs fondée sur l'entrelacement des prérogatives. À ses yeux, la stabilité du régime britannique contraste avec la perpétuelle recherche d'institutions pérennes en France. Cependant, ce monarchisme limité va décliner au profit d'un engouement nouveau pour la République vers 1794, période qui coïncide avec la rencontre de Benjamin Constant.

330. Germaine de Staël, en possession d'un solide projet institutionnel, ne se satisfait pas de son état de simple théorie. C'est pourquoi elle s'emploie à influencer les travaux de la Commission des Onze grâce au réseau politique dont elle dispose[1514]. En outre, pour asseoir son influence idéologique, son ouvrage *Réflexions sur la paix intérieure* qui se propose « d'unir les « royalistes amis de la liberté » et les « républicains amis de l'ordre » »[1515], est rédigée entre le 5 et le 19 messidor (23 juin-7 juillet), c'est-à-dire après le dépôt du rapport Boissy d'Anglas et avant la discussion sur le veto (30 thermidor)[1516]. Néanmoins, malgré tous ses efforts, son ambition en matière constitutionnelle est modérée. Consciente des circonstances politiques actuelles marquées par l'animosité à l'encontre du pouvoir exécutif et par une farouche opposition à la restauration de la monarchie, il ne s'agit pas pour elle de « proposer l'intégralité du programme paternel : initiative des

1512 *Ibid.*, p.184.

1513 Comme le souligne Henri Grange, « on s'est étonné des connaissances manifestées en 1795 en matière constitutionnelle par Mme de Staël, comme si elle découvrait un monde nouveau ; comme s'il s'agissait d'un phénomène de génération spontanée et qu'elle n'eût point eu de père. En fait, elle est arrivée en France en possession d'une solide culture politique et même d'une véritable doctrine, acquise au cours de conservations à Coppet avec le maître des lieux et dans les œuvres trop oubliées, composées pendant sa studieuse retraite, par le ministre de Louis XVI, en particulier Du pouvoir exécutif dans les grands Etats, publié en 1792 » (H. Grange, Mme de Staël et la Constitution de l'an III : avant et après, op.cit., p.184). Voir également : B. Munteano, Les idées politiques de Mme de Staël et la Constitution de l'an III, Paris : Les Belles lettres, 1931.

1514 Comme le note Lucien Jaume, « Lanjuinais est probablement son relais à l'intérieur de la Commission des Onze et en séance, à la Convention » (L. Jaume, « L'esprit de Coppet » et l'organisation du pouvoir exécutif, op.cit., p.121). Henri Grange estime, lui, que Germaine de Staël va mettre à l'œuvre ses talents de persuasion et de conversation « au cours des célèbres dîners de la rue du Bac où elle invite, pour leur prêcher la bonne parole, les conventionnels les plus influents et des membres de la commission des Onze : Louvet, Boissy d'Anglas, Lanjuinais, peut-être La Révéillère-Lépeaux, ainsi que des journalistes comme Roederer ou Lezay-Marnesia » (H. Grange, Mme de Staël et la Constitution de l'an III : avant et après, in G. Conac, J.-P. Machelon (dir.), La Constitution de l'an III…, op.cit., p.185). Lucien Jaume apporte un autre éclaircissement instructif : « la veille du rapport des Onze, Boissy d'Anglas dîne chez Mme de Staël » (L. Jaume, « L'esprit de Coppet » et l'organisation du pouvoir exécutif, op.cit., p.127). Cependant, ce lobby politique de Germaine de Staël sera un échec et sera critiqué, notamment par Legendre à l'Assemblée qui « met en garde contre les réunions et dîners chez elle, l'appelle « correspondante des émigrés » et la range parmi les « sirènes enchanteresses » » (*ibid*., p.132).

1515 L. Jaume, « L'esprit de Coppet » et l'organisation du pouvoir exécutif, op.cit., p.127. Il s'agit, à travers cet ouvrage, de « concilier sous l'égide de la Constitution « les partisans d'une monarchie limitée et ceux d'une république propriétaire » (*ibid*.). Germaine de Staël affirme en effet : « Êtes-vous républicain : fortifiez le pouvoir exécutif, afin que l'anarchie ne ramène pas la royauté. Êtes-vous royaliste : fortifiez le pouvoir exécutif, afin que la nation reprenne l'habitude d'un gouvernement, et que l'esprit d'insurrection soit contenu » (G. De Staël, Réflexions sur la paix intérieure, in Œuvres complètes, Paris : Firmin-Didot, 1844, t.1, p.53).

1516 *Ibid*.

lois, veto, droit de dissolution, au profit de l'exécutif et, au profit du législatif, la responsabilité à l'anglaise des ministres »[1517]. Elle rassemble, en réalité, son énergie principalement, à l'inscription du veto suspensif au sein de la future Constitution[1518].

331. Il n'en demeure pas moins qu'elle ne délaisse pas la question du statut immunitaire des Directeurs et des ministres. Elle prête à ce sujet un « vif intérêt »[1519]. Envisagée dans les *Réflexions sur la paix intérieure*, elle partage en la matière en 1795 une vue identique à celle de son père, à savoir l'impossibilité d'instaurer en France une responsabilité ministérielle de type anglais compte tenu qu'une telle procédure est réservée aux régimes monarchiques, d'autant plus « si la fonction ministérielle n'est pas remise en chantier »[1520]. Parfait écho des idées neckériennes, elle considère en effet que « les directeurs, désacralisés par l'élection, ne disposent plus de l'aura qui permet au roi d'Angleterre aussi bien de retirer que de remettre le pouvoir aux ministres »[1521]. Ses espoirs étant anéantis par le dispositif immunitaire établi par la Constitution directoriale[1522], elle prend sa revanche dans le cadre d'un courant d'opinion qui se manifeste, après le 18 fructidor, pour la révision de la Constitution de l'an III, qui partage ses critiques contre cet acte constitutionnel imparfait. Son livre *Des Circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, écrit en dialogue permanent avec Benjamin Constant à l'approche du coup d'État de Brumaire, qui comporte un chapitre intitulé « De la Constitution », a précisément pour objet d'exposer un programme de réformes constitutionnelles, notamment les attributions du pouvoir exécutif[1523]. Outre ses propositions classiques de mettre un place un veto suspensif et un cumul des fonctions de ministre et de député[1524], Germaine de Staël radicalise un

1517 H. Grange, Mme de Staël et la Constitution de l'an III : avant et après, op.cit., p.185.

1518 Pour l'ambassadrice de Suède, le veto absolu auquel elle est opposée « ne peut être accordée à à un pouvoir exécutif républicain. Cette prérogative royale est une pompe de la couronne, plutôt qu'un droit dont elle puisse user et, dans une Constitution où tout est réel, la situation d'un homme arrêtant la volonté de tous est aussi invraisemblable qu'impossible » (G. de Staël, Réflexions sur la paix intérieure, op.cit., t.II, p.125). Partisane du veto néanmoins, elle lui préfère le veto suspensif : « il est bien différent d'éclairer ou d'arrêter la volonté ; les connaissances que seul le pouvoir exécutif peut réunir sont nécessaires à la confection de la loi et s'il n'a pas le droit d'obtenir par ses observations la révision, du décret qu'il croirait dangereux, s'il n'a pas ce droit dont le président est revêtu en Amérique, les lois seraient souvent inexécutables » (*ibid.*). Voir en ce sens : H. Grange, Mme de Staël et la Constitution de l'an III : avant et après, op.cit., p.186-187.

1519 H. Grange, Mme de Staël et la Constitution de l'an III : avant et après, op.cit., p.188. Pour Henri Grange, De Staël s'est effet entretenu de la question de la responsabilité ministérielle avec de nombreux interlocuteurs et « en particulier avec Roderer devenu son ami et qu'elle fréquenta beaucoup (lors de l'année 1795) » (*ibid.*, p.188).

1520 L. Jaume, « L'esprit de Coppet »..., op.cit., p.129.

1521 *Ibid.*, p.187. Germaine de Staël se demande en effet « si les ministres (nommés de fait par la Chambre des communes en Angleterre, puisqu'il n'y a presque point d'exemple que le roi conserve un ministre qui a perdu la majorité dans cette Chambre), si ces ministres sans un roi auraient un pouvoir suffisant pour l'intérêt général » (G. De Staël, Réflexions sur la paix intérieure, op.cit., t. II, p.126-127).

1522 En plus de la configuration de la Constitution de l'an III, ses espoirs sont également déçus plus tard par, comme le note Henri Grange, « le revirement de Barras, lors de la journée des dupes et du remaniement ministériel du 16 juillet 1797 ».

1523 Cependant, redécouvert tardivement, on peut regretter que Germaine de Staël n'est pas jugé bon de publier un tel ouvrage, qui est donc resté sans action sur les événements et n'a été connu que de quelques lecteurs.

1524 Germaine de Staël affirme en effet dans une lettre à Roederer en 1795 qu'« on parle beaucoup de la division des pouvoirs, et c'est peut être leur union qui est le problème le plus difficile. Un pouvoir exécutif qui n'a aucun rapport avec la confection des lois est naturellement l'ennemi de ceux qui lui imposent des décrets qui contrarient et ses vues et ses moyens d'exécution. On a senti pour cette raison la nécessité de donner au roi la sanction. Il est impossible

peu plus « son imitation du modèle d'outre-Manche dont son père lui a enseigné les mécanismes » puisqu'« elle exige désormais l'inviolabilité des directeurs et son corollaire, la responsabilité des ministres, entendant par là une responsabilité à l'anglaise, une responsabilité parlementaire »[1525]. En effet, à ses yeux, « il faut établir pour le Directoire une inviolabilité absolue, excepté dans le cas de rébellion dont les circonstances doivent être précisées à l'avance, comme elles l'étaient pour le roi dans la Constitution de 1791 ; que la responsabilité soit pour les ministres mais qu'il s'établisse, même pour eux, une sorte d'usage qui fasse la loi, c'est qu'ils donnent leur démission, lorsqu'ils auront perdu manifestement la confiance du Corps législatif »[1526].

332. Pour établir un tel dispositif, De Staël confie aux directeurs les attributions du monarque anglais dans le but de combler leur carence de prestige. Reversant le rapport de force entre l'exécutif et le législatif en place depuis le début de la Révolution, elle estime effectivement que « le Directoire se considérera toujours et doit se considérer comme représentant de la nation et non comme un délégué du corps législatif. Le corps législatif, en l'élisant, n'est à son égard qu'une assemblée électorale »[1527]. Ceci explique, sur le fondement de ce nouveau paradigme, qu'elle accorde ainsi aux directeurs, à l'image des institutions anglaises, un pouvoir de participation à la fonction législative ou encore le droit de dissolution : « le véritable jury constitutionnel, c'est le seul pouvoir supérieur à tous les autres, la volonté du peuple exprimée par de nouvelles élections qui lui sont redemandées par le Directoire exécutif qui en appelle à lui de la conduite de ses représentants »[1528]. L'entremêlement ou l'« entrelacement » des pouvoirs, selon l'expression chère à Necker, et la revalorisation du pouvoir exécutif permettront, selon elle, l'émergence d'une véritable responsabilité ministérielle de type anglais. Malgré tout, cette deuxième tentative de 1798 est également un échec puisque la Constitution du Consulat ne consacrera pas ses idées constitutionnelles. Il n'en reste pas moins que Germaine de Staël a fait preuve de « ténacité (…) à continuer, en 1798, avec plus ou moins de bonheur, l'effort commencé, en 1795, pour transposer dans une Constitution républicaine le modèle de la monarchie anglaise »[1529].

---

d'accorder une si grande influence à un pouvoir exécutif républicain. Ne faudrait-il pas alors choisir les ministres parmi les représentants de la chambre du Sénat ? Ils auraient plus de considération en réunissant les deux titres ; ils se mêleraient à la discussion et, comme en Angleterre, ils auraient l'avantage d'avertir des difficultés d'exécution qui s'opposent aux lois que l'on proposerait » (G. De Staël, Lettre à Roederer du 9 juin 1795, in Correspondance générale, Paris : Ed. B. Jasinski Pauvert, 1954, t.III, p.16-17). Cependant, ce cumul de fonction est critiqué en ce qu'elle porte atteinte à la séparation des pouvoirs, argument que rejette Germaine de Staël : « à cette idée, le premier mot que l'on oppose, c'est la confusion des pouvoirs, parce qu'une phrase toute apprise est généralement répétée. Mais est-ce qu'il y a de la confusion de pouvoirs en Amérique et en Angleterre parce que les ministres sont en même temps représentants du peuple ? L'opposition, le choc des pouvoirs prépare l'envahissement de l'un des deux, et c'est en se réunissant qu'ils se maintiennent » (*ibid*.).

1525 H. Grange, Mme de Staël et la Constitution de l'an III : avant et après, op.cit., p.189.

1526 De Staël, Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France, éd. Critique L. Omacini, Genève : Droz, 1979, p.190-191.

1527 Cité par L. Jaume, L'esprit de Coppet et l'organisation du pouvoir exécutif, op.cit., p.134.

1528 De Staël, Des circonstances actuelles..., op.cit., p.181.

1529 H. Grange, Mme de Staël et la Constitution de l'an III : avant et après, op.cit., p.191.

333. On comprend donc que l'un des traits fondamentaux de la pensée du groupe de Coppet, incarné principalement par Necker et De Staël en 1795 et durant le régime du Directoire[1530], consiste dans la reconnaissance solidaire de l'inviolabilité des directeurs et la responsabilité des ministres. Ce projet, qui vise à penser un pouvoir exécutif républicain inspiré du modèle monarchique anglais, s'inscrit dans une perspective plus large qui est celle de la revalorisation du pouvoir exécutif, appréhendé comme le gardien des libertés et de l'ordre. En cela, cette école de pensée présente une véritable originalité puisqu'elle marque un véritable abandon de la rhétorique révolutionnaire de la primauté du corps législatif sur l'ensemble des pouvoirs constitués. Toutefois, si les débouchés de la réflexion du groupe de Coppet seront significatifs et féconds « dans la théorie constitutionnelle de Constant – et plus particulièrement dans la distinction entre le « pouvoir neutre », républicain ou monarchique, et le « pouvoir ministériel »[1531], les constituants de l'an III en feront peu de cas renouant, dans le texte définitif de la Constitution directoriale, avec le paradigme traditionnel de la subordination du pouvoir exécutif à la représentation nationale.

B. L'architecture de la responsabilité des Directeurs, manifestation de la suprématie des assemblées législatives

334. Grâce à une spécialisation et une indépendance absolues entre les pouvoirs, les Thermidoriens manifestent la volonté, comme il a été souligné précédemment, de restaurer, dans une certaine mesure, l'autorité du pouvoir exécutif[1532]. Ils satisfont de la sorte l'une des propositions constitutionnelles du groupe de Coppet. En réalité, le Directoire constitue, sur la problématique de la responsabilité du pouvoir exécutif, un régime politique s'inscrivant dans la continuité des régimes précédents. Malgré un isolement apparent marqué entre les pouvoirs au sein de la Constitution directoriale dans le but d'éviter l'écueil de la Terreur, les Directeurs - assimilées à des ministres[1533] -

1530 Comme l'estime Lucien Jaume, le groupe de Coppet englobe sous cette formule « l'ensemble de la pensée constitutionnelle de Necker, en premier lieu, puis son relais par Germaine de Staël et Benjamin Constant » (L. Jaume, L'esprit de Coppet et l'organisation du pouvoir exécutif, op.cit., p.121).

1531 L. Jaume, « L'esprit de Coppet »..., op.cit., p.122.

1532 Tirant les leçons des échecs passés marqués entre autres par l'omnipotence d'une Assemblée unique, les Conventionnels de 1795 prônent un renforcement du pouvoir exécutif face au Corps législatif. Boissy d'Anglas affirme ainsi devant la Convention que « l'indépendance du pouvoir exécutif ne doit vous causer aucune méfiance (…). Autrefois le pouvoir exécutif était la force du trône, aujourd'hui il sera celle de la République. Vous l'avez toujours attaqué et affaibli, parce que vous vouliez renverser le trône qui vous menaçait. Aujourd'hui vous devez le fortifiez, puisque vote but n'est plus de le détruire, mais de conserver le gouvernement ; vous devez l'environner de puissance, de considération et d'éclat ; vous devez écarter de lui tout ce qui pourrait l'opprimer et l'avilir, car il est aussi le dépositaire d'une portion considérable de la puissance du peuple » (Boissy d'Anglas, Convention nationale, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 13 messidor an III (1er juillet 1795), n°283, séance du 5 messidor an III (23 juillet 1795). Il ressort même de cette citation une volonté inédite d'équilibre strict entre les deux pouvoirs.

1533 Parallèlement, pour ce qui est des ministres entendus au sens d'*agents généraux d'exécution* selon l'expression systématiquement utilisée à la place de la dénomination de « ministres » au sein du projet de Constitution présenté par la commission des Onze (v. not. les art.19 et 21 du projet, *in* M. Troper, Terminer la Révolution. La Constitution de 1795, op.cit., ann. N°3, p.259), leur responsabilité n'est pas véritablement organisée par l'acte constitutionnel de l'an III. Comme l'explique Robert Charvin, « cette lacune peut s'expliquer par le rôle secondaire des ministres dans la Constitution directoriale » (R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.75). Celle-ci ne contient en effet aucune disposition concernant le tribunal compétent pour juger des ministres. Ceci s'explique par le fait que leur responsabilité apparaît avant tout *hiérarchique* : dans l'exercice de leur fonction administrative, les ministres sont entièrement placés

se révèlent soumis à l'autorité du Corps législatif, seul détenteur de la fonction législative[1534]. La vision légicentriste, héritée du début de la période révolutionnaire, se maintient dans l'esprit des constituants de l'an III, d'après laquelle « de la hiérarchie entre la création et l'exécution de la loi résulte une hiérarchie organique »[1535]. De ce point de vue, le privilège de juridiction dont bénéficient les Directeurs, justiciables de la Haute Cour de justice, est la parfaite illustration de ce rapport de force institutionnel. Cet avantage continue d'être pensé, dans son organisation et son fonctionnement, au prisme de la subordination du pouvoir exécutif au corps législatif souverain. Cela explique que les constituants de l'an III attribuent aux membres des assemblées, à la fois, un pouvoir de défiance et un pouvoir de révocation contre les directeurs « même si ces derniers paraissent investis d'un pouvoir politique »[1536]. Ces prérogatives favorisent l'apparition potentielle d'une responsabilité politique en la forme pénale « qui a pour effet d'assujettir le Directoire au Corps législatif »[1537].

335. Tout d'abord, le premier instrument de domestication de l'exécutif au législatif réside dans l'octroi au Corps législatif par les constituants de 1795 d'une compétence *exclusive* dans la mise en accusation d'un directeur devant la Haute Cour de Justice. L'article 265 du titre VIII de la Constitution de l'an III dispose en effet qu'« il y a une Haute Cour de justice pour juger les accusations *admises par le Corps législatif*, soit contre ses propres membres, soit contre ceux du Directoire exécutif »[1538]. Il revient ainsi au Conseil des Cinq-Cents de proposer la mise en

sous le contrôle des Directeurs. En témoigne l'article 148 de la Constitution de l'an III qui dispose : « le Directoire nomme hors de son sein les ministres, et les révoque lorsqu'il le juge convenable. (…) ». Comme le note Jean-Pierre Machelon, « pleinement recherchée, la séparation du gouvernemental et de l'administratif était définie sur le mode *hiérarchique* » (J.-P. Machelon, La Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795)..., op.cit., p.33 [*Nous soulignons*]). Il semble ainsi qu'« au sein de la Constitution de l'an III, la responsabilité politique des ministres n'existe (…) pas, ni à l'égard du Corps législatif, ni à l'égard du Directoire » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.218). Il faudra attendre en réalité une loi ordinaire du 10 vendémiaire an IV pour que soit confié aux tribunaux de droit commun les délits ministériels. La juridiction compétente est le tribunal criminel du département où siège le pouvoir exécutif lors du délit (art.14). La loi précise que « les ministres peuvent être poursuivis pour atteinte à la sûreté générale et à la Constitution, pour attentat contre la liberté et la propriété individuelle, pour tout emploi de fonds publics sans décret du Corps législatif et avec décision du Directoire » (R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.75). Au final, deux enseignements se dégagent : d'une part, le droit d'accusation à l'encontre des ministres en tant qu'agents d'exécution n'appartient plus au Corps législatif mais aux seuls Directeurs agissant comme des autorités hiérarchiques pour des raisons de stabilité et d'efficacité de l'action administrative - le rédacteur Thibaudeau affirme en effet dans son rapport : « nous ne nous sommes pas arrêtés à un système que nous regardons comme destructeur de tout gouvernement, celui de donner aux citoyens le droit de poursuivre un ministre en justice. Nous avons cru aussi que ce n'était plus au Corps législatif qu'il fallait attribuer ce droit mais bien au Directoire exécutif. La raison de cette innovation résulte de la responsabilité du Directoire ; il serait absurde de ne pas lui laisser celui de les traduire devant les tribunaux, et il serait contraire à la Constitution de donner au Corps législatif un moyen d'arrêter la marche du pouvoir exécutif en attaquant sans cesse les ministres » (Conv. Nat., Gazette nationale ou Le Moniteur universel, séance du 26 fructidor an III (12 septembre 1795, p.704) - et, d'autre part, les Directeurs et les agents généraux d'exécution ne relèvent pas de la même juridiction, signe que seul le Directoire incarne véritablement le gouvernement contrairement aux seconds considérés comme des agents exécutants.

1534 Toutefois, en vertu du titre VI, article 163 de la Constitution de 1795 le Directoire peut inviter par écrit le Conseil des Cinq-Cents à prendre en considération un objet déterminé, voire lui proposer des mesures sans toutefois que ces dernières ne constituent des projets de loi.

1535 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.212.

1536 *Ibid.*, p.172.

1537 *Ibid.*, p.197.

1538 [*Nous soulignons*].

accusation d'un membre du Directoire, laquelle est décrétée le cas échéant par le Conseil des Anciens[1539]. Or ce choix des rédacteurs n'est pas anodin. Comme le note Nathalie Havas, en plus de précédents présents dans leur esprit[1540], « les Thermidoriens avaient (…) parfaitement conscience de la portée de l'attribution de la mise en accusation des directeurs aux Conseils »[1541] de façon exclusive. Cela signifiait la reconnaissance d'un mécanisme *indirect* de pression des membres des assemblées sur l'exécutif directorial. Les débats constituants l'attestent clairement. Le membre de la Commission des Onze, Lanjuinais, estime par exemple qu'« il ne faut pas qu'on puisse (…) accuser [le Directoire] pour l'avilir, ou bien tout est perdu »[1542]. De même, Saint-Martin soutient : « qu'importe qu'après avoir nommé les magistrats exécutifs, le Corps législatif ne puisse plus les révoquer ? *Il lui reste le droit d'accuser* (...) »[1543]. De la sorte, à l'image de ce qui se passa en Grande-Bretagne, par le biais du droit de mettre en jugement les membres du Directoire, les Chambres disposent du privilège de manifester leur défiance et d'obtenir indirectement le départ d'un directeur. Les constituants n'ignorent pas cette situation. Mailhe déclare en effet : « je trouve beaucoup d'inconvénients à donner l'accusation au Corps législatif. (…) Vainement entourez-vous de formes sévères l'accusation que vous laisserez entre les mains du Corps législatif, toutes vos précautions viendront se briser contre ceci : qu'il est de la nature des choses que le Corps législatif soit le rival du pouvoir exécutif, et qu'il emploie tous les moyens pour le *renverser* »[1544]. Cette maîtrise du corps législatif est d'ailleurs renforcée par l'indétermination des cas de mise en jeu de la responsabilité pénale prévus par la Constitution de l'an III. Au titre de l'article 115 de la Constitution, la mise en accusation peut être prononcée « pour les faits de trahison, de dilapidation,

1539 Titre V, article 113 de la Constitution de 1795 : « Hors le cas du flagrant-délit, les membres du Corps législatif ne peuvent être amenés devant les officiers de police, ni mis en état d'arrestation, avant que le Conseil des Cinq-Cents ait proposé la mise en jugement, et que le Conseil des Anciens l'ait décrétée ».

1540 Nathalie Havas souligne effectivement que par cette procédure, « les Constituants de l'an III savaient pertinemment que le Corps législatif pourrait ainsi facilement obtenir le départ d'un membre du Directoire, puisqu'ils avaient connaissance de la Constitution de 1791 et du précédent de l'affaire Delessart » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.205). V. sur ce point : J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.345.

1541 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.205.

1542 Lanjuinais, Convention nationale, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 13 messidor an III (1 juillet 1795), n°313, séance du 7 messidor an III (25 juin 1795), p.262. Dans le même sens, Daunou estime qu'« il est évident que le droit de mettre le Directoire en jugement donnerait au corps législatif une influence inévitable sur l'autorité exécutive : or, nous ne pouvons pas être divisés sur ce principe (…) qu'il y a despotisme dans le corps législatif, s'il peut influer sur l'action (...) » (Daunou, Convention nationale, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, séance du 8 thermidor an III (26 juillet 1795), p.1264). C'est pourquoi il est favorable de confier le pouvoir d'accusation des directeurs au jurie constitutionnaire puisqu'« en attribuant à cette institution le droit de mettre en jugement les membres du Directoire, vous assurerez à l'autorité exécutive une indépendance réelle à l'égard du corps législatif » (*ibid*.). Pour Mailhe, c'est « le jury national à qui ce droit d'accuser les membres du Directoire (doit être) donné » (Mailhe, *ibid.,* p.1266). De ce point de vue, en raison de circonstances politiques renouvelées, le constituant Thibaudeau aspire, à l'instar du Groupe de Coppet, à renforcer l'exécutif en vue de mettre un terme à la tyrannie parlementaire. Il estime effectivement que « les objections que l'on fait sur la responsabilité du pouvoir exécutif tiennent à de vieilles erreurs. On croit encore que ce pouvoir sera l'ennemi-né du corps législatif, qu'il cherchera à le détruire. Cette pensée pouvait être reçue du temps du pouvoir exécutif royal ; mais j'avoue qu'à présent je craindrais autant les usurpations du corps législatif que celle du pouvoir exécutif, celui-ci n'a que des pouvoirs limités ; il n'en est pas de même de l'autre, et je ne vois rien qui garantisse le peuple contre ses écarts » (Thibaudeau*, ibid*., p.1264).

1543 Saint-Martin (de l'Ardèche), Convention nationale, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 13 messidor an III (1 juillet 1795), n°313, séance du 7 messidor an III (25 juin 1795), p.1261 [*Nous soulignons*].

1544 Mailhe, Convention nationale, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 15 messidor an III (3 juillet 1795), n°313, séance du 9 messidor an III (27 juin 1795), p.1269 [Nous soulignons].

de manœuvres pour renverser la Constitution, et d'attentat contre la sûreté intérieure de la République ». Or il semble que « dans la mesure où les Constituants n'ont pas défini ou précisé les incriminations, le Corps législatif apparaît ainsi investi d'un pouvoir considérable en ce qu'il pourra déterminer arbitrairement ce qu'il faut entendre par ces expressions »[1545]. À l'instar historiquement du parlementarisme anglais, Le pouvoir discrétionnaire des parlementaires en la matière leur permet, par conséquent, d'utiliser la responsabilité pénale des ministres à des fins politiques. Dès lors, nonobstant l'octroi d'un privilège de juridiction aux directeurs censé leur garantir une certaine indépendance, leur subordination au pouvoir législatif résulte de la procédure de mise en accusation instituée à leur encontre dont le déclenchement est confié aux Conseils, maîtres à la fois de l'opportunité des poursuites et de la définition des cas de mise en accusation[1546].

336. En outre, cet assujettissement du pouvoir exécutif est accentué par un second procédé : *le pouvoir de révocation des directeurs* reconnus aux membres de l'assemblée par le biais de la procédure de mise en accusation. Le déclenchement de l'action publique est effectivement susceptible d'entraîner la suspension provisoire du directeur, voire sa démission spontanée. a mise en accusation d'un membre du Directoire entraîne *de jure* l'interruption provisoire de ses fonctions, qui peut même conduire à nommer temporairement des remplaçants aux postes laissés vacants lorsque les poursuites pénales sont déclenchées contre plus de deux directeurs[1547]. La portée d'un tel mécanisme est évidente : elle reconnaît un pouvoir d'éviction des directeurs au profit des membres du corps législatif. Cette prérogative manifeste sa supériorité institutionnelle dont les constituants ont parfaitement conscience. Pour Nathalie Havas, cela résulte du fait que les constituants de l'an III « connaissaient le précédent de l'affaire Delessart. À l'instar de l'article 123 (…), l'article 10 de la Constitution de 1791 prévoyait la suspension des fonctions étatiques comme conséquence de la mise en accusation d'un ministre. Si cet article ne pouvait s'analyser comme attribuant un droit de révocation à l'Assemblée législative, les députés utilisèrent pourtant sciemment cette disposition en vue d'obtenir le départ du ministre des Affaires étrangères »[1548]. D'ailleurs, la mise en pratique de ce procédé au cours du Directoire mettra en lumière son effet puissant puisque deux directeurs mis en accusation par les Conseils démissionneront spontanément. C'est le cas des directeurs Merlin de Douai et La Revellière-Lépeaux le 30 prairial an VII (18 juin 1799) suite à la tentative avortée d'un

1545 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.207-208. Robert Charvin note en effet qu'« il y a certes énumération de délits (dans la Constitution de l'an III), mais l'élasticité des termes fait que le principe de légalité n'est que formellement respecté » (R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.75). Il en conclut donc à « la pauvreté (et à) l'insuffisance de la législation concernant cette responsabilité pénale » des Directeurs (*ibid*., p.76).

1546 Mailhe affirme de ce point de vue : « La Constitution ne peut exister, si le pouvoir exécutif n'est pas dans une indépendance absolue du Corps législatif ; or, cette indépendance n'existe plus du moment où vous donnez à l'un de ces pouvoirs le droit d'accuser l'autre » (Mailhe, Convention nationale, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 15 messidor an III (3 juillet 1795), n°313, séance du 9 messidor an III (27 juin 1795), p.1269).

1547 Titre VI, article 159 de la Constitution de 1795 : « dans le cas où plus de deux membres du Directoire seraient mis en jugement, le Corps législatif pourvoira, dans les formes ordinaires, à leur remplacement provisoire durant le jugement ».

1548 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.209. L'article 123 du titre V de la Constitution de l'an III prévoit que « l'accusation prononcée contre un membre du Corps législatif entraîne suspension ».

coup d'Eat de ce dernier[1549], remplacés par Roger Ducos et le général Moulin, plus proches des vues des Chambres. Nathalie Havas souligne à cet égard que l'un des membres du Directoire, Barras, explique dans ses *Mémoires*[1550] que « la démission de La Revellière-Lépeaux a finalement été obtenue en échange de la promesse que les poursuites pénales seraient abandonnées contre lui s'il acceptait de quitter ses fonctions »[1551]. On constate donc que la voie pénale satisfait indéniablement une finalité proprement politique[1552]. La juridiction d'exception dont bénéficient les directeurs demeure, en réalité, une arme au service de la prédominance du pouvoir législatif. Comme le remarque Jean Garrigues, « ce qu'on a appelé improprement le « coup d'Etat » du 30 prairial an VII (18 juin 1799) – en réalité une revanche des Conseils sur le Directoire exécutif – marque l'ultime affirmation de la centralité législative »[1553]. On comprend en conséquence que « la responsabilité pénale des ministres du Directoire est illusoire, puisque la révocation suffit pour les éliminer »[1554].

337. Ces deux mécanismes institués dans la Constitution directoriale, corroborés par la pratique des acteurs institutionnels, apparaissent ainsi déterminants pour conférer l'ascendant au Corps législatif sur le pouvoir exécutif. En plus d'un pouvoir de nomination attribué aux directeurs qui « d'emblée remet en cause le principe d'indépendance entre les deux pouvoirs »[1555], les Thermidoriens dotent en effet les membres des assemblées de moyens de pression efficaces vis-à-vis du pouvoir exécutif grâce à la responsabilité pénale des directeurs. Pourtant, les constituants avaient veillé à entourer l'action des ministres *lato sensu*[1556] de barrières protectrices, incarnées notamment par l'institution d'un tribunal spécial de jugement, la *Haute Cour de justice*, conçu comme un contre-pouvoir. A cet

1549 Sur cet épisode, v. not., A. Meynier, Les coups d'État du Directoire, vol.2 : Le vingt deux floréal an VI (11 mai 1798) et le trente prairial an VII (18 juin 1799), Paris : PUF, 1928, p.111-230, spéc. p.215-218 ; N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.209-210 ; M. Troper, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, op.cit., p.89-91.

1550 P. de Barras, Mémoires de Barras, membre du Directoire, t.III, Le Directoire du 18 fructidor an 18 brumaire, publiées par G. Duruy, Hachette, 1895-1896, p.365.

1551 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…,op.cit., p.209-210.

1552 Il n'est cependant pas possible de considérer qu'émerge durant le Directoire une responsabilité politique des Directeurs. Si le Conseil des Cinq-Cents et le Conseil des Anciens disposent d'instruments leur permettant d'obtenir le départ d'un membre du Directoire comme nous l'avons vu, l'un des critères d'identification d'une responsabilité politique, l'identification d'un pouvoir politique aux mains du Directoire, fait défaut. Bien que, comme le note Nathalie Havas, « le Directoire paraît (…) être parvenu, dans une certaine mesure, à s'émanciper du Corps législatif, puisque des divergences politiques se rencontrent » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.207) notamment en matière de politique extérieure, il n'en reste pas moins que cette responsabilité demeure inaboutie puisque « le Directoire ne constitue pas un organe véritablement cohérent. Le coup de force des Conseils contre La Revellière-Lépeaux et Merlin ne manifeste en aucun cas la mise en œuvre d'une responsabilité solidaire des membres du Directoire » (*ibid*., p.213). La responsabilité ministérielle reste, sous le régime directorial, *individuelle,* ce qui « s'explique principalement par l'absence de partis politiques structurés à cette époque » (*ibid*., p.213), et ne présente donc pas un caractère politique.

1553 J. Garrigues (dir.), Histoire du Parlement de 1789 à nos jours, Paris : Armand Colin, 2007, p.88.

1554 R. Charvin, Justice et politique..., op.cit., p.76.

1555 *Ibid*., p.203. Ce danger a été soulevé lors des débats constituants, à l'image du conventionnel Guillemardet qui prévient : « (…) il ne faut pas (…) donner (au Conseil des Cinq-Cents) une si grande influence sur la nomination, car, par le fait, il tiendrait le pouvoir exécutif dans ses mains et le donnerait à qui il voudrait » (Guillemardet, Convention nationale, Gazette nationale ou Le Moniteur universel, 13 thermidor an III (31 juillet 1795), n°313, séance du 7 thermidor an III (25 juillet 1795), p.1262.

1556 Nathalie Havas souligne effectivement que « si la fonction gouvernementale émerge sous le Directoire, elle appartient aux directeurs et échappe totalement aux ministres en charge de la fonction administrative » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.219).

égard, le Directoire apporte des modifications substantielles par rapport aux expériences antérieures en matière de privilège de juridiction des ministres puisque pour la première et dernière fois dans notre histoire constitutionnelle, il étend la compétence de la Haute Cour à tous les membres de la représentation nationale, en plus des membres du Directoire, à tel point même que ce régime « représente une réelle originalité dans l'histoire républicaine »[1557]. A ce titre, sa composition se veut la plus indépendante possible du Corps législatif[1558].

Mais, nonobstant ces innovations institutionnelles, « loin de servir de contre-poids, la Haute Cour directoriale dans l'unique affaire dont elle est saisie intervient en tant qu'agent du pouvoir »[1559] législatif. Elle reflète effectivement au regard de son fonctionnement, comme nous l'avons vu, la suprématie institutionnelle des assemblées législatives, vidant par là-même cette institution singulière de toute sa substance. L'équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif, auquel paraissent aspirer les Constituants de 1795, s'avère illusoire. Le pouvoir exécutif se trouve à nouveau subordonné aux membres des assemblées par le biais de la responsabilité pénale des directeurs telle qu'elle est établie. Cette soumission ministérielle trouve sa justification à nouveau dans le maintien de la théorie constitutionnelle révolutionnaire. En effet, « dans la continuité des régimes précédents, la fonction exécutive apparaît encore conçue de manière restrictive sous le Directoire » dans la mesure où « le légicentrisme persiste à cette époque. Les Thermidoriens continuent à penser que la détermination de la politique appartient exclusivement au domaine législatif »[1560]. Un tel assujettissement réalise de la sorte la mise en œuvre du principe de souveraineté nationale qui postule que « c'est la Nation elle-même qui accuse par l'organe de ses représentants : le Corps législatif »[1561]. Plus généralement, le cas de la Haute Cour de justice est symptomatique de la façon dont les constituants de l'an III conceptualisent les privilèges des

1557 J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.346.

1558 La Haute Cour de justice est, du point de vue de son organisation, déliée de toute influence du Corps législatif : elle est composée de cinq juges et de deux accusateurs nationaux tirés du Tribunal de cassation, et de hauts jurés nommés par les assemblées électorales des départements (article 266 du titre VIII de la Constitution de 1795). Lorsque le Corps législatif a proclamé la formation de la Haute Cour de justice, « le Tribunal de cassation tire au sort quinze de ses membres dans une séance publique ; il nomme de suite, dans la même séance, par la voie du scrutin secret, cinq de ces quinze : les cinq juges ainsi nommés sont les juges de la Haute Cour de justice ; ils choisissent entre eux un président » (article 269 du titre VIII de la Constitution de 1795). Sur la Haute Cour de justice, v. également les articles 267 à 273 de la Constitution de 1795.

1559 R. Charvin, Justice et politique.., op.cit., p.88. La responsabilité ministérielle est effectivement partielle durant le Directoire puisque la Haute Cour directoriale ne sera en fonction qu'une seule fois lors de l'affaire de la « Conjuration des Égaux » (v. not. R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.84-88). D'ailleurs, preuve de son insuffisance, deux lois des 19 et 20 thermidor an IV précisant l'organisation et la procédure devant celle-ci seront votées en urgence par le pouvoir législatif. Elles renvoient à la loi ordinaire - le Code pénal de 1791 - pour la procédure à suivre devant le jury du jugement, les juges d'instruction et de jugement même « si cet unique procès de la Haute Cour de l'an III est une illustration des progrès du formalisme juridique » (*ibid*., p.87).

1560 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.208. L'auteur ajoute que « les Conventionnels de 1795 ne pouvaient accepter que le Directoire puisse être en mesure de refuser l'exécution des lois adoptées par le Corps législatif, car cette situation aurait offert au pouvoir exécutif un véritable droit de veto en matière législative (…). À cet égard, toute velléité de la part du Directoire de retarder, de négliger voire de refuser de remplir sa mission d'exécution des lois est perçue comme une « manœuvre pour renverser la Constitution » au sens de l'article 115 de la Constitution » (*ibid*.).

1561 J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.348.

autorités publiques. Les conventionnels, en restant dans les schémas théoriques des régimes précédents, ont poursuivi, en dépit de quelques changements conceptuels, la représentation des statuts dérogatoires des différents pouvoirs constitués établie dès la période révolutionnaire. L'apport des acteurs du Directoire au problème des immunités constitutionnelles est, en ce sens, paradoxal : si leur œuvre constitutionnelle participe à un progrès et à un renouvellement de ce thème de réflexion, elle se situe d'abord dans la continuité révolutionnaire républicaine.

*
* *

Conclusion du chapitre 1

338. Il apparaît donc que l'analyse des débats parlementaires et de la pensée constitutionnelle des acteurs politiques durant la période qui s'étend du 20 juin 1789 – et même antérieurement avec les œuvres de Sieyès – au coup d'Etat du 18 Brumaire an VIII possède une portée heuristique importante par rapport à la problématique des statuts dérogatoires des gouvernants. Phase d'ardente activité intellectuelle, cette période est assurément un épisode fertile de l'histoire constitutionnelle française en ce qu'il a contribué à poser les bases de la réflexion en la matière. Outre la mise en place de dispositifs immunitaires, elle voit naître les constructions intellectuelles fondatrices de la problématique de la protection des pouvoirs institués en France.

339. À cet égard, il ressort que la conception française des régimes dérogatoires durant ce laps de temps est essentiellement *empirique*. Elle évolue au gré des circonstances politiques agitées et des présupposées théoriques des acteurs politiques, articulées autour de représentations divergentes de la séparation des pouvoirs ou encore du détenteur de la souveraineté. En ce sens, entre 1789 et 1793, le souci immédiat et cardinal des membres de la première constituante, plus que celui proclamé de protéger l'ensemble des pouvoirs constitués, réside avant tout dans la volonté de préserver l'organe fer de lance de la Révolution, c'est-à-dire l'Assemblée, contre les attaques du pouvoir exécutif qui désire ardemment un retour à l'Ancien Régime. Plus largement, il s'agit de préserver définitivement le transfert de souveraineté au détriment du monarque. En effet, le choix du régime représentatif et les circonstances tumultueuses de 1789 marqués par les pressions du pouvoir exécutif induisent, par-dessus tout, la nécessité de protéger l'organe chargé d'incarner la volonté nationale. C'est ainsi que les constituants s'attachent à élaborer un statut particulièrement privilégié aux membres de l'Assemblée et, concomitamment, un régime beaucoup moins favorable

au pouvoir exécutif, suspecté d'être, par nature, nuisible à l'entreprise révolutionnaire. Ils œuvrent, en ce sens, à garantir les parlementaires dans leur personne à proprement parler contre les arrestations arbitraires, mais aussi et surtout à sanctuariser à long terme le Parlement en tant qu'instance collégiale, incarnation de la Nation, conformément aux volontés de Mirabeau inspirateur du fameux décret du 23 juin 1789. À cette fin, ils bâtissent les deux volets de l'immunité parlementaire sans employer encore un vocabulaire précis, dont les contours se rapprochent de manière frappante de ceux de l'article 26 de la Constitution de 1958 qui offrent aux députés une large indépendance à l'égard des autres pouvoirs constitués,. Dans ce sillage, ils organisent également, parallèlement, une subordination stricte du pouvoir exécutif à la représentation nationale à travers le statut du Roi et le privilège de juridiction des ministres qui sont étroitement entre les mains des parlementaires.

340. Mais la période qui fait suite à la suspension puis à l'exécution du Roi en 1793, redessine quelque peu la conception des statuts immunitaires des autorités constituées. La crainte de l'exécutif disparue, le cadre de réflexion des constituants en matière de régime dérogatoire des pouvoirs constitués, et, spécialement, celui des parlementaires, se trouve bouleversé. Le conflit qui oppose, en la matière, au cours de la période 1793-1795, les tenants d'un système représentatif à ceux qui plaident en faveur d'une démocratie semi-directe, imprégnés des idées de Rousseau et de sa ferme condamnation de la représentation, conduit successivement à des représentations intellectuelles opposées. Sous la pression des Comités et du durcissement du régime de la Convention nationale, les tentatives d'atteinte aux immunités parlementaires se multiplient au point que certains conventionnels proposeront même leur suppression. Il ne s'agit plus seulement, durant cette période, de protéger le législatif des dérives arbitraires de l'exécutif, mais également de protéger le peuple des dérives potentielles du législatif ou, pour reprendre les propos des acteurs politiques, de « se prémunir de la dictature irresponsable des représentants ». Il s'avère ainsi que les solutions relatives à la protection des pouvoirs constitués sont étroitement liées aux choix opérés en matière de souveraineté et à la nature du mandat qui en découle.

341. Il n'en demeure pas moins que le système immunitaire élaboré par les constituants durant ces deux phases (1789-1792 puis 1792-1794) s'appuie sur une ossature conceptuelle commune qui va traverser dans ses grandes orientations les turbulences constitutionnelles des périodes envisagées. *L'idée d'indépendance et de prééminence institutionnelle de l'Assemblée par rapport aux autres pouvoirs* défendue dans les premiers temps de la Révolution, constitue la ligne conductrice théorique fondamentale qui structure et oriente la pensée des auteurs, les débats constituants et leurs réalisations constitutionnelles concrètes en matière de protection des pouvoirs constitués. Celle-ci suppose la suprématie du pouvoir législatif à l'égard de l'ensemble des pouvoirs institués, qui

débouche sur une souveraineté parlementaire. Incarnation de la Nation souveraine, l'Assemblée estime représenter de manière exclusive cet être abstrait dans la plénitude de son pouvoir, ce qui conduit par conséquent à une hiérarchisation des pouvoirs assumée et *a fortiori* à la nécessaire indépendance de ses membres. C'est ainsi la hiérarchie des pouvoirs qui structure le système politique révolutionnaire que l'irresponsabilité, mais aussi l'inviolabilité, ont vocation à protéger, plus que le bon fonctionnement des pouvoirs selon une vision mécaniste de la Constitution. Les statuts immunitaires élaborés à l'égard des ministres et du Roi dans les différentes Constitutions sont particulièrement révélateurs de cette volonté de soumission. Ce faisant, cette idée-maîtresse apparue dès le commencement de la Révolution est, d'ailleurs, déterminante puisqu'elle marquera durablement et en profondeur la théorie française des immunités constitutionnelles tout au long de notre histoire constitutionnelle.

342. En outre, il a pu être observé qu'en dépit d'un contexte politique plus apaisé marqué par un perfectionnement des pratiques parlementaires et une volonté de mettre un terme à la domination sans partage d'une assemblée, le Directoire s'inscrit en majorité dans la continuité de la rhétorique révolutionnaire relative aux privilèges des gouvernants. En effet, en souvenir de la dictature de l'organe législatif durant la Terreur, les constituants du Directoire désirent prévenir ce danger et établir des institutions davantage modérées et durables. Cette volonté de rationalisation du système institutionnel s'organise dans un contexte politique davantage assagi, marqué par une certaine pacification des relations entre l'exécutif et le législatif. C'est pourquoi les thermidoriens n'opèrent pas qu'une seule synthèse de l'héritage révolutionnaire mais apportent également à cette problématique de nouvelles sources de réflexion intellectuelles. Moment non négligeable dans l'histoire doctrinale des immunités parlementaires, la Constitution du Directoire comporte effectivement sa part d'innovation dont l'une d'elles, *la compétence de la Haute Cour de Justice pour juger des actes délictuels commis par les parlementaires étrangers à leurs missions*, peut être considérée comme une véritable anticipation, même si elle ne sera reprise par aucune des Constitutions postérieures. Outre l'émergence de nouvelles idées, elle constitue également, sous l'effet d'une rationalisation du fonctionnement des assemblées parlementaires, une étape décisive dans le perfectionnement et l'enrichissement du statut d'indépendance des membres du corps législatif, marquant par là-même un saut qualitatif indéniable dans la problématique envisagée ici. Pour autant, l'œuvre constitutionnelle des Thermidoriens, si elle présente quelques originalités, se place avant tout dans la continuité théorique de la période précédente puisqu'elle persiste à concevoir et à structurer les régimes dérogatoires dans la perspective du tropisme révolutionnaire de la prééminence de l'Assemblée souveraine, malgré un effort manifeste pour renforcer les compétences et la place du pouvoir exécutif. *D'un côté*, perfectionnant la technique juridique des immunités parlementaires à l'origine d'un saut qualitatif évident, les constituants du Directoire

accordent une protection *large* aux représentants de la Nation, nécessaires au bon fonctionnement du régime représentatif. Il s'agit de mettre à l'abri ses membres de toute intimidation venue d'un pouvoir concurrent de manière à garantir une pleine indépendance et de la sorte à leur assurer une supériorité sur l'ensemble des pouvoirs constitués.

De l'autre, si le Directoire semble modifier de manière substantielle l'esprit du privilège de juridiction des ministres par l'extension de la compétence personnelle de la Haute Cour aux membres de la représentation nationale, il s'avère qu'au regard de son fonctionnement, ce tribunal exceptionnel est maîtrisé totalement par le corps législatif, lui assurant de ce fait sa suprématie sur l'ensemble des pouvoirs. L'équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif soi-disant recherché par les Thermidoriens, s'avère illusoire. Par conséquent, les conventionnels, en se plaçant dans le cadre de pensée de la tradition révolutionnaire structuré autour de la prédominance des chambres, ont conçu de manière quasi-identique les privilèges immunitaires des pouvoirs supérieurs.

CHAPITRE 2 : LA SYNTHÈSE AMBIVALENTE DE L'HÉRITAGE RÉVOLUTIONNAIRE LORS DES RÉGIMES NAPOLÉONIENS (1799-1815)

« Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie » proclament les Consuls le 24 frimaire an VIII (15 décembre 1799), quelques jours après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. Par cette déclaration, est affirmée la volonté des acteurs de ce nouveau régime né suite au coup d'État du 18 Brumaire (9 novembre 1799), de se réclamer de l'héritage de 1789 tout en mettant fin au processus révolutionnaire. Ce programme, qui n'est certes pas neuf puisque le Directoire poursuivait un objectif identique, prend en 1799 une autre dimension. L'époque napoléonienne, qui se déroule du 18 Brumaire an VIII au 8 juillet 1815, donne à la France moderne ses fameuses « masses de granit », tout en marquant *paradoxalement* le retour à un esprit monarchique qui accompagne la mise en place d'un régime autoritaire[1562]. Or cette dynamique politique contradictoire questionne directement sur ses répercussions éventuelles sur la manière dont la doctrine se représente les privilèges des pouvoirs supérieurs. Les penseurs des régimes napoléoniens rompent-ils avec les paradigmes de la tradition révolutionnaire vis-à-vis de cet objet ou, au contraire, prolongent-ils l'œuvre révolutionnaire en la matière ? En d'autres termes, dans un contexte politique nouveau propice au compromis, quel sort est fait par les constituants des différents régimes napoléoniens au patrimoine révolutionnaire sur le problème des statuts immunitaires ?

343. Pour répondre à une telle question, il convient de noter préalablement que la doctrine constitutionnelle, au sens propre, n'est pas d'un grand secours. Il n'existe pas, à proprement parler, de réflexion doctrinale opérée par des professeurs de droit sur cet objet durant l'époque du Consulat et de l'Empire à cause de plusieurs facteurs. Cela tient principalement à ce qu'en matière d'enseignement du droit, « le Consulat maintient les grands axes de la politique révolutionnaire qui avait vu la suppression des universités en 1793 et l'établissement d'écoles centrales de département, développant à cheval sur le secondaire et le supérieur une formation généraliste (…) inspiré par les

1562 Les buts ambivalents des constituants se reflètent à travers le préambule de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 : « voulant, *d'un côté*, conserver du passé ce qu'il y a de bon et de salutaire, et, *de l'autre*, rendre les constitutions de notre Empire conformes en tout aux vœux et aux besoins nationaux, ainsi qu'à l'état de paix que nous désirons maintenir avec l'Europe, nous avons résolu de proposer au peuple une suite de dispositions tendant à modifier et perfectionner ses actes constitutionnels, à entourer les droits des citoyens de toutes leurs garanties, à donner au système représentatif toute son extension, à investir les corps intermédiaires de la considération et du pouvoir désirables ; en un mot, à combiner le plus haut point de liberté politique et de sûreté individuelle avec la force et la centralisation nécessaires pour faire respecter par l'étranger l'indépendance du peuple français et la dignité de notre couronne ».

Lumières »[1563] mais dont le bilan est, comme nous l'avons noté, décevant[1564]. Cependant, la fin du Consulat à vie marque un renouveau *temporaire* de la science du droit[1565], avant un déclin rapide au début de l'Empire. La loi du 11 floréal an X (1er mai 1802) sur l'instruction publique met fin aux écoles centrales, remplacées par des lycées à l'enseignement plus classique et encore plus élitiste, et promet l'établissement d'écoles de droit[1566]. Leur organisation est fixée plus tard par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804)[1567]. Le programme officiel énoncé à l'article 2, est, à cet égard, significatif. Outre le droit civil et la législation criminelle, les nouveaux programmes conseillés aux écoles de l'an XII comprennent l'étude du droit naturel et du droit des gens mais également et surtout « le droit public français et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique ». Il convient ainsi de remarquer que « l'étude de la Constitution de l'an VIII est incluse dans celle du droit public français »[1568]. Une place à cette branche du droit est donc ménagée. Cependant, en raison de l'objet même du droit constitutionnel qui en fait une matière dangereuse[1569], les autorités restent suspicieuses à l'égard de cet enseignement, comme ce sera le cas tout au long du XIXème siècle jusqu'à la IIIème République. À cet effet, quelques mois après l'instauration de l'Empire, signe du changement de la politique gouvernementale, le décret du 4è jour complémentaire de l'an XII (21 septembre 1804) qui établit douze écoles de droit crée trois chaires de Code civil, une chaire de droit romain et une chaire de législation criminelle et de procédure mais « il n'y a pas de chaire pour les autres enseignements de la loi du 22 ventôse an XII »[1570]. Autrement dit, le droit

1563 F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIXe-XXe siècles), Paris : CNRS Éditions, 2013, p.18. Concrètement, « la « science de la législation », forme de la « science sociale » prônée par Sieyès puis par Cambacérès, y était représentée sous la forme d'un cours de législation dispensé pendant un an en fin de parcours. Plus ou moins développé par des professeurs qui n'étaient pas tous juristes, ce cours de législation avait pour vocation de fonder une culture morale et civique, faisant appel au droit naturel et au droit public, et non de donner un apprentissage technique pour de futurs professionnels du droit » (*ibid.*).

1564 Parmi les critiques formulées contre l'enseignement sous le Consulat, la formation dispensée par les écoles centrales de nature généraliste et laïque, inspirée par les Lumières « sous la forme d'un cours de législation (…) pendant un an en fin de parcours, plus ou moins développé par des professeurs qui n'étaient pas tous juristes, (…) avait pour vocation de fonder une culture morale et civique, faisant appel au droit naturel et au droit public, et non de donner un apprentissage technique pour de futurs professionnels du droit » (F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française..., op.cit., p.18).

1565 Henri Hayem, La renaissance des études juridiques en France sous le Consulat, in Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1905, n°1, p.96-122.

1566 Parallèlement à l'enseignement public du droit, « des établissements privés, parrainés par des hommes proches du gouvernement (Lanjuinais, Target, Portalis) ouvraient leurs portes à Paris en 18101-1802 : l'Académie de législation et l'Université de Jurisprudence pouvaient donner l'impression d'un compromis possible entre la « science de la législation » et la formation technique de praticiens destinés à repeupler le barreau et la magistrature » (F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française..., op.cit., p.19).

1567 Une semaine après, la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) contient la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des Français, avec son célèbre article 7 abrogeant les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales et locales dans les matières traitées par le code. On s'aperçoit donc qu'après la promulgation de la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), « la succession rapide de ces textes donne l'impression d'une politique parfaitement programmée pour organiser la meilleure réception possible de la codification dans l'ensemble du pays et susciter, sous le contrôle de l'État, le développement d'une nouvelle culture juridique » (F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française..., op.cit., p.15).

1568 L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghévontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, 9e éd., Paris : Dalloz, Précis, 2006, p.12.

1569 Comme l'affirment les professeurs de l'Académie de de législation Challan et Gillet « tout système sur les Constitutions politiques a presque toujours l'inconvénient d'attaquer celles qui existent et de jeter des doutes inquiétants » (*ibid.).*

1570 F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française...., op.cit., p.21.

constitutionnel est privé de chaire. En outre, les cours de droit public français et de droit civil dans ses rapports avec l'administration publique ne survivent que deux ans tandis que le droit naturel et des gens disparaît. Il s'avère ainsi que, durant le régime impérial, « la place du Code civil est (...) accentuée au détriment de toute matière contribuant à l'élargissement des perspectives ou ouvrant la porte à des opinions sur le fondement du pouvoir »[1571] et sur son organisation[1572]. Il s'agit, à travers les écoles de droit, d'inculquer une nouvelle vision du droit et de « faire naître des sentiments d'obéissance, sinon d'adhésion, à un édifice juridique centrée sur le Code civil, aux dépens d'une constitution fragilisée par la montée en puissance du pouvoir personnel »[1573]. Or cette méfiance des autorités à l'égard du droit public se manifeste en dernier ressort à travers l'Instruction sur les écoles de droit de mars 1807 - la même année que la suppression du Tribunat jugé par Napoléon insuffisamment docile à ses volontés -, en ce qu'elle encadre, à la fois, le nombre d'heures et le contenu du cours de droit public français. Celui-ci, « donné en seconde année d'études, ne consistera plus qu'en une seule leçon par semaine, comme le cours de « droit administratif » »[1574]. De même, « le professeur ne devra pas « entrer bien avant dans la théorie de ces matières » et s'appliquer surtout aux « connaissances positives et pratiques » »[1575]. Par conséquent, l'enseignement du droit constitutionnel disparaît rapidement au cours de l'Empire au détriment de l'étude des nouveaux codes et ne permet pas encore d'identifier, que ce soit sous le régime consulaire ou impérial, l'existence de professeurs de droit public reconnus et surtout de déceler quelques ouvrages de référence en droit public[1576]. Il faudra attendre l'ordonnance du 24 mars 1819 à partir de la Restauration pour que des enseignements de droit public soient rétablis et soient dignes d'intérêt.

344. Dans ces conditions, il convient donc d'examiner plutôt les travaux des constituants à l'origine des différentes Constitutions de l'époque napoléonienne (1799-1815) qui forment, à cette époque, la

1571 *Ibid*.
1572 Plusieurs dispositions du décret du 4è jour complémentaire de l'an XII démontrent que « les écoles de droit sont au service d'une culture officielle dont la diffusion est strictement programmée » (F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française..., op.cit., p.21). Par exemple, « l'indépendance des professeurs pourrait paraître garantie par le maintien du principe du concours, par leur rémunération substantielle (trois mille francs de traitement fixe payé par l'État, ce qui est déjà au niveau de la plupart des juges, et un traitement éventuel financé grâce aux rétributions versées par les étudiants), par leur costume prestigieux lié aux traditions judiciaires d'Ancien Régime (la robe rouge qui doit être portée aux leçons, examens et cérémonies) et une nomination à vie. Mais cette inamovibilité est tempérée par une période de stage de trois ans avant l'attribution d'un brevet définitif par l'empereur » (*ibid*., p.21-22).
1573 *Ibid*.
1574 L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghévontian, J.-L. Mestre, [et al.], Droit constitutionnel, op.cit., p.12.
1575 *Ibid*.
1576 La littérature juridique au cours de l'Empire se concentre principalement sur l'étude des codes napoléoniens. À cet égard, voués à devenir les grands commentateurs du Code civil, « trois professeurs des facultés de droit ont commencé à occuper le terrain sous l'Empire avec les publications successives du premier volume sur l'état des personnes de Proudhon (1809), du *Droit civil français* de Toullier (1811) et du *Cours de Code Napoléon* de Delvincourt (1813) » (F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française..., op.cit., p.25), chacun porteur d'une méthode d'enseignement du droit. A cet effet, ces écrits participent à l'entreprise d'acculturation du nouveau droit étatisé. Parallèlement, « la construction, encore partielle en 1814, d'une culture juridique officielle passe également par l'action de magistrats haut placés et par le premier essor des recueils modernes de jurisprudence ». Sur ce point, v. F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française..., op.cit., p.24-29.

majeure partie de la doctrine constitutionnelle *lato sensu*. À cet égard, le mode d'élaboration des différentes Constitutions napoléoniennes manifeste une rupture étant donné qu'il n'est pas l'œuvre d'une assemblée, mais de quelques personnalités de renom. Parmi les membres des sections composées dès le 19 brumaire par les commissions législatives intermédiaires, et chargées de préparer la constitution du 22 Frimaire an VIII (13 décembre 1799)[1577], il faut particulièrement retenir les rôles de l'abbé Sieyès, qui fournit la matière première du texte définitif par l'intermédiaire de Boulay de la Meurthe[1578], ainsi que celui de Pierre Daunou, membre des Idéologues[1579], chargé de la rédaction finale de l'acte constitutionnel[1580]. Tout les deux influencent et déterminent directement la conception des immunités constitutionnelles sous le Consulat provisoire. Sur cette question, l'étude de l'ensemble des régimes napoléoniens, à l'instar du Directoire, met en lumière plus généralement une réception *morcelée* du legs révolutionnaire par rapport à la question des statuts exorbitants de droit commun des pouvoirs constitués. La période napoléonienne est tiraillée vis-à-vis de cette problématique par un double mouvement contradictoire. L'émergence d'un nouveau paradigme qui structure les nouvelles institutions napoléoniennes – *la suprématie du pouvoir exécutif* - remodèle la manière de concevoir les immunités des gouvernants, qui marque par là-même une rupture avec la tradition révolutionnaire malgré une apparence de continuité (**section 1**). Pour autant, les constituants des régimes napoléoniens ne renoncent pas totalement aux cadres de pensée révolutionnaires établis sur cet objet depuis 1791 et s'inscrivent, en partie, dans son sillage à l'image de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815. Ce retour s'exerce, en réalité, sous l'influence du penseur libéral Benjamin Constant, son principal inspirateur, favorable à une redistribution des rapports de force institutionnel qui soit davantage bienveillant à l'égard des Chambres et, *in fine,* de leur protection immunitaire (**section 2**).

1577 La section des Anciens est composée de Régnier, Laussat, Lemercie, Lenoir-Laroche et Garat. Celle des Cinq-Cents compte Boulay de la Meurthe, Chazal, Lucien Bonaparte, Marie-Joseph Chénier, Cabanis, Chabaud-Latour et Daunou.

1578 Au lendemain du coup d'État, Boulay de la Meurthe, demande à Sieyès son projet de Constitution mais l'abbé lui répond : « j'ai bien quelques idées dans la tête...Mais rien n'est écrit, et je n'ai ni le temps ni la patience de les rédiger » (Boulay de la Meurthe, Théorie constitutionnelle de Sieyès, Paris : imprimé chez P. Renouard, 1836, cité par J. Bourdon, La Constitution de l'an VIII, Rodez : Garrère, 1942, p.21). Grâce à la plume de Boulay, les intentions de l'ancien directeur ont pu être portées à notre connaissance.

1579 À cet égard, Daunou, ancien président des Cinq-Cents, qui n'a pas travaillé à la chute du Directoire, a publié un projet assez complet de principes, quelques jours avant le coup d'État, dans un article de la *Décade philosophique*. Sur ce point, v. A. Fierro, A. Palluel-Guillard, J. Tulard, Histoire et dictionnaire du Consulat et de l'Empire, Paris : Robert Laffont, 2009, coll. Bouquins, 2009, p.14.

1580 Comme le note Johan Menichetti, « l'élaboration du texte constitutionnel, du 19 Brumaire au 22 frimaire, est marquée par le dessaisissement graduel de Sieyès » (J. Menichetti, L'écriture de la constitution de l'an VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire, Napoleonica. La Revue, 2013/3, n°18, p.81). L'auteur ajoute que « si les discussions trouvent leur point de départ dans les idées de Sieyès, (…) leur transformation s'opère au bénéfice de Bonaparte » (*ibid*., p.82) qui réussit à obtenir l'adhésion des brumairiens.

SECTION 1. LES RÉGIMES CONSULAIRE ET IMPÉRIAL, UNE PHASE DE RUPTURE DANS LA CONCEPTUALISATION DES STATUTS DÉROGATOIRES LIÉE À L'ÉMERGENCE DE L'AUTORITARISME

Les régimes napoléoniens mis en place après le coup d'Etat du 18 Brumaire, en particulier le Consulat et l'Empire, rompent de toute évidence avec la pratique établie depuis les débuts de la Révolution française. Par réaction au gouvernement des assemblées, les constituants s'attachent à garantir la *primauté du pouvoir exécutif* – et surtout celle de Napoléon Bonaparte - sur l'ensemble des pouvoirs constitués, en l'appuyant directement sur le peuple par le moyen du plébiscite. Dans un contexte politique nouveau guidé par la volonté de mettre un point final à la Révolution, l'épisode napoléonien est caractéristique d'un changement de paradigme constitutionnel. La représentation nationale n'est plus le lieu privilégié de l'exercice de la souveraineté. L'exécutif devient le centre d'impulsion des nouvelles institutions. Par rapport à la tradition constitutionnelle révolutionnaire, le renversement de perspective est total (**§1**). Or l'émergence de ce nouveau principe directeur entraîne une transformation indéniable dans la conceptualisation des statuts exorbitants de droit commun opérée par les constituants, que ce soit celui des parlementaires ou des ministres (**§2**).

§1. L'apparition d'un nouveau paradigme en rupture avec la tradition révolutionnaire : la suprématie de l'exécutif sur le législatif

La période napoléonienne est marquée par une rupture inédite par rapport à la tradition révolutionnaire. Pour la première fois depuis la Révolution, les assemblées politiques ne sont plus au sommet du système institutionnel et laissent leur place au Premier consul puis à l'Empereur (**A**). Cet affaiblissement durable du corps législatif découle d'une redéfinition de la légitimité respective des différents pouvoirs durant cette période (**B**).

A. Le renversement des rapports de force institutionnels : la domestication des assemblées par le pouvoir exécutif

345. En comparaison de la tradition héritée de la Révolution caractérisée par la prédominance des assemblées, les régimes du Consulat et de l'Empire présentent une réelle originalité en ce qui concerne les rapports de force institutionnels. Ils procèdent à un renversement complet de l'importance respective des pouvoirs. La prédominance du corps législatif symptomatique du

processus révolutionnaire, empreinte de la théorie légicentriste, prend fin au détriment de celle de l'exécutif, conformément aux volontés des constituants de cette période.

346. À cet égard, ce processus de revalorisation du pouvoir exécutif s'organise tout entier autour de la personne du Premier consul, puis de l'Empereur. Les Constitutions consulaires et impériales apparaissent taillées pour un homme, Bonaparte, à la mesure de ses propres ambitions. Sans commune mesure avec les régimes précédents, il se voit doté pour cela de pouvoirs importants qui en font l'égal d'un chef d'État et qui ne cesseront de se renforcer, rendant nécessaire une modification constitutionnelle en 1802 puis une autre en 1804, instituant un nouveau régime. Dans la Constitution de l'an VIII, le pouvoir exécutif est confié *formellement* à trois consuls nommés pour dix ans et indéfiniment rééligibles[1581]. Mais cette collégialité n'est qu'un trompe-l'oeil puisque la réalité du pouvoir est détenue par le Premier consul. Ce dernier détient une série de prérogatives qu'il exerce seul, comme la promulgation des lois[1582], la nomination et la révocation « à volonté »[1583] des membres du Conseil d'État, des ministres, des fonctionnaires, des juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation[1584]. Ainsi « comme sous l'ancienne monarchie, il n'est aucune autorité qui n'émane de lui »[1585]. En outre, pour ce qui est des autres attributions de l'exécutif, les deux autres consuls se voient simplement confier un rôle consultatif[1586], ce qui enlève au nouveau régime le caractère collégial qu'il affichait et qui le faisait en théorie s'inscrire dans la continuité du Directoire[1587]. Les pouvoirs sont donc pour l'essentiel concentrés dans les mains du Premier Consul : c'est lui qui propose les lois[1588], dirige les recettes et les dépenses de l'État[1589], maîtrise le pouvoir réglementaire[1590], pourvoit à la sûreté intérieure et extérieure de l'État[1591] et dispose à cet effet de la force armée[1592] ; il conduit les relations diplomatiques et conclut les traités sans que la ratification des assemblées soit nécessaire, sauf pour les traités de paix, d'alliance et de commerce[1593]. Il détient même le pouvoir, en cas de conspiration contre la sûreté de l'État, de retenir les individus pendant dix jours avant de les déférer aux

1581 Titre IV, article 39 de la Constitution de l'an VIII.
1582 Titre IV, article 41 de la Constitution de l'an VIII.
1583 *Ibid*.
1584 *Ibid*.
1585 P. Bodineau, M. Verpeaux, Histoire constitutionnelle de la France, 6è éd., op.cit., 2020, p.40.
1586 Titre IV, article 42 de la Constitution de l'an VIII.
1587 La personnalité des deux consuls choisis n'est pas non plus propice à susciter un contre-poids au pouvoir de Bonaparte. Comme le note Jacques-Olivier Boudon, le second consul, Cambacérès, « ministre de la Justice, spécialiste du droit et franc-maçon influent, (est) (…) sans véritable charisme et donc peu propre à faire de l'ombre à Bonaparte. Il en est de même du troisième consul, Lebrun, spécialiste des finances, attaché à l'Ancien Régime » (J.-O. Boudon, L'époque de Bonaparte, Paris : PUF, 2009, p.113). Il s'agit, en réalité, à travers ce double choix « de réconcilier les esprits que d'associer un ancien conventionnel ayant voté la mort du roi et un ancien constituant de tendance monarchiste » (*ibid*.).
1588 Titre III, article 25 de la Constitution de l'an VIII ; Titre IV, article 44 de la Constitution de l'an VIII.
1589 Titre IV, article 45 de la Constitution de l'an VIII.
1590 Titre IV, article 44 de la Constitution de l'an VIII.
1591 Titre IV, article 47 de la Constitution de l'an VIII.
1592 *Ibid*.
1593 Titre IV, articles 49 et 50 de la Constitution de l'an VIII.

tribunaux[1594]. Il apparaît ainsi, à la lecture de la Constitution consulaire, que la compétence de l'exécutif est fort *étendue*, du moins en comparaison des Constitutions antérieures, et concentrée en *totalité* entre les mains de Bonaparte. Les Constitutions de l'an X[1595] et de l'an XII[1596] ne feront que confirmer et renforcer la prévalence de l'exécutif au gré des ambitions grandissantes de l'autocrate.

347. Or ce souci de Bonaparte de ne pas partager le pouvoir se retrouve dans l'agencement du pouvoir législatif dans les différentes Constitutions napoléoniennes. La supériorité du pouvoir exécutif s'accompagne d'un étiolement progressif des assemblées législatives tout au long de l'épisode napoléonien qui sont placées dans une situation d'infériorité. Les constituants successifs ne cessent effectivement d'instituer un contrôle de plus en plus plus strict sur leur *organisation* et d'amoindrir rigoureusement leurs *compétences*. Pour ce qui est du premier point, la Constitution de l'an X institue certes trois chambres (le Tribunat, le Corps législatif, le Sénat[1597]) mais les membres des deux premières assemblées sont « nommés » par le Sénat[1598] sur présentation de listes de candidats[1599] dont on sait « avec quelle docilité à l'égard de Bonaparte il s'est acquitté de sa mission »[1600]. Maintenant un mode de nomination quasi-identique des parlementaires[1601], le sénatus-consulte de l'an X porte à la situation des Chambres législatives de nouvelles atteintes. Le pouvoir exécutif maîtrise désormais la réunion de la session parlementaire puisque selon l'article 75 du titre VII, « le gouvernement convoque, ajourne et proroge le Corps législatif », mettant fin à la session annuelle de quatre mois sous le Consulat provisoire[1602]. En outre, le Tribunat, « puni de ses velléités d'opposition »[1603], subit une réduction de moitié de son effectif ramené à 50 membres[1604] ainsi qu'une perte de son unité en raison de sa division en trois sections conformément à l'arrêté du 11 germinal an X (1er avril 1802). Accentuant encore un peu plus la domination de l'exécutif sur l'organisation des Chambres, le sénatus-consulte du 28 frimaire an XII (20 décembre 1803) attribue au Premier Consul, en vertu de l'article 8, le droit de nommer le président du Corps législatif. Le

1594 Titre IV, article 46 de la Constitution de l'an VIII.
1595 La Constitution de l'an X étend encore les pouvoirs du Premier consul. Ce renforcement se manifeste notamment par le fait qu'il présente (et pratiquement impose) la nomination des deux autres Consuls au Sénat. Il désigne également son successeur. De plus ses attributions sont élargies, puisqu'il peut désormais ratifier les traités de paix et d'alliance sans requérir le vote des chambres.
1596 Marcel Morabito souligne cependant qu'« au-delà du clinquant constitutionnel, l'empereur ne bénéficie pas de pouvoirs très différents de ceux du Premier consul viager » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.168), même si ses pouvoirs sont renforcés à l'égard des Assemblées par la Constitution impériale puisque celle-ci lui attribue désormais la nomination des présidents du Tribunat (Titre XI, art.90 de la Constitution de l'an XII) et du Sénat (Titre VIII, art.58 de la Constitution de l'an XII).
1597 Le Sénat n'est pas à proprement parler une assemblée puisque, de manière symptomatique, n'est pas mentionné sous le titre que la Constitution consulaire consacre au pouvoir législatif.
1598 Titre II, article 20 de la Constitution de l'an VIII.
1599 Titre II, article 19 de la Constitution de l'an VIII : « Toutes les listes faites dans les départements en vertu de l'article 9, sont adressées au Sénat : elles composent la liste nationale » à partir de laquelle il nomme les membres du Tribunat et du Corps législatif.
1600 F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, op.cit., p.355.
1601 Les membres du Tribunat et du Corps législatif sont encore nommés par le Sénat sur la présentation des collèges électoraux d'arrondissement élus par les assemblées de cantons (Titre V, article 59 de la Constitution de l'an X).
1602 Titre III, article 33 de la Constitution de l'an VIII.
1603 F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, op.cit., p.356.
1604 Titre VIII, article76 de la Constitution de l'an X.

sénatus-consulte de l'an XII va encore plus loin dans cette voie. L'Empereur possède dorénavant le pouvoir de nomination des présidents du Tribunat[1605] et du Sénat[1606]. Mais surtout la situation des chambres se dégrade puisque le Tribunat est supprimé par le sénatus-consulte du 19 août 1807, conséquence ultime de son déclin, tandis que le Corps législatif n'est réuni que périodiquement par l'Empereur[1607]. On observe donc que l'organisation interne des Chambres, source de leur indépendance, n'a de cesse d'être contrôlée par le chef de l'Etat.

348. Les *compétences* des chambres obéissent au même processus. Les Assemblées sont désormais privées d'une prérogative essentielle dans chacun des régimes napoléoniens, symptomatique du nouveau rapport de force institutionnel : le gouvernement a le droit *exclusif* d'initiative législative[**1608**]. Elles perdent, par conséquent, le pouvoir de *vouloir pour la Nation*. En outre, le morcellement des compétences opéré par les constituants napoléoniens a pour but d'affaiblir le pouvoir législatif. Sous le Consulat provisoire, le Tribunat n'a le droit que de discuter les projets de lois qui lui sont présentés. Il doit ensuite transmettre à titre d'avis un rapport[1609], positif ou négatif, c'est-à-dire sans possibilité d'amendement, au Corps législatif, qui est chargé de voter la loi, mais qui n'a le droit ni de discuter ni d'amender les projets qui lui sont soumis[1610]. Conformément aux idées de Sieyès[1611], « le Corps législatif est un muet qui décide, tandis que le Tribunat délibère et ne décide point »[1612]. Ces assemblées deviennent, de ce fait, des « chambres d'enregistrement »[1613] qui n'ont ni droit d'initiative ni droit de contrôle sur le gouvernement. De plus, elles doivent tenir compte de deux autres institutions qui encadrent le travail parlementaire, sans être à proprement parler des assemblées, à savoir le Conseil d'État, qui a pour rôle primordial de préparer les projets de loi et de les présenter devant les assemblées[1614], et le Sénat, qui a pour mission de protéger la

1605 Titre XI, article 90 de la Constitution de l'an XII.
1606 Titre VIII, article 58 de la Constitution de l'an XII.
1607 Marcel Morabito note qu'« en 1812, le Corps législatif ne se réunit pas du fait de l'absence d'Empereur. Il eut, il est vrai, un sursaut en 1813, lorsqu'il adopta à une large majorité le rapport Laîné réclamant le libre exercice de ses droits politiques par la nation » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France..., op.cit., p.168). V. sur ce point : J.-L. Halperin, La composition du Corps législatif sous le Consulat et l'Empire, Revue de l'Institut Napoléon, 1985, p.37 s.
1608 Titre III, articles 25 et 26 de la Constitution de l'an VIII ; Titre IV, article 44 de la Constitution de l'an VIII ; Titre X, article 79 de la Constitution de l'an XII. La Constitution de l'an X garde le silence sur cette question même si la Constitution de l'an VIII et le sénatus-consulte du 16 Thermidor an X peuvent être considérer comme formant un « même bloc constitutionnel » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle..., op.cit., p.163).
1609 Titre III, article 28 de la Constitution de l'an VIII : « Le Tribunat discute les projets de loi ; il en vote l'adoption ou le rejet. Il envoie trois orateurs pris dans son sein, par lesquels les motifs du vœu qu'il a exprimé sur chacun de ces projets sont exposés et défendus devant le Corps législatif. Il défère au Sénat, pour cause d'inconstitutionnalité seulement, les listes d'éligibles, les actes du Corps législatif et ceux du gouvernement ».
1610 Titre III, article 34 de la Constitution de l'an VIII : « Le Corps législatif fait la loi en statuant par scrutin secret, et sans aucune discussion de la part de ses membres, sur les projets de loi débattus devant lui par les orateurs du Tribunat et du gouvernement ».
1611 Comme le souligne Johan Menichetti, « la Constitution de l'an VIII est toute empreinte de la vision mécaniste particulière de Sieyès, avec un pouvoir législatif soigneusement divisé entre le Tribunat, le Corps législatif et le Gouvernement, mais aussi l'institution du Sénat conservateur » (J. Menichetti, L'écriture de la constitution de l'an VIII, op.cit., p.75.
1612 F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, op.cit., p.355.
1613 J.-O. Boudon, L'époque de Bonaparte, op.cit., p.113.
1614 Titre IV, articles 52 et 53 de la Constitution de l'an VIII.

Constitution, et donc d'amender la loi voire de se prononcer sur son caractère constitutionnel[1615]. Un tel système a clairement pour objectif de « réduire le débat parlementaire que Bonaparte juge stérile »[1616], même si « en l'an VIII, il doit composer avec une classe politique restée attachée à cette forme de participation »[1617]. En outre, la situation des chambres sous le Consulat à vie puis surtout sous l'Empire se dégrade encore puisque la fonction législative est quasiment réduite à néant. Les constituants de l'an X renforcent certes les pouvoirs du Sénat en récompense de sa docilité à l'égard du Premier consul mais veillent à prévenir toute manifestation d'indépendance de sa part, au point qu'il devient l'auxiliaire du gouvernement[1618]. Le régime impérial fait disparaître les dernières apparences de démocratie puisque le Tribunat, avant sa future suppression en 1807, ne peut plus discuter qu'en sections et non en assemblée selon la Constitution de l'an XII[1619] et le Corps législatif, bien que retrouvant le droit de parole, n'est plus réuni en pratique. On observe donc que l'existence et les compétences des chambres - et par là-même leur autonomie – sont extrêmement réduites au fur et à mesure du durcissement autoritaire des régimes napoléoniens.

B. Une nouvelle hiérarchisation des pouvoirs fondée sur une redéfinition de la légitimité politique

349. Pour la première fois depuis 1789, les assemblées perdent, dans le système napoléonien, la position et le rôle premiers qu'elles avaient conquis dans la vie politique. La réalité du pouvoir réside, dorénavant, entre les mains du pouvoir exécutif, et en particulier celles de Napoléon Bonaparte. En vérité, cet affaiblissement des assemblées accompagne la redéfinition de la représentation politique. Si les régimes napoléoniens se réclament du constitutionnalisme révolutionnaire et, en particulier, de la souveraineté nationale, les Assemblées n'ont plus le monopole de la représentation nationale. Le système napoléonien est, en effet, organisé par une

1615 Titre III, article 28 de la Constitution de l'an VIII.
1616 J.-O. Boudon, L'époque de Bonaparte, op.cit., p.114.
1617 *Ibid*.
1618 Il apparaît que les pouvoirs du Sénat « s'accroissent dans la mesure où il est un instrument aux mains de Bonaparte » (F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, op.cit., p.356). Par la Constitution de l'an X, le Sénat peut désormais, par sénatus-consulte, déclarer certains départements hors de la Constitution, suspendre le fonctionnement du jury criminel, dissoudre le Corps législatif et le Tribunat (Titre V, article 55 de la Constitution de l'an X). Ces pouvoirs extraordinaires sont cependant restreints par une disposition capitale : seul le gouvernement a l'initiative des sénatus-consultes, le Sénat ne pouvant donc qu'adopter ou rejeter en bloc les projets du Premier consul. Investi de larges pouvoirs, il est placé en réalité dans la dépendance du gouvernement puisque le mode de recrutement du Sénat est d'abord modifié : pour atteindre l'effectif de quatre-vingts membres, le Sénat doit désormais choisir entre trois candidats présentés par le seul Premier consul ; par ailleurs, le Premier consul peut nommer librement quarante sénateurs supplémentaires, le Sénat ne devant pas dépasser cent-vingt membres. A la suite de l'adoption de la constitution de l'an X, son organisation intérieure est modifiée par les sénatus-consultes du 12 fructidor an X et du 14 nivôse an XI. Le premier de ces textes institue un vice-président du Sénat, désigné pour un mois par le Premier consul et chargé de présider l'assemblée quand elle remplit ses fonctions électorales. Le second crée, pour administrer l'assemblée et ses biens, deux préteurs, un chancelier et un trésorier nommés pour six ans par le Premier Consul. Ce dernier préside également le conseil d'administration du Sénat qui arrête tous les ans les dépenses de l'assemblée. On observe donc que l'autonomie du Sénat à l'égard du pouvoir exécutif est considérablement réduite.
1619 Titre XI, article 97 de la Constitution de l'an XII.

juxtaposition malaisée de deux légitimités contradictoires, celles de Bonaparte et des assemblées, marquant en cela une rupture dans la continuité. Concernant Napoléon, celui-ci a recours à plusieurs légitimités différentes qui concurrencent celle des chambres. Il se revendique, en premier lieu, d'une légitimité *populaire*. Son pouvoir personnel s'appuie sur une illusion de démocratie directe, par l'utilisation au plébiscite, comme le souhaite Sieyès : « Le pouvoir vient d'en haut, la confiance vient d'en bas ». Le terme de *régime césariste* est largement employé pour désigner cette forme de dictature napoléonienne recherchant toujours l'assentiment populaire. Par la suite, « soucieux de consolider son trône face aux autres régimes européens »[1620], il s'appuie sur une légitimité *monarchique* à partir de l'Empire, « faisant de l'hérédité le pivot de sa doctrine »[1621]. Il renoue avec l'héritage central des derniers siècles de la monarchie. Mais une contradiction évidente apparaît entre les légitimités monarchique et populaire et c'est pourquoi Napoléon recourt également, de par son prestige, à une légitimité proprement *charismatique* qui fait de lui « l'homme supérieur et prédestiné, pacificateur à l'intérieur et victorieux à l'extérieur, par conséquent détenteur du pouvoir en raison de son génie propre »[1622]. Une dernière légitimité qui n'est pas véritablement revendiquée est également une légitimité *nationale*. Conformément à la théorie de Sieyès, du fait qu'il dispose de manière exclusive de l'initiative législative, Napoléon participe à l'exercice du pouvoir législatif et n'est pas un simple exécutant de la volonté générale. Il peut, dès lors, être considéré, indépendamment de son mode de désignation, comme un représentant de la Nation. Or cette qualité peut potentiellement entrer en conflit avec celle – autrefois similaire - des parlementaires. Mais, à vrai dire, le dictateur « fut le seul maître de la composition de sa légitimité, l'adaptant au gré des circonstances, sans parvenir à en donner cependant une traduction juridique cohérente »[1623].

350. La légitimité plurielle, ambiguë et conjoncturelle de l'autocrate fait face à celle, toute aussi indéterminée, des parlementaires. Les différents actes constitutionnels de la période napoléonienne demeurent effectivement muets sur le détenteur de la souveraineté. Plusieurs pistes semblent envisageables. L'hypothèse la plus évidente consisterait à considérer que les parlementaires disposent d'une légitimité *nationale*. En application de la doctrine de Sieyès, les membres des Assemblées, en raison de leur participation à la fonction législative et ce malgré leur rôle réduit, peuvent être appréhendés comme des représentants de cette entité abstraite qu'est la Nation, et par là-même dépositaire de l'intérêt général. Cette aptitude désormais classique inscrirait ainsi les régimes napoléoniens dans la continuité de la Révolution. Mais il est manifeste qu'aucune disposition contenue dans les diverses normes constitutionnelles n'apporte de validation à une telle thèse. Ces dernières restent notamment silencieuses sur la nature du mandat parlementaire. Par

1620 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril, Historia constitucional (revista electrónica), n° 4, 2003, p.212 [http://hc.rediris.es/04/index.html]
1621 *Ibid.*
1622 *Ibid.*
1623 *Ibid.*

ailleurs, l'hypothèse la moins recevable est celle d'une légitimité *populaire* dont bénéficieraient les membres des assemblées. Certes le principe même du suffrage universel est rétabli à partir du Consulat provisoire mais on observe que « si tout le monde est électeur, les électeurs n'élisent personne. En effet, le peuple ne nomme pas des députés, il présente seulement des listes de candidats »[1624]. Comme nous l'avons vu, c'est en effet le Sénat qui nomme les membres du Corps législatif et du Tribunat sur la base de ces listes de telle sorte que « les citoyens électeurs ont voté...sans élire »[1625]. Par conséquent, les parlementaires ne peuvent être assimilés à des représentants du peuple.

Il semble qu'en vérité, la solution à la question de la nature de leur légitimité soit apportée par un épisode d'apparence anodine se déroulant au cours de l'année 1808. Alors que Bonaparte connaît des succès militaires en Espagne, douze drapeaux pris à Burgos sont adressés au Corps législatif français. Une députation de cette assemblée vient alors féliciter l'Impératrice Joséphine, épouse de Napoléon, pour ces nouvelles conquêtes. Or, dans sa réponse à l'orateur de la députation, « se trouve une phrase dont une femme étrangère aux hautes questions de la politique n'avait assurément pas senti la portée : « Je suis très satisfaite, disait-elle aux membres du Corps législatif, que le premier sentiment que S. M. ait éprouvé après sa victoire ait été pour *le corps qui représente la nation* »[1626]. Joséphine désigne ainsi les parlementaires comme les représentants exclusifs de la Nation. La réaction de Napoléon est, à cet égard, significative. Alors que la réponse de l'Impératrice n'ait « même pas insérée au Moniteur, mais [dans] plusieurs autres journaux (...), [qui est] probablement passé inaperçue comme tant d'autres paroles emportées chaque jour dans le tourbillon des événements quotidiens »[1627], Napoléon n'hésite pas à reprendre Joséphine. Bien qu'occupé à conquérir la péninsule ibérique, il fait publier par son ordre, signe de sa détermination et de sa conviction profonde, une note insérée dans le journal officiel au moniteur du 15 décembre 1808[1628]. Cette note fort instructive peut être considérée comme renfermant la théorie napoléonienne de la représentation.

351. À l'image de Sieyès, Napoléon structure la représentation politique selon un modèle pyramidal. Au sommet, il soutient que « le premier représentant de la Nation, c'est l'Empereur »[1629]. Cette place suprême trouve sa raison d'être dans la nature même de son pouvoir. Il le tient d'un

1624 F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, op.cit., p.353.
1625 *Ibid*., p.354.
1626 L. Vivien, Histoire de Napoléon du Consulat et de l'Empire, tome 1, Paris : Eugène et Victor Penaud frères, 1847, p.86 [Nous soulignons].
1627 *Ibid*.
1628 Comme le note Louis Vivien, « au milieu même des préoccupations de cette pénible guerre, Napoléon ne perdait de vue aucune des autres parties du gouvernement de son Empire. Une note fort remarquable dictée presque au moment de la prise de possession de Madrid témoigne de cette vigilance universelle qui embrassait à la fois et la direction des opérations militaires, et la diplomatie de son cabinet, et l'administration intérieure de la France, et la pensée politique de son gouvernement » (L. Vivien, Histoire de Napoléon du Consulat et de l'Empire, op.cit., p.86).
1629 La note est reproduite dans L. Vivien, Histoire de Napoléon du Consulat et de l'Empire, op.cit., p.86.

double fondement : « tout pouvoir vient de Dieu et de la Nation »[1630]. Par conséquent, il dénie aux membres du Corps législatif la position première qu'ils pouvaient occuper depuis les prémisses du processus révolutionnaire. Il rectifie, de ce fait, l'erreur de son épouse[1631]: « Ce serait une prétention chimérique et même criminelle que de vouloir représenter la Nation avant l'Empereur »[1632]. Dans sa conception, il situe le Corps représentatif en quatrième position dans l'échelle de la représentation : « Dans l'ordre de notre hiérarchie constitutionnelle, le premier représentant de la Nation est l'Empereur, et ses ministres, organes de ses décisions ; la seconde autorité représentante est le Sénat ; la troisième, le Conseil d'État, qui a de véritables attributions législatives ; le Conseil Législatif a le quatrième rang »[1633]. Un tel ordre des pouvoirs est ainsi conforme « aux idées de nos Constitutions monarchiques »[1634]. Il souligne également que cette place mineure du Corps législatif s'explique par son rôle subsidiaire dans le cadre de la procédure parlementaire. D'où la nécessité, selon lui, de requalifier son appellation : « Le Corps législatif, improprement appelé de ce nom, devrait être appelé le *Conseil* législatif, puisqu'il n'a pas la faculté de faire des lois, n'en ayant pas la proposition »[1635]. En d'autres termes, leur capacité de représentation est maigre à ses yeux : « le Conseil législatif est donc la réunion des mandataires des Conseils électoraux. On les appelle députés des départements, parce qu'ils sont nommés par les départements »[1636].

352. Plusieurs enseignements ressortent de cette note de 1808 qui apparaît comme une mise au point réalisée par Bonaparte. D'une part, dans la hiérarchie des pouvoirs, le prince dépositaire de l'autorité souveraine est le représentant *suprême* de la Nation, conformément à la doctrine monarchique. D'autre part, les parlementaires ne sont pas dépourvus de la qualité de représentants de la Nation mais sont relégués tout en bas de l'échelle des pouvoirs. Il est ainsi flagrant de constater que la conception exprimée par Napoléon dans ce court texte marque une rupture avec le constitutionnalisme révolutionnaire. L'illusion de la souveraineté nationale qui entourait le début de

1630 *Ibid.*
1631 Napoléon déclare effectivement dans sa note : « plusieurs de nos journaux ont imprimé que S. M. l'Impératrice, dans sa réponse à la députation du Corps législatif, avait dit qu'elle était bien aise de voir que le premier sentiment de l'Empereur avait été pour le Corps Législatif qui représente la Nation. S. M. l'Impératrice n'a point dit cela. Elle connaît trop bien nos constitutions ; elle sait trop bien que le premier représentant de la Nation, c'est l'Empereur » (*ibid.*).
1632 *Ibid.* Napoléon entend rompre avec la hiérarchie des pouvoirs des régimes précédents qui expliquent leur échec comme il le déclare dans sa mise au point : « La Convention, même le Corps législatif, ont été représentants : elles étaient nos constitutions alors : aussi le président disputa-t-il le fauteuil au roi, se fondant sur ce principe que le président de l'Assemblée de la Nation était avant les autorités de la Nation. Nos malheurs sont venus en partie de cette exagération d'idées. Ce serait une prétention chimérique et même criminelle que de vouloir représenter la Nation avant l'Empereur » (*ibid.*, p.86-87).
1633 *Ibid.*, p.87. Napoléon insiste une seconde fois dans sa note de 1808 sur cette idée de relégation du corps législatif à une place secondaire et lui dénie sa position suprême en ce qu'il n'est pas le souverain : « Dans l'ordre de nos constitutions, après l'Empereur est le Sénat ; après le Sénat est le Conseil d'État ; après le Conseil d'État est le Corps législatif ; après le Corps législatif viennent chaque tribunal et fonctionnaire public, dans l'ordre de ses attributions : car s'il y avait dans nos constitutions un corps représentant la Nation, ce corps serait souverain. Les autres corps ne seraient rien, et ses volontés seraient tout » (*ibid.*, p.86).
1634 *Ibid.*, p.87.
1635 *Ibid.*
1636 *Ibid.*

l'ère napoléonienne est battue en brèche par l'épisode symbolique de 1808[1637]. Le système napoléonien manifeste un abandon, certes mesuré, de la théorie classique de la représentation nationale, au profit d'une légitimité monarchique, populaire et charismatique. Cette transformation de la légitimité respective des pouvoirs sert à justifier une hiérarchisation nouvelle des différents organes dans l'ordre napoléonien. À cet égard, la relégation de l'organe législatif traduit la perte de légitimité des parlementaires et, corrélativement, la restauration du pouvoir exécutif prend racine dans une légitimité puissante retrouvée, qui découle de sa participation au pouvoir souverain législatif. Ce nouveau rapport de force institutionnel influence directement la conceptualisation des privilèges des autorités publiques.

§2. Les répercussions manifestes du nouveau paradigme sur la conception des statuts exorbitants de droit commun

353. Les régimes consulaire et impérial conduisent à un renversement complet des rapports de force institutionnels. La centralité de l'organe législatif qui caractérisait le début de la période révolutionnaire est remplacée, comme nous l'avons observé, par la domination du pouvoir exécutif, et, principalement, à travers la figure de Napoléon. L'exécutif marginalisé pendant le processus révolutionnaire détient désormais la réalité du pouvoir, grâce à une modification de sa légitimité. Or cette revanche de l'exécutif, qui constitue un changement inédit de paradigme théorique au regard de notre histoire constitutionnelle depuis 1789, transforme indéniablement la représentation des constituants vis-à-vis des statuts immunitaires. Placés dans une situation d'infériorité du fait de la remise en cause de leur qualité de représentation de la Nation, les immunités dont bénéficient les parlementaires ne sont plus désormais pensées comme l'instrument de leur indépendance et *a fortiori* comme la garantie de la suprématie des assemblées à l'égard des autres pouvoirs constitués (**A**). *A contrario*, le privilège de juridiction des ministres qui reflète dans son organisation et son fonctionnement l'orientation dictatoriale du régime, poursuit un nouvel objectif conforme à l'esprit de l'ère napoléonienne : renforcer la protection du pouvoir exécutif (**B**).

1637 Il convient toutefois de noter que Napoléon jongle entre ses différentes légitimités, cette fluctuation devant être « comprise comme obéissant à un souci d'opportunisme politique » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815). Par exemple, « l'Empereur veut bien se réclamer du peuple du moment que celui-ci ne se mêle pas du pouvoir et reste sagement à sa place » (*ibid.*).

A. La transformation du fondement théorique des immunités parlementaires sous une apparente continuité : une construction autour du paradigme nouveau de la suprématie du pouvoir exécutif

354. De manière générale, la conception des privilèges immunitaires des pouvoirs constitués s'insère dans le cadre d'une réflexion plus globale relative à la division des pouvoirs. La place éminente du futur Empereur Napoléon et la volonté corrélative de domestication des assemblées dans les institutions napoléoniennes, consécutivement à une mutation de leurs légitimés respectives, renouvelle et redessine incontestablement cette problématique. Aussi il convient d'observer que la façon dont les constituants successifs conçoivent les privilèges des parlementaires au cours du Consulat et de l'Empire suit manifestement l'évolution du système napoléonien, qui correspond à la montée en puissance d'un dictateur s'appuyant sur une légitimité composite. Le régime du Consulat provisoire se caractérise ainsi par une première phase de *continuité*, du moins en apparence, de la tradition héritée de 1789 clairement protectrice de l'indépendance des parlementaires. Elle annonce, en réalité, une phase de *rupture* manifeste par rapport à cet acquis fondamental des « représentants ». Se succède enfin une ultime phase de *disparition* complète des immunités parlementaires à partir de la mise en place du Consulat à vie et de l'Empire, au sommet de l'impérialisme napoléonien.

355. *Dans un premier temps*, il est vrai que le texte promulgué quelques semaines après le coup d'État du général Bonaparte ne rompt pas avec la pratique établie depuis les débuts de la Révolution en matière de statuts exorbitants reconnus aux membres des assemblées. Suivant l'esprit du régime proclamé par les consuls, les constituants consulaires veillent, sous réserve d'inventaire néanmoins, à conserver les acquis du constitutionnalisme révolutionnaire, dont les immunités parlementaires font partie intégrante en tant que mécanisme juridique central de la souveraineté nationale. Tout en mettant en place un régime autoritaire, la Constitution de l'an VIII ne délaisse pas complètement les assemblées. Celles-ci continuent d'exister, l'organe législatif étant divisé en quatre, avec certes des pouvoirs amoindris et un statut des parlementaires inexistant[1638]. Néanmoins, l'une des garanties liées à l'exercice du mandat parlementaire ne disparaît pas, *paradoxalement*, dans la Constitution consulaire, c'est-à-dire les privilèges immunitaires. La première Constitution napoléonienne consacre, en effet, ses deux composantes que sont l'irresponsabilité et l'inviolabilité, dans leur acceptation moderne. Celles-ci sont devenues très rapidement au cours de notre histoire constitutionnelle des institutions référentes familières et incontournables dans nos organisations constitutionnelles. *La première* d'entre elles est inscrite à l'article 69 du titre VI de la Constitution de l'an VIII dans une formulation inédite à la lumière des textes constitutionnels précédents : « Les fonctions des membres soit du Sénat, soit du Corps législatif, soit du Tribunat, (…) et des

1638 La Constitution de l'an VIII reste muette vis-à-vis de l'indemnité des membres des assemblées, de leur mode l'élection ainsi que de leurs avantages financiers et matériels. Elle supprime également la publicité des débats.

conseillers d'État ne donnent lieu à aucune responsabilité ». L'objet de cette irresponsabilité est d'empêcher que le parlementaire ne soit paralysé par la crainte des responsabilités que pourrait lui faire encourir l'exercice de son mandat. Les constituants de l'an VIII ont donc cherché à sauvegarder, dans un premier temps, la totale liberté de pensée et d'action des membres des assemblées, comme en témoigne son régime juridique. Leur irresponsabilité est permanente et perpétuelle, et elle couvre tous les actes de la fonction parlementaire. *La seconde*, complémentaire de la première, est également affirmée par la Constitution de l'an VIII et vise à protéger les actes de nature pénale commis en dehors de l'exercice de leur mandat. L'article 70 du titre VI de la Constitution de 1799 dispose ainsi : « Les délits personnels emportant peine afflictive ou infamante, commis par un membre soit du Sénat, soit du Tribunat, soit du Corps législatif, soit du Conseil d'État, sont poursuivis devant les tribunaux ordinaires, après qu'une délibération du Corps auquel le prévenu appartient, a autorisé cette poursuite ». À la lecture de cette disposition constitutionnelle, il est flagrant de constater que le régime du Consulat provisoire reconnaît une protection *étendue* aux parlementaires en matière d'inviolabilité. À l'instar des Constitutions précédentes, l'ouverture d'une procédure pénale n'est, par principe, autorisée qu'avec l'*autorisation* préalable expresse de l'assemblée concernée. Sur ce point, il a pu être apprécié combien ce mécanisme juridique avait pu être contesté durant l'épisode de la Convention, signe de son importance. Les Chambres sous le Consulat provisoire contrôlent la procédure de la levée de l'immunité parlementaire et restent donc maîtresses de l'indépendance de leurs propres membres contre toute mesure restrictive de liberté qu'une autorité extérieure au corps législatif voudrait adopter à leur encontre. En outre, l'article 70 est d'autant plus protecteur que l'autorisation est nécessaire même en cas de flagrant délit, de sorte que l'inviolabilité couvrant ses membres est *élargie* par la Constitution de l'an VIII en comparaison des régimes précédents. Il semble donc que les constituants consulaires conservent l'essentiel du dispositif immunitaire protégeant les députés depuis le début de la Révolution, respectant l'un des acquis du droit public moderne. En d'autres termes, la pensée révolutionnaire apparaît, *à première vue*, constituer la matrice de la réflexion des constituants de l'an VIII par rapport à la question des statuts dérogatoires des députés.

356. Mais cette continuité est, en réalité, *illusoire*. Sous le Consulat provisoire, les immunités soi-disant reconnues par les rédacteurs de la Constitution de l'an VIII aux parlementaires, garanties en principe de leur indépendance, sont, non seulement, articulées autour d'un nouveau fondement théorique en total désaccord avec la tradition parlementaire, mais s'avèrent également largement inutiles. Pour ce qui est du premier point, il a pu être observé que, depuis le début de la Révolution, les auteurs qui ont réfléchi aux privilèges immunitaires des parlementaires les ont fait découler de leur qualité de représentant exclusif de la Nation, source de leur souveraineté et donc de leur primauté sur le reste des pouvoirs constitués. Ils ont été effectivement insérés à dessein dans les

rouages constitutionnels de façon à garantir que, dans un système politique fondé sur la suprématie du Corps représentatif, une autorité subordonnée ne puisse légalement utiliser ses pouvoirs pour subvertir cet ordre. Les protections des parlementaires ont ainsi eu vocation, au cours des régimes précédents, à protéger cette hiérarchie des pouvoirs qui constitue la ligne directrice théorique du système politique révolutionnaire. Or les rédacteurs de la Constitution consulaire opèrent ici une véritable rupture conceptuelle avec l'héritage révolutionnaire. Ce bouleversement est illustré par le titre dans lequel ils inscrivent les immunitaires parlementaires. Il s'agit du Titre VI intitulé « De la responsabilité des fonctionnaires publics ». Le message est clair : les membres des Assemblées ne sont plus considérés comme des représentants de la Nation mais sont rabaissés au rang d'agent d'exécution. Cela signifie qu'en termes de hiérarchie des organes, les parlementaires se retrouvent dans une position subordonnée, autrement dit dans une position secondaire par rapport aux organes exprimant la volonté initiale.

357. En outre, on comprend que les avantages dont ils profitent seraient la conséquence de leur nouvelle qualité de « fonctionnaire public ». Ce changement de statut implique, de ce fait, une redéfinition de l'ossature conceptuelle des immunités parlementaires. Les constituants de l'an VIII ne les articulent plus, par opposition avec la pensée constitutionnelle révolutionnaire, autour du principe de la souveraineté de la Nation dont les membres des assemblées ne sont plus l'incarnation, du moins, unique. Leur finalité s'en trouve par là-même bouleversée au sein de la nouvelle architecture institutionnelle. Elles ne visent plus à assurer la prédominance du corps législatif qui constituaient le cœur de l'orthodoxie révolutionnaire. La conceptualisation des privilèges parlementaires est mise en adéquation avec la mutation des légitimités respectives des pouvoirs à partir du Consulat et des nouveaux rapports de force institutionnels qui en résultent, à savoir la suprématie du pouvoir exécutif désormais souverain et la soumission du législatif découlant d'une représentativité politique amoindrie.

De ce point de vue, il a été constaté que le premier consul, Napoléon, fort de sa légitimité hétérogène, est placé au sommet de l'édifice institutionnel césariste, concentrant la quasi-totalité des pouvoirs sous une apparente séparation des pouvoirs. Il s'auto-proclame même en 1808 comme le premier des représentants de la Nation. Concomittament, en raison d'une légitimité ambiguë corrélée à un affaiblissement de la théorie de la souveraineté nationale, le corps législatif perd sa qualité de représentant *exclusif* de la Nation et, par là-même, les protections qui y sont nécessairement attachées. Son pouvoir d'expression de la volonté de la Nation est amoindri au profit du premier consul. Il est, non seulement, privé de l'initiative législative mais également, en partie, de la discussion et du vote de la loi. Or, depuis Bodin ou Rousseau, la maîtrise de la fonction législative est conçue comme un enjeu de pouvoir, traditionnellement identifiée au Parlement dans

le droit public français[1639]. Mais, sous le Consulat provisoire, le pouvoir législatif se trouve concentré au profit de l'exécutif. Disposant d'importantes prérogatives, le premier consul verrouille la fonction législative. Par conséquent, les parlementaires se retrouvent quasiment, en pratique, dans une situation passive, c'est-à-dire dans une situation de « fonctionnaires publics » selon les termes de la Constitution de l'an VIII. Ils ne font qu'obéir à la volonté souveraine du premier consul, les chambres étant réduites à un rôle de chambre d'enregistrement. La hiérarchie des pouvoirs est, dès lors, clairement inversée par rapport à l'architecture constitutionnelle des régimes précédents – le corps législatif étant relégué au *quatrième rang* dans la pyramide des pouvoirs après l'Empereur, les ministres et le Sénat selon les termes de Napoléon. Il en résulte donc que dans un système inédit qui n'est plus organisé autour du paradigme de la prééminence du corps législatif, les immunités parlementaires perdent leur fondement originel. En cela le régime du Consulat provisoire introduit une rupture théorique évidente. Il renverse l'idée traditionnelle de la représentation et, avec elle, le problème des statuts exorbitants du droit commun. Dans ces conditions, les seules justifications possibles à l'instauration d'un régime dérogatoire aux membres des Assembles sont doubles. Sa raison d'être est soit *fonctionnelle* - il s'agirait de leur permettre d'assurer sereinement leurs missions – soit *institutionnelle* en lien avec le principe de la séparation des pouvoirs, sans que l'une ou l'autre thèse ne soient, à vrai dire, convaincantes à l'analyse.

358. Une fois écartée la thèse de la souveraineté nationale comme socle conceptuel, les constituants de 1799 pourraient sembler vouloir fonder les immunités des parlementaires sur la nécessité d'assurer leur liberté d'opinion au sein des assemblées collégiales compte tenu de leur mandat représentatif. En protégeant la liberté des débats inhérente au mandat représentatif, les immunités permettraient ainsi à la délibération parlementaire de répondre au double impératif de sincérité[1640] et d'efficacité[1641] nécessaires au processus délibérant. Mais on perçoit rapidement la pertinence *fragile* d'un tel fondement, à deux titres. *D'une part*, l'indétermination de la nature du

1639 A. Péri, Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958), Clermont-Ferrand : Fondation Varennes, collection des thèses, 2008, 443 p.

1640 Le débat au sein du Parlement n'est pas seulement un moment d'expression des opinions individuelles, il est aussi un moment de confrontation et de conciliation pour mieux dégager la volonté générale. Par conséquent, comme le note Cécile Guérin-Bargues, dans un régime représentatif, « faute de pouvoir déterminer *a priori* où s'établira le consensus, on ne saurait encadrer de manière trop stricte la liberté d'expression, sans courir le risque d'introduire un biais dans la discussion » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif…, op.cit., p.182). Les immunités parlementaires, et principalement l'irresponsabilité parlementaire, apparaissent donc comme une condition nécessaire à la sincérité du débat parlementaire.

1641 Le caractère collectif de l'institution parlementaire ne doit pas être un obstacle à la prise de décision. Ses membres doivent parvenir, grâce à un brassage des opinions individuelles, à une décision la plus proche de la volonté générale au cours de la discussion, qui lui donne son sens et son terme. La délibération requiert donc une souplesse de mandat qui est incompatible avec un engagement formel du représentant à faire prévaloir les intérêts de ses électeurs. Les immunités parlementaires, et au premier titre l'irresponsabilité, en interdisant toute sanction du non-respect des promesses électorales, constituent un obstacle à la résurgence du mandat impératif. Leur rôle apparaît par conséquent fondamental pour l'efficacité de la dynamique délibérante. De même, elle présente un second intérêt : « en soustrayant le parlementaire aux effets inhibants d'une éventuelle mise en cause de sa responsabilité (à la suite des propos qu'ils auraient pu tenir au cours du débat ou des votes pour lesquels ils auraient opté au terme de celui-ci), l'irresponsabilité participe bien à la suppression des contraintes susceptibles de porter atteinte à la qualité de la délibération » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif…, op.cit., p.184).

mandat dont sont investis les parlementaires sous le Consulat, en raison notamment du silence du texte constitutionnel, fait douter de la volonté de la part des constituants de reconnaître de tels privilèges. Intimement liées au caractère représentatif du mandat, les immunités parlementaires délient les représentants de l'obligation de se plier aux volontés de leurs électeurs en faisant obstacle à toute sanction en cas de non-respect de leurs promesses de campagne. Elles leur garantissent justement une liberté d'expression entière « tant et si bien que le Parlement est la figuration du souverain »[1642]. Mais, dans un système césariste qui remet en cause profondément le principe d'une représentation de la Nation par les députés, de telles protections apparaissent véritablement dénuées de sens. Il apparaît contradictoire d'articuler les immunités parlementaires au caractère faiblement représentatif de leur mandat. *D'autre part*, ce fondement défini par sa finalité – *garantir une pleine liberté de débat consubstantielle au mandat représentatif* - est d'autant plus déficient que le fonctionnement des assemblées institué par la Constitution de l'an VIII incite à relativiser très largement le rôle que joue la délibération dans le processus décisionnel de l'organe législatif. Une seule des deux assemblées, le Tribunat, est en mesure de pouvoir discuter le projet de loi du gouvernement tandis que la seconde assemblée, le Corps législatif, est chargé de voter les lois, *sans pouvoir les discuter*, après avoir entendu les rapports des représentants du Tribunat et du gouvernement[1643]. D'ailleurs, de manière symptomatique, cette procédure vaudra à cette deuxième chambre l'appellation peu élogieuse de « Corps des muets »[1644]. Deux textes ultérieurs ayant pour objet de préciser la procédure législative apporteront, en outre, d'importantes limites à la discussion parlementaire. La loi du 19 nivôse an VIII (9 janvier 1800) permettra au gouvernement de réduire à son gré la discussion de la loi par le Tribunat et le règlement intérieur de cette Assemblée en date du 27 nivôse an VIII (17 janvier 1800) « imposera aux tribuns une discipline des plus strictes (places tirées au sort, interdiction de tout signe d'approbation ou d'improbation, sanctions pouvant aller jusqu'à trois jours d'arrêt) »[1645]. Autrement dit, la délibération parlementaire occupe dans le régime du Consulat provisoire une place restreinte, exercée sous le contrôle étroit du pouvoir exécutif. Par conséquent, dans une organisation institutionnelle où la délibération législative est fortement muselée, le fondement fonctionnel perd toute pertinence et doit être écarté. Vidées de leur substance, les immunités parlementaires consacrées par les constituants de l'an VIII sont dépossédées de l'un de leur objet révolutionnaire originel, à savoir sauvegarder la liberté de discussion des membres de l'institution législative investis d'un mandat représentatif.

359. Un dernier fondement, tiré de l'expérience des régimes constitutionnels précédents, pourrait expliquer l'instauration par les constituants consulaires de privilèges immunitaires aux parlementaires : il s'agit de la *séparation des pouvoirs*. En imposant un principe de non-ingérence

1642 J. Gicquel, J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 30é éd., Paris : L.G.D.J, 2016, p.163.
1643 Voir en ce sens : Titre III, articles 28, 29, 34 de la Constitution de l'an VIII.
1644 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.154.
1645 *Ibid*.

dans l'exercice des fonctions parlementaires et en évitant que les parlementaires puissent être victimes d'actions judiciaires instrumentalisés pour des raisons partisanes de la part principalement du pouvoir exécutif, elles évitent que les « législateurs » soient soumis à un contrôle exercé par des pouvoirs concurrents. Mais un tel fondement théorique ne peut être utilement invoqué. Il a été constaté précédemment que l'indépendance des parlementaires à l'égard du pouvoir exécutif sous le Consulat provisoire est quasi-nulle. Les membres du Corps législatif et du Tribunat sont nommés à partir de la liste nationale par le Sénat, institution aux mains de Bonaparte qui sera d'ailleurs récompensé de sa servilité lors du régime suivant par une extension de ses pouvoirs. De manière plus générale, les constituants de l'an VIII n'ont jamais voulu réaliser un équilibre des pouvoirs, mais bien une hiérarchie dirigée au profit du pouvoir exécutif, et, en particulier, du premier consul, sans que le corps législatif ne puisse faire contre-poids. Napoléon détient totalement le pouvoir exécutif et dispose d'un droit de participation majeur dans l'exercice de la fonction législative, conduisant au dépérissement du principe de la séparation des pouvoirs. En d'autres termes, les parlementaires ne sont pas à l'abri de toute pression exercée par le pouvoir exécutif. La nouvelle Constitution fournit au premier consul les moyens d'exercer une véritable surveillance des membres des assemblées dépourvus de véritable statut. Dès lors, les avantages parlementaires proclamés dans la norme constitutionnelle du Consulat provisoire ne sauraient être considérés, sans contradiction, comme trouvant leur justification dans le respect de la séparation des pouvoirs.

360. En définitive, aucun fondement révolutionnaire - ni la souveraineté nationale, ni la liberté des débats, ni la séparation des pouvoirs – n'apparaît suffisamment convaincant pour expliquer l'inscription de privilèges immunitaires dans la Constitution de l'an VIII. En réalité, reflet des apories du texte constitutionnel, leur raison d'être est, avant tout, d'ordre politique. Ils participent aux apparences de démocratie du régime du Consulat provisoire pour masquer habilement le renforcement progressif de l'exécutif. Comme le note Joseph Barthélemy, « le césarisme du Consulat (…) ne conserve que la façade du régime représentatif »[1646], qui laisse place au fur et à mesure à la concentration des pouvoirs au profit d'un homme légitimité par le truchement de la souveraineté populaire grâce au plébiscite. Les statuts dérogatoires reconnus aux parlementaires se révèlent donc être des protections accessoires au sein d'un régime qui n'a de représentatif que le nom. Leur inscription est purement formelle. D'ailleurs, *dans un second temps*, à partir des Constitutions du Consulat à vie et de l'Empire, plus aucune référence constitutionnelle n'y sera faite. Ainsi, pour la première fois depuis le début de la Révolution, il n'existe plus à proprement parler d'immunités parlementaires dans l'ordre constitutionnel français. Cette disparition du champ constitutionnel fait écho à l'autoritarisme de Napoléon et à la toute-puissance du pouvoir exécutif au cours de ces deux périodes, et à la remise en cause corrélative de la nature de représentant des

1646 J. Barthelemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, réédition de la 6ème édition, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2004, p.171.

parlementaires. La preuve en est la note datant de 1808 par lequel l'Empereur refuse au Corps législatif la qualité de corps représentatif de la nation, avant plus tard de cesser de le convoquer certaines années. Face à une telle architecture institutionnelle, les immunités parlementaires s'avèrent donc dénuées d'utilité.

361. Au terme de cette évolution, on observe que sous des apparences de continuité de l'héritage révolutionnaire à travers une reconnaissance formelle dans la Constitution du Consulat provisoire de l'essentiel du dispositif immunitaire protégeant traditionnellement les députés, celles-ci connaissent, à partir de ce régime, une transformation de leur fondement théorique découlant de leur nouvelle qualité de « fonctionnaire public ». La justification des immunités parlementaires est redessinée mais surtout amoindrie, au point d'être supprimées pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle par les constituants du Consulat à vie et de l'Empire. En ce sens, la période napoléonienne est un temps de continuité mais surtout un temps de rupture dans la conceptualisation des privilèges parlementaires en France. Un même mouvement frappe le privilège de juridiction des ministres.

B. Le renouvellement des fondements théoriques du privilège de juridiction des ministres

La préoccupation centrale des constituants de la période napoléonienne qui consiste à asseoir la prééminence du pouvoir exécutif, se matérialise également à travers la conceptualisation du privilège de juridiction des autorités ministérielles. Sous un semblant de continuité, il connaît un net bouleversement de sa finalité. Tout en organisant, à l'origine, une justice politique sur la base des principes libéraux de la tradition révolutionnaire, l'orientation dictatoriale des régimes napoléoniens modifie ensuite en profondeur son organisation et son fonctionnement dans un sens favorable à l'Empereur.

362. Dans le prolongement de l'œuvre révolutionnaire, les constituants de l'an III établissent une Haute Cour chargée de juger les ministres qui semblent être pensée, de prime abord, comme le corollaire du principe de la souveraineté nationale. En témoigne son aménagement interne et la procédure applicable devant elle. Pour ce qui est du premier point, les constituants du Consulat provisoire adoptent en ce sens le système d'une juridiction spéciale constitutionnelle appelée « la Haute Cour de justice »[1647], seulement compétente *ratione personae* pour juger les ministres. Sa composition reflète son indépendance à l'égard du pouvoir exécutif – ainsi que du pouvoir législatif.

1647 Titre VI, article 73 de la Constitution de l'an VIII.

Les juges sont en effet choisis par le Tribunal de Cassation en son sein qui collaborent avec des jurés pris dans la liste nationale[1648]. Pour ce qui est du second point, les parlementaires gardent la maîtrise des poursuites pénales susceptibles d'être engagées contre les membres du pouvoir exécutif comme par le passé, conformément au principe de la souveraineté nationale. Sur ce fondement, la mise en accusation du ministre concerné est réservée au Tribunat puis la mise en jugement appartient au Corps législatif par l'intermédiaire d'un décret, après avoir entendu ou appelé le dénoncé[1649]. Ainsi, à l'image de la tradition révolutionnaire, les Hautes Cours ne peuvent se former que sur une décision de l'Assemblée compétente à l'égard des membres de l'exécutif. Les chambres sont donc potentiellement en situation de détenir, en pratique, un pouvoir de défiance et de révocation à l'égard des agents ministériels, qui sont des facteurs d'assujettissement potentiel du pouvoir exécutif, même si les cas d'accusation sont formellement définis dans le texte consulaire[1650]. En définitive, les membres de l'exécutif restent largement soumis aux initiatives législatives.

En outre, au-delà des ressemblances de la Haute Cour consulaire avec la tradition révolutionnaire, on observe même une extension de la responsabilité ministérielle dans la Constitution consulaire. Pour la première fois dans le droit constitutionnel français, les ministres sont responsables, à la fois, des délits privés et des délits de fonction[1651]. Cet élargissement « sert de contrepoids à l'irresponsabilité du chef de l'État »[1652] mais a vocation surtout à ménager le principe de la souveraineté nationale en établissant une responsabilité étendue des « agents d'exécution ». Il semble dès lors qu'au vu de ses modalités d'organisation et de fonctionnement, la finalité de cette Haute Cour se rapproche des juridictions politiques précédentes consistant à jouer un rôle de frein aux abus éventuels du pouvoir exécutif. Elle conduit, *en principe,* à une dépendance du pouvoir exécutif par rapport aux représentants de la Nation[1653]. Mais cette similitude dans la manière de

1648 *Ibid*.
1649 *Ibid*.
1650 Aux termes de l'article 72 du titre VI de la Constitution de l'an VIII, « Les ministres sont responsables : 1° De tout acte de gouvernement signé par eux, et déclaré inconstitutionnel par le Sénat ; 2° De l'inexécution des lois et des règlements d'administration publique ; 3° Des ordres particuliers qu'ils ont donnés, si ces ordres sont contraires à la Constitution, aux lois et aux règlements ».
1651 Titre VI, articles 71 et 72 de la Constitution de l'an VIII.
1652 R. Charvin, Justice et politique..., op.cit., p.74. L'auteur ajoute à cet égard que « l'irresponsabilité du chef de l'État (dans la Constitution de l'an VIII) ne repose pas sur les mêmes principes que celle du Roi. Elle s'explique par le fait que la Constitution n'a pas été élaboré par les représentants de la nation, et que le chef de l'État, auteur essentiel du texte constitutionnel, s'est bien gardé de créer à son égard un contre-pouvoir. Cependant le principe de souveraineté nationale est déjà trop ancré pour que toute responsabilité des agents du gouvernement soit écartée » (*ibid.*, p.74-75). En témoigne l'article 55 du titre IV de la Constitution de l'an VIII : « Aucun acte du gouvernement ne peut avoir d'effet s'il n'est signé par un ministre ».
1653 Cependant, l'effectivité de la Haute Cour consulaire est restreinte puisque la dernière phrase de l'article 73 du titre VI de la Constitution de l'an VIII prévoit une loi d'organisation et de procédure qui ne paraîtra jamais. Suivant cette disposition, « dans les cas de l'article précédent, le Tribunat dénonce le ministre par un acte sur lequel le Corps législatif délibère dans les formes ordinaires, après avoir entendu ou appelé le dénoncé. Le ministre mis en jugement par un décret du Corps législatif, est jugé par une Haute Cour, sans appel et sans recours en cassation. - La Haute Cour est composée de juges et de jurés. Les juges sont choisis par le Tribunal de cassation, et dans son sein ; les jurés sont pris dans la liste nationale ; *le tout suivant les formes que la loi détermine* » [Nous soulignons].

concevoir le privilège de juridiction des ministres disparaît vite à mesure du renforcement de la prédominance de Napoléon.

363. Cette phase de continuité laisse place à une phase de disruption à partir de l'Empire. Comme le note Robert Charvin, « le passage du régime consulaire à l'Empire et la concentration des pouvoirs au bénéfice de l'exécutif exige une mise en harmonie de la Haute Cour »[1654]. Sans avoir jamais été ni organisée ni avoir fonctionné, la Haute Cour de la Constitution de l'an VIII est remplacée par la Haute Cour Impériale, aménagée avec précision pour la première fois par le sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804). Signe de son importance, un titre entier, le titre XIII, comprenant un volume record d'articles (32 articles), lui est spécialement dédié. Or « cette grande attention portée par la loi constitutionnelle impériale à la juridiction politique peut s'expliquer par le changement de fonction de celle-ci »[1655]. La tradition révolutionnaire est abandonnée puisque l'idée de prééminence du corps législatif, organe de la représentation nationale, n'est plus le fondement théorique justificatif de l'instauration du privilège de juridiction des ministres. Loin de servir de contre-poids au pouvoir exécutif, la Haute Cour impériale devient un agent du pouvoir exécutif compte tenu de l'évolution dictatoriale du régime napoléonien. Elle est chargée désormais d'une double mission : « d'une part, assurer aux détenteurs du pouvoir politique une juridiction privilégiée, d'autre part, défendre le pouvoir contre les adversaires extérieurs ou intérieurs de l'État »[1656]. L'organisation et le fonctionnement de ce tribunal d'exception sont le reflet de cette orientation dictatoriale de l'Empire, destinés à garantir la suprématie du pouvoir exécutif. Concernant le premier point, sa composition « est adaptée à sa fonction constitutionnelle »[1657] puisqu'elle est placée sous le contrôle total de l'exécutif. Dorénavant, elle siège dans le Sénat[1658] sous la présidence de l'archichancelier d'Empire[1659]. Elle comprend 101 membres, tous nommés par l'Empereur, princes, titulaires de grandes dignités, et grands officiers de l'Empire, du ministre de la justice, de 60 sénateurs, de 6 présidents de section du Conseil d'État, de 20 membres de la Cour de cassation[1660]. De plus, l'Empereur peut modifier le nombre des grands officiers et dignitaires à volonté. Concernant le second point, son fonctionnement est également imaginé de manière à assurer la domination du pouvoir exécutif. Tout d'abord, la large compétence *ratione personae* de la Haute Cour impériale permet à de nombreuses autorités exécutives, dont les ministres, d'« échapper aux incertitudes de droit commun et donc de renforcer leur protection »[1661]. De plus, pour ce qui est

1654 R. Charvin, Justice et politique. Evolution de leurs rapports, op.cit., p.88.
1655 *Ibid*.
1656 *Ibid*.
1657 *Ibid*., p.89.
1658 Titre XIII, article 102 de la Constitution de l'an XII.
1659 Titre XIII, article 103 de la Constitution de l'an XII.
1660 Titre XIII, article 104 de la Constitution de l'an XII.
1661 R. Charvin, Justice et politique. Evolution de leurs rapports, op.cit., p.88. La compétence personnelle de la Haute Cour impériale est en effet fixée par le long article 101 du titre XIII de la Constitution de l'an XIII : sont soumis à la juridiction constitutionnelle les délits personnels commis par les membres de la famille impériale, par les titulaires des grandes dignités de l'Empire, par les ministres, par les secrétaires d'État, par les grands officiers, les sénateurs, les

de sa compétence *ratione materiae*, le droit d'accusation associe, selon une procédure complexe, le Corps législatif, le Tribunat et l'archichancelier, le Procureur général et la Haute Cour elle-même. À cet égard, il est important de constater que « ce n'est plus le corps politique comme dans les Constitutions précédentes qui possède le droit de saisine »[1662]. Le Corps législatif peut, en effet, dénoncer les ministres ou les conseillers d'État chargés d'une partie quelconque d'administration publique en cas « d'ordres contraires aux constitutions et aux lois de l'Empire »[1663] ou en cas de déclaration de fortes présomptions de détention arbitraire ou de violation de la liberté de la presse de la part du Sénat[1664]. À ce titre, la dénonciation du Corps législatif, débattue en comité secret et votée, ne peut être mise à l'ordre du jour que sur la demande de 50 membres du corps législatif lui-même, ou du Tribunat[1665]. La dénonciation dûment circonstanciée[1666] est ensuite transmise par l'archichancelier au Procureur général près de la Haute Cour[1667] qui, avec l'ensemble du ministère, décide de la poursuite ou du non-lieu[1668]. En définitive, on observe à travers cette procédure complexe que si les assemblées conservent l'*initiative* d'accuser les ministres, elles sont privées, de manière symptomatique, du droit de saisine de la juridiction d'exception qui est, désormais, totalement contrôlé par les autorités pénales nommées en majorité par l'Empereur[1669]. Révélatrice d'une véritable fracture avec l'héritage révolutionnaire, la procédure contre un ministre est donc verrouillée par le pouvoir exécutif. Que ce soit son aménagement ou son fonctionnement propre, la Haute Cour impériale est pensée par les constituants à partir du principe de la prééminence du pouvoir exécutif, pierre angulaire du système napoléonien.

364. De manière plus générale, on observe que lors du passage du Consulat provisoire qui peut être considéré comme un régime continuateur de la Révolution sous certains aspects, à l'établissement de la dictature de l'Empire, le privilège de juridiction des ministres connaît une profonde

conseillers d'État.

1662 R. Charvin, Justice et politique. Evolution de leurs rapports, op.cit., p.89.

1663 Titre XIII, article 110 de la Constitution de l'an XII. Le Corps législatif peut également dénoncer en vertu de l'article 111 du titre XIII de la Constitution de l'an XII : « (…) les capitaines généraux des colonies, les préfets coloniaux, les commandants des établissements français hors du continent, les administrateurs généraux, lorsqu'ils ont prévariqué ou abusé de leur pouvoir ; Les généraux de terre ou de mer qui ont désobéi à leurs instructions ; les préfets de l'intérieur qui se sont rendus coupables de dilapidation ou de concussion ».

1664 Titre XIII, article 112 de la Constitution de l'an XII.

1665 Titre XIII, article 113 de la Constitution de l'an XIII : « La dénonciation du Corps législatif ne peut être arrêtée que sur la demande du Tribunat, ou sur la réclamation de cinquante membres du Corps législatif, qui requièrent un comité secret à l'effet de faire désigner, par la vole du scrutin, dix d'entre eux pour rédiger le projet de dénonciation ». Fait significatif de la protection du pouvoir exécutif, le ministre dénoncé ne comparaît pas devant le corps législatif pour y répondre. Comme le prévoit l'article 115 du titre XIII de la Constitution de l'an XII, « l'Empereur nomme trois conseillers d'État pour se rendre au Corps législatif le jour qui est indiqué, et donner des éclaircissements sur les faits de la dénonciation ». Cependant, l'indépendance des « législateurs » est quelque peu protégée puisqu'en vertu de l'article 116 du titre XIII de la Constitution de l'an XII le Corps législatif discute en comité secret « les faits compris dans la demande ou dans la réclamation, et il délibère par la voie du scrutin ».

1666 Titre XIII, article 117 de la Constitution de l'an XII.

1667 *Ibid.*

1668 Titre XIII, article 119 de la Constitution de l'an XII.

1669 Le Ministère public est composé d'un « Procureur général, nommé à vie, et trois magistrats, auxquels s'ajoutent trois tribuns nommés chaque année par le Corps législatif sur une liste présentée par le Tribunat » (R. Charvin, Justice et politique. Evolution de leurs rapports, op.cit., p.89).

transformation conceptuelle. Son élaboration subit la déviation autoritaire de l'Empire et le retour d'institutions d'esprit monarchique. Ainsi après une phase de continuité du legs révolutionnaire concevant la justice politique comme un contre-poids aux agents du pouvoir exécutif, le statut réservé aux ministres à partir de l'Empire témoigne du souci dominant de la part des constituants de placer le pouvoir exécutif en situation hégémonique[1670]. L'idée de sa primauté devient ainsi la source du système de protection des ministres[1671]. D'ailleurs, en pratique, si certains ministres firent l'objet d'une disgrâce, parfois retentissante tels que Talleyrand en 1807 ou Fouché en 1810, aucun ne fut déféré à la cour de justice impériale. En cela, les régimes du Consulat et de l'Empire matérialisent, à l'image des immunités parlementaires, un vœu de rupture dans la continuité. Les constituants, à travers l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire (22 avril 1815), reviennent à une conception plus classique des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués.

SECTION 2. LE RETOUR FURTIF À LA CONCEPTION *RÉVOLUTIONNAIRE* DES STATUTS DÉROGATOIRES DES POUVOIRS SUPÉRIEURS DANS L'ACTE ADDITIONNEL AUX CONSTITUTIONS DE L'EMPIRE

365. La chute du Premier Empire le 6 avril 1814 ne signe pas la fin de la réflexion doctrinale de la période napoléonienne, certes modeste, sur la question des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués. Au contraire, dans un contexte de profusion des normes constitutionnelles, l'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire ratifié le 22 avril 1815 - faisant suite au retour de Napoléon Bonaparte de l'Ile d'Elbe et qui restera en vigueur durant l'éphémère période dite des « Cent-Jours » - apporte un renouvellement réel de la pensée constitutionnelle en la matière. Celui-

1670 Cependant, comme le note Robert Charvin, la déviation dictatoriale de la Haute Cour impériale n'empêche pas « de voir apparaître une tendance contradictoire d'avenir allant vers un rapprochement en direction du droit commun, vers une normalisation de la procédure des Hautes Cours (R. Charvin, Justice et politique. Evolution de leurs rapports, op.cit., p.90). Par exemple, la Haute Cour ne peut prononcer que des peines portées au Code pénal (Titre XIII, article 130 de la Constitution de l'an XII). Mais ce mouvement est encore restreint : « cette normalisation relative, qui se traduit par une grande lourdeur de mise en mouvement et par une certaine lenteur de fonctionnement, explique la préférence des régimes autoritaires de (…) de l'an VIII et de l'an XII pour les mesures administratives et policières et les tribunaux d'exception extra-constitutionnels » (R. Charvin, Justice et politique..., op.cit., p.90). Les dictatures bonapartistes ont ainsi élaboré une importante législation de circonstance en rupture avec les principes de la Révolution. Sur ce point : *ibid*., p.91-97).

1671 Les peines afflictives et infamantes prononcées par la Haute Cour ne peuvent être exécutées qu'après la signature de l'Empereur. Ainsi le chef de l'État intervient en dernier ressort après le jugement (Titre XIII, article 132 de la Constitution de l'an XII).

ci est porté par l'un de ses principaux rédacteurs, Benjamin Constant, chef de file des libéraux[1672], auteur d'une volte-face stupéfiante puisqu'ancien opposant endurci à Napoléon Bonaparte[1673].

366. Ce « renouveau » intellectuel s'explique par un contexte politique fortement remodelé par rapport aux régimes napoléoniens antérieurs. De prime abord, l'accent semble être mis sur la continuité juridique existant entre l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, comme son intitulé l'indique[1674], et les Constitutions napoléoniennes précédentes, soit la Constitution de l'an VII et les sénatus-consultes organiques de l'an X et de l'an XII. L'ensemble formerait ainsi « un même bloc constitutionnel »[1675], comme l'atteste l'article 1er en spécifiant que les dispositions qui ne seraient pas modifiées par le nouvel acte « sont confirmées et maintenues »[1676]. L'Acte additionnel

1672 S. Holmes, Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne, traduit de l'anglais par O. Champeau, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994.

1673 Comme le note Alain Laquièze, Benjamin Constant est passé « en une quinzaine de jours d'un soutien indéfectible à la monarchie de Louis XVIII à la collaboration, sans états d'âme, avec celui qu'il dénonçait, la veille encore, comme un tyran et un usurpateur » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, op.cit., p.200). Son opposition à Napoléon est ancienne et remonte à son éviction du Tribunat en 1802, auquel s'ajoute une solidarité avec sa compagne, Germaine de Staël, elle aussi adversaire farouche du régime impérial. Constant matérialise notamment son opposition par la rédaction d'un traité « De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne », publié en 1814, dans lequel il combat le despotisme napoléonien en affirmant « son credo anti-absolutiste et pro-libéral qui reposait sur une théorie originale de la légitimité, postulant l'accord, au moins tacite, des gouvernés et des gouvernants, ainsi que la relativité du choix d'un régime politique, pour la garantie de la liberté individuelle » (*ibid*., p.201). Il rédigera également le 11 mars 1815 un article dans le *Journal de Paris* dans lequel il présentera la Charte du 4 juin 1814 comme une véritable garantie contre les ambitions despotiques de Napoléon, complété par un second article le 19 mars 1815 paru dans le *Journal des Débats* où il se livre à des accusations virulentes contre l'Empereur sur le retour : « Nous subirions sous Buonaparte, un gouvernement de mamelouks, son glaive seul nous gouvernerait (…). C'est Attila, c'est Gengis Khan, plus terrible et plus odieux, parce que les ressources de la civilisation sont à son usage ; on voit qu'il les prépare pour régulariser le massacre et pour administrer le pillage (...) » (cité par A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte…, op.cit., p.202). Napoléon rentré à Paris le 20 mars 1815, Constant quitte la capitale puis revient le 27 mars. En réalité, ce sont Fouché, le général Sébastiani et Joseph Bonaparte qui ont joué le rôle d'entremetteur avec Constant. En attendant la rencontre qui aura lieu le 14 avril 1815, Constant rédige, à partir de ses manuscrits de 1806, des « Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France », qui sortira le 29 mai 1815 mais dont le contenu influence directement l'Acte additionnel. Par la suite, leur entrevue aboutit à ce que Napoléon Bonaparte confie à Constant la mission de rédiger pour le lendemain un projet de Constitution libérale et à partir de ce moment-là les deux hommes auront des entrevues constantes pour l'élaborer, sans être toujours d'accord. Quoi qu'il en soit, le revirement de Constant qu'il a lui-même justifié (*v.* Principes de politique…, chapitre XX, op.cit), s'explique par plusieurs raisons : la course au poste, l'ambition de jouer un rôle politique majeur, la reconnaissance nationale, la résolution de problèmes financiers, le souci d'impressionner Madame Récamier pour obtenir ses faveurs. Néanmoins, pour Alain Laquièze, « ils ne sauraient (…) occulter, sous le masque du courtisan avide et sans scrupules, le théoricien politique, fidèle à ses idées, qui s'attachait prioritairement à promouvoir la défense de la liberté individuelle, rendue possible par la limitation du champ d'action de la souveraineté du peuple et reléguant du même coup au second plan la question du régime politique » (*ibid*., p.203).

1674 Benjamin Constant et Napoléon étaient en désaccord par rapport à la dénomination à donner au projet de Constitution : le premier plaidait en faveur du terme de *Constitution*, le second lui préférait l'expression d'*acte additionnel*. Or, comme le note Josée Bloquet, « le débat ne se limitait pas à une simple querelle de mots. Qualifier le projet d'acte additionnel avait pour but de marquer la continuité de l'Empire sans omettre néanmoins la nécessité de modifications importantes dans les constitutions, sénatus-consulte et autres actes qui régiss(aient) cet Empire (selon le Préambule de l'Acte additionnel » (J. Bloquet, L'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 : une bataille perdue d'avance ?, Napoleonica. La Revue, n°13, 2012, p.17) qui est un moyen de légitimer le retour de Bonaparte au pouvoir.

1675 M. Morabito, Histoire constitutionnelle..., op.cit., p.184.

1676 Titre 1, article 1 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 : « Les constitutions de l'Empire, nommément l'acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII, les sénatus-consultes des 14 et 16 thermidor an X, et celui du 28 floréal an XII, seront modifiés par les dispositions qui suivent. Toutes leurs autres dispositions sont confirmées et maintenues ». De même, le Préambule de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire affirme : « les articles suivants, formant un acte *supplémentaire* aux constitutions de l'Empire, seront soumis à l'acceptation libre et solennelle de tous les citoyens, dans toute l'étendue de la France » [Nous soulignons].

serait donc *a priori* la copie légèrement modifiée de l'édifice constitutionnel impérial fondé sur la suprématie de pouvoir exécutif centré autour de la figure de l'Empereur. Cependant, « cet enracinement dans la continuité ne saurait (...) minimiser les changements institutionnels opérés par l'Acte additionnel »[1677]. Le contexte d'avril 1815 n'est plus celui du 18 Brumaire. Pour Alain Laquièze, « le poids des circonstances est ici décisif »[1678]. Napoléon, de retour en France au mois de mars 1815, est conscient de la position fragile dans laquelle il se trouve. Contesté au plan national[1679] et européen[1680], il est dans l'obligation d'adoucir le caractère despotique de ses Constitutions précédentes et de se rallier aux idées du libéralisme afin d'obtenir le soutien entier du peuple[1681]. Dans un tel contexte, il exclut « tout retour au bonapartisme autoritaire, tel qu'il avait été pratiqué depuis le Consulat »[1682]. À cela s'ajoute le fait que la Charte de 1814, promulguée une année auparavant, avait affirmé des principes libéraux qu'il était difficile de remettre en cause[1683]. Devant intégrer ces nouvelles données, le texte constitutionnel du 22 avril 1815 opère ainsi un compromis entre le passé impérial et l'adoption d'institutions libérales, qui redessine l'organisation des pouvoirs.

367. Dès lors, l'Acte additionnel « rompt en partie avec l'héritage impérial pour s'accorder, sous l'influence de Constant, avec l'esprit du temps »[1684]. De ce point de vue, si le texte confère à nouveau des prérogatives substantielles à l'Empereur, il restaure considérablement les attributions de l'organe législatif dans le sillage d'une légitimité retrouvée, tirée peu ou prou de la souveraineté nationale (**§1**). Or, il sera intéressant de mettre en lumière l'idée selon laquelle le renouvellement de l'agencement des pouvoirs conduit en creux à un renouveau du fondement et du régime des statuts

1677 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.185.
1678 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, op.cit., p.198. Benjamin Constant rapporte que lors de son entrevue avec Napoléon le 14 avril 1814, celui-ci lui aurait affirmé : « la situation est neuve. Je ne demande pas mieux que d'être éclairé. Je vieillis. On n'est plus à quarante-cinq ans ce qu'on était à trente. Le repos d'un roi constitutionnel peut me convenir. Il conviendra plus sûrement encore à mon fils » (cité par B. Constant, Mémoires sur les Cent-Jours, Paris : J.-J. Pauvert, 1961, p.135).
1679 Napoléon est confronté en France à plusieurs oppositions internes, tels que l'obstacle des *royalistes* peu favorables à son retour contestant sa légitimité et manifestant leur désaccord par une résistance passive (refus de la conscription et du paiement des impôts, abstention des fonctions publiques…) ou encore des *libéraux* – dont le courant a pris un véritable essor - inquiets des atteintes futures aux libertés, comme par exemple la liberté de la presse.
1680 Dès le 13 mars 1815, une déclaration des puissances alliées, réunies à Vienne, mettent au ban de l'Europe l'Empereur français, malgré ses tentatives diplomatiques pour les convaincre de sa volonté de renoncer à toute politique expansionniste. La guerre est donc inévitable et par conséquent, Napoléon doit bénéficier de toute la mobilisation possible du peuple français. Napoléon déclare en effet lors de son entrevue avec Constant le 14 avril : « (…) je désire la paux et je ne l'obtiendrai qu'à force de victoires. Je ne veux point vous donner de fausses espérances ; je laisse dire qu'il y a des négociations : il n'y en a point. Je prévois une lutte difficile, une guerre longue. Pour la soutenir, il faut que la nation m'appuie ; mais en récompense, je le crois, elle exigera la liberté. Elle en aura... » (cité par B. Constant, Mémoires sur les Cent-Jours, op.cit., p.135).
1681 Il s'agit de « présenter l'Acte additionnel comme un moyen de cohésion nationale en cas de conflit. En effet, le texte constitutionnel ne devait pas seulement servir à instaurer un régime libéral, conforme aux vœux et aux besoins des Français, mais également s'imposer comme une arme défensive, comme un instrument capable d'assurer à la fois la garantie des libertés et l'efficacité gouvernementale, afin de sauvegarder la force de l'État et l'indépendance du peuple français vis-à-vis de l'étranger » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel... , op.cit., p.207).
1682 *Ibid.,* p.198.
1683 Chateaubriand qualifiera d'ailleurs l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire de « Charte améliorée » (cité par M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.185).
1684 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.185.

exorbitants du droit commun imaginés par les constituants dans l'Acte additionnel[1685]. Cette nouveauté s'inscrit, en vérité, dans la pensée révolutionnaire. Dans une telle perspective, les travaux de Benjamin Constant, en tant que « cheville ouvrière de cet édifice constitutionnel », apporteront de précieux éclairages, même si sa parole ne fut pas toujours écoutée par l'Empereur (**§2**).

§1. Un renouvellement de l'agencement des pouvoirs à travers une redéfinition de leurs légitimités respectives

368. Dicté par un contexte politique particulier tiraillé entre deux tendances contradictoires, l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire est symbolique d'un texte animé par la volonté de réaliser une synthèse entre l'essor évident de la pensée libérale et le précédent impérial non révolu. Opérant une redéfinition de la légitimité respective de chacun des pouvoirs sous l'influence de Benjamin Constant qui demeure, tout de même, composite et ambiguë (**A**), les constituants s'assurent de redonner aux Chambres un rôle réel tout en conservant la prééminence de l'exécutif (**B**).

A. L'ébauche d'une théorie de la souveraineté nationale par Benjamin Constant en dépit de la persistance de la tradition bonapartiste d'une légitimité composite

369. La période bonapartiste antérieure était marquée par la coexistence de plusieurs légitimités contradictoires. Napoléon justifie son pouvoir en faisant appel autant à une légitimité *populaire*, *monarchique*, *charismatique* ou encore *divine*, qui se juxtaposent sans réelle cohérence[1686]. Ce dernier dénie par là-même tout pouvoir de représentation aux Assemblées ou, du moins, l'atténue grandement en les reléguant au quatrième rang dans l'ordre de la représentation. Or la conception personnelle de la souveraineté de l'auteur principal de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire, Benjamin Constant, exprimée à travers ses traités, semble introduire quelques modifications par rapport à celle de Napoléon.

1685 Nous partageons l'avis qui reste d'actualité de Léon Radiguet, auteur d'une thèse en 1911 relative à l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire : « L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 est une de nos Constitutions françaises que les historiens et les juristes ont le moins étudiées. Il n'a été appliqué que quelques semaines à peine et il a paru à un moment où toutes les préoccupations se portaient vers la question extérieure qui se compliquait d'une lutte sans merci entre les partisans et les adversaires de la Révolution. Dans des conjonctures aussi graves, il n'a pas retenu l'attention et personne n'a senti le besoin de l'examiner à fond » (L. Radiguet, L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, thèse pour le doctorat, Caen : imprimerie-reliure E. Domin, 1911, avant-propos, p.1).

1686 « Les légitimités napoléoniennes apparaissent à la fois comme populaire (du fait du plébiscite), charismatique (du fait des victoires), dynastique et sacrale – ou si l'on préfère : pseudo-traditionnelle (du fait du sacre et de l'instauration de l'hérédité) » (S. Rials, op.cit., p.182).

370. L'illustre publiciste paraît défendre une conception de la souveraineté qui se rapproche, dans une certaine mesure, de la théorie de la souveraineté *nationale*[1687]. Toutefois, de prime abord, Constant « continue à rester (…) fidèle à la théorie révolutionnaire de la souveraineté du peuple, c'est-à-dire à considérer que le souverain correspond à la collectivité concrète des citoyens, appelées à participer à son exercice »[1688]. Dans ses *Principes de politique*, publiés en mai 1815, c'est-à-dire à la fin des Cent-Jours, il déclare sans ambiguïté : « Notre Constitution actuelle reconnaît formellement le principe de la souveraineté du peuple, c'est-à-dire la suprématie de la volonté générale sur toute volonté particulière »[1689]. Abordant la question de la représentation, il estime nécessaire l'élection de représentants en raison de l'argument classique de l'étendue géographique et la population dense de la France. Il se penche alors sur la nature du mandat qui lie les mandataires aux mandants. Pour lui, chaque représentant défend les intérêts particuliers de ses électeurs, réunis dans une circonscription locale déterminée : « Les intérêts individuels sont ce qui intéresse le plus les individus ; les intérêts sectionnaires sont ce qui intéresse le plus les sections : or, ce sont les individus, ce sont les sections qui composent le corps politique ; ce sont par conséquent les intérêts de ces individus et de ces sections qui doivent être protégés (…). Cent députés, nommés par cent sections d'un État apportent dans le sein de l'assemblée, les intérêts particuliers, les préventions locales de leurs commettants »[1690]. Par une telle affirmation, Constant rejette l'idée sieyèsienne du député agissant comme le représentant de l'entité abstraite qu'est la Nation, et par là-même, dépositaire de l'intérêt général. Cependant, le constitutionnaliste n'exprime aucune préférence pour le mandat impératif qui aurait pu être « inférée de sa conception d'une représentation fractionnée, au service d'intérêts individuels et locaux »[1691]. Ce silence s'explique, en réalité, par sa représentation de la formation de l'intérêt général qui se rapproche, elle, de celle de Sieyès. Pour lui, « la fonction du pouvoir législatif est d'exprimer la volonté nationale (...) »[1692]. De ce point de vue, l'intérêt général n'est pas la somme des intérêts particuliers selon une perspective utilitariste mais correspond, en vertu d'une conception volontariste, au produit d'une transaction opérée entre des intérêts particuliers divergents exprimés par les représentants[1693]. À ce titre, il considère que la chambre élective est « le lieu privilégié de la délibération, de l'échange des points de vue entre les

1687 Les constituants affirment d'ailleurs, en ce sens, dans le Préambule de l'Acte Additionnel qu'ils ont « résolu de proposer au peuple une suite de dispositions tendant à (…) donner au système représentatif toute son extension ».
1688 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.213.
1689 Cité par S. Rials, Une grande étape du constitutionnalisme européen. La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques, Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, n°3, 1986, p.182.
1690 B. Constant, Principes de politiques, in Écrits politiques, op.cit., p.355.
1691 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.213.
1692 B. Constant, Fragments d'un ouvrage abandonné..., op.cit., p.151.
1693 Benjamin Constant affirme effectivement : « Qu'est-ce que l'intérêt général, sinon la transaction qui s'opère entre les intérêts particuliers ? Qu'est-ce que la représentation générale, sinon la représentation de tous les intérêts partiels qui doivent transiger sur les objets qui leur sont communs ? L'intérêt général est distinct sans doute des intérêts particuliers, mais il ne leur est point contraire. On parle toujours comme si l'on gagnait à ce que les autres perdent, il n'est que le résultat de ces intérêts combinés ; il ne diffère d'eux que comme un corps diffère de ses parties » (B. Constant, Principes de politiques, *in* Écrits politiques, op.cit., p.355).

mandataires des différentes fractions du peuple qui débouche normalement sur une négociation, afin de dégager l'intérêt général »[1694]. Il apparaît ainsi que Constant respecte et reconnaît aux Assemblées leur rôle central de discussion, contrairement à Napoléon qui n'a cessé à travers toutes ses Constitutions de bâillonner la parole des « législateurs »[1695]. Leur rôle est d'autant plus important pour Constant qu'il n'existe pas de volonté populaire préexistante[1696]. En fin de compte, à partir de ces postulats, il est important de souligner que le publiciste libéral parvient, selon le langage du constitutionnalisme moderne, à une doctrine de la souveraineté *nationale* plutôt que de la souveraineté populaire[1697], puisqu'il affirme « qu'il n'existe d'intérêt général, de législation générale, que par l'intervention d'une chambre élective »[1698]. Autrement dit, les députés disposent du pouvoir d'exprimer la volonté nationale, sans être liés par les intérêts particuliers de leurs électeurs qu'ils sont en mesure de dépasser. Du fait de cette autonomie des représentants législateurs, Constant semble ainsi adhérer à un mandat de type *représentatif*.

371. Cependant, le penseur libéral, après avoir vanté les vertus de l'assemblée, exprime une réelle méfiance à son égard. Il émet un reproche qui trouve un écho moderne, c'est-à-dire le risque de l'apparition d'une oligarchie parlementaire : « Les assemblées, quelque sectionnaire que puisse être leur composition, n'ont que trop de penchant à contracter un esprit de corps qui les isole de la nation. Placés dans la capitale, loin de la portion du peuple qui les a nommés, les représentants perdent de vue les usages, les besoins, la manière d'être du département qu'ils représentent ; ils deviennent dédaigneux et prodigues de ces choses : que sera-ce si ces organes des besoins publics sont affranchis de toute responsabilité locale, mis pour jamais au-dessus des suffrages de leurs concitoyens et choisis par un corps placé, comme on le veut, au sommet de l'édifice constitutionnel »[1699]. C'est pourquoi Constant préconise la mise en place de garde-fous à l'encontre de l'organe délibérant par des techniques d'appel au peuple, censé être le plus apte à exercer un contrôle efficace des agissements des représentants « dont les intérêts sont normalement défendus au sein du « pouvoir représentatif de l'opinion » »[1700]. Deux mécanismes sont privilégiés pour

1694 *Ibid.*, p.214.
1695 *v.* sur l'importance accordée par Constant au « gouvernement par la discussion », les observations de S. Holmes, op.cit., p.197-202.
1696 Pour Constant, l'intérêt général constitue principalement un acte de volonté : « (…) si on (…) protège tous (les intérêts particuliers), l'on retranchera, par cela même, de chacun ce qu'il contiendra de nuisible aux autres, et de là seulement peut résulter le véritable intérêt public. (…) forcés de délibérer ensemble, (les députés) s'aperçoivent bientôt des sacrifices respectifs qui sont indispensables (…). La nécessité finit toujours par les réunir dans une transaction commune, et plus les choix ont été sectionnaires, plus la représentation atteint son but général. (…) Il est bon que le représentant d'une section soit l'organe de cette section ; qu'il n'abandonne aucun de ses droits réels ou imaginaires qu'après les avoir défendus ; qu'il soit partial pour la section dont il est le mandataire, parce que, si chacun est partial pour ses commettants, la partialité de chacun, réunie et conciliée, aura les avantages de l'impartialité de tous » (B. Constant, Principes de politique, *in* Écrits politiques, op.cit., p.355-356).
1697 Comme le note Alain Laquièze, « le publiciste libéral n'énonce pas en effet les grands traits d'une théorie de la souveraineté nationale, au sens où nous l'entendons aujourd'hui, encore qu'il en pressente certaines caractéristiques » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.213).
1698 *Ibid.*, p.215.
1699 B. Constant, Principes de politique, in Écrits politiques, op.cit., p.356.
1700 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.215.

protéger les intérêts du peuple : le droit de dissolution[1701] et le renouvellement régulier et intégral de la chambre[1702]. Autrement dit, la souveraineté parlementaire n'est pas souhaitable pour le constitutionnaliste[1703], ni même la souveraineté absolue du peuple en ce qu'elle conduit au despotisme[1704], comme l'a montré l'expérience de la Terreur. Dès lors, « puisque l'on peut également opprimer au nom du peuple, la question qui compte vraiment [à ses yeux] est moins de savoir qui est le détenteur véritable du pouvoir, que de rechercher les moyens de limiter la souveraineté »[1705]. Il en résulte que l'encadrement de la souveraineté doit se traduire, selon lui, par l'affirmation des droits individuels[1706], seuls à même de protéger une sphère privée à l'individu[1707]. En revanche, il ne croit pas en la division et la balance des pouvoirs comme un procédé satisfaisant pour en garantir leur protection[1708]. En définitive, on remarque que la doctrine de la représentation de Constant apparaît comme un enchevêtrement de plusieurs caractéristiques de la souveraineté nationale et de la souveraineté populaire, qui conduit *a fortiori* à une revalorisation du rôle et de la place de la

1701 Pour Constant, « la dissolution des assemblées n'est point, comme on l'a dit, un outrage aux droits du peuple, c'est au contraire, quand les élections sont libres, un appel fait à ses droits en faveur de ses intérêts » (B. Constant, Principes de politique, *in* Écrits politiques, op.cit., p.343).

1702 Des élections périodiques et libres des représentants ont, selon Constant, « pour but non seulement d'empêcher les représentants de la nation de former une classe à part et séparée du reste du peuple, mais aussi de donner aux améliorations qui ont pu s'opérer dans l'opinion, d'une élection à l'autre, des interprètes fidèles. Si l'on suppose les élections bien organisées, les élus d'une époque représenteront l'opinion plus fidèlement que ceux des époques précédentes » (B. Constant, Principes de politique, in Écrits politiques, op.cit., p.343).

1703 Constant procède à une critique de la pensée de Rousseau selon laquelle l'intégration de chaque individu dans le Souverain par l'intermédiaire d'un contrat social permettrait de garantir la liberté au sein de la société : pour lui, « cette réconciliation (de la société et du souverain) apparaît en réalité improbable, le pouvoir demeurant extérieur et supérieur à la société, en raison de la délégation » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.216). Le pouvoir est exercé par le truchement d'un représentant, empêchant que le pouvoir soit résorbé dans la société. D'où sa distinction entre la souveraineté-origine et la souveraineté-exercice. C'est pourquoi « il met en avant l'obligation de restreindre l'étendue de la souveraineté, désormais extérieure à la société civile » (*ibid*., p.217). Dans son fameux discours *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819, il préconise donc de supplanter la liberté des anciens, *la liberté-participation*, par la liberté des moderne, *la liberté-limitation*. En d'autres termes, il s'agit de limiter la souveraineté par une liberté politique garante des droits individuels, seul à même de réconcilier l'individu et l'État, la société et le souverain.

1704 Pour le publiciste libéral, « lorsque la souveraineté n'est pas limitée, il n'y a nul moyen de mettre les individus à l'abri des gouvernements. C'est en vain que vous prétendez soumettre les gouvernements à la volonté générale. Ce sont toujours eux qui dictent cette volonté, et toutes les précautions deviennent illusoires. Le peuple, dit Rousseau, est souverain sous un rapport et sujet sous un autre : mais dans la pratique, ces deux rapports se confondent. Il est facile à l'autorité d'opprimer le peuple comme sujet, pour le forcer à manifester comme souverain la volonté qu'elle lui prescrit » (B. Constant, Principes de politique, in Ecrits politiques, op.cit., p.316-317).

1705 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.218.

1706 Constant a même clairement identifié ces droits individuels - qui se rapprochent grandement de la liste énoncée par le titre VI de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire - : ce sont la liberté individuelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion, dans laquelle est comprise sa publicité, la jouissance de la propriété, la garantie contre tout arbitraire. Aucune autorité ne peut porter atteinte à ces droits, sans déchirer son propre titre » (B. Constant, Principes de politique, in Écrits politiques, op.cit., p.317-318).

1707 A ses yeux, « il y a (…) une partie de l'existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante, et qui est de droit hors de toute compétence sociale. La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commence l'indépendance et l'existence individuelle, s'arrête la juridiction de cette souveraineté. Si la société franchit cette ligne, elle se rend aussi coupable que le despote qui n'a pour titre que le glaive exterminateur ; la société ne peut excéder sa compétence sans être usurpatrice, la majorité, sans être factieuse » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.218).

1708 Il affirme en effet que « vous avez beau diviser les pouvoirs : si la somme totale du pouvoir est illimitée, les pouvoirs divisés n'ont qu'à former une coalition, et le despotisme est sans remède. Ce qui nous importe, ce n'est pas que nos droits ne puissent être violés par tel pouvoir, sans l'approbation de tel autre, mais que cette violation soit interdite à tous les pouvoirs. (…) On peut, dira-t-on, par des combinaisons ingénieuses, restreindre le pouvoir en le divisant. On peut mettre en opposition et en équilibre ses différentes parties. Mais par quel moyen fera-t-on que la somme totale n'en soit pas illimitée ? Comment borner le pouvoir autrement que par le pouvoir ? » (B. Constant, Principes de politique, in Écrits politiques, op.cit., p.317-318).

chambre élective. En cela, elle marque une divergence et une nouveauté par rapport aux régimes napoléoniens précédents. Elle provoque au-delà un réaménagement des pouvoirs dans l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire.

372. La conception singulière du publiciste libéral n'est pas exprimée *formellement* dans le nouveau texte constitutionnel du 22 avril 1815 mais de nombreuses dispositions la révèlent implicitement. En réalité, conformément à la période impériale antérieure, « la doctrine (…) de l'acte additionnel du point de vue de la légitimité ou de la souveraineté est (…) complexe [et] (…) même franchement ambiguë »[1709]. Le texte se garde bien de préciser le fondement du pouvoir du souverain et à nouveau, plusieurs légitimités se côtoient et se combinent. Comme le souligne Alain Laquièze, « l'Acte additionnel n'échappe (..) pas à [la] tradition bonapartiste d'une légitimité composite »[1710]. En témoigne tout d'abord la suscription du protocole initial qui déclare que « Napoléon, par la grâce de Dieu et les constitutions, Empereur des Français, à tous présens et à venir, salut »[1711]. Par cette formule, Napoléon se présente donc comme l'autorité détentrice de la souveraineté, cumulant une légitimité populaire et une légitimité divine. Mais cette déclaration n'est pas réitérée dans le corps même du texte qui demeure nébuleux. À ce titre, le préambule de l'Acte additionnel semble faire référence à une souveraineté populaire puisqu'il proclame que : « nous avons résolu de proposer au peuple une suite de dispositions tendant à modifier et perfectionner ses actes constitutionnels (…). En conséquence les articles suivants, formant un acte supplémentaire aux constitutions de l'Empire, seront soumis à l'acceptation libre et solennelle de tous les citoyens, dans toute l'étendue de la France ». Mais cette acceptation du peuple « évoque une attitude passive plus que l'exercice d'une volonté suprême »[1712], étant donné que le peuple est placé devant l'alternative d'accepter ou de refuser en bloc un texte, dont la confection lui a complètement échappé[1713]. Toutefois, le dernier article de l'Acte additionnel, l'article 67 du titre VI, semble valider la thèse de la souveraineté populaire. Il énonce que : « Le peuple français déclare que, dans la délégation qu'il a faite et qu'il fait de ses pouvoirs, il n'a pas entendu et n'entend pas donner le droit de proposer le rétablissement des Bourbons (…) ». À l'analyse, cette ultime disposition n'a qu'une vocation « tactique et partielle

1709 S. Rials, Une grande étape du constitutionnalisme européen…, op.cit., p.182.
1710 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.222.
1711 Cité par S. Rials, Une grande étape du constitutionnalisme européen…, op.cit., p.185. Mais même avant la rédaction même de l'Acte additionnel, dès son retour, ses déclarations et adresses se contredisent. Par exemple, une de ses déclarations devant le Conseil d'État à la fin mars 1815 pose le principe que « la seule source légitime du pouvoir » est la souveraineté du peuple, qui réfutera ensuite : « Les princes sont les premiers citoyens de l'État. Leur autorité est plus ou moins étendue, selon l'intérêt des nations qu'ils gouvernent. La souveraineté elle-même n'est héréditaire que parce que l'intérêt des peuples l'exige. Hors de ces principes, je ne connais pas de légitimité (...) » (citée par L. Radiguet, op.cit. ,p.91). Comme le note Alain Laquièze, Napoléon oppose « une conception d'une souveraineté-origine, appartenant au peuple (…) (à) une souveraineté-exercice, empruntant la forme héréditaire, dans le but de servir l'intérêt public » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.212).
1712 S. Rials, Une grande étape du constitutionnalisme européen…, op.cit., p.185.
1713 Pour Alain Laquièze, « il faut admettre (…) que la procédure d'élaboration de la nouvelle Constitution ressemble plus à un octroi sous condition suspensive, qu'à une libre décision, pleinement assumée, des citoyens. Le recours, en dernier ressort, à l'appel au peuple ne revêt plus alors qu'une signification fonctionnelle, consistant à confirmer une décision gouvernementale déjà existante » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.221).

[destinée à] éviter un retour éventuel des Bourbons »[1714]. De surcroît, elle admet l'existence de plusieurs légitimités en ce qu'elle paraît « signifier que le peuple, en déléguant ses pouvoirs, a accordé une grande latitude à ses représentants, et en premier lieu à l'Empereur des Français, sauf en ce qui concerne le rétablissement des Bourbons »[1715].

Par conséquent, il s'avère que l'Acte additionnel, caractérisé par une nette indétermination du point de vue du détenteur de la souveraineté, n'échappe pas à la coutume bonapartiste d'une légitimité plurielle[1716], qui répond en réalité à des considérations d'opportunisme politique. Mais il n'en demeure pas moins que, sous l'influence de Benjamin Constant, une concession inédite apparaît, à savoir la souveraineté quelque peu retrouvée des parlementaires. De cette nouvelle donnée découle une architecture des pouvoirs redessinée dans la Constitution des Cent-Jours.

B. L'Acte additionnel, une œuvre transactionnelle : la restauration du pouvoir législatif malgré la persistance d'une prépondérance impériale

373. L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire introduit une légitimité hétérogène. Or, par rupture avec l'esprit des textes constitutionnels napoléoniens antérieurs, il restaure notamment la légitimité des membres des assemblées. Il « rompt avec la logique de la monarchie limitée qui fait du seul monarque le représentant de l'unité politique »[1717]. Il se rapproche, pour Alain Laquièze, davantage d'« un régime de balance des pouvoirs »[1718]. La nouvelle organisation des pouvoirs qu'il prévoit matérialise cette inflexion des légitimités.

374. Dans la continuité des Constitutions napoléoniennes passées, l'Acte additionnel assure à l'Empereur une place éminente au sein des nouvelles institutions, à deux égards. *D'une part*, il ne consacre aucun titre spécifique à l'organe exécutif, ce qui signifie juridiquement que le titre IV de la Constitution de l'an VIII pour ce qui concerne les attributions gouvernementales et l'ensemble du sénatus-consulte du 28 floréal an XII relatif à l'organisation de l'Empire héréditaire, continuent de

1714 *Ibid.*
1715 *Ibid*.
1716 Cette indétermination par rapport au détenteur de la souveraineté se poursuivra après l'entrée en vigueur de l'Acte. Le 1er juin, lors de la cérémonie du « champ de mai », il il insiste fortement sur la source populaire de son pouvoir : « Empereur, consul, soldat, je tiens tout du peuple (…). (…) Ce trône qui m'est cher, parce qu'il est le palladium de l'indépendance, de l'honneur et des droits du peuple (...) » (cité par S. Rials, Une grande étape du constitutionnalisme européen…, op.cit., p.185). Mais il se contredira plus tard dans une brochure commandée à Bignon : « La France, la fortune et la victoire l'avaient proclamé empereur (…). Une auguste alliance consacra l'égalité de la race nouvelle avec les races les plus antiques » (*ibid*.).
1717 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.233.
1718 *Ibid*.

s'appliquer[1719]. Sa structure et ses compétences étendues[1720] demeurent par conséquent identiques. S'ajoute le fait, *d'autre part*, que l'Acte additionnel accorde à l'exécutif des prérogatives substantielles, en particulier en matière législative, non seulement au niveau de la composition des organes que par rapport à la procédure. À l'instar des dernières Constitutions napoléoniennes, le gouvernement dispose de la maîtrise *exclusive* de l'initiative des lois[1721] ainsi que du droit d'amendement[1722]. En outre, l'Empereur possède la faculté de dissoudre la Chambre des représentants au titre de l'article 21[1723]. Selon ce même article, l'Empereur dispose d'un délai significatif, extrêmement long, de six mois maximum pour convoquer la nouvelle assemblée. Pour certains auteurs, ce laps de temps représente « six mois de dictature »[1724] dont la durée est assez importante pour laisser un temps nécessaire à la réalisation d'un projet de constitution. Par ailleurs, l'emprise de l'Empereur sur la composition des chambres est également considérable. L'obligation imposée par l'article 9 du titre 1 de l'Acte Additionnel de soumettre à son approbation la nomination du président de la Chambre des représentants accroît son influence sur cette institution[1725]. Or non content d'intervenir indirectement sur la composition de la Chambre des représentants, l'Empereur détient vis-à-vis de la chambre haute le droit de nommer les pairs en nombre illimité, « ce qui doit normalement lui assurer la fidélité de cette dernière »[1726]. Dès lors, l'ensemble de ces dispositions constitutionnelles « atteste, sans équivoque possible, l'influence de l'autorité exécutive sur le fonctionnement institutionnel et donne à l'Empereur les moyens de confisquer éventuellement le pouvoir à son profit »[1727].

375. Néanmoins, malgré les prérogatives considérables du pouvoir exécutif qui sont un standard commun à toutes les constitutions napoléoniennes, il est important de souligner que l'Acte Additionnel innove grandement en redonnant aux Chambres un rôle réel, que leur avaient nié les régimes despotiques napoléoniens[1728]. Dans le sillage d'une légitimité restaurée sous l'impulsion de

1719 Le silence gardé par l'Acte Additionnel sur le statut de l'autorité exécutive est source de contradictions entre les différente textes napoléoniens. V. en ce sens : A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.224-225.

1720 L'Empereur est le dépositaire privilégié du gouvernement (sous réserve d'un contre-seing ministériel pour les actes qu'il prend au nom du gouvernement), il nomme ses ministres choisis au sein ou en dehors des chambres, il prend les règlements nécessaires à l'exécution des lois, dirige les recettes et les dépenses de l'État, pourvoit à la sûreté intérieure et à sa défense extérieure, conduit les négociations internationales, signe et conclut les traités, déclare l'état de siège. V. les articles 44 à 51 de la Constitution de l'an VIII.

1721 Titre 1, article 23 de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire.

1722 *Ibid*.

1723 Au titre de l'article 21, il a à sa disposition également un succédané de dissolution en ce qu'il a le pouvoir de proroger et surtout d'ajourner les deux chambres.

1724 J.-P.-G. Viennet, Opinion d'un homme libre sur la constitution proposée, Paris : Delaunay, 1815 p.19.

1725 Napoléon nommera Jean-Denis Lanjuinais, ancien sénateur du Premier Empire, ayant voté sa déchéance. Sur ce point : R. Jacquelin, Les Cent-Jours et le régime parlementaire, RDP, op.cit., p.202.

1726 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.229.

1727 *Ibid*. L'auteur ajoute très justement que « l'Acte Additionnel n'apporte pas de garanties suffisantes quant à l'instauration d'un régime libéral de collaboration des organes, pour conjurer le risque d'une évolution politique autoritaire » (*ibid*.). Constitution-caméléon, chaque article de l'Acte additionnel constitue « un piège, (…) une pierre d'attente pour le despotisme » (H. Houssaye, 1815, Paris : Perrin, 1893, p.547).

1728 Lors de la présentation de l'Acte Additionnel exposée par Benjamin Constant dans un texte publié dans le Journal de l'Empire le 1er mai 1815, il manifeste expressément cette volonté de revalorisation de l'organe législatif : il écrit en ce

Constant[1729], les parlementaires retrouvent une véritable compétence législative. En témoigne tout d'abord l'article 2 du titre 1 de l'Acte additionnel qui affirme de manière symptomatique que « le pouvoir législatif est exercé par l'Empereur et par deux chambres ». À cet effet, les constituants restituent aux parlementaires plusieurs armes dans le cadre de la procédure législative. Parmi celles-ci, si la proposition des lois appartient exclusivement au gouvernement comme nous l'avons vu, les Chambres bénéficient désormais de la faculté d'inviter le gouvernement à proposer une loi sur un objet déterminé et de rédiger ce qui leur paraît convenable d'insérer dans la loi[1730], pouvoir dont elles étaient totalement dépourvues sous la Constitution consulaire et impériale. De même, il leur est reconnu un droit d'amendement, même si ceux-ci doivent être obligatoirement acceptés par le gouvernement, sans quoi elles sont « tenues de voter la loi, telle qu'elle a été proposée »[1731]. Mais surtout les Chambres retrouvent « la fonction parlementaire par excellence »[1732] dont elles ont été privées dans les textes antérieurs : le vote de la loi. Aux termes de l'article 25 du titre 1 de l'Acte additionnel, « lorsqu'une rédaction est adoptée dans l'une des deux Chambres, elle est portée à l'autre ; et si elle y est approuvée, elle est portée à l'Empereur ». Il ne s'agit donc plus d'émietter dans ce nouveau texte constitutionnel le pouvoir législatif entre une chambre qui discute et l'autre qui vote mais de confier aux deux chambres, sur un pied d'égalité, un véritable pouvoir d'adoption de la loi. Enfin, l'Acte Additionnel ne donne pas à l'Empereur le droit de sanction[1733], comme les Constitutions de l'Empire[1734]. En somme, au regard des attributions que l'Acte additionnel réserve aux Chambres, ce texte, « obligé de céder à l'esprit du temps, rend[ait] la parole aux chambres »[1735]. Il s'agit de mettre fin aux souvenirs « de l'Assemblée de muets qu'était le Corps législatif impérial »[1736].

376. Toutefois, au vu de la doctrine de la souveraineté de Benjamin Constant, les constituants veillent tout de même à prévenir toute tentation despotique du législatif. L'une des principales

sens que le nouveau texte constitutionnel protège « l'énergie d'une représentation nombreuse et puissante » (B. Constant, Comparaison de l'Ordonnance de réformation de Louis XVIII avec la Constitution proposée à la France le 22 avril 1815, Le Journal des Débats, 1er mai 1815, reproduit dans Recueil d'articles (1795-1817), introduction, notes et communication par Ephraïm Harpaz, Droz, 1978, p.189). A cet effet, il remarque qu'en comparaison de la Charte de 1814, « la Constitution nouvelle triple à peu près le nombre de députés » (*ibid*., p.188).

1729 Pour ce qui est du mode d'élection des Chambres, l'Acte Additionnel prévoit, pour la Chambre des représentants, que 238 d'entre eux sont élus par les collèges de département et 368 par les collèges d'arrondissement. Il reprend en partie le système de la Constitution de l'an X, « de sorte que les collèges électoraux procèdent à une élection directe des députés » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France..., op.cit. p.186).

1730 Titre 1, article 24 de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire.

1731 Titre 1, article 23 de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire.

1732 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France..., op.cit. p.186.

1733 Alain Laquièze ne partage pas cet avis fondé sur la lettre du texte et considère selon un argument systémique que le droit de sanction n'échappe pas à l'Empereur : « on comprend mal pourquoi le droit de sanction lui serait refusé, alors que dans le même temps, le texte constitutionnel lui accorde, dans son article 25, la prérogative de refuser toute proposition de loi » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.226). En ce sens, il ajoute qu'« on ne voit donc pas bien comment justifier que l'Empereur puisse participer à l'initiative législative et soit exclu pour l'adoption finale de la loi » (*ibid*.).

1734 Les projets se transforment en lois du jour où les deux Chambres les avaient votés, obligeant l'Empereur à les promulguer.

1735 L. Radiguet, L'Acte additionnel aux Constitutions..., op.cit. p.248.

1736 *Ibid*., p.247-248.

garanties qui a déjà été mentionnée est celle du droit de dissolution à l'encontre des chambres dont bénéficie le chef de l'État. En outre, pour Alain Laquièze, une seconde garantie réside dans le pouvoir de sanction de l'Empereur qui n'est pas, comme nous l'avons vu, *textuellement* inscrit dans l'Acte Additionnel. Selon cet auteur, ce pouvoir informel découle, en réalité, des écrits de Benjamin Constant qui était depuis longtemps partisan du veto absolu[1737]. La prise de position du publiciste en faveur de ce mécanisme « doit beaucoup à sa hantise d'un volontarisme législatif aveugle, tel que la Révolution en a fourni l'illustration »[1738] mais il s'agit également d'éviter, en tant que chef de file des libéraux, « l'accumulation de lois qui tendraient à régir les différents aspects de la vie sociale »[1739].

377. Il n'en reste pas moins qu'en dépit de la prépondérance réelle du pouvoir exécutif, l'architecture de l'Acte additionnel révèle une volonté de restauration du pouvoir législatif, à l'appui d'une légitimité réhabilitée. Or, cette nouvelle organisation des pouvoirs, qui rompt quelque peu avec le caractère despotique de la période impériale et consulaire, bouleverse indéniablement la manière dont les constituants pensent les statuts exorbitants de droit commun des autorités publiques.

§2. Le renouveau de la conceptualisation des statuts dérogatoires dans les traces de la tradition révolutionnaire

378. Sous l'effet d'une redistribution des pouvoirs conduisant à redonner une place indéniable aux Assemblées dans le but de rallier massivement les libéraux, les constituants sont amenés à repenser les dispositifs immunitaires des pouvoirs supérieurs. Du moins, ils s'inscrivent davantage, à l'initiative de Benjamin Constant, dans la pensée révolutionnaire qui demeure leur principal cadre intellectuel. S'inspirant des institutions anglaises, le publiciste libéral, qui considère les Chambres comme un acteur central des institutions en ce qu'elles sont le creuset d'où émerge l'intérêt public, veille à leur garantir une indépendance effective (**A**). Il leur fournit également le moyen d'exercer une véritable surveillance sur les actes répréhensibles des membres du gouvernement en leur

1737 v. B. Constant, Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une Constitution républicaine dans un grand pays, édition établie par H. Grange, Paris : Aubier, 1991, p.276-278.
1738 A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.227.
1739 *Ibid*. L'opinion de Constant sur ce point est également à resituer dans le cadre de sa réflexion sur le pouvoir neutre. En effet, « le chef de l'État, en tant que pouvoir intermédiaire, est particulièrement à même, selon Constant, de juger si une loi est bonne ou non : il est en effet le premier responsable de son exécution éventuelle et à ce titre, il dispose d'une expérience de ce qui est réalisable ; de plus, il a le devoir, en tant qu'autorité préservatrice, de maintenir le droit existant et de faire obstacle à toute mesure qu'il estimerait inopportune » (*ibid.*). Par conséquent, « le droit de sanction apparaît alors comme l'outil le plus adapté pour remplir une mission qui consiste d'abord à protéger la nation contre tous les excès » (*ibid.*). Un dernier facteur explique cette conviction de Constant : son admiration des institutions anglaises. Voir B. Constant, Cours de Politique constitutionnelle, introduction et notes d'E. Laboulaye, Paris : Guillaumin, 1861, t.1, p.182-184 ; P. Bastid, Benjamin Constant et sa doctrine, op.cit., t.2, p.928-930.

reconnaissant un pouvoir de jugement en son sein (**B**). En cela se manifeste une rupture avec la conception despotique des régimes consulaires et impériaux.

A. Le retour au fondement révolutionnaire des immunités parlementaires

379. L'appréhension des mécanismes immunitaires par Benjamin Constant et les constituants de l'Acte additionnel prend place dans le cadre d'une réflexion plus générale sur l'agencement des pouvoirs et leurs rôles respectifs.

Dans cette optique, du fait d'une revalorisation des compétences des organes délibératifs opérée par l'Acte additionnel, les constituants restaurent les privilèges immunitaires des parlementaires et veillent à leur « accorder une protection efficace »[1740]. Il est d'ailleurs significatif que ces derniers soient proclamés dès le titre premier de l'Acte additionnel. Par opposition aux Constitutions de l'an X et de l'an XII dans lesquelles les statuts immunitaires avaient disparu, ils reconnaissent en leur faveur les deux volets de l'immunité parlementaire dans leur acceptation moderne. D'un côté, leur liberté de parole est protégée, même s'il convient de souligner que l'Acte additionnel conserve en réalité le silence sur ce point. C'est par référence à l'article 69 du titre VI de la Constitution consulaire en ce qu'il forme un bloc indivisible avec l'Acte additionnel – en vertu de son article 1 titre 1 - que l'irresponsabilité des membres de la Chambre des Pairs et de la Chambre des représentants est garantie. Cette lacune se comprend par son mimétisme avec la Charte de 1814, elle aussi, muette sur ce point[1741] et dont s'inspire l'Acte additionnel[1742]. À côté de cette première immunité, les constituants consacrent l'inviolabilité parlementaire mais la reformulent et la conçoivent dans un sens plus restrictif. Au titre de l'article 14 du titre 1 de l'Acte additionnel, il est interdit d'arrêter ou de poursuivre un membre des Chambres en matière criminelle et correctionnelle pendant la durée des sessions, tant que la Chambre dont il fait partie n'aura pas donné son autorisation[1743]. Prenant appui sur l'héritage révolutionnaire, on remarque que le mécanisme de l'accord préalable de l'Assemblée pour la délivrance de tout acte susceptible de restreindre la liberté du député visé continue d'être au cœur du dispositif de protection des membres des assemblées. Toutefois, alors que la Constitution de l'an VIII ne supprimait pas l'inviolabilité même dans le cas du flagrant délit, les constituants font preuve de plus de rigueur et rétablissent cette possibilité.

1740 L. Radiguet, L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, op.cit. p.258.
1741 Sous la Restauration, la loi du 17 mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par la voie de presse ou par tout autre moyen de publication (art.21 et art.22) comblera
1742 Comme le note Léon Radiguet, l'irresponsabilité parlementaire « était tout simplement le *Bill of Rights* anglais, que la Charte s'était bien gardé de reproduire » (L. Radiguet, L'Acte additionnel..., op.cit. p.258).
1743 Titre 1, article 14 de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 : « Aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut être arrêté, sauf le cas de flagrant délit, ni poursuivi en matière criminelle et correctionnelle, pendant les sessions, qu'en vertu d'une résolution de la Chambre dont il fait partie ».

L'autorité judiciaire reste libre d'arrêter un représentant ou un pair pendant les sessions, dans le seul cas de flagrant délit qui ne paraît viser que l'arrestation au regard de la lettre de l'article 14 de l'Acte Additionnel.

380. Malgré cette restriction classique - qui n'est qu'un retour à la tradition révolutionnaire -, l'Acte additionnel étend, en réalité, le champ de l'immunité parlementaire à deux titres. D'une part, le champ matériel de l'immunité parlementaire est élargi puisqu'il concerne désormais le cas de la contrainte par corps. D'après l'article 15 du titre 1, aucune contrainte par corps ne peut avoir lieu contre un membre de la Chambre des représentants ou de la Chambre des Pairs pendant la session et dans les quatre semaines qui la précèdent ou la suivent[1744]. L'Acte additionnel ne fait ici que s'inspirer du droit anglais[1745]. En outre, il accorde aux membres de la Chambre haute un privilège de juridiction imité de celui de la Charte de 1814. Il leur reconnaît, au titre de l'article 16 du titre 1, le droit d'être jugés par leurs collègues pairs, non seulement en matière criminelle, à l'image de la Charte de 1814[1746], mais également en matière correctionnelle[1747]. Finalement, il est donc flagrant de constater que l'indépendance *personnelle* et *matérielle* des membres des Assemblées se trouvent renforcées à travers l'Acte Additionnel, dans la stricte limite du principe d'égalité devant la loi.

381. Cette reconnaissance textuelle d'une protection élargie des parlementaires s'insère, à vrai dire, plus généralement de la conception du pouvoir législatif de Constant et de sa compréhension de la formation de l'intérêt général. Comme il a été souligné, la chambre élective est appréhendée, à ses yeux, comme le lieu favori de la formation de l'intérêt public[1748], étant donné qu'elle permet une délibération entre ses membres en charge de défendre des intérêts particuliers. Mais « silencieux sur l'utilisation éventuelle du mandat impératif »[1749], il développe une conception relativement *singulière* du mandat parlementaire qui présentent, en réalité, de fortes ressemblances avec un mandat de type *représentatif* comme nous l'avons constaté. Pour lui, l'intérêt général n'est pas la simple agrégation d'intérêts particuliers mais il est le résultat, selon un processus cognitif, d'une transaction opérée entre des intérêts privés locaux divergents au sein de l'organe délibérant qu'il cristallise. En d'autres termes, Constant défend l'idée que la chambre basse n'est pas « l'organe de transmission d'une volonté populaire inexistante, mais doit en réalité être comprise comme le véritable auteur d'une volonté abstraite, d'un intérêt général qui ne peut se dégager que par

1744 Titre 1, article 15 de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 : « Aucun ne peut être arrêté ni détenu pour dettes, à partir de la convocation, ni quarante jours après la session ».
1745 L. Radiguet, L'Acte additionnel..., op.cit., p.261.
1746 Article 34 de la Charte du 4 juin 1814 : « Aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la Chambre, et jugé que par elle en matière criminelle ».
1747 Titre 1, article 16 de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 : « Les pairs sont jugés par leur Chambre, en matière criminelle et correctionnelle, dans les formes qui seront réglées par la loi ».
1748 Comme le note Alain Laquièze, Constant, utilise, dans ses écrits, « dans le même sens, les expressions d'« intérêt public », de « but général », et de « législation générale » » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.227).
1749 A. Laquièze, Benjamin Constant.., op.cit., p.214.

l'abandon des intérêts particuliers, ou en tout cas, par la renonciation des députés à présenter des revendications trop spécifiques, susceptibles de faire obstacle à tout compromis »[1750].

382. Resituées dans le cadre de sa théorie, les immunités parlementaires permettent dès lors, pour le constitutionnaliste, de réaliser de manière effective le rôle délibératif de l'Assemblée et, *a fortiori,* de faire émerger au terme d'un processus transactionnel l'intérêt général puisque pour lui, la mission du pouvoir législatif est d'exprimer la « volonté nationale ». Plus précisément, elles ont vocation à sauvegarder *dans un premier temps*, le libre exercice de la délibération parlementaire. À l'abri de toute poursuite pénale pour les opinions exprimées au sein de l'hémicycle ou de toute tentative d'intimidation d'un pouvoir concurrent, elles font de l'Assemblée le théâtre central de l'échange des arguments entre les mandataires des différentes factions du peuple. Chargées de discuter et de voter à nouveau la loi, les constituants de l'Acte additionnel veulent « absolument prendre des précautions pour mettre fin au silence des Assemblées »[1751] qui était observable sous les régimes consulaires et impériaux. À travers ces protections immunitaires, l'instance parlementaire peut, dès lors, parfaitement remplir les fonctions inhérentes à son caractère collégial[1752]. En outre, en protégeant la liberté des débats, elles assurent à la délibération parlementaire, *dans un second temps*, de déboucher sur une négociation et, à terme, de dégager l'intérêt public. Elles rendent possible, en effet, l'altération des volontés individuelles initiales puisque, pour Constant, « les députés ne sont pas seulement les porte-paroles passifs de leurs électeurs, des représentants sans capacités d'initiative, auquel cas toute délibération parlementaire seraient (…) exclue »[1753]. En

1750 *Ibid*., p.215.

1751 L. Radiguet, L'Acte additionnel..., op.cit., p.248. Preuve en est que « l'Acte additionnel contenait un article auquel tenait beaucoup Benjamin Constant (…). Il s'agit de l'interdiction de lire un discours. Seuls les rapports des commissions, les rapports des ministres sur les lois qu'ils présentaient et les redditions de comptes bénéficiaient d'une exception » (ibid., p.249). Le penseur libéral estime qu' « avec les discours écrits, la discussion n'existe plus, qu'on n'y prête plus attention, que chacun reproduit des objections déjà réfutées et que les orateurs se succèdent sans se rencontrer, que le besoin de faire de l'effet peut se donner libre carrière, que les hommes médiocres viendront à la tribune exposer leurs idées plus ou moins étranges, en ne songeant qu'à marquer leur jour d'éloquence et leur heure de célébrité et ce seront de tels discours qui décideront du sort et de la vie des citoyens » (*ibid.*, p.249).

1752 D'ailleurs, Benjamin Constant est très attachée à la liberté des débats parlementaires, « cette protectrice (des) droits, qui impose aux interprètes de nos vœux et de nos besoins la seule responsabilité admissible, la responsabilité morale » (B. Constant, Comparaison de l'Ordonnance de réformation de Louis XVIII avec la Constitution proposée à la France le 22 avril 1815, Le Journal des Débats, 1er mai 1815, reproduit dans Recueil d'articles (1795-1817), introduction, notes et communication par Ephraïm Harpaz, Genève : Droz, 1978, p.189).

1753 *Ibid*. En ce sens, la protection de leur liberté de parole et de conscience les met en mesure de s'émanciper des revendications locales et de parvenir à un compromis dépassant les volontés individuelles contradictoires, et débouchant *in fine* sur l'éclosion d'un intérêt général transcendant. Pour Benjamin Constant, « les intérêts particuliers, et souvent opposés, qu'ils représentent, (…) obligent (les parlementaires) (...) à faire preuve d'initiatives personnelles, afin de résorber leurs divergences et d'obtenir une décision qui puisse les satisfaire. Ils acquièrent de la sorte en tant que créateurs de l'intérêt public une autonomie réelle par rapport à leurs commettants, puisqu'ils ont dû abdiquer une partie des prétentions de ceux-ci pour faire passer une loi » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.214). De ce point de vue, Constant se rapproche de la pensée de Sieyès qui considère que la formation de la volonté générale est principalement un acte de volonté. Pour l'abbé, « les députés viennent pour délibérer, or, ce mot emporte le droit de changer son opinion » (E. J. Sieyès, Délibérations à prendre dans les Assemblées de baillages, op.cit., p.545, cité par P. Brunet, Vouloir pour la Nation, op.cit., p.94). Par la délibération, la volonté générale est donc créée, cette volonté ne prééexiste pas, en tant que volonté générale, à cette délibération aux yeux de Sieyès : « l'intérêt général ne peut se déterminer que par le choc des intérêts particuliers, qui se heurtant, se mêlant, se confondant, finissent par donner le résultat de la réunion du plus grand nombre. *Sa connaissance suit la délibération et ne la précède pas*. En vain prétendez-vous la pressentir. Exclure un intérêt particulier de la délibération, c'est préjuger l'intérêt général, et

d'autres termes, loin d'être un mécanisme institutionnel destiné à garantir l'expression des intérêts collectifs ou individuels préexistants, les immunités parlementaires donnent lieu, au contraire, à l'accomplissement de la délibération parlementaire, appréhendée à la fois en tant que *processus* et *résultat*. En définitive, la pensée de Constant nous renseigne sur les fondements qu'il attribue aux statuts immunitaires des députés énoncés dans l'Acte Additionnel. Il les insère indéniablement dans le cadre d'un mandat avec une forte coloration représentative.

En outre, condition nécessaire au processus délibérant, elles sont la garantie du bon fonctionnement des assemblées et de la réalisation de leur mission centrale, c'est-à-dire l'expression de la volonté nationale à travers la loi. Elles sont, en ce sens, la conséquence de la restauration du pouvoir de discuter et voter la loi reconnus aux assemblées dans l'Acte Additionnel dont elles avaient été sérieusement privées dans les régimes napoléoniens précédents. Elles répondent donc également à une nécessité fonctionnelle. Il s'avère dès lors qu'à travers ces deux fondements[1754], Constant inscrit sa pensée dans la tradition révolutionnaire et rompt avec l'héritage consulaire et impérial qui avait vidé de son sens les régimes exorbitants.

383. Néanmoins, dans le sillage de la pensée de Constant qui a mis en évidence le risque de césure entre représentants et représentés, les constituants évitent à tout prix une transformation des privilèges immunitaires des parlementaires en un système d'impunité, susceptible de conduire à des abus[1755]. Plusieurs précautions le démontrent. Tout d'abord, l'inviolabilité dont profitent les parlementaires est encadrée *temporellement* et *matériellement*. Elle ne s'applique que pendant les sessions et ne concerne pas les contraventions de police[1756]. Cela signifie qu'en dehors de la session parlementaire, les parlementaires agissant comme des citoyens ordinaires retombent dans le droit commun. En outre, comme il a été noté précédemment, l'hypothèse du flagrant délit qui est restaurée dans l'Acte Additionnel en matière d'arrestation permet de surmonter leur inviolabilité,

personne n'en a le droit » (cité par P. Brunet, Vouloir pour la Nation, op.cit., p.94). Néanmoins, Sieyès admet tout de même une part de connaissance dans la formation de l'intérêt général : *v.* P. Brunet, Vouloir pour la Nation, op.cit., p.94-97.

1754 La séparation des pouvoirs, qui est l'un des fondements classiques des immunités parlementaires depuis la Révolution, ne semble pas être l'argument principal pour les fonder aux yeux de Constant. Au regard du mode de nomination des députés – et notamment de son président - et des pairs établi par l'Acte additionnel, l'indépendance *organique* des parlementaires à l'égard du pouvoir exécutif n'apparaît pas une priorité pour le penseur libéral, même si l'Acte additionnel reconnaît et protège l'autorisation préalable des Assemblées pour toute mesure privative de liberté demandée par un pouvoir extérieur.

1755 En ce sens, Constant affirme : « Lorsqu'on n'impose point de bornes à l'autorité représentative, les représentants du peuple ne sont point des défenseurs de la liberté, mais des candidats à la tyrannie ; et quand la tyrannie est constituée, elle est peut-être d'autant plus affreuse, que les tyrans sont plus nombreux. Sous une constitution dont la représentation nationale fait partie, la nation n'est libre que lorsque les députés ont un frein » (B. Constant, Principes de politique, in Écrits politiques, op.cit., p.292-293).

1756 Comme le note Léon Radiguet, cet encadrement temporel de l'inviolabilité parlementaire est « un progrès sur les Constitutions de l'Empire qui assuraient de la même protection les membres du Sénat, du Corps législatif, du Tribunat et du Conseil d'État, passibles de poursuites pour délits personnels emportant peine afflictive ou infamante et cela, non pas seulement pendant les sessions, mais pendant la durée de leurs fonctions » (L. Radiguet, L'Acte additionnel..., op.cit., p.259).

même pendant la session. Toutefois, il convient de noter que la volonté de Constant de combattre le despotisme législatif est contredite par le privilège de juridiction reconnu par l'Acte Additionnel aux membres de la Chambre des pairs. Comme le note Léon Radiguet, « l'hérédité aurait dû suffire aux pairs, semble-t-il, et avec l'esprit égalitaire de la nation il était extrêmement dangereux de les rendre en outre justiciables d'un tribunal spécial dont on pouvait suspecter, non sans raison, l'impartialité à leur égard »[1757]. Mais surtout l'auteur ajoute : « les immunités parlementaires que l'on se contentait de conférer aux représentants étaient assez nombreuses et assez importantes pour qu'on se dispensât d'en conférer aux pairs une autre absolument exorbitante du droit commun, contraire à l'égalité et paraissent destinée à garantir l'impunité du citoyen protégé et non à garantir son indépendance »[1758].

384. En définitive, cette remarque de Léon Radiguet souligne *in fine* la protection large accordée par les constituants de l'Acte Additionnel au profit des parlementaires. En revanche, le risque d'une oligarchie parlementaire les conduit à poser des bornes aux privilèges des organes délibérants dans la stricte limite imposée par le respect du principe d'égalité devant la loi. Contrairement à la Constitution de l'an VIII, ce statut immunitaire repose sur des fondements solides inspirés de la pensée révolutionnaire. En vérité, ce rétablissement des immunités parlementaires dans l'Acte Additionnel accompagne la revalorisation du rôle délibératif et décisionnel des Chambres voulue par les constituants. Cette place réévaluée au sein du nouvel édifice napoléonien se répercute également sur la conceptualisation du privilège de jugement des ministres.

B. Un privilège de juridiction pour les ministres repensé à nouveau comme frein au pouvoir exécutif

385. Contrairement aux régimes napoléoniens précédents, le privilège de juridiction des ministres en matière pénale est construit par les constituants et Benjamin Constant autour du principe de la souveraineté nationale. Il ne s'agit plus de garantir la suprématie du pouvoir exécutif mais, au contraire, de lui instaurer un véritable contre-poids conformément à la tradition de la Révolution. Consacrant un titre entier à la responsabilité des ministres[1759], son organisation et sa procédure sont

1757 *Ibid*. A ce titre, Benjamin Constant justifie l'hérédité des pairs par le fait qu'elle est le « seul moyen de leur donner de l'indépendance puisque de la sorte ils échappent à toute influence, dès l'instant où ils sont nommés » (B. Constant, Comparaison de l'Ordonnance de réformation de Louis XVIII avec la Constitution proposée à la France le 22 avril 1815, Le Journal des Débats, 1er mai 1815, reproduit dans Recueil d'articles (1795-1817), introduction, notes et communication par Ephraïm Harpaz, Genève : Droz, 1978, p.188).

1758 *Ibid*. Toutefois, il convient de nuancer quelque peu l'accusation du risque d'impunité des membres de la Chambre des pairs en cas de jugement par leurs propres membres dans la mesure où, comme le prévoit l'article 16 du titre 1 de l'Acte Additionnel, le membre accusé est soumis au droit commun. Ce dernier dispose en effet « les pairs sont jugés par leur Chambre, en matière criminelle et correctionnelle, dans les *formes qui seront réglées par la loi* » [Nous soulignons].

1759 Peu explicite sur la nature de la responsabilité ministérielle, le titre IV de l'Acte Additionnel s'intitule « Des ministres, et de la responsabilité ».

le reflet de la revalorisation du pouvoir législatif opérée par l'Acte Additionnel, appréhendé comme organe d'expression de la volonté nationale.

386. Sous l'influence de Constant, la nouvelle Constitution fournit aux Chambres les moyens d'exercer une véritable surveillance de l'action gouvernementale. L'architecture même de la justice politique en est la première manifestation. À cet égard, les constituants de l'Acte Additionnel font désormais le choix que la justice politique soit entièrement dans les mains des Assemblées représentatives, c'est-à-dire de la Chambre des représentants et du Sénat. Abandonnant la tradition révolutionnaire dans laquelle la Haute Cour était un tribunal spécial, ils s'inspirent, en effet, du régime de la Charte du 4 juin 1814, lui-même influencé par le modèle anglais et la procédure d'impeachment[1760]. Dorénavant, la justice politique appartient exclusivement aux assemblées politiques représentatives. Loin d'être un choix anodin, il s'agit d'accroître considérablement les pouvoirs de contrôle du Parlement sur le cabinet ministériel, bien qu'il s'agisse d'une responsabilité individuelle. En outre, son fonctionnement participe du même esprit. En vertu de l'article 40 du titre IV de l'Acte Additionnel, le pouvoir de mise en accusation est détenu exclusivement par la Chambre des représentants. En d'autres termes, l'initiative d'accuser les ministres appartient à l'organe législatif et en particulier, à la Chambre basse, et ce de manière classique. De plus, le vote de la mise en accusation par la Chambre des représentants entraîne la saisine de la Chambre des pairs transformée en juridiction. Il s'agit ici d'une rupture avec la tradition impériale des régimes napoléoniens, d'après laquelle le droit de saisine de la juridiction d'exception, la Haute Cour Impériale, était totalement contrôlé par les autorités pénales. Par l'article 40 du titre IV de l'Acte Additionnel, l'assemblée représentative retrouve ainsi ce pouvoir, signe de la volonté des acteurs de cette période de restaurer la maîtrise de cette procédure par le corps législatif.

387. Dans le même sens, la procédure applicable devant la Chambre des pairs en formation de jugement reflète la nouvelle fonction constitutionnelle de la justice politique, c'est-à-dire incarner traditionnellement un contre-pouvoir à l'exécutif. Les ministres sont, en principe, justiciables de la Chambre des pairs dans deux hypothèses uniques bien distinctes. Ils sont responsables, d'une part, « des actes du gouvernement signés par eux, ainsi que de l'exécution des lois »[1761], d'autre part, « pour avoir compromis la sûreté ou l'honneur de la nation »[1762]. Autrement dit, l'Acte Additionnel semble encadrer strictement les possibilités d'engagement de la responsabilité des ministres.

Or, le reste de ses dispositions contredit une telle affirmation. Si l'Acte Additionnel semble refuser tout pouvoir discrétionnaire aux Chambres dans l'appréciation du premier cas d'accusation, il

1760 *v.* J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit. ,p.338.
1761 Titre IV, article 39 de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815.
1762 Titre IV, article 41 de l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 : « tout ministre, tout commandant d'armée de terre ou de mer, peut être accusé par la Chambre des représentants et jugé par la Chambre des pairs, pour avoir compromis la sûreté ou l'honneur de la nation ».

prévoit, à l'égard du second, une disposition qui retient l'attention. L'article 42 du titre IV de l'Acte Additionnel dispose en effet que « la Chambre des pairs, *en ce cas*, exerce, soit pour caractériser le délit, soit pour infliger la peine, un pouvoir discrétionnaire »[1763]. Par un tel article, les parlementaires sont, par conséquent, libres de définir les notions élastiques de sûreté et d'honneur de la nation. Il en résulte ainsi que « les textes permett[ent] par leur imprécision d'étendre à volonté la notion de responsabilité »[1764]. Cela signifie que la marge d'appréciation laissée aux parlementaires tend à travestir la responsabilité pénale des ministres en une responsabilité de nature politique sous une forme parlementaire[1765]. Par cette disposition constitutionnelle, il est indéniable que cette procédure risquait manifestement de se transformer en une manœuvre politique pour discréditer des choix ministériels, et écarter, à ce titre, un homme du pouvoir, même en dehors de la commission de toute faute pénale[1766]. Or, sur cette question, il est manifeste que Constant assume clairement cette possibilité. Il le justifie par sa volonté de combler les lacunes du droit écrit qui est incapable de prévoir à l'avance tous les cas d'abus des ministres. Évoquant l'Acte Additionnel, il déclare effectivement en ce sens : « la Constitution proposée contient une responsabilité forte et claire, *telle qu'un ministre coupable ne peut jamais s'envelopper des subterfuges d'une loi écrite*, mais trouve son accusation dans l'énergie d'une assemblée qu'anime le sentiment populaire, et sa sentence dans la conscience éclairée d'une autre assemblée, plus calme, mais non moins indépendante »[1767]. Cette

1763 *Nous soulignons*. Cependant, l'article 46 du titre IV semble contredire cette marge de liberté des parlementaires puisqu'il dispose que « dans tout autre cas, les ministres ayant département ne peuvent être appelés ni mandés par les Chambres ».

1764 L. Radiguet, L'Acte additionnel..., op.cit., p.239.

1765 Toutefois, le silence gardé par la Constitution des Cent-Jours relativement à l'inviolabilité de l'Empereur apparaît comme un obstacle à l'adoption future d'une responsabilité politique des ministres. Ce mutisme lui laisse alors « la possibilité de mettre en jeu sa responsabilité devant le peuple par voie de plébiscite » (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France…, op.cit., p.187), à laquelle le monarque populaire est profondément attaché. Cependant, « il est probable qu'une durée d'existence plus longue de l'Acte Additionnel aurait révélé des divergences d'interprétation entre l'Empereur et les libéraux, sur ce point précis de la responsabilité du chef de l'État (car) pour quelqu'un comme Benjamin Constant, la mention de la responsabilité des ministres dans la Constitution - (…) l'article 39 – impliquait forcément l'irresponsabilité de l'Empereur » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.225). Corrélée au contre-seing des ministres prévu à l'article 38 de l'Acte additionnel, cette évolution n'aurait été que le vecteur de sa théorie du pouvoir neutre.

1766 Cependant, il convient de modérer quelque peu cette thèse de l'apparition d'une responsabilité politique des ministres à travers cette règle constitutionnelle. Une autre interprétation est possible. L'analyse textuelle de l'article 42 du titre IV de l'Acte Additionnel assimile, en réalité, la responsabilité d'un ministre à celle d'un chef d'armée. Comme le souligne très justement Léon Radiguet, un ministre pourrait être « poursuivi pour de simples fautes, « pour le mauvais usage d'un pouvoir autorité par la loi », pour une guerre injuste, pour de mauvaises opérations de finances ou pour d'autres mesures analogues. Poursuivra-t-on un commandant d'armée pour des erreurs de ce genre ? Évidemment non » (L. Radiguet, L'Acte additionnel..., op.cit., p.239). Car si la thèse de « la responsabilité pénale des ministres (est développée) au point d'en faire une responsabilité politique (…), (il faut) logiquement étendre dans les mêmes proportions la responsabilité pénale des commandants d'armée, puisque la Constitution vous l'ordonne (...) » (*ibid*., p.239-240). Toutefois, en l'absence d'organe de contrôle des interprétations des parlementaires, leur marge de liberté est énorme.

1767 B. Constant, Comparaison de l'Ordonnance de réformation de Louis XVIII avec la Constitution proposée à la France le 22 avril 1815, op.cit., p.188 [*Nous soulignons*].

thèse de la liberté, découlant de la nature politique de cette responsabilité[1768], est donc clairement favorable aux membres des Assemblées[1769].

388. Au regard du dispositif mis en place dans l'Acte Additionnel, les Chambres possèdent d'importantes prérogatives pour exercer un contrôle véritable sur les actes des ministres, voire même sur leurs décisions politiques[1770]. Participant à l'expression de la volonté nationale, il est indéniable qu'elles sont remises au centre du mécanisme du privilège de juridiction des ministres, sous l'impulsion de Benjamin Constant. Cette place retrouvée traduit les changements idéologiques opérés par l'Acte Additionnel. Par l'effet d'une réorganisation des pouvoirs[1771], le privilège

1768 La doctrine constitutionnelle est divisée sur la nature de cette responsabilité instituée par l'Acte Additionnel. La majorité des auteurs, dont Léon Radiguet, estime que l'Acte Additionnel met en place une responsabilité pénale. Pour lui, « tout confirme (…) qu'on veut établir une responsabilité pénale et non une responsabilité politique » (L. Radiguet, L'Acte additionnel..., op.cit., p.237). Il appuie sa position sur la procédure établie en la matière par l'Acte Additionnel qui est « longue et encombrante » *(ibid.)*. En effet, il ajoute qu'« on oblige les chambres à respecter des formes et plus encore à tenir compte de certains délais » (*ibid.*). A ce titre, avant de prononcer la mise en accusation d'un ministre, la chambre des représentants doit commencer, en vertu de l'article 44 du titre IV de l'Acte Additionnel, par tirer au sort une commission de soixante membres qui présentera un rapport sur la question, mais qui ne pourra le présenter que dix jours au plus tôt après sa nomination. Une fois le rapport rédigé, la Chambre ne peut pas encore prononcer la mise en accusation du ministre, il lui est seulement permis de « déclarer qu'il y a lieu à examiner la proposition d'accusation » (article 43 du titre IV de l'Acte Additionnel). Un nouveau délai de dix jours est suivi au bout duquel elle est libre d'appeler dans son sein le ministre inculpé pour lui demander des explications (article 45 du titre IV de l'Acte Additionnel). Alors il peut être procédé une seconde fois, par la voie du sort, à la nomination d'une commission de soixante membres qui présente un nouveau rapport sur la mise en accusation au bout d'un autre délai de dix jours strictement obligatoire (article 47 du titre IV de l'Acte Additionnel). Mais la procédure n'est pas terminée. La Chambre ne ne prononcera que dix jours encore après la lecture et la distribution du rapport (article 48 de la Charte). Ainsi « si l'on compte les délais imposés et si l'on suppose que tout se fasse dans le plus bref espace de temps, qu'on ne perde pas une minute, qu'il n'y ait aucun arrêt, aucune interruption, ce qui pratiquement n'arrivera jamais, il n'y aura pas moins fallu *quarante jours* pour aboutir à une solution qui n'en est pas une, puisque finalement elle se réduit à une mise en accusation et que la Chambre des pairs pourra très bien, à la suite de nouveaux délais, prononcer un acquittement » (L. Radiguet, L'Acte..., op.cit., p.238). Le privilège de juridiction des ministres obéit donc à une procédure proche de la responsabilité pénale. Le vocabulaire employé se rapproche également du procès pénal puisque la Chambre des représentants prononce « la mise en accusation » du ministre, tandis qu'une fois s'être prononcée sur l'accusation, elle désigne cinq commissaires pour la « poursuivre » devant la Chambre des pairs qui « juge » (article 41 du titre IV de l'Acte Additionnel) l'inculpé et prononce « une peine » conforme au « délit » (article 42 du titre IV de l'Acte Additionnel). Cependant, un point contredit la thèse de Léon Radiguet : l'article 42 du titre IV de l'Acte contredit un principe fondamental de la responsabilité pénale, le principe de légalité des délits et des peines. Il note d'ailleurs que c'est l'imprécision des cas d'accusation de la responsabilité pénale qui a conduit à l'image de l'exemple anglais, la naissance de la responsabilité politique : « c'est par leur brièveté sur la question que les Constitutions à tendances parlementaires ont abouti à la responsabilité politique des ministres, parce qu'alors les Chambres restent libres d'agir selon les circonstances » (*ibid.*, p.240). Il semble donc que la responsabilité instituée par l'Acte Additionnel à l'égard des autorités ministérielles soit politico-pénale.

1769 Cependant, l'article 18 et 19 de l'Acte Additionnel modèrent la portée de cette procédure et son évolution possible puisque les ministres d'État et les conseillers d'État peuvent siéger et participer aux délibérations parlementaires sur décision de l'Empereur, tandis que les ministres à portefeuille n'ont accès à ces assemblées que s'ils en sont membres ou bien s'ils ont été appelés à y siéger par mission du gouvernement, et qu'ils le jugent en outre nécessaires. Les ministres n'ont voix délibérative que dans le cas où ils sont membres de la Chambre comme pairs ou élus du peuple. Ainsi il es manifeste que ce cumul facultatif d'un poste ministériel et d'un mandat législatif atténue l'indépendance des Assemblées et leur marge d'appréciation pour apprécier la négligence d'un ministre. Il remet en cause également l'impartialité de l'organe de jugement puisque le ministre accusé est jugé par ses propres pairs, certes en nombre restreint. En ce sens, les libéraux, dont Sismondi, considèrent ce cumul comme « un obstacle majeur à l'information des députés et à la possibilité d'un contrôle efficace de ceux-ci sur la politique gouvernementale » (A. Laquièze, Benjamin Constant et l'Acte additionnel..., op.cit., p.230). V. en ce sens opinion de J.-Ch.-L. Simonde de Sismondi, Examen de la Constitution française, Paris : Treuttel et Würtz, 1815, p.64-65.

1770 Pour Sismondi, au regard de l'Acte Additionnel, « la responsabilité des ministres donneront (…) aux représentants une action non moins continue sur le ministère » (J.-Ch.-L. Simonde de Sismondi, Examen de la Constitution française, op.cit., p.9). Ainsi, comme le note Léon Radiguet, cette procédure « ouvr(ait) la porte aux empiétements du pouvoir législatif » (L. Radiguet, L'Acte..., op.cit., p.245).

1771 Comme le remarque Sismondi, « je crois pouvoir (…) démontrer que la Constitution (du 22 avril 1815) donne aux

immunitaire des ministres est repensé. Conçus en partie dans les traces de la conception révolutionnaire, son dispositif rompt avec les schémas intellectuels de la période impériale.

*
* *

Conclusion du chapitre 2

389. La période napoléonienne (1799-1815) ne scelle pas totalement la fin de l'expérience révolutionnaire. Certes le contexte politico-constitutionnel connaît un profond bouleversement. L'affirmation du pouvoir personnel d'un homme, Napoléon Bonaparte, auréolé d'une légitimité plurielle, modifie profondément les rapports de force institutionnels. Les Constitutions napoléoniennes, principalement celles du Consulat temporaire et à vie ainsi que celle de l'Empire, sont construites de façon à assurer un pouvoir exécutif fort et concentré dans les mains de Bonaparte, au détriment du corps législatif morcelé qui n'est plus appréhendé comme le principal représentant de la Nation. L'exécutif, marginalisé pendant la Révolution, se retrouve, de manière inédite depuis 1791, au sommet des pouvoirs. Or ce réaménagement de la légitimité et des pouvoirs qui en découle, bouleverse la représentation des constituants en matière de statuts dérogatoires. Ces derniers n'ont plus pour finalité d'assurer la prééminence du corps législatif mais de renforcer la protection du pouvoir exécutif. C'est pourquoi, si les immunités parlementaires sont maintenues dans le texte constitutionnel à des fins stratégiques, elles sont vidées de leur substance. Elles ne sont plus pensées comme l'instrument de l'indépendance des parlementaires ou du bon fonctionnement des assemblées mais elles apparaissent purement illusoires. De même, le privilège de juridiction des ministres, compte tenu de son organisation et de son fonctionnement, n'est plus centré autour du pouvoir législatif. Il poursuit désormais un but inédit lié à la nouvelle architecture des pouvoirs qui est celui de mettre à l'abri les ministres de toute tracasserie judiciaire et par là-même de renforcer la protection du pouvoir exécutif. En fin de compte, la « revanche de l'exécutif », qui représente un changement de paradigme théorique sans précédent au regard de notre histoire constitutionnelle depuis 1791, transforme indéniablement la conceptualisation opérée par les constituants vis-à-vis des statuts immunitaires.

390. Néanmoins, la période napoléonienne, à l'image de celle du Directoire, est ambivalente puisqu'elle abandonne les cadres de pensée de la phase révolutionnaire, avant d'y revenir pour une

deux chambres une importance dont le tribunat, le corps législatif et le sénat (…) n'ont jamais approché » (J.-Ch.-L. Simonde de Sismondi, Examen de la Constitution française, op.cit., p.9).

très courte durée à travers l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire. Sous l'influence de Constant qui perçoit les Assemblées comme le lieu privilégié de formation de l'intérêt général, le corps législatif bénéfice d'une réhabilitation constitutionnelle dans la hiérarchie des pouvoirs qui se répercute sur les systèmes de protection immunitaire. Non seulement l'Assemblée se voit octroyer des privilèges immunitaires étendus, mais elle est également mise au centre du mécanisme de la responsabilité pénale des ministres - qui tend à se transformer en une responsabilité politique - en attribuant aux seules Chambres leur mise en accusation et leur jugement. En cela les constituants des Cent-Jours reviennent à la conception révolutionnaire des statuts exorbitants de droit commun.

En définitive, chacune de ces deux périodes comporte des éléments de rupture et de continuité par rapport à la pensée révolutionnaire relative aux privilèges des pouvoirs constitués qui continue, malgré tout, de perdurer au fil des régimes suivants.

CONCLUSION DU TITRE 1

391. La période comprise entre 1789 et 1815 présente un intérêt majeur pour la compréhension des représentations des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués. Son étude présente, en revanche, une difficulté en ce que la pensée des auteurs est, durant cette période, largement *empirique*. En raison d'un enseignement du droit restreint et d'une production scientifique limitée, il n'existe pas encore de systématisation d'ensemble réalisée par un corps de professeurs. Les grands traits d'une théorie des dispositifs immunitaires font défaut dans la littérature juridique durant cette période et sont esquissés surtout par les travaux constituants. Aussi il apparaît que dans chacun des régimes, la réflexion des constituants sur cette question varie en fonction de facteurs *externes* - notamment des circonstances politiques et de l'architecture des pouvoirs - et de facteurs *internes* - les présupposées politiques et juridiques des acteurs politiques. Sur ce dernier point, l'appréhension de la problématique des statuts dérogatoires prend place en effet dans le cadre d'une réflexion plus générale sur la division des pouvoirs et entretient également des liens connexes avec la théorie de la représentation et la nature du mandat qui en découle.

392. À cet égard, le début de la période révolutionnaire, c'est-à-dire la période allant de la réunion des États généraux de 1789 jusqu'au coup d'Etat du 18 Brumaire an VIII, constitue un moment charnière de l'histoire doctrinale de la problématique des régimes dérogatoires. Non content de bâtir et d'instituer la technique juridique à proprement dite des immunités constitutionnelles, elle pose les bases de la réflexion par rapport à ce questionnement. À cet égard, la tradition révolutionnaire s'opère dans un contexte particulièrement agité qui détermine les cadres de pensée des acteurs politiques.

En ce qui concerne les immunités parlementaires, il a pu être mis en lumière l'existence d'une querelle doctrinale sur le sens et la finalité réels du décret du 23 juin 1789. Opposant la thèse représentative et la thèse de la séparation des pouvoirs, l'analyse interne et externe de la pensée de Mirabeau, rédacteur du fameux décret, a permis de résoudre cette dispute scientifique. Fruit des débats constituants d'une exceptionnelle richesse, les régimes dérogatoires des membres des assemblées répondent avant tout, à l'examen, à un souci de protection, *à court terme*, des nouveaux représentants contre les tentatives d'emprisonnement du pouvoir exécutif, puis, *à long terme*, de sauvegarde de l'œuvre révolutionnaire, c'est-à-dire la sanctuarisation du Parlement, incarnation de la Nation. L'adoption quasi-corrélative du régime représentatif conduit les auteurs à articuler les immunités parlementaires autour du mandat représentatif. La théorie révolutionnaire de la représentation suppose, en effet, une supériorité du pouvoir législatif, chargé de l'expression de la volonté souveraine de la Nation, par rapport à l'ensemble des pouvoirs constitués. À cet effet, les

systèmes immunitaires imaginés par les constituants révolutionnaires participent à asseoir la suprématie de l'Assemblée en garantissant une indépendance à ses membres à l'égard des autres pouvoirs. C'est ainsi autour de l'idée de la *hiérarchie des pouvoirs* que la doctrine *lato sensu* fonde les mécanismes de protection des parlementaires, représentants de la Nation, et du pouvoir exécutif. À cette fin, ils mettent en place un statut particulièrement privilégié à l'égard des membres de l'Assemblée en leur reconnaissant une inviolabilité et une irresponsabilité qui se rapprochent de leur acceptation contemporaine.

Ils accordent, parallèlement, une protection relativement moindre au pouvoir exécutif, par l'intermédiaire du statut du Roi et le privilège de juridiction des ministres, dans le but d'assurer leur subordination au pouvoir législatif. Cependant, à partir de la Convention, du fait d'un contexte *politique* bouleversé par la mort du Roi et la disparition de la crainte du pouvoir exécutif, associé à un contexte *idéologique* transformé à cause de la contestation de la théorie de la représentation nationale, le fondement des régimes dérogatoires connaît une modification tangible. Leur finalité n'est plus uniquement de sauvegarder le corps législatif des exactions du pouvoir exécutif mais surtout de protéger le peuple souverain du danger de despotisme des assemblées. Ainsi, à travers plusieurs décrets de 1793 et 1794, les conventionnels réarticulent les privilèges immunitaires autour du principe de la souveraineté populaire. Ce fondement nouveau a pour conséquence de restreindre le champ des immunités parlementaires. Ces privilèges sont jugés par les acteurs politiques plus dangereuses qu'avantageuses pour l'intérêt public. Pour autant, le statut dérogatoire des députés n'est pas supprimé sous la Convention et sera maintenu, de manière notoire, dans l'ordre juridique français. D'ailleurs, le privilège de juridiction des ministres continue d'être pensé de manière à assurer la domination du corps législatif sur le pouvoir exécutif. En définitive, la période qui s'étend du 20 juin 1789 au 9 novembre 1799 voit s'échanger les principes directeurs fondateurs de la problématique de la protection des pouvoirs constitués en France, à partir desquels la doctrine constitutionnelle de la IIIème République tirera, en grande partie, les matériaux nécessaires à ses constructions sur cette question.

De même, le Directoire est la *continuation* et la *consolidation* de la tradition révolutionnaire, malgré quelques entorses. Si la volonté affichée de la part des Thermidoriens est de rompre avec les soubresauts de l'épisode révolutionnaire et d'instaurer une séparation des pouvoirs davantage équilibrée grâce à une revalorisation du pouvoir exécutif, ils continuent à agencer les régimes dérogatoires à travers le prisme du tropisme révolutionnaire de la *prééminence de l'Assemblée souveraine sur le reste des pouvoirs*. Guidés par l'orthodoxie révolutionnaire d'une représentation unitaire du pouvoir liée à la nature représentative du régime, ils poussent même le niveau de protection des représentants de la Nation encore plus loin par rapport à la tradition révolutionnaire.

Parallèlement, même si une certaine suspicion s'est installée à l'égard du pouvoir législatif qui conduit à l'instauration d'une responsabilité pénale des parlementaires devant la Haute Cour de justice en réponse aux excès de la Terreur, le privilège de juridiction reconnu aux ministres est à nouveau pensé, dans son organisation et son fonctionnement, dans la perspective de la subordination du pouvoir exécutif au corps législatif souverain. Le pouvoir de défiance et de révocation des membres des assemblées à l'encontre des directeurs portent même en germe l'apparition d'une responsabilité politique du pouvoir exécutif. En d'autres termes, dans un cadre réflexif quasi-identique et un contexte politique apaisé, le régime du Directoire s'inscrit dans les traces de la tradition révolutionnaire.

393. En revanche, l'épisode napoléonien voit s'opérer une synthèse ambivalente des schémas de pensée révolutionnaire. Il est vrai que, dans un premier temps, la tradition napoléonienne, essentiellement césariste, est le prélude à une toute autre approche des statuts dérogatoires. Cette mutation est liée, à la fois, sur le plan politique, à la volonté d'opérer un inventaire de l'héritage révolutionnaire, et, sur le plan idéologique, à une remise en cause de la théorie de la représentation nationale et d'une redéfinition de la répartition des pouvoirs qui en résulte. Sur la base d'une légitimité composite, la suprématie du pouvoir exécutif, et, en particulier, du Premier Consul sur le reste des pouvoirs constituent désormais le paradigme dominant des institutions du Consulat et de l'Empire. Celui-ci a pour effet d'entraîner, sous des apparences de continuité, une transformation des fondements des privilèges immunitaires des parlementaires, qui apparaissent extrêmement fragiles et dénués de sens dans un système dictatorial. Le maintien des statuts dérogatoires des parlementaires dans le régime consulaire obéit, en vérité, à des intérêts stratégiques afin de masquer l'orientation despotique des nouvelles institutions, avant, plus tard, leur disparition des textes constitutionnels napoléoniens concomitamment au bâillonnement des assemblées.

Pour autant, les cadres de pensée révolutionnaire ne sont pas totalement abandonnés durant l'épisode napoléonien et retrouvent une certaine actualité, *de courte durée*, grâce à l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815. Ce renouveau s'accomplit en raison de circonstances politiques nouvelles marquées par l'essor du libéralisme et l'affaiblissement de la légitimité de Napoléon. Il est le fruit de la pensée constitutionnelle du principal inspirateur de la Constitution des Cent-Jours, Benjamin Constant, partisan d'une redistribution des rapports de force institutionnel davantage respectueuse des Chambres et de leurs fonctions. Il est ainsi notable d'observer que, sous l'effet de facteurs politiques et intellectuels, les Chambres, compte tenu du fait qu'elles sont considérées à nouveau comme l'organe exprimant la volonté nationale, se voient reconnaître un statut immunitaire étendu et sont remises au centre du mécanisme du privilège de juridiction des ministres, ce qui rompt avec les schémas de pensée de la période impériale.

394. Cependant, la pensée constitutionnelle sur cet objet reste encore éparse et embryonnaire. Celle-ci est l'œuvre davantage des acteurs politiques chargés de rédiger des Constitutions que de professeurs publicistes compte tenu de l'indigence des études juridiques durant ce laps de temps. De ce point de vue, la période comprise entre la naissance de la Restauration et le début de la IIIème République, apporte un second souffle à la problématique des privilèges immunitaires des pouvoirs constitués. Grâce à l'apparition inédite de chaires constitutionnelles au cours du XIXème siècle, les prémisses d'une systématisation opérée par des professeurs publicistes voient le jour. Les argumentaires théoriques issus de la réflexion constitutionnelle révolutionnaire leur fournissent un matériau précieux.

TITRE 2. LA GÉNÉRATION DES CONSTRUCTEURS : LES PRÉMICES D'UNE SYSTÉMATISATION DANS UN CADRE POLITIQUE ET SCIENTIFIQUE ENCORE TUMULTUEUX (1815-1875)

Les premières expériences révolutionnaires ont fourni un apport substantiel au problème de la protection des pouvoirs constitutionnels, en posant ses idées maîtresses et ses fondements déterminants, agencée principalement autour de la théorie révolutionnaire de la représentation nationale. Cependant, dans un contexte frappé par une grande instabilité constitutionnelle et par un enseignement du droit public quasi-inexistant au cours de la période de 1789 à 1814, les traces d'une quelconque systématisation doctrinale sur cet objet sont difficilement trouvables. Les préoccupations avancées, telles que la protection des membres de l'Assemblée contre les tentatives d'emprisonnement de Louis XVI ou la sanctuarisation de l'institution parlementaire chargée d'incarner la volonté nationale, fer de lance de la Révolution, « élaborées de façon empirique, [sont] balayées par l'épreuve des faits »[1772] et l'autoritarisme de Napoléon.

395. Or la période qui s'ouvre à partir de la Restauration jusqu'à la fin du XIXème siècle représente un tournant nouveau dans l'histoire doctrinale de la problématique des privilèges des pouvoirs supérieurs. À compter de cette époque, on observe une évolution sensible de la pensée juridique et politique quant à la compréhension de cet objet, tournée indéniablement vers une entreprise de systématisation. Plusieurs facteurs solidaires expliquent cette évolution. Tout d'abord, cet important travail théorique des auteurs du XIXème siècle prend naissance dans un contexte constitutionnel et politique complètement renouvelé par rapport à l'épisode révolutionnaire dans la mesure où les régimes à partir de la Restauration « fixent le cadre de l'apprentissage réel de la politique moderne »[1773]. Contrairement à la période révolutionnaire qui, « en moins de dix ans, (...) avait proclamé quatre Constitutions, mais n'avait rien expérimenté de durable »[1774], la Restauration et la Monarchie de Juillet connaissent une plus grande stabilité institutionnelle. En outre, loin d'être des temps morts ou des simples parenthèses dans l'histoire politique de notre pays[1775], ces deux régimes constituent le point de départ du « processus de conversion progressive au parlementarisme »[1776]

1772 C. Euzet, Les fondements doctrinaux…, op.cit., p.39.
1773 P. Rosanvallon, La Monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830, Paris : Fayard, 1994, (Collection Histoire des Constitutions de la France), p.9.
1774 *Ibid*.
1775 A. Le Divellec, La Charte de 1814 dans l'histoire des Constitutions politiques libérales. Un tournant du constitutionnalisme européen continental, Jus politicum, n°13, 2014 [http://juspoliticum.com/article/La-Charte-de-1814-dans-l-histoire-des-constitutions-politiques-liberales-948.html].
1776 A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, Jus Politicum, n° 13, 2014, p.13 [http://juspoliticum.com/article/La-Charte-de-1814-et-la-question-du-gouvernement-parlementaire-951.html].

ainsi qu'une étape essentielle dans la construction de nos institutions actuelles. En effet, « c'est de 1814 à 1830 que sont pour la première fois expérimentés les mécanismes du droit d'initiative, de la responsabilité ministérielle, de l'équilibre entre l'exécutif et le législatif »[1777], avant que le gouvernement parlementaire ne se stabilise et trouve son équilibre de 1830 à 1848. De même, si la IIème République et le Second Empire sont placés sous le signe de la discontinuité constitutionnelle par rapport aux régimes précédents en ce qu'ils ne s'envisagent plus comme des monarchies constitutionnelles, on relève, au-delà de la diversité des expériences, « une même tendance constitutionnelle, l'objectif restant identique : il s'agit, à partir de l'héritage des années 1789-1848, de réaliser une synthèse durable »[1778]. Textes de compromis, « la Seconde République se dote en effet en 1848 d'une constitution où la prédominance de la tradition révolutionnaire ne saurait voiler la présence de certains emprunts à la tradition parlementaire (...) »[1779] tandis que le Second Empire glisse sensiblement, vers la fin du régime, d'un pouvoir césariste à un régime parlementaire. Ainsi, pendant près de soixante ans, entre 1814 et jusqu'au début de la IIIème République, de nombreuses avancées en matière constitutionnelle et un régime républicain vont marquer cette période-clé de notre histoire constitutionnelle et transformer durablement nos institutions[1780]. L'enracinement croissant de l'organisation parlementaire des pouvoirs et l'ancrage définitif du régime représentatif tendant naturellement à produire des mécanismes de protection au bénéfice des gouvernants, à l'exception de quelques interruptions provisoires, sont un environnement politique et constitutionnel propice à un travail doctrinal de théorisation vis-à-vis de ce questionnement, même si la période comprise entre 1814 et 1875 ne connaît pas moins de quatre régimes de nature différente.

396. En outre, au-delà de ce facteur politique, la libéralisation et les phases de démocratisation de nos institutions successives s'accompagnent, *parallèlement*, de manière symptomatique, du développement et l'approfondissement de l'étude du droit constitutionnel entre 1814 et le début de la IIIème République. Alors que les écrits et l'enseignement du droit constitutionnel sont, jusqu'à la fin de l'Empire, maigres et revêtent un caractère peu scientifique, les régimes à partir de la Restauration sont source de progrès significatifs sur ces points. En effet, si la Restauration rétablit, à compter de l'ordonnance libérale du 24 mars 1819[1781], une chaire de droit public dont l'enseignement variera entre disparition et réapparition au gré des phases de libéralisation et d'autoritarisme du régime, c'est la Monarchie de Juillet qui constitue une étape fondatrice pour cette branche du droit et son devenir scientifique. Par l'ordonnance du 22 août 1834 est instituée pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle une chaire de droit constitutionnel proprement dite à la Faculté de droit de Paris, confiée à Pellegrino Rossi, qui a vocation à « faire sortir la discussion constitutionnelle du

1777 *Ibid*., p.10.
1778 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op.cit., p.223.
1779 *Ibid*.
1780 *V.* sur ce point : J.-P. Clément, L. Jaume et M. Verpeaux (dir.), Liberté, libéraux et Constitutions, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, 1997, 132 p.
1781 Recueil des lois et règlements, 2è série, t. VI, p.263 et s.

débat politique pour l'asseoir sur la connaissance »[1782]. En plus, un enseignement *officieux* du droit constitutionnel voit le jour assuré par les administrativistes en raison de la mise en place d'une chaire de droit administratif dans toutes les Facultés de province dont « les titulaires ont jugé nécessaire de présenter les institutions politiques de la France à leurs étudiants, ainsi que les droits garantis aux Français par les onze premiers articles de la Charte constitutionnelle »[1783]. Grâce à ce texte, apparaîent des professeurs spécialisés en droit constitutionnel et une profusion d'ouvrages spécialisés dans cette matière dotés d'un caractère davantage scientifique. D'ailleurs, de manière significative, la suppression de la chaire de droit constitutionnel par le décret du 8 décembre 1852 que l'empire libéral ne rétablira pas, ne fera pas disparaître totalement, dans la pratique, l'enseignement de la matière et la richesse de la littérature constitutionnelle. Néanmoins, entre 1814 et 1875, à l'image du reste de l'Europe continentale[1784], il est indéniable que « la « science du droit constitutionnel » se démarque fort peu d'une politique constitutionnelle : les questions du droit constitutionnel sont directement des questions politiques »[1785]. Il s'agit de la génération des « professeurs politiques »[1786] selon l'expression d'Olivier Jouanjan, qui entend signifier l'existence d'une science *préclassique* du droit constitutionnel.

397. C'est dans cet environnement constitutionnel et scientifique que les juristes et hommes politiques vont tenter de fonder intellectuellement la théorie française de la protection des pouvoirs constitués durant la période allant de 1815 au début de la IIIème République, rompant clairement avec l'empirisme de la période révolutionnaire précédente. À ce titre, la Restauration offre, de manière singulière, les prémices d'une systématisation de cette problématique qui, en rupture avec la tradition révolutionnaire, se concentre plus sur la responsabilité du pouvoir exécutif que sur les immunités parlementaires en raison de la prépondérance royale reconnue par la Charte octroyée du 4 juin 1814. Pour autant, cette théorisation reste encore *sommaire* en raison de l'enseignement périodique du droit public au cours de ce régime. De plus, elle est l'œuvre de penseurs et de politiques qui conçoivent les régimes dérogatoires en fonction de leurs paradigmes théoriques personnels mais surtout de leurs propres intérêts stratégiques, ce qui conduit à relativiser la portée scientifique de leur pensée (**Chapitre 1**).

1782 O. Jouanjan, Histoire de la science du droit constitutionnel, *in* D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution, Paris : Dalloz, 2012, t. 1, p.79.
1783 L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, op.cit., 2006, p.13.
1784 *cf.* O. Jouanjan, Histoire de la science du droit constitutionnel, op.cit., p.72-78.
1785 *Ibid.*, p.73.
1786 Olivier Jouanjan reprend ici le qualitatif qui a été employé pour caractériser les professeurs dans l'Allemagne du Vormärz, entre le Congrès de Vienne en 1815 et le Printemps des peuples avorté en 1848-49. Voir sur ce point : O. Jouanjan, Histoire de la science du droit constitutionnel, *in* M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), Traité international de droit constitutionnel, op.cit., p.73 ; L. Heuschling, J. Hummel, Le libéralisme du Vormärz : la figure du « professeur politique », Revue française d'histoire des idées politiques, 2006, n°24/2, p.227-231.

398. Or la naissance d'une véritable chaire de droit constitutionnel à partir de la Monarchie de Juillet qui doit conduire à ériger cette branche du droit au rang de science, aboutit à un perfectionnement de la discussion constitutionnelle quant à la compréhension de la problématique de la protection dérogatoire des pouvoirs constitués. Dans le cadre de manuels qui se multiplient et qui portent spécifiquement sur le droit constitutionnel, le discours des auteurs sur cette question apparaît plus riche et revêt un caractère davantage théorique, même si ces derniers se divisent sur les méthodes d'étude du droit constitutionnel entre l'exégèse des textes constitutionnels et la systématisation de ses principes essentiels. De ce point de vue, leurs analyses des privilèges exorbitants des gouvernants, réalisées la plupart du temps dans le cadre d'un exposé systémique ou article par article de la norme constitutionnelle considérée, continuent de se focaliser, de la Monarchie de Juillet jusqu'au début de la IIIème République, sur la responsabilité du pouvoir exécutif étant donné sa prédominance dans les différentes Constitutions successives, et délaissent quelque peu la question des privilèges des assemblées qui perdent leur qualité de représentant de la Nation. En outre, l'étude de la littérature constitutionnelle durant cette période met en lumière de forts dissensus sur cette problématique. Derrière leurs discours qui se veulent descriptifs, la pensée des auteurs obéit, en réalité, à des présupposés théoriques et des enjeux politiques opposés, sans que soit pour autant abandonnée la tradition révolutionnaire ayant construit les immunités constitutionnelles autour du paradigme de la représentation nationale et de la supériorité de l'organe législatif, de telle sorte que s'opère un compromis entre les principes révolutionnaires et l'esprit monarchique durant cette phase. Par la suite, si la naissance de la IIème République renouvelle le cadre de réflexion et entraîne l'apparition de nouvelles problématiques en matière de statuts dérogatoires des pouvoirs constitués du fait de la nature républicaine de ce régime politique, l'œuvre doctrinale de systématisation se poursuit, et ce même après la disparition de l'enseignement du droit constitutionnel sous le Second Empire (**Chapitre 2**). Or ce travail analytique, encore perfectible car largement politisé et réalisé dans un cadre constitutionnel encore instable, fournira néanmoins un capital intellectuel notable dont héritera la doctrine constitutionnelle classique de la IIIème République. L'appellation de « génération des constructeurs » entend donc caractériser la période 1815-1875. Cette expression vise à signifier, telle la relation entre l'architecte et le maçon, le rôle important joué par la doctrine publiciste dans l'édification d'un discours pré-scientifique vis-à-vis de l'objet des privilèges constitutionnels d'après principalement les schémas de pensée révolutionnaires, puisqu'il est possible de considérer qu'on *bâtit* en esprit et on *construit* en matière.

CHAPITRE 1. L'ÉCLOSION D'UNE SYSTÉMATISATION PERFECTIBLE PAR LES « PROFESSEURS POLITIQUES » DANS UN CONTEXTE DE DÉVELOPPEMENT DU PARLEMENTARISME (1814-1830)

399. La Charte du 4 juin 1814 « occupe incontestablement une place à part dans le constitutionnalisme français de la première moitié du XIXème siècle »[1787]. Elle obéit à une logique singulière, à l'opposé de celle suivie par les constitutions révolutionnaires. Balayant dans une certaine mesure l'héritage révolutionnaire, elle peut être compris, « à travers l'étude de ses caractères formels et de son contenu (…) comme l'une des dernières manifestations de volonté d'une monarchie d'Ancien Régime »[1788]. *Formellement*, son appellation même signifie que le nouveau texte est une concession unilatérale faite librement par le roi à ses sujets, et non le fruit d'une assemblée constituante ou d'un référendum. Plusieurs conséquences juridiques primordiales en découlent. Cela suppose, tout d'abord, que la Charte de 1814 rompt radicalement avec la souveraineté populaire et nationale, et reconnaît la pleine souveraineté du Roi. Son préambule l'affirme clairement : « (…) l'autorité tout entière (réside) en France dans la personne du Roi »[1789]. Incarnation de l'unité politique, le roi est en mesure, en sa seule personne, de modifier et d'abroger le texte. En outre, la seconde implication juridique porte sur la répartition et l'exercice des fonctions étatiques entre les organes politiques. La logique de l'octroi gracieux sous-entend le principe de l'unité du pouvoir d'État dans la personne du Roi. En effet, « en accordant la Charte, le monarque accepte sans doute de limiter ses pouvoirs, mais seulement dans les bornes qu'il a fixées »[1790]. Autrement dit, le Roi n'entend pas renoncer à ses prérogatives au profit d'autres institutions : « s'il est décidé à associer celles-ci au fonctionnement de l'État dans certaines de ses manifestations normatives, il n'est en revanche pas dans son intention de se soumettre à elles, voire même seulement de partager avec elles le pouvoir »[1791]. C'est pourquoi la Charte ne vise nullement à favoriser la collaboration des pouvoirs mais, au contraire, elle organise la prépondérance de la Couronne dans l'organisation institutionnelle. *Matériellement*, le roi détient le monopole de la fonction exécutive[1792] et judiciaire[1793], et joue un rôle déterminant dans l'exercice de la fonction législative. Cette architecture institutionnelle correspond bien à l'intention, clairement affichée dans le préambule, de « renouer la chaîne des temps »[1794]. Néanmoins, la Charte n'organise pas un retour

1787 A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848), PUF, 2002, p.37.
1788 *Ibid*., p.59.
1789 Préambule de la Charte du 4 juin 1814.
1790 A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848), op.cit., p.66.
1791 *Ibid*.
1792 Article 13 de la Charte du 4 juin 1814 : « (…) Au roi seul appartient la puissance exécutive ».
1793 Article 57 de la Charte du 4 juin 1814 : « Toute justice émane du Roi. Elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue ».
1794 Préambule de la Charte du 4 juin 1814. A cet égard, comme le note Alain Laquièze, « la technique de l'octroi suppose que la Charte doit être interprétée restrictivement, ce qui signifie que le droit antérieur, c'est-à-dire le droit d'Ancien Régime, doit s'appliquer en cas de silence du texte. C'est l'application de ce que Jellinek a appelé le « principe

pur et simple à l'Ancien Régime. Elle introduit, en réalité, une véritable monarchie limitée ou, pour reprendre une expression répandue chez les publicistes de la Restauration, un « gouvernement représentatif ». L'essor de la pensée libérale[1795] et l'influence du modèle anglais entraînent une meilleure prise en compte de certaines des libertés acquises en 1789. La Charte octroyée, texte de compromis est donc, « à l'instar de nombreuses constitutions, un texte ouvert, susceptible de différentes interprétations »[1796], propices à la discussion doctrinale.

400. Aussi c'est dans cette conjoncture politique et constitutionnelle nouvelle que la « doctrine constitutionnelle » va penser, durant la Restauration, les statuts dérogatoires des différents pouvoirs. Cependant, il convient de souligner qu'une nouvelle fois, la littérature constitutionnelle portant sur cette problématique est principalement l'œuvre d'un certain nombre d'acteurs politiques, et non d'un corps de professeurs spécialisés. Certes l'enseignement du droit constitutionnel connaît quelques maigres évolutions durant cette période mais il suit, en réalité, les vicissitudes du régime de la Restauration en fonction de ses tournants autoritaires ou libéraux. Après la disparition du cours de droit public français peu de temps après l'Instruction du 19 mars 1807, l'ordonnance royale du 24 mars 1819[1797] prise pendant la période de libéralisation des institutions politiques, rétablit à la Faculté de droit de Paris une *chaire de droit naturel, droit des gens et droit public général* et crée une *chaire de droit public positif et droit administratif français*[1798]. Elles sont confiées à un membre du Conseil d'État qui n'est pas docteur en droit issu des facultés de droit[1799], Joseph-Marie de Gérando. Celui-ci va « faire l'éloge de la Charte de 1814 »[1800] tout en se concentrant « essentiellement sur l'étude du droit administratif qu'il connaît particulièrement bien en sa qualité de conseiller d'État »[1801]. Cependant, très rapidement, avec le retour en force des Ultras suite à

monarchique ». Le roi est en effet présumé conserver toutes les compétences qui ne lui ont pas été expressément enlevées par un texte formel et conserve de toute façon le monopole dans l'expression de la volonté étatique » (A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848), op.cit., p.67).

1795 L. Jaume, Naissance du libéralisme et interprétations de la Charte, *Jus Politicum*, n° 13, décembre 2014, [http://juspoliticum.com/article/Naissance-du-liberalisme-et-interpretations-de-la-Charte-929.html].

1796 A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, *Jus Politicum*, n°13, décembre 2014,[http://juspoliticum.com/article/La-Charte-de-1814-et-la-question-du-gouvernement-parlementaire-951.html], p.2-3.

1797 Recueil des lois et règlements, 2è série, t.VI, p.263 et s..

1798 Comme le notent Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin, « probablement influencés par les exemples allemands, les Doctrinaires ont voulu élargir la gamme des enseignements, en empruntant des idées aux partisans de la « science sociale » de la période révolutionnaire » puisque sont créées également des chaires d'histoire et de philosophie du droit ainsi que d'économie politique (F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française…, op.cit., p.32).

1799 Comme le note Annabelle Chelil, la formation de Gérando est « assez singulière. Contrairement aux autres professeurs de droit administratif de sa génération, il n'a pas suivi d'études de droit et n'avait absolument pas vocation à embrasser une carrière d'homme public puisqu'il se destine au départ aux ordres religieux. Ambition qu'il doit vite abandonner en raison de la suppression des congrégations religieuses sous la Révolution (et) sa vie prend alors une toute autre dimension » (A. Chelil, Joseph-Marie de Gérando, un esprit de système novateur, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, n°33, 2013, p.386).

1800 L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, op.cit., p.12. Le cours de Gérando consiste également à retracer « l'histoire des institutions publiques françaises et s'élève jusqu'à des considérations philosophiques » (*ibid*).

1801 *Ibid*. D'ailleurs, loin d'être perçu comme un constitutionnaliste, Gérando est considéré par les administrativistes comme le « père du droit administratif », à coté de Macarel et Cormenin (*cf*. G. Guglielmi, Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif In Le droit administratif en mutation, Paris : PUF, 1993, p.41). Ses ouvrages juridiques principaux (J.M. Gérando, Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif, réunis et mis en ordre,

l'assassinat du Duc de Berry en 1820, le gouvernement ultra-royaliste de Villèle supprime sa chaire par l'ordonnance du 6 septembre 1822[1802] qui cherche à « éviter que l'imagination ardente des étudiants ne s'égare dans les controverses politiques »[1803]. La courte phase de libéralisation incarnée par le cabinet Martignac entraînera, à travers l'ordonnance du 19 juin 1828 inspirée par le premier titulaire du ministère de l'Instruction publique Antoine Lefebvre de Vatimesnil[1804], le rétablissement des chaires de droit public et administratif[1805], mais sans aucune mention cependant d'un quelconque cours de droit constitutionnel considéré comme une matière trop politisée[1806].

Au cours de la Restauration, l'instabilité de l'enseignement du droit public ne permet pas l'éclosion d'écrits constitutionnels de la part de professeurs de droit publicistes reconnus, ni même la retranscription de leur cours. La réflexion constitutionnelle sur la question des statuts dérogatoires des gouvernants au cours de cette période s'opère à travers la publication de nombreuses brochures et essais provenant de la plume de plusieurs penseurs et protagonistes politiques, même si aucun d'eux ne traite spécifiquement de cet objet. Elle s'insère, dans la plupart des cas, dans le cadre d'un questionnement plus général sur l'architecture des pouvoirs mise en place par la Charte du 4 juin 1814. Dès lors, les prémices d'une systématisation doctrinale commencent à poindre sur cette question, sans qu'il soit possible encore de parler d'une véritable théorie d'ensemble, plus proche d'un commentaire exégétique des articles constitutionnels relatifs à ce sujet. À cet égard, il est intéressant d'observer que le problème des privilèges exorbitants des gouvernants donne lieu à des

Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 6 vol., 1ère éd. 1829-1836 ; 2è éd., 1842) portent spécifiquement sur le droit administratif mais ne peuvent être considérés comme une œuvre purement scientifique. En effet, « en dehors de l'introduction et des prolégomènes,(ils) s'apparente(nt) plutôt à une succession de règles de droit administratif en forme d'articles numérotés » (A. Chelil, Joseph-Marie de Gérando, un esprit de système novateur, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, op.cit., p.389-390) de telle sorte que cette codification de 80 000 textes « semble le cantonner à un rôle de divulgateur du droit administratif » ou encore de compilateur (*ibid*., p.389). *V.* sur ce point : M. Touzeil-Divina, Gérando et l'enseignement du droit administratif. Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, n°33, 2013, p.395-423.

1802 Recueil des lois et des règlements, 2è série, t. VIII, p.206 et s.

1803 L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, op.cit., p.12. Plus précisément, par cette ordonnance, « le Gouvernement abandonne l'essentiel de la réforme (du 24 mars 1819) : (…) le Code civil, la procédure, le Code de commerce et le droit romain sont les seules matières enseignées. Les douze professeurs qui se partagent ces cours restent dans leur immense majorité des civilistes dirigés fermement par Delvincourt, qui jouit d'une autorité liée à l'ancienneté (...) » (F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française…, op.cit., p.33).

1804 A. Léon et P. Roche, Histoire de l'enseignement en France, 14ème éd., Paris : PUF, 2018 ; B. Yvert, Dictionnaire des ministres (1789-1989), Paris : Perrin, 1990, 354 p..

1805 Le cours de droit administratif est rétabli à la Faculté de droit de Paris en 1828 au profit de Gérando par le gouvernement Martignac avant d'être étendu à la province, puis en 1829, une chaire de droit des gens est mise en place pour le neveu de Royer-Collard (*v.* F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française…, op.cit., p.33). Cependant, l'exposé du droit administratif ne comprend plus « celui des institutions politiques » (L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, op.cit., p.12). A cet égard, l'ordonnance de 1828 rétablissant l'enseignement du droit administratif ne contient pas de véritable programme national. Elle dispose que « le professeur y fera connaître les attributions des diverses autorités administratives, les règles à suivre pour procéder devant elles, et les lois et règlements d'administration publique concernant les matières soumises à l'administration » (cité par G. J. Guglielmi, Emile-Victor Foucart, ou le sacerdoce du droit public et administratif, op.cit., p.3).

1806 L'ordonnance du 19 juin 1828 énonce effectivement par rapport à la chaire de droit administratif qui vient d'être rétabli que « le professeur y fera connaître les attributions des diverses autorités administratives, les règles à suivre pour procéder devant elles, et les lois et règlements d'administration publique concernant les matières soumises à l'administration »

lectures doctrinales divergentes tout au long de la Restauration. La responsabilité du pouvoir exécutif, compte tenu de sa prépondérance, est au centre des préoccupations intellectuelles entre 1814 et 1830. Les auteurs s'opposent non seulement sur l'inviolabilité du Roi et ses conséquences sur sa place institutionnelle, mais également sur le mécanisme de la responsabilité pénale des ministres (**Section 1**). De même, aucun consensus doctrinal ne se dégage sur la question peu étudiée des privilèges immunitaires des membres des Chambres et de leurs fondements, les penseurs étant divisés sur le rôle du corps législatif dans la production normative entre simple collaborateur ou acteur à part entière (**Section 2**). En réalité, leurs divergences d'interprétation sont déterminées par des facteurs *externes* - les circonstances politiques de la Restauration qui oscillent entre des périodes de libéralisation et de réaction autoritaire – ainsi que par des *facteurs internes* liés à leurs propres convictions politiques (les royalistes et les libéraux) et juridiques, telles que la théorie de la représentation politique ou la séparation des pouvoirs. Ces présupposés seront mis en lumière lors de la présentation des thèses respectives des auteurs.

SECTION 1. LA RESPONSABILITÉ DE L'EXÉCUTIF AU CŒUR DES PRÉOCCUPATIONS DOCTRINALES DE LA RESTAURATION (1814-1830)

401. Appréhendée de manière complémentaire, la responsabilité du Roi et des ministres est placée, à compter de la Restauration, au cœur des préoccupations politiques et intellectuelles de la doctrine, c'est-à-dire des penseurs et des protagonistes politiques en l'absence de professeurs de droit constitutionnel à proprement parler. Délaissant la question des immunités parlementaires qui constitua pourtant le thème central de réflexion des penseurs de la période révolutionnaire en matière de protection des pouvoirs constitués - signe d'une véritable rupture -, cet objet de réflexion encore neuf apparaît de concert avec la nouvelle architecture des pouvoirs instaurée par la Charte octroyée du 4 juin 1814 qui insuffle un cadre conceptuel différent du précédent. En effet, « loin d'introduire en France le parlementarisme, [celle-ci] institue une véritable monarchie constitutionnelle »[1807]. Le roi est placé au centre du nouveau régime institutionnel, étant donné qu'« il exerce un pouvoir sans partage en matière exécutive [et] il est de plus l'organe prépondérant dans le domaine législatif »[1808].

402. Cependant, la monarchie constitutionnelle comporte des variantes, « entre la monarchie limitée qui conserve l'essentiel de la souveraineté aux mains du Roi (d'où le nom de Charte

1807 A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848), op.cit., p.66.
1808 *Ibid*.

octroyée), et la royauté parlementaire, où « le roi règne et ne gouverne pas », popularisée par Adolphe Thiers en 1830 »[1809]. Dès lors, l'*inviolabilité royale,* consacrée par l'article 13 de la Charte de 1814, compte tenu du fait qu'elle détermine le rôle du Roi au sein des nouvelles institutions et sa place en retrait ou non au profit de ses ministres et permet de fixer en dernier ressort la nature du régime, fait l'objet d'un fort questionnement intellectuel durant la Restauration. De ce point de vue, il sera intéressant de constater qu'une forte controverse oppose les penseurs et hommes politiques sur ce thème durant ce régime. La protection du Roi est interprétée *tantôt* comme la conséquence de son pouvoir « neutre », superposé aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et chargé de maintenir l'équilibre d'ensemble selon l'idée théorisée principalement par le chef de file des libéraux, Benjamin Constant, qui donne une lecture davantage parlementaire de la Charte inspirée du modèle anglais. *Tantôt* elle est perçue comme la cause de son pouvoir directeur, découlant du principe de l'unité du pouvoir aux mains du Roi, selon la lecture royaliste des Ultras. En réalité, derrière ce débat, en apparence juridique, se cache un arrière-plan politique : « chaque camp en présence a un intérêt direct investi dans l'interprétation des organes de pouvoir »[1810]. Aussi l'interprétation personnelle des auteurs par rapport à ce questionnement est en lien direct avec la conjoncture politique de la Restauration qui alterne entre des phases de libéralisation et d'autoritarisme. En outre, elle dépend également de leur appartenance à un courant politique déterminé, soit libéral soit monarchiste, même si on peut distinguer en leur sein des discordances ou, au contraire, des points de ralliements entre ces deux courants, en fonction de leur participation ou non au pouvoir (**§1**).

403. Corollaire obligé de l'inviolabilité du Roi, le problème de la responsabilité pénale des ministres connaît un renouveau doctrinal sans précédent. Si la majorité des auteurs s'empare de cette problématique et les premières systématisations émergent sous la plume principalement de Benjamin Constant, ce questionnement donnera lieu, une nouvelle fois, à de véritables oppositions doctrinales au cours de la Restauration. Les auteurs s'opposent sur les modalités de cette responsabilité pénale des ministres – qu'ils distinguent difficilement de la responsabilité politique -. c'est-à-dire sur la nécessité d'une loi définissant les infractions et déterminant les peines applicables devant la Chambre des pairs en formation de jugement, ou sur le principe même de la compétence de la Chambre des pairs pour juger les ministres inspirée du modèle anglais (**§2**).

1809 *Ibid*.
1810 L. Jaume, Naissance du libéralisme et interprétations de la Charte, Jus politicum, n°13, 2014, p.1.

§1. La centralité de la question de l'inviolabilité royale : la mise en lumière d'une controverse dictée par des intérêts politiques

404. À partir de la Restauration, compte tenu de la nouvelle organisation des pouvoirs, la problématique des statuts dérogatoires des pouvoirs supérieurs est centrée sur le statut d'inviolabilité du monarque, auquel les penseurs lient intimement la question de la responsabilité des ministres. Comme le note Pierre Rosanvallon, « c'est autour de l'incertitude sur l'extension de la prérogative royale que se nouent (...) l'essentiel des perplexités constitutionnelles pendant la Restauration »[1811]. À ce titre, si les auteurs sont unanimes sur le principe même de la reconnaissance d'une protection au Roi, deux propositions principales polémiques se confrontent sur la portée de celle-ci, dont les répercussions sur la nature du régime institué par la Charte sont diamétralement opposées. La première, œuvre des doctrinaires et des royalistes modérés, insiste sur la compatibilité de l'inviolabilité du Roi avec un pouvoir directeur (**A**), tandis que la seconde, défendue par les libéraux d'opposition et les royalistes imprégnés des idées du parlementarisme anglais, appréhende cette protection plutôt comme la cause de son pouvoir arbitral (**B**). Aussi, il convient de noter que chacune est structurée autour de postulats théoriques et politiques contraires.

A. Le « paradoxe de 1816 » : la défense majoritaire par les libéraux de gouvernement de l'inviolabilité du Roi

405. Le traitement de l'inviolabilité royale par les penseurs politiques sous la Restauration représente, pour Pierre Rosanvallon, « un paradoxe »[1812]. Ce sont principalement les libéraux de gouvernement, en plus des royalistes radicaux et modérés, qui vont défendre la prérogative royale en dépit de son inviolabilité.

La première thèse est soutenue principalement par les doctrinaires[1813], qui représentent ce que Pierre

1811 P. Rosanvallon, La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830, op.cit., p.89.
1812 *Ibid*., p.75.
1813 J.-J. Chevallier, La pensée politique des Doctrinaires de la Restauration, in Conseil d'État. Etudes et Documents, Paris : Impr. Nationale, 1964, fasc. N°18, p.13-29. Comme le note Jean-François Jacouty, le nom de doctrinaire provient du « « Nain Jaune », feuille d'opposition bonapartiste de Cauchois-Lemaire (...). L'intellectualisme du groupe est à l'origine du sens dérivé de « doctrinaire » (évolution similaire à celle d'« idéologue ») (J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, Revue Française d'Histoire des Idées Politiques 2008/1, n°27, p.78, note 9). Concrètement, « ce petit cercle de réflexion et de proposition est au service de l'aristocratie modérée qui gouverne la France (et qu'appuie au Parlement un « centre constitutionnel »). Au Conseil d'État et dans les Chambres, il travaille à élaborer une législation libérale, tout en cherchant à convaincre les principaux ministres - le comte Molé et le duc Pasquier, puis le comte de Serre et, surtout, le comte Decazes - de lui donner une cohérence intellectuelle » (J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, Revue Française d'Histoire des Idées Politiques 2008/1, n°27, p.78).

Manent appelle « le libéralisme de gouvernement »[1814], dont les leaders sont Pierre-Paul Royer-Collard et François Guizot. Ils conçoivent l'inviolabilité du Roi comme le corollaire de son pouvoir gouvernant. Plus précisément, pour le premier d'entre eux qui peut être considéré comme « le théoricien de la Charte »[1815] étant donné que ce texte « ne constituait pas un corps de doctrine »[1816], la Charte n'est pas une œuvre de circonstance mais le produit de l'histoire. Reprenant l'idée du discours royal du préambule cherchant à « renouer avec la chaîne du temps », Royer-Collard en donne une interprétation différente de celle de Louis XVIII. Défendant une conception évolutionniste de l'histoire dans ses discours, il replace « dans une dynamique le rapport dialectique entre « la sagesse des Rois » et le « vœu des peuples » »[1817]. Cela signifie, pour lui, que la Révolution ne constitue pas « une parenthèse malheureuse de notre histoire mais le point d'aboutissement d'un long passé national »[1818]. Oeuvre du temps, la Charte est, à ses yeux, « la condition de l'organisation d'un État de droit et de l'exercice réglé et éclairé du pouvoir, les droits publics des Français étant évidemment liés organiquement aux procédures de la formation raisonnable de la volonté royale »[1819]. C'est pourquoi la Charte de 1814 tient une place primordiale dans la pensée politique de Royer-Collard car il voit, à travers ce texte, une savante combinaison des trois pouvoirs à même d'écarter la souveraineté d'un seul aussi bien que celle du nombre. Elle institue, en d'autres termes, « le gouvernement de la raison »[1820]. Ainsi Royer-Collard s'emploie à

1814 P. Manent, Histoire intellectuelle du libéralisme. Dix leçons, Paris : Calmann-Lévy, 1987, p.181 et s.. Voir en particulier : chapitre IX : « François Guizot : le libéralisme de gouvernement », op.cit.

1815 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, Historia Constitucional, n°15, 2014. http://www.historiaconstitucional.com, p.23. Michel Pertué ajoute que « si le cours des événements ne lui donna pas l'occasion d'être au gouvernement, il exerça en revanche, dans la conception de la charte et de la vie politique, un magistère doctrinal dont l'autorité fut telle que Tocqueville crut pouvoir dire que Royer-Collard avait été sous la Restauration le « maître du pays » » (ibid., p.30). De même, le doctrinaire Charles de Rémusat affirmera à l'égard de Royer-Collard qu'« il a fondé la philosophie de la Charte » (*ibid*., p.27). Dans ses discours toujours attendus à la Chambre qu constituent le cœur de sa doctrine, « Royer-Collard développe une pensée originale qu'il oppose aux idéologies dominantes, royalisme « ultra » (la droite) et libéralisme « indépendant » (la gauche) » (J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, op.cit., p.78).

1816 *Ibid*., p.27. Ce devoir d'interprétation s'explique par le fait que « le retour des Bourbons sans le rétablissement de l'ancien régime et l'accommodement de la légitimité avec la liberté avaient besoin d'être théorisés pour donner un axe à la royauté restaurée » (M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.27). Royer-Collard s'y employa même il convient de souligner que ce travail théorique est difficile d'accès pour le chercheur dans la mesure où son œuvre politique est de taille limitée et, pour l'essentiel, réduite à des « discours parlementaires très imbriqués dans leur contemporanéité » (*ibid*., p.29). Cela explique d'ailleurs son relatif oubli et le manque d'étude à son égard. Pour Michel Pertué, « le fait qu'il n'ait pas exercé de grandes responsabilités politiques, à l'instar de plusieurs de ses amis doctrinaires qui furent ministres (…) comme Hercule de Serre et, plus tard, François Guizot, Victor de Broglie ou Charles de Rémusat, a peut-être aussi compté dans son relatif effacement de la mémoire collective » (*ibid*., p.30). Il convient, cependant, de nuancer cette affirmation. Homme politique principalement, « il s'est (…) illustré par une longue et brillante carrière parlementaire : brièvement élu au Conseil des Cinq-Cents du Directoire (1797), il a surtout siégé dans les Chambres des députés de la Restauration – son idéal politique – puis de la monarchie de Juillet. Siégeant au « centre » (libéraux modérés), élu sans interruption de 1815 à 1842 par ses concitoyens de Vitry-le-François (Marne), il en a imposé par son autorité naturelle et sa maîtrise de l'art oratoire (avocat passé à la politique, comme nombre de révolutionnaires, il lisait des discours de facture classique d'un ton professoral). De 1815 à 1820 – années d'apogée de son influence politique – il est aussi conseiller d'État » (J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, op.cit., p.77-78). Royer-Collard refusera d'entrer au Ministère au motif qu'« à l'attrait du pouvoir – où la domination aristocratique limite la promotion bourgeoise – il préfère son magistère parlementaire, exercice d'un gouvernement de la parole où il excelle » (*ibid*., p.78).

1817 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.36.

1818 *Ibid*., p.36-37.

1819 *Ibid*., p.37.

1820 *Ibid*., p.41.

« défendre la Charte constitutionnelle et à lui donner la forme d'un système »[1821].

Dans un discours prononcé à la Chambre au début de la Seconde Restauration, il explique que « la monarchie reconstituée par la Charte est une monarchie mixte, dans laquelle plusieurs pouvoirs concourent avec le pouvoir royal »[1822]. Se plaçant en théoricien d'une Restauration modérée[1823], il rejette clairement la monarchie absolue. Il est favorable à la monarchie telle qu'elle est rétablie en 1814 qui prévoit que le Roi exerce une certaine collaboration dans l'exercice de la puissance législative tout en lui assurant la maîtrise complète de la puissance exécutive. Néanmoins, Royer-Collard rejette le modèle anglais[1824]. Contrairement à l'Angleterre où la Chambre des communes est l'institution dominante, l'« influence de direction » doit être possédée, pour lui, par le pouvoir royal car « la France ne possède ni la Constitution, ni l'histoire, ni l'aristocratie, ni les abus que l'on trouve outre-Manche »[1825]. Le publiciste est, en effet, fortement attaché à la prééminence royale. À la différence de Benjamin Constant, il n'envisage pas de cantonner la royauté à un « pouvoir neutre » qui serait chargé d'assurer le fonctionnement équilibré des « pouvoirs actifs » que sont le ministère, les Chambres et les tribunaux[1826].

406. Or, si une telle position semble quelque peu contradictoire avec les convictions libérales de Royer-Collard, celle-ci est, en réalité, le fruit de ses propres présupposés juridiques et politiques. Au point de vue juridique, Royer-Collard, « s'appuyant sur la lettre de la Charte et l'esprit de son Préambule, soutient que le roi personnifie seul la souveraineté »[1827]. Reprenant le principe de l'unité du pouvoir d'État, il souligne que le monarque détient « la plénitude du pouvoir exécutif, choisissant souverainement ses ministres [et] il contrôle encore le pouvoir législatif puisqu'à lui seul est réservée l'initiative des lois »[1828]. Dès lors, de cette suprématie royale, le libéral conservateur en arrive à la conclusion que « l'initiative royale (…) constitue la nature de notre gouvernement, de

1821 *Ibid*.
1822 Royer-Collard, Opinion de Royer-Collard...sur le second rapport de la Commission des élections, Séance du 24 février 1816, Paris : Impr. De Hacquart, Bnf, 8° Le 62, 922, p.2.
1823 J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, Revue Française d'Histoire des Idées Politiques 2008/1, n°27, p.92. Il ressort en effet des discours de Royer-Collard que s'il fut partisan d'une « révolution sans la Révolution » et de la Royauté « légitime » sans l'Ancien Régime, il a cherché à lier les contraires pour résoudre la crise de la France post-révolutionnaire (et post-impériale) (*ibi*d., p.75).
1824 Comme le note Jean-François Jacouty, « les Doctrinaires, par rigueur intellectuelle, cèdent moins à l'anglomanie ambiante : ainsi Guizot et, surtout, Royer-Collard qui, au contraire de Mme de Staël, veulent tenir meilleur compte des différences entre les deux pays » (J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, op.cit., p.87).
1825 A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, op.cit., p.7. À cet égard, Royer-Collard estime en effet que : « le jour où le gouvernement sera à la discrétion de la majorité de la Chambre ; le jour où il sera établi que la Chambre peut repousser les ministres du Roi, et lui en imposer d'autres qui seront ses propres ministres, et non les ministres du Roi ; ce jour-là, c'en est fait, non pas seulement de la Charte, mais de notre royauté (…) ce jour-là, nous sommes en République » (cité par P. De Barante, La vie politique de M. Royer-Collard. Ses discours et ses écrits, Paris : Didier, 1861, t.1, p.217).
1826 Cf. B. Constant : « la royauté plane au-dessus des agitations humaines, des dissentiments sans lesquels nulle liberté n'existe...» (ch. II), Constant (B.), Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France, Paris : Eymery, 1815, 321 p.
1827 J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, op.cit., p.92.
1828 *Ibid*., p.91.

sorte que l'unité morale de la société respire dans le monarque héréditaire »[1829]. Autrement dit, la France de la Restauration a fait le choix, à ses yeux, d'un gouvernement monarchique. En outre, malgré un attachement profond et sincère à la prééminence royale tout au long de sa vie[1830], la défense de la prépondérance royale par Royer-Collard obéit également à des considérations tactiques, en raison de la proximité des doctrinaires avec le pouvoir en place sur laquelle nous reviendrons[1831].

407. La théorie de Royer-Collard[1832] exerce une grande influence intellectuelle sur l'un des chefs de file des doctrinaires « dont il patronne la carrière politique naissante »[1833], François Guizot. Celui-ci procède à un approfondissement de ses idées dans son ouvrage « *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France* »[1834] datant de 1816. À travers ce manuscrit, il s'agit pour Guizot, alors maître des requêtes au Conseil d'Etat, de dire ce qu'il pense de « la nature du gouvernement représentatif, de la Charte, de la session de 1815, et de l'état actuel de la France »[1835]. Il vise surtout également à répondre à une brochure qui vient d'être publiée intitulée « *Du ministère dans le gouvernement représentatif* » de 1815 qui est l'œuvre d'un royaliste converti au régime parlementaire à l'anglaise et membre de la chambre des députés, le baron de Vitrolles, dans laquelle il expose sa conception du pouvoir royal et de la responsabilité des ministres[1836]. À l'opposé de celui-ci, Guizot refuse de concevoir que le Roi, qui est inviolable, soit un pouvoir inactif devant

1829 Cité par J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, op.cit., p.91. Sa position en faveur d'une omnipotence royale lui vaudra de fortes critiques d'« illibéralisme », par exemple de la part de Prosper Duvergier de Hauranne qui lui reprochera d'avoir introduit « dans le Gouvernement Représentatif les idées de la monarchie pure » (D. Duvergier de Hauranne, Histoire du Gouvernement Parlementaire en France, 1814-1848, 10 vol., Paris : M. Lévy et Frères, 1857-1872, t. III, 1859, p. 364).

1830 Dans un discours du 3 juin 1824, il réaffirme, en évoquant le Roi, que « seul il agit, seul il commande, seul il est l'auteur de la loi » (cité par J.-F. Jacouty, Tradition et modernité..., op.cit., p.91, note 49). Il nuance tout de même son propos puisqu'il souligne dans ce même discours – qui est dicté par les circonstances étant donné qu'il se trouve dans la position d'opposant politique - que « le Roi est un pouvoir régulateur qui marche avec les autres » (*ibid*.).

1831 Comme le note Michel Pertué, « de 1814 à 1830, l'idée que Royer-Collard se faisait de la Charte ne fut pas (…) simple et rectiligne car le combat politique lui imposa des variations pour rester fidèle à lui-même » (M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.48). De même, au regard du contexte européen, « une monarchie légitime et forte lui paraissait indispensable tant pour répondre au desideratum de l'Europe que pour équilibrer au sommet de l'État la démocratisation de la société (mais) ce conservateur ne récusait pas les conquêtes essentielles de la Révolution » (M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.47). Il souhaitait que cette monarchie, « imposée par la nécessité, soit assez puissante pour être en mesure de résister à la volonté de revanche des forces naguères défaites par la Révolution, mais qu'ele se laisse cependant guider par la raison, la seule vraie souveraine à ses yeux, pour produire l'ordre et l'unité qui sont la finalité d'un gouvernement » (*ibid*.).

1832 Royer-Collard ne traite pas spécifiquement de l'inviolabilité royale et de ses conséquences sur la responsabilité des ministres. S'il a pu être défendu que, dans sa conception, l'inviolabilité découlerait de sa légitimité de droit divin, il semble qu'il récuse, « selon les jansénistes, (…) « providentialisme » et droit divin de la Monarchie – tout en soulignant sa primauté » (J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, op.cit., p.93). Au contraire, selon lui, la légitimité du monarque repose « sur un droit historique, (…) une tradition politique dont l'ancienneté, à le suivre, entretient de solides sentiments de respect et d'affection pour « la race royale » » (*ibid*.). Par conséquent, « assurée par la transmission héréditaire de la couronne – que les Révolutions de 1789 et 1830 ont d'ailleurs confirmée – cette tradition offre la meilleure garantie de continuité politique, donc d'autorité de l'État » (*ibid*.).

1833 J.-F. Jacouty, Tradition et modernité..., op.cit., p.78.

1834 F. Guizot, Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France, Paris : Maradan, 1816, 80 p.

1835 F. Guizot, Du gouvernement de la France depuis la Restauration et du ministère actuel, op.cit., préface, p.V.

1836 L'épigraphe de la brochure du baron de Vitrolles est significative à cet égard : « *The King cannot do wron*g. La personne du Roi est inviolable. Charte Const. Art.13 », Vitrolles (E.-F.-A. de), Du Ministère dans le gouvernement représentatif, Paris : Chez Dantu, 1815, 80 p.

laisser la maîtrise des affaires publiques au gouvernement subordonné à la Chambre, représentante de l'opinion populaire. Car la mise en œuvre d'une telle doctrine signifierait l'abolition de la royauté et l'apparition de la République[1837]. Au contraire, reprenant l'idée centrale de Royer-Collard, il soutient que le monarque doit « exercer effectivement [son] pouvoir », tout en devant en connaître « la réalité et l'étendue comme les devoirs et les bornes »[1838]. De ce point de vue, cette conviction s'appuie sur le postulat identique à celui de Royer-Collard qui est celui du *principe de l'unité du pouvoir d'État*. Comme l'affirme Guizot, l'autorité souveraine est placée « entre les mains du Roi et du Roi seul, dans toute sa liberté comme dans toute sa plénitude. Il en est le seul possesseur, seul dispensateur »[1839]. Par conséquent, il refuse tout transfert de pouvoir du monarque vers le ministère, « ce quatrième pouvoir » dont « on ne sait plus d'où il vient, ni ce qu'il est dès qu'on le sépare du pouvoir royal »[1840]. Or, pour justifier une telle distinction entre le Roi et les ministres, Guizot souligne que les penseurs libéraux et les royalistes modérés se sont appuyés sur « deux principes constitutionnels dont on a prétendu déduire cette nécessité : l'inviolabilité du Roi et la responsabilité des ministres »[1841].

408. Or Guizot donne une toute autre interprétation de l'inviolabilité, qui entraîne des effets institutionnels radicalement différents. Il commence, en effet, par rappeler l'essence, le but et l'étendue de l'inviolabilité. Cette protection place « le Roi considéré comme individu, dans une enceinte sacrée et hors de l'arène où il peut avoir, comme souverain, des combats à livrer et des attaques à repousser [et] met la personne du Roi à l'abri des dangers qui pourraient menacer son pouvoir, et lui garantir que jamais il n'aura à répondre individuellement des motifs ou des conséquences de sa conduite royale »[1842]. Au vu de cette description, l'inviolabilité n'est pas donc, à ses yeux, une cause de l'effacement de son pouvoir mais constitue plutôt une incitation à son *renforcement*. Dans sa définition, il n'y a « rien qui réduise le Roi à l'inaction, qui oblige le monarque à se renfermer dans ce fort destinée à la sûreté de l'homme ; il semble, au contraire, que ce gage de sûreté personnelle doive lui donner plus de sécurité et de force dans l'exercice de ses hautes fonctions »[1843]. Distinguant clairement l'inviolabilité de l'infaillibilité[1844], Guizot défend

1837 *Ibid*., p.21.
1838 *Ibid*., p.33-34.
1839 *Ibid*., p.34-35. Illustrant son propos, Guizot ajoute à cet égard qu'au Roi « seul appartient, de fait comme de droit, et le pouvoir exécutif, et la part réservée à la couronne dans la puissance législative » (*ibid*., p.35).
1840 *Ibid*., p.35.
1841 *Ibid*..
1842 *Ibid*., p.35-36.
1843 *Ibid*., p.36.
1844 Comme l'affirme Guizot, « laissez faire l'ambition aidée de la flatterie ; elle convertira l'inviolabilité du Roi en infaillibilité ; et comme l'infaillibilité du Roi ne saurait se concilier avec la responsabilité du gouvernement responsable, et que les ministres, qui, n'étant ni inviolables, ni infaillibles, sont seuls responsables, doivent être considérés comme un pouvoir distinct et même indépendant du pouvoir royal » *(ibid*., p.36). Or une telle thèse, facteur d'affaiblissement du monarque, est également dangereuse selon Guizot pour la stabilité du pouvoir exécutif : « dénaturant (…) toutes les idées, substituant à la belle et indispensable prérogative de l'inviolabilité, le privilège absurde et illusoire d'une infaillibilité prétendue, le parti qui se sert de ces misérables artifices reléguera le Roi dans une pompeuse impuissance ; et, se débarrassant du respect qu'impose l'autorité souveraine, attaquera hardiment des agents secondaires, à qui il ne croira devoir aucun ménagement » (*ibid*., p.36-37).

l'idée de la compatibilité de l'inviolabilité du Roi et de la responsabilité des ministres sans dépossession de la prédominance royale. Il combat, à cet égard, la fiction « misérable » qselon laquelle si le Roi gouverne, la responsabilité des ministres est injuste dans la mesure où « comment les blâmer, comment les poursuivre pour des actes de gouvernement qui ne seront peut-être pas de leur fait, qui peut-être même seront contraires à leur opinion ? »[1845].

Au contraire, Guizot met en avant l'idée que le roi et les ministres, loin d'être distingués, forment un seul pouvoir. Recourant lui-même à une fiction, il considère que l'unité du pouvoir exécutif découle du fait que « les hommes qui acceptent le ministère auquel cette condition est attachée, déclarent par-là, ou que les intentions et les opinions du Roi sont assez conformes aux leurs, ou qu'ils espèrent acquérir sur sa raison assez d'influence, pour ne pas craindre de se compromettre en exécutant ses volontés »[1846]. En cela, les actes des ministres ne sont pas indépendants de la volonté du Roi – et *vice versa* -, ce qui fait du monarque un acteur plein et entier au sein des institutions. En effet, pour le doctrinaire Guizot, « il n'y a (…) dans la responsabilité ministérielle, ni dans l'inviolabilité royale, aucune raison de considérer le Roi comme étranger aux actes du ministère, et les actes du ministère comme étrangers à la volonté du Roi »[1847]. Le Roi et les ministres agissent de concert, même si l'impulsion appartient au monarque[1848] . Comme le souligne Guizot, « c'est le Roi qui veut et agit, qui seul a le droit de vouloir et le pouvoir d'agir » tandis que « les ministres sont chargés d'éclairer sa volonté », consubstantielle à leur responsabilité[1849]. Ainsi, Guizot en arrive à la conclusion que le lien entre l'inviolabilité du Roi et la responsabilité des ministres n'est pas un obstacle à la puissance royale compte tenu de l'unité du pouvoir exécutif. La responsabilité ministérielle « a pour but, comme tout le système représentatif, de régler le pouvoir par le pouvoir même : loin de séparer les ministres du Roi, elles les unit de la manière la plus intime »[1850]. Ce devoir de collaboration entre le Roi et les agents ministériels est même obligatoire puisque la responsabilité ministérielle les « oblige à ne laisser ignorer [au Roi] aucune des idées, aucune des vérités qu'il a besoin de connaître pour ne pas leur ordonner ce qui pourrait un jour les mettre en péril »[1851]. D'ailleurs, à ses yeux, ce principe unitaire du pouvoir exécutif, qu'il appelle « la fusion des pouvoirs »[1852], régit les institutions anglaises. Les décisions se font, « non pas au nom personnel du Roi, non pas au nom personnel des ministres, mais au nom du gouvernement, parce que le Roi, les ministres et le parti

1845 *Ibid*., p.37-38.
1846 *Ibid*., p.38.
1847 *Ibid*., p.39.
1848 Pour Guizot, « sans la volonté du Roi, (les ministres) ne sont rien, ne peuvent rien ; et quiconque prétend distinguer les ministres du Roi, ne travaille au fait qu'à les désunir » (*ibid*., p.39).
1849 *Ibid*. Dans le système de Guizot, le devoir de conseil des ministres est inhérent à leur condition et à leur responsabilité : il est « une nécessité qui leur est imposée par leur situation » (*ibid*., p.39).
1850 *Ibid*., p.39.
1851 *Ibid*., p.38. Guizot ajoute en effet que la responsabilité des ministres « est un asile dans lequel ils peuvent se réfugier pour combattre des volontés qui leur paraîtraient funestes, comme l'inviolabilité est un asile pour le Roi contre l'esprit de sédition et de révolte » (*ibid*.). Ainsi, par exemple, si le Roi « cède à l'avis de ses ministres, c'est sans doute parce qu'il aime mieux les garder que d'en prendre d'autres qui seraient plus faciles et plus hasardeux » (*ibid*., p.39).
1852 *Ibid*., p.39-40.

ministériel forment en fait, par le concours de la volonté royale et des lumières ministérielles, le gouvernement tel qu'il doit être, lorsque les institutions représentatives sont atteint à leur maturité »[1853]. Contrairement à l'interprétation de Vitrolles, Guizot juge que l'expérience anglaise est la démonstration que « la responsabilité du gouvernement à la façon anglaise ne signifie pas, quant à la puissance royale, un dessaisissement pour l'action »[1854]. En définitive, pour le libéral conservateur, la Charte ouvre la porte à la prédominance du chef de l'État qui peut conduire une politique personnelle, en dépit de son inviolabilité et de la responsabilité des ministres.

409. En réalité, la théorie de l'inviolabilité royale des doctrinaires Royer-Collard et Guizot, qui rejoint indubitablement la position des royalistes modérés comme Charles de Saint-Hilaire fils, François Dominique de Reynaud de Montlosier[1855] ou encore Abel François Villemain[1856], obéit au

1853 *Ibid*., p.40. C'est pourquoi, selon Guizot, lorsqu'un ministre fait une proposition de loi, « tout le monde sait qu'il parle d'après les intentions du gouvernement tout entier ; ce n'est point parce que le Roi et le ministère sont deux pouvoirs distincts, dont l'un est inviolable et l'autre responsable ; c'est, au contraire, parce que personne ne prétend distinguer le Roi du ministère, qu'on trouve inutile et inconvenant à la fois de prononcer dan les débats un nom dont l'autorité n'ajouterait rien à celle des propositions ministérielles » (*ibid*., p.40) mais il revient aux ministres de supporter « seuls les désagréments de la discussion comme de la responsabilité des mesures » (*ibid*., p.40). De ce pont de vue, tout en reconnaissant qu'il doit y avoir un lien entre la majorité parlementaire et le gouvernement, Guizot estime que c'est au premier de piloter la seconde et non à cette dernière de s'imposer au gouvernement (*ibid*., p.39).

1854 L. Jaume, Naissance du libéralisme et interprétations de la Charte, op.cit., p.6.

1855 Les royalistes n'ont pas tous la même interprétation du rôle du Roi au sein de la Charte du 4 juin 1814. On peut déceler au moins trois nuances différentes au sein de courant, entre les royalistes radicaux, les royalistes modérés et les royalistes convertis au régime parlementaire selon la tripe distinction opérée par Lucien Jaume (cf. L. Jaume, Naissance du libéralisme et interprétations de la Charte, op.cit., p.4-5). Par exemple, dans le chapitre II de son ouvrage *De la monarchie française depuis le retour de la Maison de Bourbon jusqu'au premier avril 1815*, en date du 1817, Montlosier démontre la supériorité du Roi sur l'ensemble des pouvoirs en vertu du principe de l'unité du pouvoir : « Le Roi, en France, n'a pas seulement à lui seul toute la puissance exécutive, il est de plus le seul législateur : ce n'est pas tout ; il est le seul magistrat, le seul juge, le seul notaire. Aucun individu, aucun corps n'exerce collectivement avec le roi, aucune puissance ; toute puissance émane de lui et est enfermée en lui. Dans cette doctrine, le roi peut tout, le roi fait tout » (F. D. de Reynaud de Montlosier, De la monarchie française depuis le retour de la Maison de Bourbon jusqu'au premier avril 1815. Considérations sur l'État de la France à cette époque ; Examen de la Charte Constitutionnelle, de ses défectuosités et des principes sur lesquels l'ordre social peut être recomposé, Paris : Imprimerie de Cabuchet, 2ème éd., 1817, p.11-12). Dans le même sens, Charles de Saint-Hilaire fils, au travers de sa brochure « *Commentaire sur la Charte constitutionnelle pour répondre aux plaintes des libéraux sur sa prétendue violation* » dans lequel il procède à une interprétation exégétique de chaque article de la Charte de 1814 dans le but de contredire « le parti libéral, ou anarchique (car ces deux épithètes sont maintenant synonymes), (qui) ne cesse de crier que la charte est continuellement violée, qu'elle est détruite presque de fond en comble, et sacrifiée entièrement aux passions du parti ultra-royaliste » (C. de Saint-Hilaire fils, Commentaire sur la Charte constitutionnelle pour répondre aux plaintes des libéraux sur sa prétendue violation, Paris : Chez Ponthieu, 1823, p.3) procède à une interprétation de l'inviolabilité du Roi au regard de l'article 13 de la Charte. Dans une période de domination au pouvoir des Ultras depuis l'entrée en fonction du ministère Villèle en décembre 1821, il observe que cet auguste privilège fait l'objet de vives contestations de la part des libéraux : « de tous les articles de la Charte, c'est celui-ci (...) auquel ses prétendus défenseurs tiennent le moins (étant donné que) les libéraux ont de la peine à considérer la personne du roi comme inviolable et sacrée » (*ibid*., p.13). Or, pour légitimer cette protection exorbitante, Saint-Hilaire fils fonde l'inviolabilité du Roi sur la responsabilité des ministres dans la mesure où il déclare : « quant à la responsabilité des ministres, les attaques violentes auxquelles ils sont journellement en butte, prouvent bien que (l'article 13) de la charte n'est pas tombée en désuétude » (*ibid*., p.14). Ses convictions personnelles ultra-royalistes dictent sa conception de l'inviolabilité royale et son bien-fondé : « s'il se trouvait que (quelques articles de la Charte) seraient violées, je le dirais franchement, quand même cette violation tournerait à l'avantage du parti royaliste ; mais cette supposition est entièrement idéale, car le parti royaliste n'est autre chose que le parti du roi, et servir le roi, c'est servir la patrie, et défendre les institutions qu'il lui a données » (*ibid*. p.4).

1856 Abel François Villemain possède un statut particulier qui le distingue des autres penseurs, qui sont souvent des hommes politiques ou des juristes de profession, puisque celui-ci est professeur à la faculté de lettres. Aussi dans son ouvrage « *Le Roi, la Charte et la Monarchie* », paru en 1816, il défend une conception active des pouvoirs du roi, en dépit de son inviolabilité. Pour lui, l'inviolabilité du Roi ne constitue pas un empêchement à un pouvoir actif du monarque. La raison en est simple : La Charte de 1814 est l'expression de son pouvoir constituant, ce qui implique qu'il

moins à deux sources d'explication qui sous-tendent leur système. S'il a été démontré que la défense de la prépondérance royale s'appuie, d'une part, sur le postulat théorique de l'unité du pouvoir d'État attribuée au Roi, des facteurs externes tenant à leur situation politique expliquent, d'autre part, cette interprétation constitutionnelle. Comme l'observe Alain Laquièze, « leur préoccupation est de défendre les institutions politiques issues de la Charte et la politique libérale de Louis XVIII [tant qu'ils sont] proches des allées du pouvoir »[1857], et notamment des ministères modérés du duc de Richelieu puis de Decazes. Mais une fois dans l'opposition après l'assassinat du duc de Berry[1858], « ils mettent en sourdine leurs convictions royalistes et se convertissent à une conception parlementaire du régime »[1859]. Ils finissent par reconnaître à la chambre élective un caractère franchement représentatif afin de lui donner un rôle plus actif dans la direction des affaires, en étroite collaboration avec les ministres, au détriment du Roi. Ce revirement ressort clairement dans la brochure de François Guizot intitulée « *Du gouvernement de la France depuis la Restauration et du ministère actuel* », datant de 1820[1860]. Contre la tendance des Ultras à revenir à l'esprit des

en soit le directeur et l'interprète. Il déclare en effet : « nous disons, avec nos adversaires : le Roi légitime, rappelé sur le trône, revenait investi de la pleine puissance ; il en a usé par l'acte le plus imposant et le plus décisif de sa volonté personnelle. Il a donné la Charte ; et vous voudriez que le lendemain d'une concession si favorable à la liberté, mais qui découlait d'une si haute puissance, la volonté qui avait donné la Charte n'eût plus le droit de se montrer pour la défendre » (A. F. Villemain, Le Roi, la Charte et la Monarchie, Paris : [s.n.] 1816, p.29). En outre, la responsabilité des ministres n'est pas non plus une raison à la passivité du Roi : « dans quelque monarchie que ce soit, la volonté personnelle du monarque a toujours une force prodigieuse. La responsabilité des ministres ne consiste pas dans la suppression de cette volonté, mais dans l'impuissance de l'invoquer jamais, pour justifier des actes illégaux, ou des abus de pouvoir, ce qui serait une absurdité et un blasphème. Le Roi est irresponsable ; le Roi est inviolable et sacré ; mais il n'a point perdu le droit de parler à son peuple, de l'éclairer, de l'avertir » (*ibid*., p.31). Il fustige à cet égard les libéraux d'opposition qui s'appuie sur la doctrine anglaise pour étouffer les pouvoirs du Roi : « *Acte ministériel*, s'écrient quelques hommes ; depuis que le Roi a donné la Charte, il s'est ôté à lui-même le pouvoir de manifester sa volonté personnelle ! Et là-dessus on invoque la constitution anglaise, la responsabilité des ministres. Mais vous qui méconnaissez, qui annulez dans vos théories la volonté du Roi ne vous a-t-on pas vus longtemps vous faire une arme de la supposition de cette volonté ? » (*ibid*., p.29-30). Il estime que les institutions françaises divergent de celles des anglais en ce qu'ils n'en sont pas les auteurs : « ces rois d'Angleterre, que la théorie relègue dans une sphère inaccessible, ces rois, dont la volonté ne doit jamais paraître dans l'action de leur gouvernement, ne sont pas les auteurs de la constitution Anglaise. Ils sont nés sous son empire. (…) Le Roi, (…) par sa volonté (…), paraît le plus sûr défenseur de cette Charte qu'il a donnée à la France ; grande et utile popularité, qui s'attache au Roi, et que veulent lui ravir ces commentateurs de la Constitution anglaise, qui travaillent à isoler le Roi de son propre ouvrage ; qui veulent le séparer de la Charte, au nom de la Charte même (*ibid*., p.30). Villemain dénonce donc la volonté des libéraux d'opposition et de certains royalistes de « réduire la royauté en France à l'imitation rigoureuse et précise de cette royauté anglaise » (*ibid*., p.32).

1857 A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, op.cit., p.7.

1858 Guizot abandonne en février 1820, après la réaction « ultra », « le poste de directeur général de l'Administration communale et départementale auquel Decazes l'avait appelé en 1819 et il doit également quitter son poste de Conseiller d'État en juillet 1820 après la révocation de ses amis Barante, Jordan et Royer-Collard » (P. Rosanvallon, Le moment Guizot, Paris : Gallimard, Bibl. Des sciences humaines, 1985, p.382). Privés de leurs fonctions officielles, « Royer-Collard et les Doctrinaires forment une opposition de « centre-gauche ». Mais lui cherche à rester au « centre » pour ne pas se mêler aux libéraux « indépendants », autres opposants jugés trop à gauche. Positionnement qui le conduira - contrairement aux autres Doctrinaires - à soutenir le ministère modéré de Martignac, successeur de l'ultra comte de Villèle, puis à être nommé président de la Chambre des députés par Charles X en 1828» (J.-F. Jacouty, Tradition et modernité..., op.cit., p.78).

1859 *Ibid*., p.7-8.

1860 Alors que la première édition comportait 79 pages, la seconde édition datant de 1820, largement augmentée, comprend plus de 328 pages : F. Guizot, Du gouvernement de la France depuis la Restauration et du ministère actuel, Paris : Librairie française de Ladvocat, 1820 (même s'il convient de consulter de préférence la 3ème édition de la même année qui est augmentée d'une préface conséquente). Il publie de plus successivement trois ouvrages qui vont faire de lui « l'un des publicistes libéraux les plus en vue » (P. Rosanvallon, Le moment Guizot, op.cit., p.382) : ce sont *Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France* (1821), *Des conspirations et de la justice politique* (1821) et *De la peine de mort en matière politique* (1822).

institutions de l'Ancien Régime[1861], il déclare dans le chapitre X, « De l'influence des Chambres sur la chute et la formation des ministères », que « c'est (...) le but et le résultat de l'existence seule des chambres, qu'elles travaillent sans cesse à former le gouvernement qui convient au pays, et que le gouvernement, formé par elles, puise à son tour dans leur sein son énergie et sa stabilité »[1862]. De même, ce tournant est visible dans la pensée de Royer-Collard à partir de l'année 1820, même s'il est moins flagrant. Loin d'envisager le pouvoir royal comme un pouvoir neutre et effacé, Michel Pertué souligne que Royer-Collard, « voulant conserver au roi un rôle directeur dans les affaires publiques, tout en reconnaissant de plus en plus à la chambre élective un droit grandissant de participation et de contribution à leur marche, (…) échoua à séparer nettement la mission exécutive du monarque de sa capacité législative et gouvernementale et à concilier la responsabilité des ministres avec l'inviolabilité du roi »[1863]. En définitive, l'inflexion de la pensée constitutionnelle des doctrinaires, dominée par les circonstances, amène à considérer pour certains qu'« il n'y a pas une doctrine doctrinaire [mais] il y a une politique doctrinaire »[1864].

On s'aperçoit donc que la théorie de l'inviolabilité des doctrinaires qui est conditionnée par le statut de l'interprète, loin de poursuivre un but de systématisation scientifique, répond surtout à un préoccupation politique.

B. L'inviolabilité du Roi comme source de son pouvoir arbitral : la vision des libéraux d'opposition et des royalistes anglophiles

Alors que la prérogative royale est défendue principalement par les libéraux de gouvernement comme nous l'avons vu, il apparaît que les ultras revendiquent les principes du gouvernement parlementaire au début de ce nouveau régime. S'ajoutent également à ces derniers, plus naturellement, les libéraux d'opposition, et en premier lieu Benjamin Constant, qui partagent aussi une lecture stricte de l'inviolabilité royale.

410. Les premiers à examiner et à théoriser quelque peu la question de l'inviolabilité royale sont les libéraux d'opposition. Ce courant, dominé par la figure imposante de Benjamin Constant, comporte

1861 F. Guizot, Du gouvernement de la France depuis la Restauration et du ministère actuel, op.cit., p.213.
1862 *Ibid*., p.283. Guizot, se rapprochant d'une lecture parlementaire de la Charte du 4 juin 1814, ajoute que « contester aux chambres une influence décisive sur la formation du ministère, ou demander aux ministres d'être forts sans l'appui des chambres, c'est refuser le gouvernement représentatif » (*ibid*., p.284).
1863 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.56-57.
1864 C. H. Pouthas, Guizot pendant la Restauration. Préparation de l'homme d'État (1814-1830), Paris : Plon, 1923, p.168. Sur ce point : P. Rosanvallon, Le moment Guizot, op.cit., p.382 ; R. de Nesmes-Desmarets, Les doctrines politiques de Royer-Collard, Paris : V. Giard et E. Brière, 1908.

d'autres noms tels que Jean-Denis Lanjuinais ou le Saint-Simon du début de la Restauration[1865]. Ces auteurs ont en point commun de soutenir « l'adoption du régime parlementaire et corrélativement l'existence d'un roi qui exerce des fonctions d'arbitrage, mais qui n'a pas nécessairement d'action positive »[1866]. Le premier d'entre eux, Benjamin Constant, considéré comme « le premier constitutionnaliste » par Lucien Jaume, opère une théorisation du pouvoir royal comme « pouvoir neutre ». Exposée dans plusieurs de ses ouvrages, notamment dans ses « *Réflexions sur les Constitutions* » et « *Principes de politique* »[1867], le « pouvoir modérateur » est la pierre angulaire de son système[1868]. Pour appréhender celui-ci, Constant commence par définir sa fonction, c'est-à-dire la finalité à laquelle chacune de ses actions est indexée. Indispensable à la garantie de la liberté[1869], ce pouvoir est « préservateur »[1870] en ce qu'il a pour objet essentiel de garantir le bon fonctionnement des institutions et éviter les conflits destructeurs entre les fonctions législative et exécutive. Constant exprime clairement cette mission du pouvoir neutre : « lorsque les pouvoirs publics se divisent, ils sont prêts à se nuire, il faut une autorité neutre qui fasse à leur égard ce que le pouvoir judiciaire fait à l'égard des individus. Le pouvoir préservateur est, pour ainsi dire, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs »[1871]. Aussi la possibilité d'un pouvoir réparateur et préservateur - dont Constant attribue la paternité à Clermont-Tonnerre - « est conditionnée par sa neutralité »[1872]. À cet égard, d'un point de vue organique, Constant estime, à plusieurs reprises, que le monarque est celui qui incarne idéalement le « pouvoir modérateur », le pouvoir intermédiaire dans une monarchie constitutionnelle[1873] au motif qu'il possède une légitimité traditionnelle, et non

1865 Il peut également être rattaché à ce courant deux autres juristes fondateurs du journal *Le Censeur* qui a défendu des idées libérales au cours de la Restauration, Charles Dunoyer, et Charles Comte. Le premier, qui a fait des études de droit à Paris et créé le Censeur en 1817 pour lutter contre le régime de la Restauration, n'a pas consacré d'ouvrages proprement dit aux questions constitutionnelles. Pour ce qui est du second, avocat à la Cour royale de Paris et professeur de droit à l'Académie de Lausanne, il est l'auteur d'un « Traité de législation, ou Exposition des lois générales : suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent, ou restent stationnaires », Paris : Chamerot, 1835, 4 vol. Cependant, cet ouvrage ne sera pas examiné dans le cadre de notre étude car son objet est étranger au droit constitutionnel et traite de l'influence de la morale et des mœurs sur la formation des lois.

1866 A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, op.cit., p.6.

1867 Plusieurs écrits de Constant, d'un contenu très semblable, énoncent la théorie du pouvoir neutre. On dénombre *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une Monarchie constitutionnelle*, essentiellement constitué de son *Esquisse de Constitution*, H. Nicolle, 1814, 186 p. (publié quelques jours avant l'édiction de la Charte de 1814) ; *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, A. Eymery, 1815, 330 p. ; *Cours de politique constitutionnelle* ou Collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif, 2e éd., Paris : Guillaumin et Cie., 1872, 642 p. ; De la responsabilité des ministres, Paris : H. Nicolle, 1815, 100 p. (ouvrage publié à la fin de la première Restauration) ; *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une Constitution républicaine dans un grand pays*, édition établie par H. Grange, Paris : Aubier, coll. Bibliothèque philosophique, 1991, 506 p.

1868 M.-A. Cohendet, L'arbitrage du président de la République, Archives de philosophie du droit, n°52, 2009, p.15-55 ; L. Sponchiado, La compétence de nomination du président de la République, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2017 ; L. Sponchiado, Des usages républicains de la thèse du « pouvoir neutre monarchique » de Benjamin Constant en France et en Italie, *in* M.-A. Cohendet, et A. Lucarelli (dir.), L'équilibre légitimité-responsabilité-pouvoir, Actes de la journée d'étude franco-italienne organisée le 7 novembre 2014 par l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'Università degli Studi di Napoli Federico II, à paraître aux éd. L'Harmattan.

1869 B. Constant, Principes de politique…, *in* id., Écrits politiques, op.cit., p.327.

1870 *Ibid*., p.335.

1871 B. Constant, Fragments …, op. cit., p. 390 ; Réflexions sur les Constitutions…, op. cit., p. 8 ; Cours de politique constitutionnelle, op.cit., I, p.3.

1872 L. Sponchiado, La compétence de nomination du Président de la Cinquième République, Thèse de doctorat en droit public, Paris 1, 2015, p.148.

1873 Constant affirme effectivement dans son *Cours de politique constitutionnelle* que « la monarchie constitutionnelle

pas élective. En d'autres termes, « l'hérédité de la Couronne se présente comme la principale des garanties de la neutralité du monarque »[1874]. Son impartialité est caractérisée par le fait qu'il représente, du fait de son statut, « un être à part, supérieur aux diversités des opinions (…) ne pouvant jamais rentrer dans la condition commune, inaccessible en conséquence à toutes les passions que cette condition fait naître »[1875].

411. À ce titre, Constant opère un lien de causalité entre la neutralité du Roi et son inviolabilité. Il affirme effectivement que « la neutralité du pouvoir royal [est la] condition essentielle et inséparable de l'inviolabilité royale »[1876]. Répondant à une nécessité fonctionnelle, cette protection exorbitante lui permet d'assurer au mieux son pouvoir modérateur. De cette manière, selon Constant, le pouvoir intermédiaire que représente le monarque « plane (…) au-dessus des agitations humaine »[1877] et « crée, (…) sans lequel nulle liberté n'existe, une sphère inviolable de sécurité, de majesté, d'impartialité, qui permet aux dissentiments de se développer sans péril, tant qu'ils n'excèdent pas certains limites, et qui, dès que le danger s'annonce, y met un terme par des moyens légaux, constitutionnels, et dégagés de tout arbitraire »[1878].

Pour Constant, c'est la neutralité du Roi qui implique la responsabilité des ministres. Plus précisément, à côté de l'inviolabilité du monarque, Constant fait découler du caractère impartial de la royauté un second principe. Il s'agit de la distinction entre, d'un côté, le monarque, et, de l'autre, les ministres responsables qui détiennent le pouvoir exécutif. Le chef de file des libéraux déclare effectivement que la Charte de 1814, « en établissant la responsabilité des ministres, sépare clairement le pouvoir ministériel du pouvoir royal. Le seul fait que le monarque est inviolable, et que les ministres sont responsables, constate cette séparation »[1879]. À travers cette division, le but est de garantir la stabilité et la sérénité du pouvoir neutre. Comme le note l'illustre publiciste, « la responsabilité des ministres est la condition indispensable de toute monarchie constitutionnelle. C'est cette responsabilité qui place le Roi dans une sphère à part, au-dessus de toutes les agitations du Gouvernement proprement dit »[1880].

a ce grand avantage, qu'elle crée ce pouvoir neutre dans la personne du Roi » (B. Constant, Cours de politique constitutionnelle, op.cit., I, p.1). À l'inverse, dans une République, Constant considère que ce pouvoir neutre doit être élu selon un mode complexe et censitaire qui établit un corps nombreux et conservateur du fait des conditions d'âge, d'expérience et de richesses requises (*v.* B. Constant, Fragments …, op. cit., p. 437-438).

1874 L. Sponchiado, La compétence de nomination du Président de la Cinquième République, op.cit., p.151.

1875 B. Constant, Principes de politique (…), op. cit., p. 45.Pour mener à bien sa mission, le Roi dispose du pouvoir de révoquer les ministres ou encore de procéder à la dissolution de la Chambre. Cependant, en libéral conséquent, Constant encadre de garde-fous le pouvoir neutre du roi : d'une part, ils « tiennent à ses propres attributions : le pouvoir intermédiaire ne peut rien commander aux individus, d'autre part, (ils) tiennent à ses membres, à l'état d'esprit qui les anime et qui les porte, pour subsister au sein d'un organe pérenne, à « préserver ». Les conditions d'élection de ce corps conservateur retentissent ainsi sur la psychologie des individus qui le composent » (J.-P. Feldman, Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant, RFDC, 2008/4, n°76, p. 695).

1876 B. Constant, Cours de politique constitutionnelle, op.cit., I, p.3.

1877 B. Constant, Principes de politique (…), op. cit., p. 328.

1878 *Ibid.*, p.327.

1879 *Ibid.*, p.323.

1880 B. Constant, De la responsabilité des ministres, op.cit., p.1. Constant ajoute : « en distinguant entre le pouvoir

Toutefois, la contrepartie de cette responsabilité réside dans le fait que le pouvoir ministériel devient le pouvoir actif sans lequel le pouvoir royal ne peut rien faire[1881] – tout en sachant que le pouvoir royal « n'est pas un pouvoir passif mais le pouvoir neutre »[1882]. Constant suggère ainsi « en même temps les deux sens du terme de responsabilité, à savoir rendre des comptes et exercer le pouvoir »[1883]. Cette liaison est effectivement très nette dans sa pensée : « si on ne considérait [les ministres] que comme des agents passifs et aveugles, leur responsabilité serait absurde et injuste, ou du moins il faudrait qu'ils ne fussent responsables qu'envers le monarque, de la stricte exécution de ses ordres. Mais la constitution veut qu'ils soient responsables envers la nation, et que dans certains cas les ordres du monarque ne puissent leur servir d'excuse. Il est donc clair qu'ils ne sont pas des agents passifs »[1884].

412. La théorie constantienne du pouvoir royal détermine le positionnement de la pensée libérale d'opposition. La même année, sans pouvoir déterminer exactement la part d'emprunt ou d'imitation, Henri de St-Simon développe une conception analogue du « pouvoir réglant ou modérant »[1885]. En revanche, contrairement à Benjamin Constant, le reste des auteurs fonde l'inviolabilité du Roi sur la responsabilité des ministres, et non sur sa neutralité. Jean-Denis Lanjuinais, juriste, parlementaire et ancien rédacteur de la Constitution de l'an III[1886], livre une conception de la prérogative royale quasi-similaire. Il l'expose succinctement, plus tardivement, en 1819 dans son ouvrage

royal et le pouvoir exécutif ou ministériel, elle fait du premier une autorité neutre et préservatrice qui départage les pouvoirs actifs en cas de dissentiment, et qui, demeurant toujours calme parce qu'elle n'est jamais compromise, rétablit le repos, en faisant cesser les luttes, et l'action, en écartant les obstacles » (*ibid*.).

1881 Selon Constant, « le pouvoir ministériel, bien qu'émané du pouvoir royal, a cependant une existence réellement séparée de ce dernier : et la différence est essentielle et fondamentale, entre l'autorité responsable, et l'autorité investie de l'inviolabilité » (B. Constant, Principes de politique (…), op. cit., p. 328).

1882 J.-P. Feldman, Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant, op.cit., p.694-695.

1883 A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, op.cit., p.6.

1884 B. Constant, De la responsabilité des ministres, op.cit., p.1. Le grand constitutionnaliste réfléchit également à la question de l'inviolabilité dans un régime républicain : *v.* B. Constant, Principes de politique (…), op. cit., p. 331-333.

1885 Saint-Simon, De la réorganisation de la société européenne ou de la nécessité et des moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique, en conservant à chacun son indépendance nationale, Paris : Delaunay, 1814, p.43. A travers cette brochure, il s'agit pour le comte de Saint-Simon de rechercher quelle est « la meilleure constitution possible » (*ibid*., p.48), et il en arrive à la conclusion de la constitution anglaise : « depuis près de cent ans que l'Angleterre, en achevant sa révolution, a établi chez elle cette forme de gouvernement dans toute sa plénitude, ne l'a-t-on pas vue accroître tous les jours sa prospérité et sa puissance ? » (*ibid*.). Or, pour lui, « les Française se sont donnés la constitution anglaise, et tous les peuples de l'Europe se la donneront successivement, à mesure qu'ils seront éclairés pour en apprécier les avantages » (*ibid*., p.63). C'est pourquoi il préconise la mise en place par la France et l'Angleterre d'un Parlement commun, « chargé de régler les intérêts des deux nations (par rapport au) reste des peuples de l'Europe » (*ibid*.). Ce faisant, sa conception de l'autorité royale consiste en la description du modèle anglais. Pour lui, « comme un seul homme est plus capable que plusieurs ensemble de cette unité de vue par laquelle on embrasse d'un même coup d'œil toute l'étendue d'une question : ainsi, le pouvoir des intérêts généraux, si l'on veut qu'il soit bien administré, doit être placé entre les mains d'un seul » (*ibid*., p.40). Le monarque peut remplir parfaitement cette mission puisqu'« intéressé à la grandeur et à la gloire de la nation, qui est la sienne propre, libre des liens qui attachent tout autre citoyen à une certaine portion de l'État qu'il préfère à toutes les autres, il ne peut avoir, dans tout ce qu'il propose d'autres vues que des vues générales, d'autres intérêts que des intérêts généraux » (*ibid*., p.40-41). Cependant, même si le Roi joue un rôle de garant de l'intérêt général tel que le pouvoir neutre de Constant, St-Simon attribue le « pouvoir intermédiaire » qu'il appelle le « pouvoir modérant ou réglant » à la Chambre des pairs (*v. ibid.*, p.43).

1886 Jean-Denis Lanjunais fut professeur de droit, avocat et jurisconsulte ainsi que parlementaire de 1789 à 1827 de manière presque continue. Sur ce point : Y.-A. Durelle-Marc, Jean-Denis Lanjuinais, juriste et parlementaire (1753-1827) : une biographie politique », Parlement[s], Revue d'histoire politique, 2009/1, n° 11, p. 8-24.

« *Constitutions de la nation française...* »[1887], qui représente, pour Yann-Arzel Durelle-Marc, « l'un des premiers traités de droit constitutionnel contemporain »[1888]. Celui-ci a pour objet de faire l'analyse et la critique raisonnées du droit issu de la Charte, ce qui le conduit à l'examen des constitutions françaises depuis 1789. « Important dans son contexte politique »[1889], il présente la qualité d'offrir « l'expertise du juriste, la clarté du pédagogue et il s'enrichit de l'expérience et du regard d'un acteur de premier plan »[1890]. Cependant, inscrites dans l'époque des professeurs politiques, « « *les Constitutions de la nation française…* » valent profession de foi autant qu'acte politique »[1891]. Ce faisant, comme Constant, il affirme que le Roi est « le directeur ou modérateur, ou le préservateur, de toutes les autorités du royaume »[1892] et ce de manière exclusive[1893], en plus de ses attributions de co-législateur et de chef de l'exécutif. Sa mission médiatrice est de « prévenir et terminer toute lutte pernicieuse, entretenir ou rétablir l'harmonie nécessaire entre les grandes autorités »[1894]. Pour cela, il dispose de plusieurs attributions dont Lanjuinais donne plusieurs exemples : la proposition exclusive de la loi, le refus ou l'accord de la promulgation, la nomination et la création de nouveaux pairs, la convocation, l'ajournement et la dissolution des Chambres, le droit de grâce et la commutation des peines, la nomination et la révocation des ministres ou encore la distribution de récompenses et faveurs. Cependant, Lanjuinais se distingue de Constant dans le sens où il ne fait pas dépendre l'inviolabilité du Roi de sa neutralité, qui n'est qu'occasionnelle dans sa conception, mais de la responsabilité des ministres. Comme le souligne le parlementaire et professeur de droit, « les ministres sont responsables pour que le Roi ne le soit jamais »[1895]. L'auguste prérogative royale est une obligation au regard de sa fonction même : « c'est à ce prix seul, affirme-t-il, qu'on assure, avec la paix et la prospérités publiques, la stabilité du trône et de la dynastie »[1896].

Mais, comme pour Constant, l'une des conséquences classiques de la responsabilité des ministres est de leur donner, pour Lanjuinais, un pouvoir davantage actif, doté d'une volonté propre, même si le Roi peut toujours les révoquer[1897]. Elle a pour effet d'« agrandir leur autorité (et) la rend assez

1887 J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la Charte, et un recueil de pièces corrélatives, Paris : Baudouin, 1819, 2 vol.
1888 Y.-A. Durelle-Marc, Jean-Denis Lanjuinais, juriste et parlementaire (1753-1827) : une biographie politique », op.cit., p.23. L'auteur ajoute qu'après la publication de son manuel, « Lanjuinais persévère ensuite dans ces questions de droit constitutionnel, en éditant plusieurs textes et en publiant des critiques (dans la Revue Encyclopédique) » (*ibid*., p.23-24).
1889 *Ibid*., p.23.
1890 *Ibid*.
1891 *Ibid*.
1892 J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la nation française, op.cit., p.198.
1893 Lanjuinais déclare effectivement : « le pouvoir modérateur est réservé à la personne du Roi exclusivement » (J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la nation française, op.cit., p.198).
1894 *Ibid*.
1895 *Ibid*., p.270.
1896 *Ibid*.
1897 Lanjuinais déclare à cet effet que : « Le Roi est inviolable, à la condition que les ministres soient responsables : cependant à lui seul appartient la puissance exécutive : c'est dire assez qu'il en délègue le détail à des ministres qu'il nomme et remplace à volonté ; mais qu'étant responsables, les ministres sont les dépositaires spéciaux du pouvoir

distincte de celle du Roi »[1898]. Toutefois, il convient de noter que parmi les libéraux opposants, Lanjuinais occupe une place à part dans la mesure où, comme le note Alain Laquièze, il juge, « de manière très pragmatique, que les relations entre le roi et ses ministres sont sujettes à évolution sans exclure une possible prépondérance royale »[1899]. Un passage retient, à cet égard, l'attention. Traitant de la fonction du Roi, il affirme que « pour qu'il y ait une liberté régulière, il faut une autorité médiatrice directoriale, modératrice, neutre à certains égards, absolue sous d'autres rapports »[1900].

En fin de compte, dans la conception lanjuinaisienne, l'inviolabilité du Roi n'est pas un obstacle, selon les circonstances, à un pouvoir directeur de sa part en tant que titulaire exclusif du pouvoir exécutif et ce, en dépit de la responsabilité assumée par les ministres. Thèse favorable à la puissance du Roi, il apparaît ainsi que la conception de Lanjuinais apparaît quelque peu *contradictoire* puisqu'il est difficile de comprendre qu'une même autorité, en l'espèce le monarque, puisse, à la fois, exercer impartialement sa mission tout en étant le chef de l'exécutif[1901], c'est-à-dire être une autorité agissante et neutre. Il n'en reste pas moins que, de manière classique, l'inviolabilité du monarque est formellement rattachée à la responsabilité des ministres comme pour l'ensemble des penseurs de ce courant, ce qui conduit à en faire un pouvoir arbitral. Aussi il s'avère que leur lecture se rapproche fortement du système anglais : la responsabilité ministérielle permet au roi de n'agir que sous le couvert du ministère et dans la mesure où cette action est en phase avec l'opinion du pays.

413. *Curieusement*, une partie bien spécifique des royalistes a une communauté de vues avec la position des libéraux d'opposition. En effet, les royalistes convaincus par le parlementarisme anglais, tels que le baron de Vitrolles et François-René de Chateaubriand, conçoivent l'inviolabilité du roi comme la source de son pouvoir arbitral. Le premier, membre de la Chambre des députés, présente sa doctrine dans sa brochure « *Du ministère dans le gouvernement représentatif* » publiée en 1815, qui donne « intellectuellement le ton de l'argumentation ultra »[1902] et contre laquelle Guizot répondra vivement. Il expose clairement les principales conditions qui s'imposent pour obtenir un gouvernement représentatif à l'image du régime parlementaire anglais[1903]: ce sont

exécutif royal, tant qu'il plaît au Roi de les conserver » (*ibid.*, p.222).

1898 *Ibid*., p.270.

1899 A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, op.cit., p.6-7.

1900 *Ibid*. p.198.

1901 À cet égard, la thèse du pouvoir neutre de Constant semble plus cohérente puisque l'illustre constitutionnaliste souligne qu' « on perd cet immense avantage (de la neutralité du Roi), soit en rabaissant le pouvoir du monarque au niveau du pouvoir exécutif, soit en élevant le pouvoir exécutif au niveau du monarque » (B. Constant, Principes de politique (…), op. cit., p. 328). Son pouvoir arbitral doit donc être étranger à toute participation au pouvoir exécutif.

1902 *Ibid*., p.76.

1903 Vitrolles explique en effet sa démarche intellectuelle à travers cet ouvrage : « j'ai essayé de prouver qu'il y avait des conséquences nécessaires à l'établissement du gouvernement représentatif ; que ce système exigeait des conditions dans le ministère, et que ces conditions étaient telles, que le ministère devait, sous l'influence d'un chef, former un corps intermédiaire entre le Souverain, qui le crée et donne à chacun de ses membres une direction continuelle, et les Chambres, qui lui prêtent leur appui et sont les juges de ses actions » (E.-F.-A.Vitrolles, Du Ministère dans le gouvernement représentatif, Paris : Chez Dantu, 1815, p.80).

l'inviolabilité du monarque, la responsabilité des ministres, les liens qui doivent attacher le ministère à la majorité de la Chambre et l'unité du ministère distinct du roi. Concernant les deux premières conditions, la responsabilité des ministres est, pour le royaliste anglophile, le corollaire obligé de l'inviolabilité du Roi. Examinant la finalité de l'inviolabilité du roi, il souligne que celle-ci a vocation à garantir sa sécurité, sa « dignité, et même son existence politique »[1904]. Le monarque ne peut pas en effet exercer directement et par lui-même le pouvoir car « dans le système représentatif, le *Souverain*, en qui réside toute l'action du Gouvernement, n'aurait pas encore de garanties suffisantes [et] il serait personnellement attaqué, soit par la Chambre héréditaire, toutes les fois qu'elle pourrait l'accuser de changer la forme ou la distribution des pouvoirs ; soit par la Chambre élective, toutes les fois que ses actes et ses déterminations n'auraient pas exactement la tendance de l'opinion publique »[1905]. Par voie de conséquence, pour éviter une lutte perpétuelle contre l'autorité souveraine, Vitrolles érige au rang de premier principe du gouvernement représentatif *l'inviolabilité du monarque*[1906]. En outre, de cette protection, il résulte que le Roi doit consentir « à ne jamais exercer [le pouvoir] que par des intermédiaires ». La responsabilité des ministres découle donc de ce premier principe. Les ministres sont considérés par Vitrolles comme « des intermédiaires continuellement amovibles (…) qui, en acceptant cette honorable mission, soient toujours prêts à s'offrir en sacrifice, si les principes et les actes de leur administration sont susceptibles d'être attaqués par l'opinion, soutenue de la force des lois »[1907]. Par ce dispositif, il s'agit de « défendre et maintenir l'autorité royale, afin d'éviter non seulement les attaques et les chocs, mais même les plus légères atteintes qu'elle pourrait éprouver, et pour détourner (…) les coups que les passions porteraient à l'autorité et à la succession légitime »[1908]. Or, ce transfert de responsabilité nous renseigne sur le rôle du Roi au sein des institutions de la Charte de 1814. En affirmant que le Roi est inviolable et les ministres sont responsables, Vitrolles fait du monarque un pouvoir « inactif »[1909], dans la mesure où, contrairement à l'idée de Guizot, tout acte de gouvernement devant être contre-signé par un ministre, et entraînant sa responsabilité, « on ne saurait l'attribuer au

1904 *Ibid*., p.9.
1905 *Ibid*.
1906 S'inspirant du modèle anglais et citant un axiome général de la loi anglaise exprimée par Blackstone dans son ouvrage *Commentaries on the Laws of England* (livre I, chap. III, p.137), Vitrolles déclare en effet que « le premier principe du Gouvernement représentatif, est que la personne du Souverain est inviolable, comme disent les lois anglaises, « qu'il ne peut pas faire le mal » » (A. Vitrolles, Du ministère dans le gouvernement représentatif, Paris : Dentu, 1815, p.9-10).
1907 *Ibid*., p.10.
1908 *Ibid*. Vitrolles ajoute en effet que « la responsabilité des Ministres est un véritable rempart pour l'autorité royale ; car tous les moyens que les Ministres auraient pour échapper à la condamnation que l'opinion publique prononce contre eux, tourneraient au détriment du Roi ; il cesserait de trouver dans le ministère ce bouclier qui doit le défendre (…) : le Roi serait personnellement compromis à l'instant où les Ministres, condamnés par l'opinion, échapperaient à l'exécution de ce jugement » (*ibid*., p.20). À cet égard, comme le note Pierre Rosanvallon, Vitrolles va « bien au-delà des approches antérieures (quant à la responsabilité des ministres). Il ne se contente plus d'envisager le renvoi des ministres pour cause d'incapacité ou de malversation individuelle (responsabilité pénale) mais il soulignait pour la première fois que la perte de confiance pouvait concerner collectivement le ministère, lorsqu'une rupture s'établissait entre lui et l'opinion majoritaire » (P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.77).
1909 Expression de François Guizot : cf. F. Guizot, Du gouvernement représentatif et l'état actuel de la France…, op.cit., p.15.

Roi qui est inviolable, et le ministre, qui est responsable, ne saurait être contraint par le Roi contre sa propre opinion »[1910]. Dans la théorie de Vitrolles, le pouvoir de direction appartient donc au ministère, qui est nécessairement et pour tous ses actes, indépendant du Roi, bien que ce dernier nomme et révoque formellement les ministres. Néanmoins, influencé par le parlementarisme anglais, Vitrolles estime que le ministère reste dépendant de la majorité des chambres, « principaux organes de l'opinion populaire »[1911]. En définitive, Guizot résume la théorie de Vitrolles de la manière suivante : « le gouvernement se compose donc, I°. du Roi, pouvoir inviolable mais inactif ; 2°. du ministère, pouvoir agissant, mais subordonné à un troisième pouvoir ; 3°. celui de l'opinion publique, pouvoir indépendant et souverain, il est vrai, mais qui agit nécessairement par l'organe d'un quatrième pouvoir ; 4°. celui de la majorité de la Chambre des Députés, son seul interprète légitime »[1912].

414. Un second penseur, François-René de Chateaubriand, royaliste anglophile, à l'origine écrivain de renom[1913], va populariser également la théorie du régime parlementaire à travers son ouvrage qui connaît un franc succès[1914], « *De la monarchie selon la Charte* »[1915], publié en septembre 1816[1916] – juste après la dissolution de la Chambre introuvable prononcée le 5 septembre 1816 -. Alors pair et ministre d'État[1917], il esquisse « une théorie complète du gouvernement de cabinet »[1918], même si un

1910 Guizot exprime ici la doctrine de Vitrolles : « voilà la théorie dans toute sa simplicité et sa rigueur ; les bases en ont été posées avec beaucoup d'adresse et de réserve dans la brochure que nous avons (…) citée (*Du Ministère dans le gouvernement représentatif*, 1815) » (F. Guizot, Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France, op.cit., p.16).

1911 A. Vitrolles, Du ministère dans le gouvernement représentatif, op.cit., p.5.

1912 *Ibid*., p.15-16.

1913 Comme le note Guy Berger, « l'entrée de Chateaubriand en politique à partir d'avril 1814 fut emblématique d'une nouvelle époque. Alors qu'il était considéré comme le premier écrivain de sa génération, il entreprit à partir de ce moment une seconde carrière d'homme politique, qu'il poursuivit avec opiniâtreté jusqu'en 1833. Elle lui permit d'être tour à tour ou simultanément un essayiste, voire un propagandiste, écouté, un journaliste réputé, un haut fonctionnaire politique de premier rang, ambassadeur à Berlin, Londres et Rome, un membre du gouvernement, comme ministre des affaires étrangères, un membre influent de l'état-major d'un parti politique, un grand parlementaire enfin, intervenant régulièrement, pendant près de quinze ans, à la tribune de la Chambre haute » (G. Berger, Chateaubriand et la politique, La revue des Anciens Élèves de l'École Nationale d'Administration, n° hors-série, Politique et littérature, décembre 2003, p.1).

1914 Sur la large diffusion de cette œuvre : cf. C. Cassina, Note sur la diffusion des écrits politiques en 1816, Revue de la Société d'histoire de la Restauration et de la monarchie constitutionnelle, 1989,n°3, p. 11-14.

1915 Chateaubriand, De la monarchie selon la Charte, Paris : Imprimerie De le Normant, 1816. Par cet ouvrage, Pierre Rosanvallon juge que Chateaubriand a été le « grand instituteur parlementaire des royalistes » (P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.80).

1916 Aux yeux de Chateaubriand, cet ouvrage constitue un tournant dans sa carrière intellectuelle : « La publication de la *Monarchie selon la Charte* a été une des grandes époques de ma vie : elle m'a fait prendre rang parmi les publicistes, et elle a servi à fixer l'opinion sur la nature de notre gouvernement » (Chateaubriand, De la monarchie selon la Charte, in Grands écrits politiques, Paris : Imprimerie nationale, 1993, vol.1, p.221).

1917 Ses fonctions imposent, selon Chateaubriand, de s'exprimer : « comme pair de France, je dois dire la vérité à la France, et je la dirai. Comme ministre d'État, je dois dire la vérité au Roi, et je la dirai. Si le Conseil dont j'ai l'honneur d'être membre était quelquefois assemblé, on pourrait me dire ; « parlez dans le conseil ». Mais ce conseil ne s'assemble pas : il faut donc que je trouve le moyen de faire entendre mes humbles remontrances, et de remplir mes fonctions de ministre » (Chateaubriand, De la monarchie selon la Charte, in Grands écrits politiques, op.cit., p.219.). D'ailleurs, il prend plusieurs exemples d'hommes au pouvoir qui ont écrit sur les matières d'État : « j'en trouverais plusieurs en France, et l'Angleterre m'en fournirait une longue suite. Depuis Bolingbroke jusqu'à Burke, je pourrais citer un grand nombre de lords, de membres de la chambre des communes, de membres du conseil privé, qui ont écrit sur la politique, en opposition directe avec le système ministériel adopté dans leur pays » (*ibid*., p.220).

1918 P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.80.

doute règne sur la nature pamphlétaire de celle-ci[1919]. Il commence par exposer sa conception du pouvoir royal, pivot du système parlementariste, dans son chapitre IV. Mais celle-ci est quelque peu paradoxale. Tout d'abord, il conteste l'idée que « dans un gouvernement représentatif, (…) le roi n'est (…) qu'une vaine idole, on l'adore sur l'autel, mais il est sans action et sans pouvoir »[1920]. Jugé comme une véritable erreur, le Roi de la Charte du 4 juin 1814 est, pour lui, « plus absolu que ses ancêtres ne l'ont jamais été, plus puissant que le sultan à Constantinople, plus maître que Louis XIV à Versailles »[1921]. En réalité, sa défense de la prérogative royale trouve sa justification dans les convictions religieuses de Chateaubriand. Monarque de droit divin, le Roi « ne doit compte de sa volonté et de ses actions qu'à Dieu »[1922]. De plus, sa puissance s'appuie également, à ses yeux, sur ses larges attributions constitutionnelles attribuées par la Charte du 4 juin 1814, qui touchent aussi bien le domaine législatif qu'exécutif dont il est la source[1923]. Autorité suprême en ce qu'il est « le premier dans l'ordre religieux, moral et politique, [tenant] dans sa main les mœurs, les lois, l'administration, la paix et la guerre »[1924], il est ainsi la pierre angulaire du système constitutionnel : « s'il retire cette main royale, tout s'arrête. S'il l'étend, tout marche. Il est si bien tout par lui-même, qu'ôter le roi, il n'y a plus rien »[1925].

415. Pour autant, tout en reconnaissant la primauté du Roi au sein des institutions, Chateaubriand l'atténue du fait de son inviolabilité. En effet, il confie aux ministres un rôle directeur compte tenu de leur responsabilité devant les chambres. Le royaliste chrétien lie en effet fortement la responsabilité du ministère à la protection du Roi. À cet égard, guidé par ses croyances religieuses, le privilège du Roi est, pour lui, d'origine divine : « Le roi dans la monarchie représentative, est une divinité que rien ne peut atteindre : inviolable et sacrée, elle est encore infaillible »[1926]. Autorité impénétrable, il ne peut commettre, par voie de conséquence, aucune erreur. C'est pourquoi Chateaubriand exige un roi qui soit « environné de ministres responsables, tandis qu'il s'élève au-dessus de toute responsabilité »[1927]. Cependant, à l'image de Vitrolles, cette irresponsabilité royale

1919 Comme le note Lucien Jaume, « quand le lecteur d'aujourd'hui relit *De la monarchie selon la Charte*, il est frappé par le double contenu de l'ouvrage qui se reflète dans l'incertitude de son statut (pamphlet ou essai théorique et constitutionnel?) » (L. Jaume, Chateaubriand, Grands écrits politiques. Présentation et notes de Jean-Paul Clément, Revue française de science politique, 43è année, n°5, 1993, p.866). Or il est indéniable aux yeux de Lucien Jaume que « l'aspect théorique et pérenne de l'ouvrage réside dans la lecture perspicace du modèle anglais qui anticipe sur le gouvernement de cabinet ; unité du ministère, initiative des lois, responsabilité entière des ministres (…), tribunal de l'opinion exprimée par la majorité, tous ces aspects sont clairement dégagés par le théoricien » (*ibid*., p.866-867).
1920 Chateaubriand, De la monarchie selon la Charte, in Grands écrits politiques, op.cit., p.232.
1921 *Ibid*.
1922 *Ibid*. Autorité religieuse, Chateaubriand précise, à cet égard, que le Roi est « le chef ou l'évêque extérieur de l'Église gallicane » (*ibid*.).
1923 A ce sujet, Chateaubriand souligne que le Roi, « seul, rejette ou sanctionne la loi ; toute loi émane donc de lui ; il est donc souverain législateur ; il s'élève même au-dessus de la loi, car lui seul peut faire grâce et parler plus haut que la loi. Seul il nomme et déplace les ministres à volonté, sans opposition, sans contrôle : toute l'administration découle de lui ; il en est donc le chef suprême. L'armée ne marche que par ses ordres. Seul il fait la paix et la guerre » (*ibid*.).
1924 *Ibid*.
1925 *Ibid*.
1926 *Ibid*., p.225.
1927 *Ibid*. Opérant un même lien de causalité, Chateaubriand affirme : « on peut tout examiner sans blesser la majesté royale, car tout découle d'un ministère responsable » (*ibid*.).

implique, en contrepartie, un pouvoir royal faible pour le publiciste et une grande liberté d'action du ministère. Lui-même inviolable au détriment de ses ministres responsables, « il est évident qu'il doit les laisser agir d'après eux-mêmes, puisqu'on s'en prendra à eux seuls de l'événement »[1928]. Chateaubriand ajoute : « s'ils n'étaient que les exécuteurs de la volonté royale, il y aurait injustice à les poursuivre pour des desseins qui ne seraient pas les leurs »[1929]. Il en résulte donc que la fonction du Roi est restreinte : il « juge, mais il ne force point le ministre »[1930]. Tous les actes du gouvernement « ne procède[nt] [pas] directement du Roi ; (…) tout est l'œuvre du ministère, même la chose qui se fait au nom du roi et avec sa signature, projets de loi, ordonnances, choix des hommes »[1931] dont ils assument, pour cela, la responsabilité. Dès lors, contrairement aux doctrinaires et aux royalistes modérés, la « doctrine sur la prérogative royale constitutionnelle »[1932] de Chateaubriand est liée à une dépossession de la puissance du monarque au profit de ministres responsables devant les chambres, représentantes principales de l'opinion populaire[1933], dans une monarchie représentative. Par la suite, ce point de vue sera également défendu par des publicistes monarchistes, tels que Charles-Guillaume Hello[1934] ou Thiers plus tard.

1928 *Ibid*.

1929 *Ibid*.

1930 *Ibid*. Chateaubriand développe le rôle précis du Roi à l'égard de ses ministres : « si le ministère obtempère à l'avis du Roi, il est sûr de faire une chose excellente, et qui aura l'assentiment général ; s'il s'en écarte, et que, pour maintenir sa propre opinion, il argumente de sa responsabilité, le roi n'insiste plus : le ministre agit, fait une faute, tombe ; et le roi change son ministre. Et quand bien même le roi, dans le conseil, eût adopté l'avis du ministère, si cet avis entraîne une fausse mesure, le roi n'est encore pour rien dans tout cela : ce sont les ministres qui ont surpris sa sagesse en lui présentant les choses sous un faux jour, en le trompant par corruption, passion, incapacité. (…) Rien n'est l'ouvrage du roi que la loi sanctionnée, le bonheur du peuple et la prospérité de la patrie » (*ibid*.). En d'autres termes, le Roi est chargé de vérifier la concordance du ministère avec la majorité parlementaire.

1931 *Ibid*., p.224.

1932 Expression provenant de Chateaubriand lui-même : Chateaubriand, De la monarchie selon la Charte, op.cit.,p.224.

1933 Comme Vitrolles, Chateaubriand estime que le ministère doit provenir de l'opinion publique et de la majorité des chambres. Il affirme effectivement que, dans une monarchie représentative, « c'est l'opinion publique qui était la source et le principe du ministère ; et, par une conséquence qui dérivait de celle-ci, que le ministère devait sortir de la majorité de la Chambre des députés, puisque les députés étaient les principaux organes de l'opinion populaire. C'était dire aussi que les ministres devaient être membres des Chambres, parce que, représentant alors une partie de l'opinion publique, ils entraient mieux dans le sens de cette opinion, et étaient portés par elle à leur tour. Ensuite le ministre-député se pénétrait de l'esprit de la Chambre, laquelle s'attachait à lui par cela seul qu'il était au nombre de ses membres et qu'il devenait le chef naturel des députés » (P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.81). V. sur ce point : Chateaubriand, De la monarchie selon la Charte, op.cit., chapitre XXIV. C'est pourquoi Chateaubriand accorde à la presse un rôle essentiel, en ce qu'elle est un « organe privilégié de l'opinion plurielle et mouvante au sein du corps social » (J.-P. Clément, Introduction : De Chateaubriand à Jules Ferry, in J.-P. Clément, L. Jaume, M. Verpeaux (dir.), Liberté, libéraux et Constitutions, op.cit., p.14). Ainsi, au final, pour Chateaubriand, « l'ordre constitutionnel se résout dans une sorte d'inter-changeabilité, d'équivalence entre la liberté et l'opinion » (*ibid*.), le gouvernement représentatif entretenant avec l'opinion un dialogue constant.

1934 Charles-Guillaume Hello, ayant suivi des études de droit à la faculté de Paris et avocat sous la Restauration, met à profit sa plume pour défendre la Charte et tente de « persuader de l'excellence de la monarchie constitutionnelle contre les nostalgies de l'Ancien Régime » (C. Chène, entrée Hello Charles-Guillaume, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), Dictionnaire historique des juristes français XIIè-XXè siècle, op.cit., p.524) à travers ses « *Essais sur le régime constitutionnel ou Introduction à l'étude de la Charte* », parus en 1827 - un an avant la rétablissement des chaires de droit public - qui fait l'objet de mesures de censure (même s'il prend la forme d'une allocation à un jeune home) et « lui donne la réputation d'un esprit d'avant-garde » (*ibid*.). Sa réédition, quelques jours avant la Révolution de juillet 1830, conduira à une large augmentation de son volume. A cet égard, il est important de souligner que Charles-Guillaume Hello emploie une méthode en droit constitutionnel qui se démarque des ouvrages antérieurs analysés : refusant un commentaire exégétique des articles de la Charte, il préfère dégager les principes non écrits qui en ressortent afin de faire du droit constitutionnel une science qui égale celle du droit civil. Remarquant que sous la Restauration « le droit public (français) est un désordre » (C.-G. Hello, Essais sur le régime constitutionnel…, Paris : Ponthieu et compagnie, 1827, p.90), il entreprend de « les réunir en corps de doctrine, et de les disposer dans l'ordre qui conduit à une démonstration. Le temps viendra où les principes de notre droit public seront fixés. Alors, sans doute, il aura ses

416. En définitive, on s'aperçoit que les royalistes anglophiles et les libéraux d'opposition partagent une vision quasi-similaire de l'inviolabilité royale qu'ils appréhendent comme la source de son pouvoir restreint. Ce faisant, ce sont paradoxalement une partie des ultras qui défendront les droits des chambres contre la prérogative royale au début de la Restauration. Cette position va notamment être celle de la nouvelle majorité ultra élue en 1815 à la Chambre des députés[1935], la fameuse « Chambre introuvable » selon l'expression de Louis XVIII, composée pourtant « d'hommes qui avait protesté, en 1814, contre la Charte, trouvant qu'elle allait trop loin dans les concessions à l'esprit libéral »[1936]. À cet égard, l'interprétation parlementaire de la Charte défendue par les ultras et théorisée par quelques royalistes tels que Vitrolles ou Chateaubriand, est tributaire, lors de la seconde Restauration, en réalité, à nouveau, de considérations d'ordre politique. Elle obéit à de simples calculs politiques puisque « craignant que Louis XVIII soit manipulé par les libéraux, les ultras réclament un pouvoir de contrôle accru pour la Chambre »[1937] de manière à imposer leur point de vue royaliste dans la conduite des affaires[1938]. Mais, *a contrario*, « lorsqu'ils auront conquis le pouvoir, au moment de l'entrée en scène du ministère Villèle en décembre 1821, ils abandonneront

Domat et ses Pothier, et l'on y verra, comme dans le droit civil, une véritable science. Jusque-là nos doctrines n'auront rien d'assez positif pour cesser d'être l'objet d'une controverse, et pour devenir la matière d'un enseignement » (*ibid*. p.6). Sa méthode est identique dans la seconde édition de son manuel de 1830 : son propos est symptomatique de l'évolution de la science du droit constitutionnel : « on a déjà fait de bons commentaires sur la Charte ; il n'est guère d'article important de notre loi fondamentale qui n'ait été l'objet d'excellentes dissertations ; on a rapproché de son texte les lois constitutionnelles qui lui servent de complément ; travaux utiles, dignes d'estime, qui se distinguent par bcp de science, de logique et de lucidité. *Ma méthode est différente ; je ne m'occupe de la législation écrite qu'accessoirement ; je cherche le droit constitutionnel en lui-même, indépendamment des textes, et j'entreprends de construire la science politique à l'aide de la philosophie, de l'histoire et de la jurisprudence* » (C.-G. Hello, Du régime constitutionnel, 2e éd., Paris : chez Gustave Pissin, 1830, préface, p.I, [Nous soulignons]). De ce point de vue, concernant la question de l'inviolabilité royale, il commence par observer que le monarque sous la Charte de 1814 ne possède pas un pouvoir absolu mais un « pouvoir institutionnalisé » (C.-G. Hello, Essais sur le régime constitutionnel...., p.91) d'où il en découle que « le régime constitutionnel met l'institution à la place de la volonté » (*ibid*.). Ainsi, de ce postulat, il en déduit que « le prince n'est plus un homme » et, dès lors « il ne peut agir (et) est politiquement incapable d'aucune action immédiate » (*ibid*., p.116) et par conséquent, « il ne peut donc pas mal faire » (*ibid*., p.119). Objectivant ce mécanisme, le privilège royal est donc, à l'image de Blackstone, le « corollaire de (s)on principe, de l'identité du prince avec l'institution » (*ibid*.), il « n'est point un privilège d'un être supérieur à toutes les fautes, c'est simplement une conséquence nécessaire de la mesure prise pour lui ôter le pouvoir d'en commettre » (*ibid*.). Dans le cas contraire, sans pouvoir d'action, la responsabilité du monarque « n'aurait pas de sens » *(ibid*.) : « sa volonté ne régnant plus (…), il serait injuste qu'il fût responsable ; il serait absurde qu'une institution le fût » (ibid.). Bien entendu, pour Hello, de manière classique, la responsabilité ministérielle est la contre-partie de l'inviolabilité royale : « le prince constitutionnel, affirme-t-il, ne peut se passer de l'intermédiaire des ministres » (*ibid*., p.117).

1935 Le député libéral Prosper de Barante élu à la Chambre des députés souligne ce paradoxe : « c'est nous qui étions dans le plus superstitieux respect de la prérogative royale, tandis que le parti royaliste réclamait la toute-puissance parlementaire » (P. de Barante, Souvenirs du baron de Barante, Paris : Calmann-Lévy, t.II, 1898, p.222).

1936 *Ibid*. Comme le note Pierre Rosanvallon, à partir de l'automne 1815, ce sont les ultras « qui allaient formuler et revendiquer avec insistance les principes du gouvernement parlementaire, à l'encontre des ministres ou de leurs partisans, les libéraux constitutionnels ». De manière symptomatique, le royaliste modéré membre de la Chambre des députés et favori de Louis XVIII, Elie Decazes, déclarera d'ailleurs : « dès le commencement de la session, ils s'étaient constitués en parti qui ne dissimule pas sa résolution d'imposer au ministère et au roi ses prétentions, ses volontés, ses colères » (cité par E. Daudet, Louis XVIII et le duc Decazes. 1815-1820 d'après des documents inédits, Paris : Librairie Plon, 1898, p.102).

1937 *Ibid*.

1938 Lors de la première Restauration, « l'interprétation parlementaire de la Charte découle essentiellement d'une recherche de cohérence dans l'action publique. La forme du gouvernement de cabinet apparaît nécessaire pour concilier efficacité et liberté » (P. Ronsavallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.75).

leur credo parlementaire »[1939]. Leur argumentation paradoxale est donc mue, principalement, par des préoccupations tactiques[1940].

417. On comprend donc que la question de l'inviolabilité royale entre 1814 et 1830, majoritairement laïcisée même si certains auteurs continuent sporadiquement de la rattacher à une origine divine[1941], fait l'objet d'un fort dissensus parmi les penseurs politiques – qui ne sont pas encore des professeurs de droit à proprement parler. Deux thèses concurrentes dictées par des intérêts stratégiques se confrontent. En effet, cette divergence d'interprétations sur cet objet n'est pas seulement, à l'analyse, qu'« une simple querelle de publicistes ou de partis ; elle est devenue la cause d'un affrontement institutionnel »[1942] entre les partisans d'un retour de l'Ancien Régime et ceux qui sont favorables à l'instauration d'un régime parlementaire calqué sur le modèle anglais[1943]. Dans la continuité, la réflexion substantielle des publicistes par rapport à l'inviolabilité du Roi les conduit à examiner une question qui lui est étroitement liée, c'est-à-dire la responsabilité des ministres et ses modalités.

1939 A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, op.cit., p.6.

1940 D'ailleurs, Guizot affirmera à l'égard de la théorie de Vitrolles : « sa situation lui a dicté sa théorie ; tous ses efforts ont tendu à attirer dans la Chambre où il dominait le pouvoir qu'il n'avait pu conquérir auprès du trône » (F. Guizot, Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France, op.cit., p.14).

1941 C'est le cas notamment de Charles Guibert, avocat à la Cour royale de Paris, dans son ouvrage « *Observations sur la Charte constitutionnelle donnée par S. M. Louis XVIII, le 4 juin 1814, et soumise, quant à quelques articles, à la révision de la puissance législative* », datant de 1815. L'objet de celui-ci est de « jeter sur le papier de simples notes pour inculquer dans ma mémoire la première lois des Français (et de) distinguer les quatorze articles soumis à la révision de la puissance législative » (C. Guibert, Observations sur la Charte constitutionnelle donnée par S. M. Louis XVIII, le 4 juin 1814, et soumise, quant à quelques articles, à la révision de la puissance législative, Paris : chez Testu et Cie, 1815, p.10) mais non d'entreprendre un commentaire exégétique puisque, selon lui, « la Charte constitutionnelle n'en a pas besoin : rédigée avec une grande clarté, une rare précision, elle se conçoit à la lecture » (*ibid*. p.9). De ce point de vue, Guibert se distingue de la pensée de l'ensemble des auteurs examinés à deux titres, que ce soit vis-à-vis de la nature de l'inviolabilité royale que de ses conséquences. A ses yeux, l'inviolabilité est d'essence divine : « nous regrettons amèrement qu'il ait été besoin de rappeler que la personne du Roi est inviolable et sacrée. Cette maxime innée, écrite dans tous les cœurs français, est fondée sur les raisons les plus imposantes. Dieu fait les Rois pour tenir sa place sur terre. Un Roi est donc le représentant de Dieu, (…) le père de la grande famille » (*ibid*., p.26). En outre, Guibert ne lie pas l'inviolabilité du monarque et la responsabilité des ministres : « il est nécessaire que des ministres aient toujours présent à la mémoire qu'ils doivent compte de leurs faits à la nation. Cette disposition est le véritable palladium de la liberté » (*ibid*., p.28). Mais son opinion reste minoritaire au sein de la doctrine publiciste de la Restauration.

1942 A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, op.cit., p.8.

1943 Finalement, la lecture parlementaire l'emportera sur celle monarchiste. Comme le note Alain Laquièze, « le rôle du roi Louis XVIII a été déterminant dans cette évolution parlementaire » (A. Laquièze, La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, op.cit., p.10) car « tout en étant attaché à la conception traditionnelle de la monarchie et éprouvant peu d'inclination pour le parlementarisme à l'anglaise, il se trouve néanmoins qu'il connaissait bien le fonctionnement du régime politique d'Outre-Manche » (*ibid*.). Cela justifie donc « qu'il ait eu, dès le début de la Seconde Restauration, une opinion arrêtée sur le fonctionnement des institutions ainsi que la ferme détermination d'accorder une grande liberté aux ministres » (*ibid*.) puisque « sous son règne, le cabinet qui n'est pourtant pas prévu par la Charte tend à s'affirmer comme une instance collective et autonome qui devient progressivement attributive de compétences qui étaient autrefois l'apanage du roi » (*ibid*.). Son successeur au cours de la Restauration, Charles X, ne bouleversera pas ce mouvement progressif vers le parlementarisme : « les ministères conservèrent leurs prérogatives en matière de nominations et même si le nouveau roi fut plus interventionniste dans les débats au sein du Conseil des ministres sur les questions importantes, c'est toujours le cabinet qui avait le dernier mot » (*ibid*., p.11). La Restauration marque donc la phase de naissance du gouvernement parlementaire.

§2. Le renouveau doctrinal de la problématique de la responsabilité pénale des ministres et de ses modalités

418. À partir de la Restauration, le questionnement relatif à la responsabilité pénale des ministres connaît un profond renouveau doctrinal. Les penseurs de cette époque s'emparent de cet objet relativement neuf. Cette tendance résulte, à la fois, de la reconfiguration inédite de la place des autorités ministérielles qui ne sont plus conçues comme les subordonnées des assemblées, et de l'affirmation du parlementarisme qui en fait des acteurs-clés du bon fonctionnement de ce type de régime politique. De manière significative, Benjamin Constant, l'un des penseurs précurseurs par rapport à ce thème de réflexion, note en effet dans son « *Cours de politique constitutionnelle* » de 1818, que lors de la parution de son ouvrage « *De la Responsabilité des ministres* », « la théorie de la responsabilité était alors si peu connue [en 1815], que je n'ai pas eu le bonheur de pouvoir profiter d'une seule des observations qui m'ont été faites »[1944].

419. Instituée par l'article 13 de la Charte du 4 juin 1814 qui dispose laconiquement que « [l]es ministres sont responsables », la responsabilité des ministres est engagée pour fait de trahison ou de concussion en vertu des articles 55 et 56 de la Charte[1945]. L'accusation est enclenchée par la Chambre des députés, l'accusé étant ensuite traduit devant la Chambre des pairs qui, seule, peut les juger. Le même article 56 de la Charte précise, en outre, que « des lois particulières spécifieront cette nature de délits, et en détermineront la poursuite ». Or c'est par le biais de « ces discussions portant sur la formalisation de la responsabilité pénale que [des publicistes] tentent d'introduire l'idée de responsabilité politique des ministres, tout particulièrement la responsabilité de type parlementaire »[1946]. Mais les penseurs politiques du début de la Restauration, ont une « difficulté à concevoir une responsabilité politique des ministres qui s'affranchisse complètement d'une acceptation pénale de la responsabilité »[1947]. Le thème de la responsabilité pénale des ministres provoque effectivement, dans la pensée constitutionnelle de la Restauration, une – nouvelle - controverse quant à la nécessité ou non d'une loi définissant les infractions et et les peines afin de mettre en œuvre l'article 56 de la Charte. Elle oppose les partisans d'une interprétation *pénaliste,* favorable à l'adoption d'une loi précise, à ceux d'une interprétation *constitutionnaliste* ou *politique,*

1944 B. Constant, Cours de politique constitutionnelle, op.cit., p.LVI.

1945 Article 55 de la Charte du 4 juin 1814 : « La Chambre des députés a le droit d'accuser les ministres, et de les traduire de vant la Chambre des pairs qui seule a celui de les juger » ; article 56 de la Charte du 4 juin 1814 : « Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion. Des lois particulières spécifieront cette nature de délits, et en détermineront la poursuite ».

1946 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.231.

1947 A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848), op.cit. p.151. Cependant, la doctrine constitutionnelle contemporaine ne partage pas unanimement cet avis : pour Nathalie Havas, « des auteurs, tels qu'Alain Laquièze ou encore Stéphane Rials, ont ainsi estimé que la distinction entre ces deux responsabilités n'était pas appréhendée à l'époque. S'il est certain que tous les acteurs (…) ne la maîtrisent pas encore parfaitement, la distinction est pourtant nettement acquise pour une partie d'entre eux » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.259).

favorable à une liberté des chambres en dehors de tout cadre légal (**A**), qui repose *en dernier ressort* sur une divergence relative à la nature de la Chambre des pairs en formation de jugement (**B**). Chacun des deux camps est guidé, à l'examen, par des revendications politiques qui visent, dans le premier cas, à asseoir un droit de contrôle sur l'activité gouvernementale, tandis que dans le second, à protéger la stabilité gouvernementale et le maintien de la prérogative royale. Mais ce débat naissant, qui voit se heurter deux positions bien distinctes au sein de la doctrine constitutionnelle, traversera cette discipline au cours des siècles.

A. La controverse doctrinale quant à l'obligation d'une norme législative définissant les infractions et les peines à l'encontre des ministres

420. À compter de la Restauration, deux thèses doctrinales voient le jour s'agissant de l'exigence d'une norme législative pour déterminer les infractions et les peines applicables devant la Chambre des pairs. La première, majoritaire au sein des penseurs politiques de cette époque, que l'on appellera la thèse constitutionnaliste ou politique, soutient l'inutilité de cette loi et, par conséquent, défend l'idée de la compétence discrétionnaire de l'organe législatif **(1)**. La seconde, minoritaire, considère que la responsabilité des ministres obéit à la responsabilité pénale de droit commun et requiert, dès lors, une loi qui encadre l'office de la juridiction de jugement d'après les principes cardinaux du droit pénal moderne **(2)**.

1. La thèse constitutionnaliste majoritaire : la dispense d'une loi encadrant la responsabilité politico-pénale des ministres

421. Dès la première Restauration, la thèse constitutionnaliste a été exprimée, en premier, par le publiciste Benjamin Constant dans plusieurs de ses ouvrages, que sont « *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* »[1948] ou « *De la responsabilité des ministres* »[1949]. Il l'inscrira d'ailleurs dans l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire comme nous l'avons vu. À cet égard, le second ouvrage constitue, pour Lucien Jaume, « la première tentative approfondie pour cerner la portée juridique de

1948 B. Constant, Principes de politique..., Paris : chez Alexis Eymery, 1815, 321 p. ; Pour une présentation sommaire : A. Laquièze, Constant Benjamin. Principes de politique applicables à tous les Gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France, *in* O. Cayla et J.-L. Halpérin (dir.), Dictionnaires des grandes œuvres juridiques, Paris : Dalloz, 2008, p. 102-111.
1949 B. Constant, De la responsabilité des ministres, Paris : Nicolle, 1815, 100 p.

la responsabilité ministérielle et pour définir les règles de sa mise en jeu »[1950]. Sa théorie sera une source d'inspiration pour de nombreux auteurs[1951], même pour certains qui n'appartiennent pas au courant libéral comme le monarchiste anglophile Vitrolles.

422. La *conception constitutionnaliste* repose sur l'idée que la responsabilité des ministres établie par l'article 13, 55 et 56 de la Charte de 1814 ne requiert aucune précision législative qui viserait à établir, à l'avance, les éléments constitutifs de l'infraction de trahison ou de concussion ainsi que les peines applicables. Pour ses partisans, il reviendrait, dès lors, à la Chambre des pairs d'y procéder discrétionnairement. Pour justifier une telle position qui peut sembler *a priori* liberticide, plusieurs arguments de nature différente sont convoqués. Le premier évoqué par Constant, d'ordre pratique, souligne l'impossibilité de légiférer sur de telles matières, étant donné qu'il est difficilement concevable de prévoir tous les cas d'actes matériels ou non répréhensibles commis par les membres du gouvernement. Cette liste est extensible à l'infini. Constant affirme en effet : « si chacune des manières de nuire à l'État devait être indiquée et spécifiée par une loi, le code de la responsabilité deviendrait un traité d'histoire et de politique, et encore ses dispositions n'atteindraient que le passé »[1952]. Par cette dernière remarque, Constant entend également souligner que cette législation est d'autant plus dangereuse que les ministres pourraient commettre à l'avenir de nouvelles fautes éventuellement condamnables sans que ces dernières n'aient été prévues par la loi. En d'autres termes, les ministres pourraient profiter des brèches, des lacunes ou des imprécisions de la part de la loi en question pour avoir l'idée de nouveaux faits répréhensibles, et ce en toute impunité. Cette loi serait donc une incitation à la transgression pour les ministres[1953]. Il est évident pour le publiciste

1950 L. Jaume, Le concept de « responsabilité des ministres » chez Benjamin Constant, Revue française de droit constitutionnel, 2000, n°42, p.227. Comme le note Nathalie Havas, Benjamin « distingue nettement les responsabilités pénale et politique et qu'il concevait la responsabilité gouvernementale devant le chef de l'État et devant les Chambres » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.260).

1951 Il est possible de citer le baron de Staël-Holstein, petit-fils de Necker. Celui-ci déclare à propos de la question de formalisation ou non de la responsabilité pénale des ministres : « en 1815, M. Benjamin Constant a porté sur quelques points de la question l'admirable lucidité de son esprit » (A.-L. Staël-Holstein, De la responsabilité des ministres, et du projet de loi sur le mode de procéder dans les deux chambres en cas d'accusation d'un Ministre, Paris : Delaunay, 1819, p.4). De ce point de vue, il partage un avis identique à celui de Constant sur ce point : pour lui, « d'après la charte, la chambre des députés est investie d'un pouvoir sans bornes pour la mise en accusation des ministres. (…) Les pouvoirs de la chambre des pairs pour juger les ministres sont, d'après la charte, aussi illimités que ceux de la chambre des députés pour les accuser. Les termes de notre constitution ne sont susceptibles d'aucune ambiguïté sur ce point » (*ibid*., p.7). Sa conviction s'appuie sur la lettre de la Charte de 1814 : « cette vérité (…) résulte évidemment des termes mêmes de notre loi fondamentale. En effet, les mots de trahison et de concussion sont des expressions tellement vagues, tellement générales qu'il n'y a aucun genre d'accusation qu'elles ne puissent embrasser par une application plus ou moins directe ; et à cet égard l'on ne saurait rendre trop de justice aux auteurs de la charte, si, comme j'aime à le croire, ils ont senti l'importance de laisser le champ le plus libre à l'action de la chambre des députés » (*ibid*.). Cependant, cette lecture est contestable dans la mesure où l'article 56 de la charte affirme expressément que « des lois particulières spécifieront cette nature de délits, et en détermineront la poursuite ». De même, quelques années plus tard, le libéral Duvergier de Hauranne s'inspire de la pensée de Constant puisqu'il déclare : « le droit général résultant de l'article 13 qui soumet les ministres à une responsabilité universelle, est évidemment indépendant des dispositions des articles 55 et 56, et n'a pas pu être déduit par elles » (J.-M. Duvergier de Hauranne, De l'ordre légal en France, et des abus d'autorité, Paris : Baudoin Frères, 1826, vol. 1, p.45).

1952 B. Constant, De la responsabilité des ministres, repris dans Cours de droit constitutionnel, op.cit., p.406.

1953 Comme le souligne Constant, « un ministre peut faire tant de mal, sans s'écarter de la lettre d'aucune loi positive, que si vous ne préparez pas les moyens constitutionnels de réprimer ce mal et de punir ou d'éloigner le coupable (car il s'agit beaucoup plus d'enlever le pouvoir aux ministres prévaricateurs, que de les punir), la nécessité fera trouver ces

qu'à cause de cette loi, « les ministres trouveraient facilement de nouveaux moyens de les éluder pour l'avenir »[1954].

En outre, Constant avance un second argument lié à l'essence de cette responsabilité. À ses yeux, la responsabilité ministérielle mise en place par l'article 55 et 56 est de nature *politique.* Elle recouvre, de ce fait, un nombre incommensurable de situations impossibles à fixer. Son opinion sur ce point est parfaitement tranchée : « la loi sur la responsabilité ne saurait être précise, ni détaillée, comme les lois communes [puisque] c'est une loi politique, dont la nature et l'application ont inévitablement quelque chose de discrétionnaire »[1955]. Il est donc indéniable pour le constitutionnaliste que « toute tentative pour rédiger sur la responsabilité des ministres une loi précise et détaillée, comme doivent l'être les lois criminelles, est inévitablement illusoire »[1956]. La nature politique de la responsabilité ministérielle conditionne, dès lors, la malléabilité infinie de son champ d'application et la spécificité de son régime juridique.

423. Le troisième argument avancé qui s'appuie sur le droit constitutionnel comparé est l'œuvre du monarchiste anglophile, le baron de Vitrolles[1957]. Comme Constant[1958], il n'est pas convaincu du caractère nécessaire de cette loi à la lumière de l'exemple anglais. Il observe effectivement qu'Outre-Manche, le principe de la responsabilité des ministres « n'a jamais été [établi] que d'une manière vague : l'usage seul en a complété et déterminé les conditions »[1959]. Or, pour le monarchiste, une telle loi a « l'inconvénient de déterminer d'une manière trop positive tous les cas de responsabilité »[1960] car, à l'image de Constant, il considère qu'en fixant trop précisément les cas de responsabilités des ministres, ces derniers chercheraient à la contourner au point d'en « affaibli[r]

moyens hors de la constitution même » (B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.392).

1954 B. Constant, De la responsabilité des ministres, repris dans Cours de droit constitutionnel, op.cit., p.406.

1955 B. Constant, De la responsabilité des ministres, op.cit., p.44. Constant insiste, à plusieurs reprises, sur cette idée : « les délits dont les ministres peuvent se rendre coupables, ne se composent ni d'un seul acte, ni d'une série d'actes positifs dont chacun puisse motiver une loi précise ; des nuances que la parole ne peut désigner, et qu'à plus forte raison la loi ne peut saisir, les aggravent ou les atténuent. » (B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.399).

1956 B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.399.

1957 Comme le note Nathalie Havas, « Vitrolles maîtrise la dichotomie entre les deux responsabilités (politique et pénale) » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.260). Ce dernier affirme effectivement : « (…) Il y a deux occasions où l'attaque de la Chambre peut porter sur tout le ministère, et dans ces cas, il n'y a ni lieu à accusation positive, ni à un jugement. Ainsi lorsque l'on se plaint de la conduite des affaires en général, ou du système politique adopté par le Cabinet, la Chambre demande ou peut demander le renvoi de tous les ministres, soit pour cause d'incapacité, soit parce qu'ils ont perdu sa confiance » (E.Vitrolles, Du ministère dans le gouvernement représentatif, op.cit., p.25-26).

1958 Constant évoque plus brièvement l'exemple du droit anglais : « aussi les Anglais, si scrupuleusement attachés (…), dans les objets qu'embrasse la loi commune, à l'application littérale de la loi, ne désignent-ils les délits qui appellent sur les ministres la responsabilité que par les mots très vagues de *high crime*s and *misdemeanours*, mots qui ne précisent ni le degré ni la nature du crime » (B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.392).

1959 Vitrolles, Du ministère dans le gouvernement représentatif, op.cit., p.16. Pour le baron de Vitrolles, la pétition des droits, présentée à Charles Ier et sanctionnée par ce dernier en 1628 est la seule loi qui a mis en place la responsabilité des Ministres – en ce qu'elle affirme qu'il « plaise (…) à Votre Majesté, dans sa gracieuse bonté pour le plus grand bien-être et plus grande sûreté de votre peuple, de déclarer, sous votre bon plaisir et de votre volonté royale, que, dans les cas ci-précités, tous vos officiers et tous vos ministres vous serviront suivant les lois et les statuts du royaume, comme preuve qu'ils ont à cœur l'honneur de Votre Majesté et la prospérité du Royaume ». Par la suite, « les différentes applications qu'on en fut en ont mieux réglé l'usage » selon lui (*ibid*., p.17).

1960 *Ibid*., p.18.

la disposition générale »[1961] de la responsabilité[1962]. Autrement dit, une formulation volontairement large est gage d'une meilleure conduite des ministres comparée à une loi détaillée : « cette crainte, vague, qui plane sur la tête des Ministres, devient pour eux une seconde conscience qui les accompagne dans tous les actes de leur ministère, et qui leur impose une bien plus grande réserve que des dispositions positives qu'ils trouveraient souvent le moyen d'éluder »[1963]. C'est pourquoi il regrette l'inscription de l'article 56 dans la Charte de 1814 : « nos lois ont déjà trop prononcé sur ce sujet. L'article 13 de la Charte, qui exprimait, l'un à côté de l'autre et dans le même article, l'inviolabilité du Roi et la responsabilité des ministres, comme principes absolus et inséparables, suffisait à toutes les garanties de l'avenir. Tout ce qui a été ajouté à l'article 56 rendra plus difficile l'application de cette détermination, qui devait rester indéfinie »[1964]. En outre, Vitrolles évoque un dernier défaut à l'encontre d'une loi minutieuse relative à la responsabilité des ministres : elle est un facteur de fragilisation de l'inviolabilité du Roi et de sa souveraineté. Fervent défenseur de ce privilège royal, l'indétermination de la responsabilité des agents ministériels est, pour lui, l'unique manière à ce que « la responsabilité des Ministres [soit] un véritable rempart pour l'autorité royale »[1965] puisque « tous les moyens que les Ministres auraient pour échapper à la condamnation que l'opinion publique prononce contre eux, tourneraient au détriment du Roi »[1966]. L'absence de responsabilité des ministres, résultant du silence de la loi sur une hypothèse bien précise, se reporterait sur l'autorité royale qui serait mise en cause. Il est indéniable pour Vitrolles que « le Roi serait personnellement compromis à l'instant où les Ministres, condamnés par l'opinion, échapperaient à l'exécution de ce jugement »[1967]. En définitive, il apparaît que le modèle anglais dans lequel « aucune loi écrite ne fixe les bornes de la responsabilité des ministres (...) »[1968] qui est « un des privilèges de la Chambre des communes »[1969] - sous réserve de la pétition des droits - est pour lui, le meilleur système étant donné que « ces privilèges sont indéfinis (…) et s'adaptent ainsi à toutes les circonstances »[1970]. Selon ces constitutionnalistes, l'élasticité du principe *général* de la responsabilité des membres du gouvernement présente donc plusieurs avantages dont il en découle plusieurs conséquences.

1961 *Ibid*.
1962 Vitrolles s'inspire ici de Constant qui avait développé la même idée : « si en ne dirigeant contre les ministres que des lois précises, qui n'atteignent jamais l'ensemble de leurs actes et la tendance de leur administration, vous les dérobez de fait à toutes les lois, on ne les jugera plus d'après vos dispositions minutieuses et inapplicables : on sévira contre eux d'après les inquiétudes qu'ils auront causées, le mal qu'ils auront fait, et le degré de ressentiment qui en sera la suite » (B. Constant, Principes de politique, p.393).
1963 Vitrolles, Du ministère dans le gouvernement représentatif, op.cit., p.19.
1964 *Ibid*.
1965 *Ibid*., p.20.
1966 *Ibid*.
1967 *Ibid*.
1968 *Ibid*.
1969 *Ibid*.
1970 *Ibid*. Le baron de Vitrolles en donne un exemple précis qui pourrait s'appliquer aux ministres du Roi : « La pétition des droits (…) de 1628, ne pouvait (…) pas prévoir le cas où un gouverneur général de l'Inde se rendrait coupable de malversations dans l'administration de ce vaste Empire, créé depuis 1756 ; et cependant, sous le régime actuel, la Chambre des communes a appliqué le principe de la responsabilité à Warren Hastings, quoique employé de la Compagnie et non du Roi, et l'a traduit devant la haute cour des Pairs, où il a été jugé » (*ibid*., p. 21).

424. Il s'ensuit, tout d'abord, pour Constant, que, eu égard à la nature politique de la responsabilité des ministres, ces derniers ne sont pas régis par le droit commun, et notamment par le droit pénal, lors de sa mise en œuvre. Véritable responsabilité exceptionnelle, ils peuvent être poursuivis en dehors de toute infraction à un texte pénal et frappés de sanctions arbitrairement déterminées par le « juge ». Il l'affirme strictement : « l'application de [cette] responsabilité nécessite des règles et des formes différentes de celles qui suffisent, lorsque tout peut être ordonné et prévu par la lettre de la loi »[1971]. Dès lors, les parlementaires, dans la mise en œuvre d'une procédure de révocation des ministres, sont libres de déterminer les faits qui constituent une faute et, lors du prononcé du jugement au terme d'une procédure singulière, d'en fixer librement les peines, indépendamment du principe pénaliste de la légalité des délits et des peines[1972]. Cette thèse de la liberté est, en outre, favorable à une définition immensément large des faits et actes reprochables aux agents ministériels ainsi qu'à une compétence discrétionnaire, et donc étendue, des Chambres. Toutefois, Constant est parfaitement conscient de la part d'arbitraire d'un tel dispositif qui risque de placer les ministres dans une situation défavorable et périlleuse : « tandis qu'on exige, pour les simples citoyens, la sauvegarde de la précision la plus exacte, et la garantie de la lettre de la loi, les ministres sont livrés à une sorte d'arbitraire exercé sur eux, et par leurs accusateurs et par leurs juges »[1973]. Mais le publiciste nuance une telle critique. Si « cet arbitraire est dans l'essence de la chose même »[1974] compte tenu de son caractère politique, il est adouci, d'un point de vue procédural, « par la solennité des formes, le caractère auguste des juges et la modération des peines »[1975] ainsi que par l'expérience constitutionnelle anglaise dépourvue de loi[1976].

En dépit de ces failles, cette interprétation des articles 55 et 56 de la Charte est partagée, comme le révèle Jean-Denis Lanjuinais qui n'est pourtant pas du même avis, par la majorité de la doctrine constitutionnaliste du début de la Restauration. Celui-ci déclare effectivement que « de l'aveu des

1971 B. Constant, De la responsabilité des ministres, op.cit., p.44.
1972 Constant déclare à cet égard à propos de la Charte de 1814 : « Notre constitution est (…) éminemment sage, lorsqu'elle accorde à nos représentants la plus grande latitude dans leurs accusations, et lorsqu'elle confère un pouvoir discrétionnaire au tribunal qui doit prononcer » (B. Constant, Principes du politique, op.cit., p.391).
1973 B. Constant, Principes du politique, op.cit., p.392.
1974 *Ibid*.
1975 *Ibid*. Il n'en reste pas moins que malgré la dureté de ce dispositif, Constant souligne que « le principe doit être posé : et il vaut mieux avouer en théorie ce qui ne peut être évité dans la pratique » (*ibid*.).
1976 Comme le déclare Constant, « ce qui me persuade que je ne suis pas un ami de l'arbitraire, en posant en axiome que la loi sur la responsabilité ne saurait être détaillée, comme les lois communes, (…) c'est que j'ai pour moi (…) l'exemple anglais, et que non seulement depuis cent trente-quatre ans la liberté existe chez eux, sans trouble et sans orage, mais que de tous leurs ministres, exposés à une responsabilité indéfinie, et perpétuellement dénoncés par l'opposition, un bien petit nombre a été soumis à un jugement, aucun n'a subi une peine » (B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.393). Cependant, Alain Laquièze n'est pas convaincu par ce dernier argument tiré du droit comparé dans la mesure où l'Angleterre est un « pays de droit principalement non écrit où les rapports entre les organes politiques s'effectuent selon des usages qui, en ce début du XIXème siècle, ne consacrent pas encore de manière achevée le régime parlementaire » (A. Laquièze, Les orogines du régime parlementaire en France…, op.cit., p.155).

plus habiles publicistes, ces termes, rapportés aux ministres, sont de la compréhension la plus étendue »[1977]. En comparaison, l'interprétation pénaliste est diamétralement opposée.

2. La thèse pénaliste minoritaire : l'exigence d'une loi définissant les infractions et les peines applicables

425. Dans la représentation dominante de la pensée constitutionnelle de la Restauration, les articles 55 et 56 de la Charte instituent une responsabilité *politique* des conseillers du Roi, ce qui rend inutile une loi définissant à l'avance les cas de mise en accusation, la procédure et les peines correspondantes. Néanmoins, d'illustres publicistes, en minorité, défendent un point de vue contraire. Ils se font les avocats d'une responsabilité de type *pénale* à l'examen des deux articles constitutionnels précités. Celle-ci exige impérativement, selon eux, l'adoption d'une loi pénale claire et précise au préalable, conformément aux principes cardinaux du droit pénal moderne issus de la Révolution.

426. À ce titre, les premières traces de la défense de la nécessité d'une loi pénale pour mettre en œuvre l'article 56 se manifeste chez l'avocat à la Cour royale de Paris, Charles Guibert, dans sa brochure de 1815. De manière extrêmement succincte, il remarque que « des lois ultérieures détermineront les espèces de délits dont les ministres auront à répondre, ainsi que la poursuite qui aura lieu contre eux » de telle sorte que « ces lois ne laisseront aucune explication à désirer »[1978]. De même, Chateaubriand en réclame l'adoption au motif que l'inaction du législateur bloque la mise en œuvre de la responsabilité des ministres. Selon lui, ces derniers « échappent aujourd'hui à toute responsabilité »[1979]. En cela, son inexistence paralyse par là-même l'une des fonctions de l'organe législatif qui est de contrôler l'exécutif : « Notre chambre des députés, note-t-il, serait parfaitement constituée si (…) la loi sur la responsabilité des ministres était faite ; mais il manque encore à cette chambre la connaissance de quelques-uns de ses pouvoirs, de quelques-unes de ces vérités filles de l'expérience »[1980].

1977 J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la Nation française..., op.cit., p.284. Lanjuinais rappelle l'opinion majoritaire : « les ministres ne peuvent être poursuivis devant les Chambres, qu'en cas de *trahison* ou de *concussion*. (…) (Ces termes) contiennent tous les crimes, tous les délits ministériels, tous ceux qui peuvent être commis par un ministre en qualité de ministre, parce qu'il n'en est point de pareils, qui n'aient le caractère de trahison ou de perfidie, puisqu'ils renferment tous abus de la plus haute confiance et du dépôt le plus sacré » (*ibid*.).
1978 C. Guibert, Observations sur la Charte constitutionnelle…, op.cit., p.64.
1979 Chateaubriand, De la liberté de la presse, in Grands écrits politiques, op.cit., p.277.
1980 *Ibid*., p.235.

427. À côté de ces observations sommaires, le premier à avoir développé plus en profondeur cette idée de l'obligation d'une loi préalable afin d'encadrer la marge d'appréciation des Chambres est la figure libérale singulière, Jean-Denis Lanjuinais[1981]. Il est l'auteur d'une pensée paradoxale étant donné qu'il soutient en principe l'instauration d'un régime parlementaire. Il soutient que la responsabilité prévue par l'article 55 et 56 de la Charte de 1814 est de nature pénale, autrement dit *légale*. Il est donc primordial pour lui qu'une norme énonce préalablement les éléments constitutifs des incriminations de concussion et de trahison ainsi que les peines correspondantes. Soumis au droit commun, les ministres doivent, dès lors, bénéficier des garanties du droit pénal moderne. Employant un vocabulaire pénal, il déclare effectivement que « ces crimes doivent être définis par la loi, selon la maxime de droit criminel universel (…). La Charte inculque et impose la règle tutélaire : *Il faut, pour qu'on puisse punir les crimes, spécialement contre l'État, ainsi que tous autre, qu'ils soient désignés, spécifiés par une loi* »[1982]. En dehors de ces cas prévus par la loi, les ministres ne sauraient être responsables pénalement.

428. Sur ce point, Lanjuinais justifie sa lecture pénale de l'article 56 de la Charte au prisme de son idéologie libérale ainsi que de son choix personnel d'une interprétation *littérale* de la Charte de 1814. *D'une part*, l'effectivité de la responsabilité pénale des agents ministériels grâce au vote de lois la spécifiant, est une garantie de la liberté des individus. Pour lui, les articles 13, 55 et 56 de la Charte instituent un « droit de surveillance des chambres (…) sans lequel il n'y aurait point de ressource contre les injustices des ministres »[1983]. Dès lors, il estime qu'« il serait fort utile qu'on s'occupât à faire des lois »[1984]. D'autre part, son option méthodologique conditionne sa conception de la responsabilité des ministres : « nous faisons profession d'être soumis à la Charte et d'en observer toutes les dispositions, jusqu'à ce qu'elles aient été changées en des formes de révision qui sont à fixer »[1985]. Il aboutit donc à la conclusion qu'étant donné que « l'article 56 exige des lois particulières pour spécifier la nature des délits ministériels et en déterminer la poursuite »[1986], « c'est une raison (…) pour satisfaire expressément à la disposition de l'article 56, qui exige que cette

1981 Quelques libéraux sont favorables à une formalisation de la responsabilité pénale : on peut citer le collaborateur au *Constitutionnel* et au *Courrier français*, Jean-Pierre Pagès. Cette spécification de l'article 56 est, pour lui, la garantie d'une bonne conduite des agents du roi : « fixer des peines pour un crime, ce n'est pas le faire naître, c'est l'empêcher. Un code pénal est un traité d'hygiène politique. Déterminer le mode d'accusation, de conviction, de condamnation pour les crimes ministériels, c'est prémunir pour les crimes ministériels, c'est prémunir les ministres contre leurs propres passions, et la Charte a fait pour eux ce que Dieu même n'a pas fait pour nous » (J.-P. Pagès, De la responsabilité ministérielle et de la nécessité d'organiser le mode d'accusation et de jugement des ministres, Paris : Chez F. Béchet, 1818, p.25).
1982 J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la nation française…, op.cit. p.287-288. Lanjuinais note que cette obligation vaut également pour l'article 33 de la Charte du 4 juin 1814 puisque celle-ci dispose que : « la chambre des pairs connaît des crimes de haute trahison et des attentats à la sûreté de l'État qui sont définis par la loi ».
1983 *Ibid*., p.300.
1984 *Ibid*.
1985 *Ibid*., p.284.
1986 *Ibid*., p.285.

nature de délits soit spécifiée »[1987]. Le respect de la lettre de la Constitution semble ainsi être sa principale motivation.

429. On observe dès lors que la conception légaliste défend une définition stricte de la responsabilité pénale des ministres. Selon elle, la trahison et la concussion doivent être prises dans un sens étroit, puisqu'elles ne désignent uniquement que les contraventions, délits ou crimes prévues et punies par le Code pénal et par des lois pénales spéciales. Dans le cas contraire, sans disposition pénale adéquate, les ministres ne peuvent faire l'objet d'aucune poursuite pénale conformément aux principes libéraux de la légalité de l'incrimination et de la peine et du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Par là-même, la compétence des Chambres pour accuser et juger les agents ministériels est strictement encadrée.

430. En somme, on s'aperçoit que la problématique de la responsabilité des ministres, et plus particulièrement celle de sa nature exacte, alimente de vives divergences intellectuelles au sein des publicistes de la Restauration, morcelés entre une conception pénaliste et constitutionnaliste[1988]. Cependant, il est manifeste que ce débat ne poursuit pas une démarche purement juridique. Il est « au cœur des préoccupations *politiques* de l'époque »[1989], étant donné que les auteurs sous la Restauration sont, pour beaucoup d'entre deux, des hommes politiques. Ils sont mus par des intérêts stratégiques vis-à-vis de cette problème puisque le vote ou non d'une loi pénale visant à préciser la responsabilité des ministres n'emporte pas les mêmes conséquences institutionnelles sur les pouvoirs exécutif et législatif, et *a fortiori* sur la nature du régime mis en place par la Charte de 1814. D'un côté, les tenants de la prérogative royale, incarnés principalement par les monarchistes, les doctrinaires ainsi que quelques libéraux inclassables tels que Lanjuinais, « ne prônent pas la consécration de la responsabilité gouvernementale dans les textes, parce qu'ils redoutent à terme un déséquilibre institutionnel qui soit préjudiciable à la Couronne »[1990]. À l'inverse, la consécration de la responsabilité politique des ministres grâce à l'absence d'une loi clarifiant l'article 56 est, pour les auteurs promoteurs du parlementarisme - qui sont pour la plupart des libéraux ou des monarchistes anglophiles -, un moyen utilisé en vue d'« asseoir les revendications de parlementaires réclamant un droit de contrôle sur l'activité gouvernementale »[1991]. De la sorte, il s'agit d'accroître le pouvoir de

1987 *Ibid*. Lanjuinais note à cet égard la rédaction différente entre l'article 33 et l'article 56 de la Charte de 1814 : il estime que « dans l'article 33 on ne parle que d'une *loi*, parce qu'il s'agit uniquement de définir ces crimes ; et dans l'article 56, on parle de *lois*, au nombre pluriel, parce qu'il s'agit et de définir des crimes et de régler les formes à observer dans les poursuites criminelles » (*ibid*.). En d'autres termes, la mise en œuvre de l'article 56 de la Charte requiert une loi pénale de fond et une loi pénale de procédure.
1988 D'ailleurs, cette controverse doctrinale ne peut pas véritablement être tranchée puisque « les travaux d'élaboration du texte constitutionnel de 1814 n'apparaissent d'aucun secours (étant donné) que l'article 13 a été adopté sans discussion comme le précise Clausel de Coussergues », l'un des rédacteurs de la Charte de Saint-Ouen (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.253). V. sur ce point : J.-C. Clausel de Coussergues, Considérations sur l'origine, la rédaction, la promulgation et l'exécution de la Charte, Paris : A. Pihan-Delaforest, 1830, p.113.
1989 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.266.
1990 *Ibid*., p.230.
1991 *Ibid*., p.260.

ces derniers vis-à-vis de l'autorité royale, et à terme, voir naître le régime parlementaire en France. Le laconisme du texte constitutionnel leur permet, de ce fait, de trouver une assise constitutionnelle à leur revendication. Comme le remarque, de manière significative, Charles de Saint-Hilaire en 1823 à propos de l'article 56 de la Charte, « c'est encore un article de la charte que les libéraux n'observent pas exactement ; car si l'on les écoutait, on accuserait bien souvent les ministres pour des faits qui ne sont pas du nombre de ceux prévus par l'article 56 de la charte »[1992]. D'ailleurs, signe de l'opportunisme politique sur cette question, ces positionnements intellectuels ne seront pas immuables au sein des Chambres et varieront en fonction des majorités parlementaires en mal de pouvoir. Comme le souligne Nathalie Havas, « tour à tour, les différents mouvements politiques revendiquent ou, au contraire, rejettent cette responsabilité [politique] selon qu'ils détiennent ou non la majorité au sein des assemblées »[1993].

431. En définitive, il est possible de considérer que la conception constitutionnaliste l'a quelque peu emporté sur la conception légaliste puisqu'aucune des tentatives d'introduction de la responsabilité pénale, par le biais des projets et propositions de loi dans le but de la formaliser[1994], n'aboutit sous la Restauration[1995]. Ces échecs législatifs ont pour conséquence de neutraliser la responsabilité pénale prévue par la Charte[1996] « dont la formalisation est bloquée par des enjeux trop importants pour elle »[1997]. Mais il n'en reste pas moins que l'idée de responsabilité politique connaît

1992 C. de Saint-Hilaire fils, Commentaire sur la Charte constitutionnelle…, op.cit., p.34.

1993 *Ibid*., p.258. À cet égard, cette variation des positions sur cette question est fortement visible chez les ultra-royalistes et les doctrinaires. « Les premiers défenseurs d'un contrôle parlementaire sur l'activité gouvernementale ne sont autres que les ultra-royalistes, dont les idées apparaissent vivement contestées par le centre et la gauche » (*ibid*., p.263), à un moment où la Chambre introuvable, la chambre des ultras, dispose d'une large majorité mais dont les membres ne sont pas représentés dans le gouvernement. Ils font dès lors preuve d'un royalisme agressif. Les opposants des ultras, les doctrinaires, rejettent, à l'inverse, le parlementarisme en ce qu'ils craignent un déséquilibre du régime politique en faveur des chambres, en souvenir de l'histoire constitutionnelle antérieure. Mais en décembre 1821, l'opinion des ultra-royalistes change lorsqu'ils parviennent au pouvoir sous le gouvernement Villèle. Alors « les libéraux et les doctrinaires prennent le relais des idées prônées jusqu'ici par les députés de droite. (…) Désormais, les ultras défendent la prérogative royale et le pouvoir des ministres, alors que le centre et la gauche deviennent les tenants de la prérogative parlementaire » (*ibid*.,p.266).

1994 Une multitude de propositions et de projets seront déposés en ce sens : la proposition du député Farez du 26 août 1814, la proposition du chevallier Challan, la proposition Faget de Baure du 15 octobre 1814, la proposition du Comte de Lally-Tollendal du 24 décembre 1816, le projet du baron Pasquier, garde des sceaux, du 3 février 1817, le projet du comte de Serre, garde des seaux, du 28 janvier 1819. Tous ces textes se soldent par une déconfiture. Aussi « ces échecs successifs allaient conforter tous ceux qui jugeaient impossibles de mettre au point un texte satisfaisant sur la question (de la responsabilité pénale). De fait, les chambres s'abstinrent d'examiner de nouveaux projets jusqu'à la révolution de juillet » (A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France, op.cit., p.153). *V.* sur ce point : A.-L. Staël-Holstein, De la responsabilité des ministres, et du projet de loi sur le mode de procéder en cas d'accusation d'un Ministre, Paris : Delaunay, 1819, 27 p. ; N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.267-276.

1995 Il s'avère que « la majorité des hommes politiques (de la Restauration) (...) craignent que la reconnaissance de cette responsabilité (politique) ne fragilise le monarque » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.267). Il apparaît ainsi que « si la responsabilité gouvernementale ne s'impose pas sous la Restauration, l'explication ne réside pas dans une prétendue confusion entre les responsabilités pénale et politique, mais dans un refus majoritaire de consacrer cette responsabilité dans les textes » (*ibid*., p.259).

1996 En ce sens, l'avocat à la Cour royale de Paris, Joseph Rey, estime en 1818 : « (…) Le résultat des opinions semble être, en général, que dans l'état actuel de notre législation, il n'existe aucun moyen de se pourvoir contre les fautes les plus graves ou contre les crimes mêmes de cette classe de citoyens (…) et on se borne à gémir sur cette inexécution de notre loi fondamentale (...) » (J. Rey, De la responsabilité des Agents du pouvoir, d'après nos lois actuelles ; et du droit de défense et d'indemnité des citoyens envers les Agents du pouvoir, Paris : Chez L'Huillier, 1818).

1997 *Ibid*., p.230. Nathalie Havas ajoute très justement : « reconnue, souvent invoquée, mais simultanément volontairement ignorée du droit positif, la responsabilité politique paralyse ainsi la progression de la formalisation de la

des progrès intellectuels significatifs au sein de la doctrine constitutionnaliste durant la Restauration. En outre, un second débat secoue les constitutionnalistes qui découle de cette première interrogation liée à la nature de la responsabilité ministérielle instaurée par la Charte : l'organe compétent pour les « juger » et ses modalités.

B. Le dissensus doctrinal sur la nature de l'organe compétent pour juger les ministres et les règles applicables

432. La Charte du 4 juin 1814 prévoit, en son article 55, que les ministres, après avoir été mis en accusation par la Chambre des députés, sont traduits devant la Chambre des pairs qui, seule, peut les juger[1998]. Si, de manière classique, les rédacteurs de la Constitution reconnaissent un privilège de juridiction à l'égard des ministres pour certains faits[1999], il convient de remarquer que pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle, aucune cour spéciale n'est instituée pour les juger - et ce avant même l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 et son article 40 du titre IV. S'instaure ainsi, à partir de la Restauration, la « tradition monarchiste parlementaire empruntée (…) à la Grande-Bretagne »[2000] selon laquelle « la justice politique appartient exclusivement aux assemblées politiques représentatives »[2001]. Cette nouveauté est source de profondes divergences entre les publicistes de la Restauration à plusieurs égards.

433. Leur principale difficulté est de déterminer la nature exacte de la juridiction chargée de « juger » les ministres. Un second questionnement solidaire du premier, tout autant source de divisons, porte sur la manière de la faire fonctionner, c'est-à-dire déliée ou non des règles de la procédure pénale. À l'analyse, chacune de ces questions est liée à la réponse apportée en tout premier lieu par chacun d'entre eux à l'essence de la responsabilité instaurée formellement par l'article 13 et 56 de la Charte, comme nous l'avons examiné précédemment. De ce point de vue, la thèse de la liberté, élaborée principalement par le libéral Constant, défend le caractère *politique* de la Chambre des pairs constituée en juridiction politique et, par là-même, sa souveraineté quasi-absolue pour caractériser la faute et fixer la peine – sans toutefois éliminer tout mécanisme du droit

responsabilité pénale des ministres » (*ibid*., p.231).

1998 La Chambre des pairs est également compétente pour connaître des crimes de haute trahison et des attentats à la sûreté de l'État, sans considération de la personne des auteurs, en vertu de l'article 33 de la Charte de 1814. Ainsi, au travers des articles 33 et 56 « apparaissent les deux aspects de la Chambre des pairs, à la fois juridiction politique compétente pour mettre en jeu la responsabilité pénale du pouvoir exécutif, et tribunal constitutionnel spécial compétent pour connaître de certaines infractions politiques graves » (R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.122).

1999 Certains auteurs, rarissimes, contestent le privilège de juridiction des ministres. Par exemple, pour Le Bouvier-Desmortiers, il s'agit d'une contradiction avec « l'article 1 qui établit l'égalité devant la loi, parce qu'un ministre peut se rendre coupable de différentes actions également dignes de la sévérité des lois (…) et le droit d'impunité, subversif de l'ordre social, ne doit appartenir à personne » (U. R. T. Le Bouvier-Desmortiers, Examen de la charte..., op.cit., p.20).

2000 J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.337.

2001 *Ibid*.

pénal, notamment en matière de procédure – (**1**). Au contraire, la thèse judiciaire met en avant son caractère de juridiction pénale et, ce faisant, l'application des règles du droit commun pour régir son fonctionnement, tout en admettant certaines idées de la thèse constitutionnaliste (**2**).

1. La thèse de la liberté : la souveraineté quasi-absolue des chambres statuant comme une haute cour politique

Comme nous l'avons examiné précédemment, la théorie de la responsabilité des ministres de Constant part du postulat que la responsabilité ministérielle mise en place par l'article 13 et 56 de la Charte, étant d'ordre politique, rend du même coup impossible d'enserrer sa définition dans le carcan d'une loi précise et détaillée. Ce faisant, la nature politique de cette responsabilité détermine totalement, à ses yeux, l'architecture du privilège de juridiction des ministres, que ce soit par rapport à la nature de l'organe compétent que de la procédure applicable devant lui.

434. Étant une responsabilité qui n'est pas légale, il en résulte pour Constant, tout d'abord, que le « jugement » des ministres doit appartenir uniquement à un organe de nature *politique* et non juridictionnel. La meilleure solution est de confier, à ses yeux, l'appréciation « des actes illégaux, préjudiciables à l'intérêt public, sans rapport direct avec les particuliers, ou du mauvais emploi du pouvoir dont les ministres sont légalement investis »[2002], ou plus généralement « l'abus du pouvoir légal dont les ministres sont revêtus »[2003], aux représentants de la Nation[2004]. Il avance, pour cela, deux justifications. D'une part, étant donné la nature des faits, ces derniers sont seuls en état de juger ce type d'abus, d'autre part, ils sont seuls à même de se prononcer sur la gravité de ces abus au regard de « leur autorité particulière »[2005]. Son choix des assemblées représentatives comme juge de l'action des ministres l'amène à approuver la décision constituante de confier cette mission à la Chambre des pairs : « la constitution donne aux ministres un tribunal particulier. Elle profite de l'institution de la prairie pour la constituer juge des ministres, dans toutes les causes où un individu lésé ne se porte pas pour accusateur »[2006].

Compte tenu de l'essence particulière de ce « procès », elle détient, selon le publiciste, deux qualités qui en font une juridiction politique opportune. Il souligne, tout d'abord, que ce litige politique est

2002 B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.391.
2003 *Ibid*.
2004 Constant insiste plusieurs fois sur cette idée : « il est clair que ces actes ne peuvent être dénoncés et poursuivis que par les assemblées représentatives. Aucun individu n'a l'intérêt ni le droit de s'en attribuer la poursuite » (*ibid*.).
2005 *Ibid*.
2006 *Ibid*., p.397.

« dans les faits, un procès entre le pouvoir exécutif et le pouvoir du peuple ». Par conséquent, l'organe chargé de trancher ce conflit doit bénéficier d'une indépendance, ce qui nécessite de recourir à « un tribunal qui ait un intérêt distinct à la fois et de celui du peuple et de celui du gouvernement, et qui, néanmoins, soit réuni, par un autre intérêt, à celui du gouvernement et à celui du peuple »[2007]. En cela, la Chambre des Pairs réunit ces deux conditions. À la fois détachée du peuple et du gouvernement[2008], elle tire un certain bénéfice à protéger les intérêts de ces deux entités : les pairs sont intéressés « à la liberté du peuple (…) car, si [elle] était anéantie, la liberté des pairs et leur dignité disparaîtraient »[2009] mais également « au maintien du gouvernement, car, si le gouvernement était renversé, avec lui s'abîmerait leur institution »[2010]. Capable d'une mise en balance des intérêts qui est la source de sa neutralité, la Chambre des pairs présente une seconde qualité : la sagesse et l'expérience de ses membres. Ces derniers sont, en effet, « placés dans un poste qui inspire naturellement l'esprit conservateur à ceux qui l'occupent, formés par leur éducation à la connaissance des grands intérêts de l'État »[2011]. De même, les pairs, « initiés par leurs fonctions dans la plupart des secrets de l'administration, (…) reçoivent encore de leur position sociale une gravité qui leur commande la maturité de l'examen et une douceur des mœurs qui, en les disposant aux ménagements et aux égards, supplée à la loi positive, par les scrupules délicats de l'équité »[2012]. Par conséquent, au regard des nombreuses qualités de la Chambre des pairs, elle est, pour Constant, « le juge convenable des ministres »[2013]. Ni la Chambre des députés[2014] ni les tribunaux ordinaires[2015] n'offrent de telles garanties.

2007 *Ibid*.

2008 La Chambre des Pairs est séparée du peuple par la richesse et les privilèges de ses membres « qui n'ont plus à rentrer dans la condition commune » (B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.397). Elle l'est également du gouvernement en ce que « le nombre de pairs mettant toujours obstacle à ce que la majorité d'entre eux puisse participer au gouvernement » (*ibid*.).

2009 *Ibid*., p.398.

2010 *Ibid*..

2011 *Ibid*.

2012 *Ibid*. En ce sens, la Charte de 1814 confère de hautes missions aux Chambres qui participent directement aux affaires de l'État, à l'image du vote du budget prévu par l'article 48. Constant souligne en effet que « les représentants de la Nation, appelés à surveiller l'emploi de la puissance et les actes de l'administration publique, et plus ou moins admis dans les détails de l'administration, puisque les ministres leur doivent compte, lorsqu'elles sont terminées, paraissent d'abord aussi en état que les pairs de décider si ces ministres méritent l'approbation ou le blâme, l'indulgence ou le châtiment » (*ibid*.).

2013 *Ibid*.

2014 Constant refuse que les députés soient juges des ministres - mais admet leur rôle d'accusateur - du fait de leur manque d'indépendance à la fois à l'égard de leurs électeurs et des ministres . Il estime, d'une part, que la Chambre des députés est sous l'influence des électeurs du fait de son mode d'élection : « les représentants de la Nation, électifs pour un espace de temps limitée, et ayant besoin de plaire à leurs commettants, se ressentent toujours de leur origine populaire et de leur situation qui redevient précaire à des époques fixes » (B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.398). Par conséquent, « cette situation les jette dans une double dépendance, celle de la popularité et celle de la faveur » (*ibid*.). D'autre part, en ce qu'ils doivent contrôler les agents du Roi, les députés « sont (…) appelés à se montrer souvent les antagonistes des ministres » (*ibid*.).

2015 Deux arguments découlant de la nature politique de la responsabilité ministérielle empêchent de confier aux tribunaux ordinaires le jugement des ministres – même s'il les considère compétents pour juger leurs délits et leurs crimes de droit commun. Tout d'abord, l'objet même du litige est étranger à leur compétence habituelle et naturelle : les juges ordinaires « sont peu propres à se prononcer sur des causes qui sont politiques bien plutôt que judiciaires » (B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.399). De plus, ils n'ont pas conscience des intérêts en jeu en ce qu'ils sont dépourvus de toute expérience en la matière : « ils sont plus ou moins étrangers aux connaissances diplomatiques, aux combinaisons militaires, aux opérations de finances : ils ne connaissent qu'imparfaitement l'état de l'Europe » (*ibid*.). Pour lui, les juges « n'ont étudié que les codes des lois positives, ils sont astreints, par leurs devoirs habituels, à n'en

435. En outre, la nature exceptionnelle de la responsabilité ministérielle dessine également les règles applicables et la procédure à suivre par les assemblées représentatives pour accuser et juger les conseillers du Roi. celles-ci sont laissées, comme nous l'avons vu, à la liberté des chambres déliées du droit commun. Constant est, à cet égard, formel :

> « *La nature de la loi sur la responsabilité implique la nécessité d'investir les juges du droit d'appliquer et même de choisir la peine. Les crimes ou les fautes sur lesquelles cette loi s'exerce ne se composant ni d'un seul acte, ni d'une série d'actes positifs, dont chacun puisse motiver une loi précise, des nuances que la parole ne peut désigner, et qu'à plus forte raison la loi ne peut saisir, aggravent ou atténuent ces délits* »[2016].

Les assemblées représentatives sont donc investies d'une compétence discrétionnaire pour, non seulement, caractériser le délit mais également infliger une peine – pour ce qui concerne la Chambre des pairs -. Elles statuent ainsi en fonction de la règle non écrite de l'équité : « la conscience des pairs est juge compétent, et cette conscience doit pouvoir prononcer en liberté sur le châtiment comme sur le crime »[2017]. Mais cette marge de liberté immense reconnue aux Chambres en formation de juridiction politique est modérée, selon Constant, par la nature même de la sanction – de caractère politique – à laquelle s'expose l'agent du roi et par la portée de celle-ci. Il s'agit, pour lui, dans le cas présent, « beaucoup plus d'enlever le pouvoir aux ministres prévaricateurs que de les punir »[2018]. Toutefois , il convient de nuancer quelque peu cette affirmation. Les mécanismes du droit pénal ne sont pas totalement exclus de la théorie de Constant. En plus d'employer un vocabulaire tiré du droit pénal, le publiciste libéral est favorable aux articles de la Charte qui respectent certains principes généraux de la procédure pénale, garants de la liberté individuelle et des droits de la défense, lors de la mise en accusation et du jugement des ministres. Il déclare en effet : « je ferai ressortir un avantage de la constitution actuelle sur toutes celles qui l'ont précédée [qui est que] l'accusation, la poursuite, l'instruction, le jugement, tout peut être public, tandis qu'auparavant il était sinon décrété, du moins admis, que ces procédures solennelles devaient s'instruire secrètement »[2019]. Constant place donc le principe pénal de la publicité des débats et de la procédure, et plus généralement *le principe de la publicité de la justice*, au cœur du dispositif de la responsabilité des conseillers du Roi qui respecte quelque peu une démarche judiciaire[2020]. Aussi il apparaît que la théorie de la responsabilité politique des ministres de Constant emprunte également quelques éléments du droit pénal, la solennité des formes adoucissant son arbitraire[2021].

consulter que la lettre morte, et à n'en requérir que l'application stricte » *(ibid.)*. Ils ne sont pas en mesure, juridiquement et mentalement, de s'écarter de la norme légale : « l'esprit subtil de la jurisprudence est opposé à la nature des grandes questions qui doivent être envisagées sous le rapport public, national, quelque fois même européen » (*ibid.*).

2016 B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.399.

2017 *Ibid.*

2018 B. Constant, Principes de politique, op.cit., p.392.

2019 *Ibid.* , p.394.

2020 *V.* en ce sens son chapitre intitulé « De la mise en accusation des ministres, et de la publicité de la discussion » : B. Constant, De la responsabilité des ministres, op.cit., p.49.

2021 Constant entoure de nombreuses garanties le « jugement » des ministres, comme par exemple la neutralité et

436. Enfin, la thèse constitutionnaliste développée par Constant fait valoir que la responsabilité des agents du Roi prévue par l'article 13, 55 et 56 de la Charte de 1814, d'ordre politique, doit relever d'une juridiction politique qui présente certaines garanties d'indépendance et d'expérience, et fonctionner selon des règles dérogatoires au droit commun. Ainsi, en défendant une telle thèse, Constant va « bien au-delà du texte de la Charte de 1814 »[2022]. Cette interprétation extensive du publiciste est délibérée : la procédure de mise en accusation et celle de jugement visent à « accroître considérablement les pouvoirs du contrôle du Parlement sur le Cabinet ministériel bien qu'il s'agisse encore que de cas de responsabilité individuelle »[2023]. En d'autres termes, il recherche à ce que la justice politique contribue à faire naître progressivement, d'un point de vue institutionnel, le régime parlementaire dont il réclame l'instauration. D'ailleurs, ses vues se réaliseront en pratique durant la Restauration[2024].

2. La thèse judiciaire : l'assimilation partielle des Chambres à des juridictions pénales imposant la soumission au droit commun

437. À côté de la thèse constitutionnelle majoritaire, un point de vue hétérodoxe, que l'on a appelé « la thèse judiciaire », coexiste au sein de la doctrine constitutionnelle de la Restauration. Cependant, celui-ci reste minoritaire et ne fait pas l'objet de développements véritables dans la pensée constitutionnelle de cette période. Un seul ouvrage se démarque puisque celui-ci traite spécialement de cette thèse singulière. Il est l'œuvre de l'avocat et journaliste, Jean-Pierre Pagès, intitulé « *De la responsabilité ministérielle et de la nécessité d'organiser le mode d'accusation et de jugements des ministres* », paru en 1818, dans lequel il entreprend d'examiner en détail la théorie de la responsabilité de Constant et de réfuter quelques-unes de ses thèses.

---

l'indépendance de la Chambre des pairs, « (…) première garantie, assez rassurante, contre l'espèce d'arbitraire que les Ministres pourraient redouter » (B. Constant, De la responsabilité..., op.cit., p.47). Plus généralement, il affirme que « le Tribunal qui doit prononcer sur ces questions compliquées donne aux accusés par son organisation la garantie qu'il fera servir sa puissance plus ou moins discrétionnaire, à l'évaluation équitable non seulement des actes, mais des motifs. Il faut que la position, le caractère, les intérêts des juges constatent bien cette garantie ; qu'ils soient investies d'une assez grande latitude ; enfin que les peines qu'ils auront à prononcer soient très modérées » (*ibid*., p.44-45).

2022 J.-J. Clère, La problématique des Hautes cours de justice..., op.cit., p.362.

2023 R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.127.

2024 Comme l'observe Robert Charvin, dans de nombreux cas sous la Restauration, « l'accusation de la Chambre des Députés n'est qu'une simple manœuvre politique destinée à discréditer une politique, et à écarter un homme du pouvoir. La proposition de mise en accusation vise essentiellement la mise en cause par la discussion de la politique de tel ou tel ministre » (*ibid*., p.126). C'est le cas notamment de l'accusation portée en 1820 par l'ultra Clausel de Cousergues député de l'Aveyron, contre le Président du Conseil Descazes qui « traduit l'hostilité de la majorité de la Chambre contre un homme jugé trop modéré soutenu seulement par le roi » (*ibid.*). Or le rejet de la proposition n'empêche pas la démission du gouvernement. C'est le cas également de la proposition d'accusation de Labbey de Pompièrres contre Villèle en 1828. V. sur ce point : R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.126-127.

438. Dans son chapitre V intitulé « *De la responsabilité des ministres* », l'avocat publiciste commence par distinguer les crimes de droit commun commis par les ministres en tant que citoyen, qu'il appelle « les crimes de l'homme »[2025], lesquels relèvent des juridictions ordinaires, et « les crimes du ministre »[2026] qu'il caractérise, selon une définition proche de celle de Constant, comme « un emploi illégal d'une autorité légale »[2027]. Il subdivise cette dernière catégorie en deux car « les abus du pouvoir [commis par les agents du Roi], pouvant être plus ou moins criminels, offrent plusieurs séries de délits divers »[2028]. Ce faisant, on touche ici le cœur de la théorie de la responsabilité de Pagès puisque chaque catégorie de « crimes du ministre » conditionne, à ses yeux, un régime juridique propre établissant la nature de la Chambre des pairs et celle des règles applicables. Rejetant la conception unitaire des fautes ministérielles de Constant, il reproche d'ailleurs à sa théorie son manque de classement des différentes sortes de crimes que peut commettre un ministre qui n'obéissent pas, selon lui, à un régime juridique identique : « [Constant] veut que, *affirme-t-il*, pour une unique peine, le ministre criminel soit renvoyé, et qu'il ne laisse que son honneur et sa place sur le champ de bataille. Ou le zèle est aveugle, ou cet auteur n'avait pas réfléchi aux divers actes dont les ministres peuvent se rendre coupables »[2029].

439. Au sein des crimes commis en tant que ministre dans l'exercice des fonctions, il en distingue une première série qui se rapproche de ceux mentionnés à l'article 56 de la Charte, à savoir la *trahison* et de la *concussion*[2030]. Or, pour Pagès, ces deux types d'incrimination sont assimilables à des crimes de droit commun, étant donné qu'« ils consistent dans des faits »[2031]. Par conséquent, dans ce cas-là, ces derniers appellent la mise en application d'un régime juridique qui obéit au droit ordinaire. Il s'ensuit ainsi, *tout d'abord,* que la Chambre des pairs, selon une logique judiciaire, s'apparente alors à une juridiction pénale. Dans ces deux hypothèses – la trahison et la concussion-, « le ministre accusé est plutôt justiciable que responsable, et la chambre remplit plutôt l'office de juge que les fonctions de jury »[2032]. *En outre*, les procédures de mise en accusation et de jugement des ministres en cause se conforment à la procédure pénale de droit commun. Sur ce point, la Chambre des pairs en formation de juridiction pénale est juridiquement obligée, pour pouvoir condamner, de trouver dans les faits établis, un des crimes prévus par la loi loi pénale et d'y

2025 J.-P. Pagès, De la responsabilité ministérielle..., op.cit., p.50.
2026 *Ibid*., p.50.
2027 *Ibid*..
2028 *Ibid*.
2029 *Ibid*., p.56.
2030 « Le ministre qui, par de coupables machinations, engage les étrangers à déclarer la guerre à son prince, qui leur livre les portes du royaume, les villes, les ports, les arsenaux, les vaisseaux, les plans de campagne, de fortification ; celui qui attente à la personne du Roi, à l'autorité royale, à l'ordre de succession au trône, au pouvoir constitutionnel de l'une des trois branches de la législature ; celui qui a organisé la guerre civile ; celui qui a ordonné des proscriptions religieuses ou politiques, couvertes du voile ténébreux des formes inquisitoires ou judiciaires ; celui qui a détourné à son profit les fonds de l'état ; celui-là est évidemment traître ou concussionnaire ».
2031 *Ibid*., p.53.
2032 *Ibid*.

appliquer la peine correspondante dans le droit commun[2033]. Pagès affirme effectivement que « les crimes qu'embrasse la première série consistent dans des faits ; les preuves en sont toutes physiques ; et comme l'acte a été criminel et volontaire, l'investigation juridique suffit pour le constater »[2034]. *Enfin*, loin d'être discrétionnaire, la sanction à laquelle s'expose le ministre condamné est, conformément au principe pénal de la légalité des délits et des peines, d'ordre légal : « le ministre qui a sciemment prévariqué est atteint par la Charte, qu'il est coupable de trahison ou de concussion, et passible des peines que la loi inflige à ces crimes »[2035]. Celle-ci ne peut être en aucun cas une sanction politique : « les tribunaux ont bien le droit d'infliger des peines ; jamais celui de destituer, ou de déclarer les fonctionnaires indignes du poste que le monarque leur a confié »[2036]. Il s'avère donc, à première vue, que la thèse judiciaire exposée par Pagès postule que, pour certains crimes, la responsabilité instituée par l'article 13 et 56 est une responsabilité de droit commun, impliquant, à la fois, un jugement par une juridiction pénale ainsi qu'une soumission au droit commun pour sa procédure, la qualification des faits et la fixation de la peine[2037].

440. Néanmoins, la théorie du Pagès ne fait pas disparaître toute trace du caractère politique de cette responsabilité. Le publiciste partage même quelques idées de Constant. Il discerne, en effet, une deuxième série de « crimes » ministériels : il estime que si certains actes peuvent être « dictés par la vénalité, la forfaiture, la félonie, ils peuvent aussi être surpris à la faiblesse, à l'erreur, à la négligence »[2038]. Or il considère que, pour de tels actes, il s'agit d'infractions politiques qui ne s'insèrent dans aucune qualification pénale : « il n'y a de crime que lorsqu'on a volontairement commis un acte qu'on savait être criminel ; l'erreur, l'impéritie ne constituent que des fautes »[2039]. La nature extra-juridique de ces faits commande, à ses yeux, leur régime juridique. *D'une part*, la Chambre des Pairs n'agit plus comme une juridiction pénale mais, cette fois-ci, comme un organe

2033 A cet égard, Pagès détaille avec minutie spécialement dans son Chapitre VI, « Des formes légales de l'accusation » la procédure en matière d'accusation, d'instruction et jugement que doivent suivre les deux Assemblées pour les crimes de la première série (*v.* sur ce point : J.-P. Pagès, De la responsabilité ministérielle..., op.cit., p.78-94). Il considère effectivement que le respect de certaines formes et de certains principes sont la meilleure garantie contre toute dérive parlementaire et tout esprit de vengeance contre les ministres : « ceux qui voudraient donner à ces grandes accusations l'inflexible sévérité des poursuites judiciaires, ne doivent pas perdre de vue que les députés, organes de l'opinion nationale, useront du droit d'accuser les ministres, moins souvent pour placer un coupable sous le glaive, que pour faire tomber le pouvoir de quelques mains inhabiles » (*ibid*., p.83). Le publiciste est en effet conscient que la chambre des députés est un accusateur quelque peu partial : « la chambre des députés, populaire par essence, lorsque ses membres sont indépendants, est naturellement ennemie du pouvoir ministériel, et qu'alors il faut que les choses servent de rempart contre les hommes » (*ibid*.).

2034 *Ibid*., p.53. Pagès ajoute que : « lorsque (la Chambre des députés) croira qu'il s'élève, contre le ministre, des présomptions de culpabilité assez graves pour nécessiter sa mise en accusation, la chambre devra décider si le fait imputé au ministre est compris dans les mots de *trahison*, *concussion*. La nature des choses l'amène à cette décision, car elle ne peut accuser que dans ce cas » (*ibid*., p.80). En définitive, il estime que « la lenteur et la solennité des formes donneront à l'accusation même la majesté d'un arrêt » (*ibid*., p.81).

2035 *Ibid*., p.57.

2036 *Ibid*., p.57-58.

2037 Cette thèse est également partagée par le libéral Lanjuinais au travers de quelques réflexions éparses. Évoquant les articles 55 et 56, il affirme effectivement : « nous n'insistons pas sur la compétence *criminelle* de la Chambre des pairs » (J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la Nation française…, op.cit., p.319. [Nous soulignons]) ou encore les fonctions de la Chambre des Pairs « sont deux sortes, législatives et judiciaires » (*ibid*., p.204).

2038 J.-P. Pagès, De la responsabilité ministérielle..., op.cit., p.56.

2039 *Ibid*.

politique : « il résulte (…) que les pairs ne sauraient remplir, dans ces cas, la charge de juge, et que, par la nature des choses, ils ne peuvent être que jurés, sans même qu'il soit possible de les en empêcher »[2040]. *D'autre part*, influençant directement le fonctionnement et les règles à suivre, la Chambre des pairs n'est pas tenue par les qualifications et pénalités prévues par la loi pénale : « puisqu'il n'est ni traître ni concussionnaire, il ne peut être mis en jugement »[2041]. En outre, la Chambre des pairs retrouve une entière liberté quant à la sanction applicable pour Pagès : « le ministre, trompé par les choses, mais innocent par l'intention, doit être à l'abri des grands châtiments »[2042]. En d'autres termes, l'avocat publiciste revendique, dans certains cas précis de faits ministériels, une souveraineté absolue pour la Chambre haute en formation de haute Cour politique, ce qui lui permet d'échapper à une logique judiciaire et à l'emprise de la légalité, c'est-à-dire essentiellement, en l'occurrence, de pouvoir librement qualifier les faits incriminés et de déterminer la peine applicable.

441. En définitive, on s'aperçoit que la thèse politique et judiciaire de la responsabilité des ministres s'empruntent réciproquement des éléments. Formulées toutes deux de façon nuancée, il ressort, à l'examen, que la responsabilité ministérielle reste conçue majoritairement dans la pensée constitutionnelle de la Restauration de manière hybride, selon un schéma *politico-pénal*. Ce faisant, on remarque que la question de la responsabilité ministérielle, et plus généralement celle des privilèges de l'exécutif, ne font l'objet d'aucun consensus doctrinal entre 1814 et 1830, guidée en creux par des intérêts stratégiques dans chacun des camps. De ce point de vue, la réflexion constitutionnelle sur les immunités parlementaires, davantage secondaire, s'inscrit dans cette même tendance.

SECTION 2. LES IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES : UNE PROBLÉMATIQUE DÉLAISSÉE, SOURCE DE DIVERGENCES AU SEIN DE LA DOCTRINE POLITISÉE

442. À rebours de la période révolutionnaire qui a placé les garanties immunitaires des parlementaires au centre de la réflexion constitutionnelle en matière de statuts dérogatoires des pouvoirs supérieurs, ce problème est très peu étudié par la doctrine publiciste durant la Restauration. Ce désintérêt intellectuel trouve sa source dans une série de paramètres juridiques complémentaires. *D'une part*, la place secondaire des assemblées réduit l'intérêt de leur étude et de

2040 *Ibid*., p.57.
2041 *Ibid.*
2042 *Ibid*.

leurs mécanismes propres. Compte tenu de la nouvelle configuration des institutions mises en place par la Charte du 4 juin 1814 qui consacre la suprématie du pouvoir royal, représentant de l'unité et de l'indivisibilité du pouvoir étatique, les organes législatifs sont relégués au rang de subordonnés à la volonté du monarque. *D'autre part*, conséquence de la première évolution, une partie du dispositif immunitaire des parlementaires disparaît et, avec elle, son examen par la doctrine. Le volet classique de l'irresponsabilité des membres des assemblées n'est plus protégée par la nouvelle norme constitutionnelle – en attendant la loi ordinaire du 17 mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par la voie de presse ou par tout autre moyen de publication[2043] - , seul le volet de l'inviolabilité étant garanti par l'article 52 de la Charte.

443. Pour autant, en dépit cette désaffection doctrinale, il n'en demeure pas moins que les écrits des quelques auteurs publicistes qui se sont penchés sur ce point présentent un intérêt scientifique majeur. Dans un régime politique qui ne conçoit plus les assemblées comme l'organe d'expression exclusif de la volonté nationale, le cadre théorique des penseurs s'agissant du problème des privilèges parlementaires, subit irrémédiablement un profond bouleversement par rapport à la tradition révolutionnaire. Le bien-fondé des immunités des membres des Assemblées donne ainsi lieu à des interprétations divergentes entre les publicistes de la Restauration, qui perdureront tout au long de ce régime. Cependant, ces représentations constitutionnelles opposées sont, une nouvelle fois, déterminées par les convictions politiques de chaque auteur.

444. Sur ce point, deux conceptions principales s'opposent. *D'un côté*, certains auteurs, principalement les doctrinaires au début de la Restauration, conçoivent les Chambres comme un simple instrument de *conseil* placé dans le gouvernement du Roi puisqu'elles ne sont pas, selon eux, l'incarnation de la Nation, afin de protéger la prééminence royale. La reconnaissance de statuts dérogatoires à l'égard des Chambres s'avère largement illusoire, même si, de manière contradictoire, ils considèrent que « la Charte donne à l'échange d'arguments entre les parlementaires un rôle dans la production normative »[2044] obligeant le Roi à rechercher leur adhésion. S'opère ainsi un changement de paradigme profond puisque la seule protection reconnue, l'inviolabilité, est détachée de la théorie de la représentation nationale (**§1**). *De l'autre*, certains penseurs, majoritairement les

2043 La loi sur la répression des crimes et délits commis par la voie de presse ou par tout autre moyen de publication du 17 mai 1819 garantit, dans le chapitre VI, en son article 21, l'irresponsabilité parlementaire, adoptant une conception stricte puisque seuls les discours du parlementaire sont protégés : « Ne donneront ouverture à aucune action, les discours tenus dans le sein de l'une des deux Chambres, ainsi que les rapports ou toutes autres pièces imprimés par ordre de l'une des deux chambres » (J. A. Garnier Dubourgneuf et J. S. Chanoine, Lois d'instruction criminelle et pénales ou appendice aux codes criminels, Paris : Tournachon-Molin, 1826, p.1368). L'article 22, confirmé par l'article 7 de la loi du 25 mars 1822, ajoute : « Ne donnera lieu à aucune action, le compte fidèle des séances publiques de la Chambre des députés, rendu de bonne foi dans les journaux ». Toutefois, il convient de noter que cette protection est réduite puisqu'elle n'a plus que valeur législative. De ce point de vue, certains publicistes, comme Royer-Collard, considère que l'irresponsabilité parlementaire est garantie à un niveau constitutionnel par l'article 18 de la Charte de 1814 qui dispose que : « toute la loi doit être discutée et votée librement par la majorité de chacune des deux chambres ».

2044 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.42.

libéraux d'opposition, regrettent, à l'inverse, la restriction et l'incomplétude des statuts dérogatoires des parlementaires inscrits dans la Charte car, reconnaissant un caractère véritablement représentatif à la chambre élective, ils lui attribuent un rôle actif dans la direction des affaires étatiques (**§2**). Toutefois, il apparaîtra que chaque camp, et principalement les doctrinaires, oscille entre les deux positions au gré des majorités parlementaires, souvent par pur opportunisme politique.

§1. La défense paradoxale des immunités parlementaires par les libéraux de gouvernement centrée autour du rôle d'éclairage des assemblées, auxiliaires du Roi

445. La première appréhension des immunités parlementaires, qui est l'œuvre des doctrinaires et principalement de Royer-Collard, est envisagée dans la perspective de protéger la suprématie de l'autorité royale. Pour cela, Royer-Collard commence par dénier toute nature représentative aux Chambres. En effet, « alors que les révolutionnaires avaient auparavant largement construit le régime représentatif sur la prohibition des mandats impératifs pour faire de l'assemblée un organe national, Royer-Collard, voulant réduire la puissance de la chambre, opéra un renversement en considérant au contraire que cette interdiction, combinée avec l'étroitesse du corps électoral, rendait illusoire, dans le système de la charte, un véritable gouvernement représentatif »[2045]. La dénomination de « chambre représentative » constitue donc, pour lui, « une chimère, un mensonge »[2046]. Mais ce refus est principalement stratégique. Pour sauvegarder la prédominance du Roi et lui permettre d'exercer une influence de direction, il est « évidemment primordial que les chambres ne puissent se dire « l'organe légal et le ministre de l'opinion publique » »[2047], parce que, affirme-t-il, « là où il y a une représentation nationale, là est la toute-puissance »[2048].

446. Loin d'être un organe indépendant disposant du pouvoir de contrôler le gouvernement et d'enchaîner le monarque, les chambres ne sont qu'un organe participant au gouvernement du Roi et sont cantonnées à une sphère d'activités très limitées en matière législative. Partisan de l'unité de la souveraineté, Royer-Collard les conçoit dans l'entre-deux du conseil et de l'assemblée[2049], « imposant au roi pour l'exercice de la puissance législative, la technique de l'avis conforme »[2050]. Celles-ci ne participant pas à la plénitude de la fonction législative, elles sont dépourvues d'un

2045 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.46.
2046 Opinion de M. Royer-Collard...sur le second rapport de la Commission des élections, séance du 24 février 1816, op.cit., p.12.
2047 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.46.
2048 Opinion de M. Royer-Collard...sur le second rapport de la Commission des élections, séance du 24 février 1816, op.cit., p.14-15.
2049 Comme le note Alain Laquièze, les chambres « se situeraient (…) entre deux modèles (…) » : elles ne sont « ni de simples conseils du roi en matière législative, comme pouvaient l'être les États généraux sous l'Ancien Régime, ni de véritables organes législatifs, telles qu'en connaissent nos démocraties modernes, susceptibles de participer positivement à toutes les phases du processus législatif » (A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire…, op.cit., p.70).
2050 *Ibid*., p.70.

« pouvoir positif de législation » puisque, si le Roi détient à la fois l'initiative législative[2051], le droit d'amendement[2052] et la sanction[2053], « elles ne peuvent qu'empêcher le roi d'exercer librement la puissance législative, essentiellement par un vote négatif contre la loi »[2054]. Ce faisant, n'entrant en activité que par la volonté du roi qui la convoque, lui dicte ses délibérations, clôture ses sessions et peut même la dissoudre, Royer-Collard juge que la Chambre des députés n'est qu'une branche *passive* de la puissance législative[2055]. Cette prédominance du Roi en matière législative est due au fait, selon lui, que les chambres ne tiennent leur compétence que de la Charte, expression de la volonté royale, et non de la nation. Le libéral conservateur affirme effectivement à propos de la Chambre des députés :

> « *La représentation n'existe nulle part dans notre gouvernement. La Chambre, telle que la Charte l'a conçue, est un pouvoir et non une représentation. La Charte étant le seul titre de son existence, elle est aussi la seule définition légale de son caractère politique. La Chambre est ce que la Charte la fait ; rien de plus, rien de moins ; Comme c'est la Charte qui constitue la Chambre, et non l'élection, celle-ci ne lui donne en réalité que les membres qui la composent. Dans le fait, la Chambre n'exprime jamais que sa propre opinion ; il ne lui est pas imposé ou accordé davantage par la Charte* »[2056].

Le chef des doctrinaires ne considère pas que la chambre basse exécute une volonté antérieure inexistante, mais elle exerce un pouvoir qui lui a été concédé par le texte constitutionnel de 1814, au point qu'il déclare que les députés ne sont que de « simples mandataires de la charte »[2057]. Il ne fait donc pas découler du fait électoral la représentation : les élections ne sont qu'« une procédure propre à désigner des hommes éclairés pour représenter des droits et des intérêts et non des personnes ou des volontés »[2058], grâce auxquels, investis d'une certaine confiance, les vœux du pays et de l'opinion publique sont exprimés puis recueillis par le gouvernement qui s'unit ainsi à la Nation selon une boucle vertueuse[2059]. Il s'avère ainsi que pour Royer-Collard, la charte a placé le gouvernement dans les mains du roi, éclairé par les chambres et, par-là même par l'opinion

2051 En vertu de l'article 16 de la Charte du 4 juin 1814, « le roi propose la loi ». Toutefois, au regard de l'article 19 de la Charte, « les chambres ont la faculté de supplier le roi de proposer une loi sur quelque objet que ce soit, et d'indiquer ce qu'il leur paraît convenable que la loi contienne ».
2052 Article 46 de la Charte de 1814 : « Aucun amendement ne peut être fait à une loi, s'il n'a été proposé ou consenti par le roi, et s'il n'a été renvoyé et discuté dans les bureaux ».
2053 Article 22 de la Charte du 4 juin 1814 : « Le roi seul sanctionne et promulgue les lois ».
2054 S. Rials, Essai sur le concept de monarchie limitée…, op.cit., p.118. Stéphane Rials ajoute : « (…) leur pouvoir de décision se réduit à (…) un simple pouvoir de veto, extérieur en quelque sorte et au contenu de la loi et à sa puissance normatrice » (*ibid.*).
2055 Royer-Collard déclare à propos de la Chambre des députés des départements : « (…) cette Chambre n'existe dans le gouvernement de l'État que pour adopter ou rejeter les propositions du Roi ; elle n'est plus une branche active de la puissance législative, puisque cette puissance n'est mise en activité que par l'intervention formelle et nécessaire du Roi » (Discours du 24 février 1816, prononcé à la Chambre des députés sur la loi des élections, cité par P. de Barante, La vie politique de M. Royer-Collard. Ses discours et ses écrits, 2e éd., Paris : Didier, 1863, t.1, p.251).
2056 *Ibid.*, p.228-229.
2057 Opinion de M. Royer-Collard,...sur le second rapport de la Commission des élections…, séance du 24 février 1816, op.cit., p.16.
2058 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.45.
2059 Sur la conception de la représentation de Royer-Collard : *v.* P. Brunet, Vouloir pour la nation...., op.cit., p.297-304.

publique, « mais sans être arrêté dans sa marche par une majorité hostile qui aurait voulu le contrôler »[2060].

447. Cependant, Royer-Collard est parfaitement conscient que la Charte de 1814, loin d'introduire en France le parlementarisme, met en place, en réalité, une véritable monarchie limitée, qui s'illustre à travers l'organisation du pouvoir législatif. Comme le souligne Michel Pertué, « la monarchie qui était restaurée en 1814 était diminuée par le retranchement de ce qui était donné aux institutions dont elle était désormais entourée »[2061]. De ce point de vue, si le Roi conserve le monopole des fonctions exécutives et judiciaires, une collaboration fonctionnelle existe, dans une certaine mesure, pour la fonction législative. Le monarque doit désormais partager avec les chambres l'exercice de la puissance législative, comme le met en lumière l'article 15 de la Charte de 1814 : « La puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs, et la Chambre des députés des départements ». Au regard de cette habilitation constitutionnelle, Royer-Collard admet une certaine place, *certes* limitée, aux Chambres. Il les enferme dans la seule discussion de la loi. Il affirme, à cet égard, à propos de la chambre des députés, qu'elle « n'existe dans le gouvernement de l'État que pour adopter ou rejeter les propositions du roi »[2062]. On comprend ainsi que la conception du pouvoir législatif de Royer-Collard au début de la Restauration s'entend d'un *concours* ou encore d'une *coopération* – et non d'un accord - entre le monarque et les assemblées dans l'élaboration et l'adoption de la loi, ces dernières n'apportant qu'un éclairage à travers leurs délibérations. Elle est, en tout état de cause, la seule conception possible pour ce partisan de l'unité de la souveraineté : « chez nous, le gouvernement est tout entier dans la main du roi : le roi gouverne indépendamment des chambres ; leur concours, toujours utile, n'est cependant indispensable que si le roi leur reconnaît la nécessité d'une loi nouvelle et pour le budget »[2063]. On remarque, dès lors, que le chef des doctrinaires adopte une position ambiguë s'agissant du statut et des fonctions des assemblées qui se reflète dans sa représentation des privilèges parlementaires.

2060 M. Pertué, Royer-Collard…, op.cit., p.47. Dans le même sens, le royaliste modéré Montlosier estime que « le Roi (…) est le premier représentant de la nation ; la Chambre des pairs est le second en rang ou en dignité ; au troisième rang de pouvoir représentatif (…), mais dans le second aussi, pour l'importance et le pouvoir co-législatif, est la Chambre des députés des départements. Au quatrième, viennent les ministres, et puis les autres autorités » (Montsolier, De la monarchie française depuis son établissement jusqu'à nos jours, op.cit., p.207).

2061 M. Pertué, Royer-Collard…, op.cit., p.41.

2062 Opinion de M. Royer-Collard...sur le rapport fait par M. Corbière, au nom de la Commission du budget, séance du 15 mars 1816, op.cit., p.13.

2063 Opinion de Royer-Collard lors de la séance du 12 février 1816 cité par P. Brunet, Vouloir pour la nation..., op.cit., p.299. Comme le souligne Pierre Brunet, Royer-Collard, souvent guidée par des intentions opportunistes, défend également au début de la Révolution l'idée du gouvernement *mixte* : « la monarchie reconstituée par la Charte est une monarchie mixte dans laquelle plusieurs pouvoirs concourent avec le pouvoir royal. Entre plusieurs pouvoirs qui concourent, la force des choses et le besoin de l'unité font prédominer plus ou moins l'un de ces pouvoirs qui acquiert sur les autres une influence ouverte ou cachée. Nul doute que, dans notre gouvernement, le pouvoir royal ne soit celui auquel doit appartenir cette influence de direction » (cité par A.-G.-P. Barante, La vie politique de M. Royer-Collard, ses discours et ses écrits, Paris : Didier, 1861, 2 vol., t.1, p.226). Dans ce type d'organisation, tous les pouvoirs collaborent et concourent au gouvernement mais sans que l'un des pouvoirs ne prédomine. Mais Royer-Collard, de manière quelque peu contradictoire, défend la prédominance royale sur le reste des pouvoirs sur le fondement flou de « la force des choses » et de l'unité du pouvoir d'État. Il tente ainsi de concilier, maladroitement, la forme mixte du gouvernement et l'unité de la souveraineté.

448. Sous ce rapport, Royer-Collard est amené à défendre une conception paradoxale, du moins originale, des immunités dont doivent bénéficier les parlementaires. Il opère un changement de paradigme théorique flagrant par rapport à la tradition révolutionnaire. Pour la première fois depuis le début de la Révolution, sous réserve de la période napoléonienne, le libéral conservateur n'articule plus les statuts dérogatoires des parlementaires autour de la théorie de la représentation nationale. Cette fracture est la conséquence directe de sa conception personnelle de la puissance législative exposée ci-dessus. Il refuse d'employer le terme de « représentant » à l'égard des membres des assemblées afin de sauvegarder la prédominance royale. Tenus par aucun mandat, ces derniers ne justifient l'exercice de leur pouvoir uniquement que par la Charte et non par la Nation. Par voie de conséquence, ils ne peuvent en être les porte-paroles, leurs volontés ne peuvent être imputées à la Nation entière. Royer-Collard affirme effectivement que :

> « *Il est faux en principe, et impossible dans le fait, que l'opinion de la Chambre soit toujours nécessairement l'opinion de la nation. Si la majorité de la nation a une opinion déterminée sur les questions qui s'agitent dans cette enceinte, cela même est quelque fois incertain ; mais ce qui ne l'est pas, c'est que, si cette opinion existe, elle ne peut être constatée avec certitude que par le mandat. Et puisque le mandat n'est pas admis par la Charte, la Chambre ne peut se dire, et elle ne doit pas être crue l'organe légal et le ministre infaillible de l'opinion nationale* »[2064].

De ce fait, les immunités parlementaires, contrairement à la tradition établie depuis 1789, n'ont plus vocation à garantir, dans la conception du doctrinaire, la suprématie de l'ancienne autorité suprême désormais déchue, puisque réduite à une simple fonction auxiliaire. Il ne s'agit plus d'offrir une réelle indépendance à l'organe législatif à l'égard des autres pouvoirs car le Roi, doté d'un pouvoir de direction à ses yeux, dirige les affaires du pays avec le concours de la chambre des pairs et de la chambre élective qui lui apportent leur aide sans chercher à contester sa primauté. Autrement dit, Royer-Collard délie clairement la représentation des immunités parlementaires mais ne dénie pas, néanmoins, toute légitimité à ce mécanisme juridique.

449. Loin de rechercher à leur garantir une liberté, les statuts dérogatoires des législateurs obéissent, dans l'esprit de Royer-Collard, à une logique fonctionnelle. Il ne récuse pas totalement les conquêtes essentielles de la Révolution et il reconnaît une place, du reste modeste, aux Chambres même si elles pèsent moins que les Assemblées de la Révolution. Au regard du système de la Charte de 1814, il admet que la définition de l'intérêt général échappe à la volonté unilatérale du monarque. Les situant dans un rôle de *conseil supérieur*, le doctrinaire attribue leur une mission essentielle dans le processus législatif. En effet, « sans doute le roi pouvait-il se présenter comme le détenteur d'une puissance souveraine antérieure à la charte, être effectivement le nœud qui rassemblait les

2064 Cité par P. Brunet, Vouloir pour la Nation…, op.cit., p.302.

autres pouvoirs et celui qui paraissait encore l'État, qui le portait à son plus haut degré de valeur possible, il n'en demeurait pas moins qu'il acceptait désormais d'avoir des interlocuteurs dans un processus discursif complexe mis en place pour rechercher la vérité »[2065]. Le rôle délibératif des chambres est clairement mis en lumière par la Charte, à travers notamment l'article 18 qui dispose que la loi est « discutée et votée librement par la majorité de chacune des deux chambres ». À la lumière des dispositions constitutionnelles, Royer-Collard estime, dès lors, que la Charte donne à la confrontation de points de vue entre parlementaires un rôle dans la production normative et elle oblige même le monarque à rechercher l'adhésion des chambres à ses projets[2066]. C'est pourquoi, dans la perspective de cette mission centrale d'éclairage dans le cadre de la procédure législative, il estime incontournable la reconnaissance d'une *irresponsabilité* aux parlementaires, et ce en dépit de l'absence d'une reconnaissance textuelle par la Charte[2067]. En effet, pour lui, « en rassemblant des représentants des élites sociales, sélectionnées par leur « capacité » et leur instruction, pour leurs « talents » et leurs pratiques, les Chambres, au-delà des différences partisanes, apportent les garanties d'une politique éclairée, au plus près des exigences de la « Souveraineté de la Raison » »[2068]. C'est pourquoi il est fermement attaché à la protection de la liberté de la tribune. D'ailleurs, preuve de cet attachement, comme le rapporte Jean-François Jacouty, « le 3 mars 1823 il réagit vivement à l'expulsion du député libéral Manuel : « la liberté illimitée des discours et l'inviolabilité de la parole sont des conditions absolues », martèle-t-il »[2069], et met en avant pour cela l'article 18 de la Charte.

En dernière analyse, sur un plan plus personnel, Royer-Collard est également un ardent défenseur de l'irresponsabilité parlementaire en raison de sa qualité de tribun parlementaire. Brillant orateur au cours de sa longue et grande carrière parlementaire[2070], la liberté de tribune permet, à ses yeux, de faire vivre l'affrontement des projets, idées et points de vue. Il convient donc de remarquer, en définitive, que dans l'esprit de Royer-Collard, la liberté d'expression des parlementaires est, en quelque sorte, consubstantielle à la mission attribuée par la Charte et apparaît détachée, de manière atypique, de tout lien avec la représentation. Les membres des chambres doivent être en mesure, sur

2065 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.42.

2066 Dans le même sens, l'avocat monarchiste Charles Guibert estime que « ce bon Roi avait libéralement donné, en 1814, au peuple français une garantie de son mode de gouverner. Quoique le droit de faire la loi lui fût assuré par une possession qui remonte jusqu'au commencement de la monarchie, suivant le principe : *si veut le Roi, si veut la Loi* ; Louis XVIII a concédé au peuple français une portion de ses attributs en l'appelant à concourir avec lui à la formation des lois ; la nation vient de charger ses délégués de ces honorables fonctions » (C. Guibert, Observations sur la Charte, op.cit., p.8). De même, Charles-Guillaume Hello affirme : « les Chambres sont une partie de la représentation nationale ; c'est la véritable source de leurs attributions ; mais elles n'en sont qu'une partie : c'est la limite de leur pouvoir. Tout ce qui sort de cette origine sans franchir cette limite, leur appartient ; elles peuvent le dire et le faire » si cela répond aux besoins de la représentation nationale (C.-G. Hello, Du régime constitutionnel, op.cit., p.405).

2067 Les monarchistes reconnaissent, en effet, un rôle primordial aux chambres, ce qui justifient des garanties supérieures. Par exemple, pour Charles Guibert, « l'importance des fonctions d'un Député exige à son égard une plus grande précaution qu'à l'égard des autres citoyens » (C. Guibert, Observations sur la Charte, op.cit., p.62).

2068 J.-F. Jacouty, Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-collard, op.cit, p.103.

2069 *Ibid*., note 97.

2070 L. de Lavergne, Royer-Collard orateur et politique, à propos du nouvel ouvrage de M. de Barante, Revue des deux mondes, t.35, 1861, p.566-597.

un plan *uniquement* fonctionnel, de débattre librement. Le chef des doctrinaires fait ainsi reposer les immunités parlementaires sur une nécessité utilitaire inhérente au rôle délibératif des chambres et sur le système mise en place par la Charte qui s'appuie sur un concours des pouvoirs au niveau législatif[2071].

450. Enfin, la théorie de la « puissance législative » de Royer-Collard, à laquelle est étroitement liée celle des immunités parlementaires, est dictée fortement par les circonstances de la deuxième Restauration. Depuis que les ultras ont obtenu la majorité à la Chambre en 1815 et ont choisi d'adopter une attitude offensive par rapport au rôle qu'ils pouvaient jouer dans le système établi par la Charte, Royer-Collard cherche à les contrer sur le terrain idéologique afin de protéger la suprématie de l'autorité royale. Refusant de leur fournir des armes, il ne conçoit pas l'assemblée comme un organe national et la cantonne à un travail de discussion des projets de loi. Il leur conteste toute liberté et s'oppose logiquement à l'application de la théorie de la représentation en leur faveur ainsi qu'à la consécration des mécanismes juridiques découlant de cette théorie propre à leur garantir une indépendance à l'égard du monarque – représentant unique de l'unité de l'État -, comme les immunités parlementaires. Ces dernières ne répondent qu'à un souci pratique dans sa pensée, non sans contradiction. Car, dans le cas contraire, « une fois reconnue comme libre, la Chambre élective peut s'avérer dangereuse car disposant du pouvoir de parler en son nom propre, elle peut être tentée de faire prévaloir sa volonté sur celle du Roi »[2072]. En effet, comme le note Michel Pertué, « lorsque Royer-Collard voulait enfermer strictement les chambres dans une sphère de compétence, son but était précisément de les dissuader de s'engager dans une logique de distinction et de division : loin d'être séparative, la conception générale qu'il se faisait initialement de la charte était au contraire organique », c'est-à-dire qu'il souhaitait « articuler les pouvoirs et les engrener pour les maintenir ensemble dans un certain rapport de hiérarchie et de complémentarité »[2073]. Par stratégie, le chef des doctrinaires conçoit ainsi, *initialement,* les chambres comme placées dans le gouvernement du roi, seul dirigeant de la politique de la Nation qui demeure aidé du concours des assemblées délibérantes.

451. Or, dès la dissolution de la chambre introuvable en 1816 et l'assassinat du duc de Berry en 1820 qui sonne le retour des ultras au gouvernement en novembre, les doctrinaires en viennent à souhaiter progressivement d'« élargir le rôle des chambres des députés, sans aller cependant jusqu'à admettre une évolution parlementaire du régime »[2074]. En ce sens, Royer-Collard, qui s'opposera ensuite constamment au gouvernement, évoluera et nuancera sa théorie du pouvoir législatif. Il

2071 Il convient de noter que Royer-Collard ne traitera pas du second volet des immunités parlementaires : l'inviolabilité des membres des assemblées.
2072 P. Brunet, Vouloir pour la Nation…, op.cit., p.302.
2073 M. Pertué, Royer-Collard…, op.cit., p.47-.48.
2074 *Ibid*., p.48.

reconnaîtra à la chambre élective un caractère franchement représentatif afin de lui donner un rôle plus actif dans le jeu politique, bouleversant en cela sa compréhension des privilèges des parlementaires. Il rejoindra par là-même la position des libéraux d'opposition, tels que Benjamin Constant ou Jean-Denis Lanjuinais, que nous allons examiner ci-dessous.

§2. L'articulation équivoque des immunités parlementaires autour de la théorie de la représentation nationale par les libéraux d'opposition

452. À l'opposé des libéraux conservateurs, les libéraux d'opposition, représentés en premier lieu par Benjamin Constant et Jean-Denis Lanjuinais, accordent une place centrale aux statuts dérogatoires des parlementaires dès le début de la Restauration. Cette différence s'explique par le recours à des présupposés théoriques discordants entre ces deux courants du libéralisme.

453. Contrairement aux doctrinaires, les libéraux opposants insistent sur la véritable légitimité des chambres. Ils récusent la *doctrine de la coopération* entre le roi et les chambres qui prétend que les parlementaires ne collaborent avec le roi qu'en lui apportant le seul éclairage de leurs délibérations. Au contraire, pour eux, leurs rôles ne se réduisent pas à un rôle de conseil dans la formation de la loi mais elles participent activement à la direction des affaires publiques. Ce rôle actif trouve sa justification dans le fait que les libéraux d'opposition attribuent aux assemblées un caractère véritablement représentatif. A côté du roi, ils conçoivent les assemblées comme une autorité pleinement souveraine – en ce qu'elles expriment la volonté nationale - qui implique une revalorisation de leur place dans la hiérarchie des pouvoirs. À cet égard, cette conviction des libéraux d'opposition transparaît clairement des propos de Lanjuinais puisque celui-ci affirme que :

> « *Les députés élus et admis sont les représentants électifs de toute la nation. Autrement, leur Chambre forme, avec le Roi et la Chambre des pairs, une des trois branches de l'autorité qui exerce collectivement la puissance législative, qui déploie la volonté souveraine (...)* »[2075].

454. Afin de justifier un tel point de vue, le professeur de droit s'appuie sur la promesse formulée par Louis XVIII dans sa déclaration de Saint-Ouen du 2 mai 1814 ainsi que sur plusieurs dispositions de la Charte, notamment ses articles 15, 19 et 33[2076], qui ont en commun de mettre en lumière le rôle d'acteur des chambres dans l'exercice de la fonction législative. C'est pourquoi

2075 J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la nation française, op.cit., p.236.

2076 « Ainsi le Roi l'a promis en sa déclaration du 2 mai 1814 : *Le gouvernement représentatif sera maintenu* ; ainsi l'exige la Charte, qui porte, art.15 : *La puissance législative s'exerce collectivement par le Roi, la chambre des pairs et la Chambre des députés des départements* ; et, art.19 : Les Chambres ont l'initiative indirecte des lois ; art.33 : Point d'impôt sans le consentement des Chambres (...) » (J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la nation française, op.cit., p.236).

Lanjuinais récuse le discours dominant soutenu, de manière opportuniste, au début de la Restauration professant la subordination des assemblées qui seraient cantonnées à une mission de consultant dans la lignée des années dictatoriales napoléoniennes : « Il est vrai, *note-t-il*, que Napoléon, dans son délire ambitieux, prétendit que les députés ne sont que les *conseillers* du Prince : cette idée est encore chère aux flatteurs du pouvoir »[2077]. Récusant la doctrine de la collaboration défendue par les partisans de la souveraineté royale qui constitue, à ses yeux, « un langage inconstitutionnel et servile »[2078], Lanjuinais lui préfère celle de la *co-décision*. Celle-ci postule que « le désaccord des pensées entre les (…) pouvoirs [exécutif et législatif] signifi(e) celui de leurs volontés dont la rencontre et l'harmonie étaient cependant nécessaires pour tendre au même but et produire en commun l'acte législatif »[2079]. Élargissant le rôle des chambres, les disciples d'une telle théorie, soutenue par les libéraux d'opposition, défendent, dès lors, une conception pleine et entière des compétences du Parlement, justifiant un concours plus étroit entre les pouvoirs au point de favoriser une évolution davantage parlementaire du régime[2080]. Ce rehaussement du pouvoir du Parlement observable dans la pensée de ces auteurs se répercute étroitement sur leur manière de se représenter les privilèges des membres des assemblées.

455. Défenseurs de la théorie de la représentation nationale, les libéraux d'opposition semblent reprendre en cela l'orthodoxie révolutionnaire qui articule les statuts dérogatoires des parlementaires autour de cette doctrine constitutionnelle. Puisant dans le matériau théorique légué par la tradition révolutionnaire, il s'agit pour eux, à travers les privilèges reconnus aux membres des chambres, d'assurer la protection des organes souverains étant donné qu'ils sont chargés d'exprimer la volonté nationale. À ce titre, les membres des assemblées doivent bénéficier de garanties renforcées. Cependant, l'association qu'ils opèrent entre la théorie de la représentation nationale et la reconnaissance de privilèges exorbitants aux parlementaires n'est pas manifeste et suscite quelques interrogations.

2077 J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la nation française..., op.cit., p.236. Lanjuinais mentionne, à cet égard, un fait caractéristique : « en 1818, un conseiller d'État, un président de collège électoral dans un département du centre, un candidat des ministres, un directeur ministériel d'élections, a osé dire aux électeurs, en un discours solennel et imprimé : « Je viens pour vous *diriger*...vous n'avez d'autre pouvoir que *de donner des conseillers du Roi*... » (*ibid*.).
2078 J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la nation française..., op.cit., p.237.
2079 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.56.
2080 Dans le même sens, le député libéral et membre du groupe des Idéologues, Daunou, estime : « examiner les projets de loi dans leurs rapports avec les garanties individuelles, voilà l'attribution principale de l'assemblée législative qui représente la nation entière » (P. C. F. Daunou, Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société, Paris : Belin, 2000, p.162). Cependant, la pensée de cet auteur contient quelques contradictions par rapport à cette théorie puisqu'il affirme que « la qualification de représentants n'étant (…) que collective, il est fort abusif de l'appliquer singulièrement à chacun des membres de l'assemblée ; et il s'ensuivrait surtout un désordre extrême, si chacun d'eux venait à se considérer comme un solliciteur d'affaires locales ou personnelles » (*ibid*., p.163).

456. Dans cette lignée, Lanjuinais, grand connaisseur des pratiques parlementaires[2081], s'attache à défendre fermement les privilèges des membres des assemblées[2082] sous la seconde Restauration, au prix de quelques contradictions. Il déplore l'absence d'inscription dans la norme constitutionnelle du mécanisme de l'irresponsabilité parlementaire - sans en employer cependant le terme - pour plusieurs motifs. Ce « principe sacré »[2083] constitue, tout d'abord, pour lui, une tradition constitutionnelle puisqu'il a été consacré par quasiment toutes les Constitutions depuis le début de la Révolution : « les anciennes Constitutions, *remarque-t-il*, voulaient qu'aucun représentant ne pût être, en aucun temps, recherché, accusé, ni jugé pour ce qu'il aurait dit ou écrit dans l'exercice de ses fonctions »[2084]. Cependant, malgré le silence de la Charte de 1814, il considère que c'est bien le principe non écrit de l'irresponsabilité parlementaire qui justifie l'article 11 de la présente constitution selon lequel « toutes recherches des opinions et votes émis jusqu'à la restauration sont interdites. Le même oubli est commandé aux tribunaux et aux citoyens »[2085]. En outre, Lanjuinais avance un second argument pour légitimer cet outil juridique. En libéral conséquent, il estime que c'est un droit supra-constitutionnel inhérent à la fonction parlementaire : « la liberté d'opiner, la sûreté la plus complète dans ses opinions, sont de droit naturel pour un représentant »[2086]. S'il admet des limitations à l'égard de ce droit fondamental, celles-ci sont hors de portée d'autorités extérieures à l'assemblée. Il estime effectivement que la liberté d'expression du parlementaire n'a de bornes « que sa conscience et les règles de police intérieure admises dans l'assemblée législative au jour où il a parlé »[2087]. Au regard de ces deux justifications, il en arrive donc à la conclusion que la Charte, en renonçant à garantir la liberté de parole des parlementaires, présente une lacune importante : « ce principe général manque dans la Charte et la rend défectueuse »[2088].

457. Néanmoins, il convient de remarquer que la conception des immunités parlementaires de Lanjuinais comporte quelques ambiguïtés et imprécisions. Tout d'abord, alors qu'il se veut le

2081 Comme le note Yann-Arzel Durelle-Marc, Lanjuinais « siège, au total, près de 33 ans (sur 38 ans de 1789 à 1827) dans une assemblée (tantôt dans la chambre « basse », tantôt dans la chambre « haute ») sous presque tous les régimes : il faut en excepter la période de la Législative (les anciens constituants de 1789-1791 sont inéligibles), la proscription dont il est victime durant la Convention (18 mois) et la période s'étendant de 1797 à la création du Sénat napoléonien (sortant par tirage au sort, il n'est pas réélu au Conseil des Anciens en 1797 par les électeurs de Rennes) » (Y.-A. Durelle-Marc, Jean-Denis Lanjuinais, juriste et parlementaire (1753-1827)..., op.cit., p.12).
2082 De manière plus précoce, dès le début de la première Restauration, Benjamin Constant souligne la nécessité de protéger la liberté d'expression des parlementaires dans son ouvrage « Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France », plus particulièrement dans le chapitre VII intitulé « De la discussion dans les assemblées représentatives ». Il note, à cet égard, que la Charte de 1814 marque « une amélioration importante, le rétablissement de la discussion publique dans les assemblées » (B. Constant, Principes de politique..., op.cit., p.378) à travers l'instauration de discours écrits qui ont pour effet de rendre utile la discussion parlementaire. Cependant, dans aucun passage de son chapitre VII – relativement bref puisque comportant uniquement six pages -, Constant ne traite ou ne cite les mécanismes de l'irresponsabilité et de l'inviolabilité parlementaire, ce qui rend son étude peu opportune.
2083 J.-D. Lanjuinais, Constitutions de la nation française..., op.cit., p.339.
2084 *Ibid*.
2085 *Ibid*.
2086 *Ibid.*, p.340.
2087 *Ibid*.
2088 *Ibid*.

partisan de la doctrine de la co-décision d'après laquelle la volonté des chambres est une composante incontournable dans l'émission de la loi faisant d'elles des autorités souveraines, il estime, non seulement, que les chambres donnent un simple « avis »[2089] dans la formation de l'acte législatif destiné, qui plus est, au roi qu'il désigne comme l'unique souverain. Il apparaît, de ce fait, une contradiction entre le tempérament qu'il opère de la théorie de la représentation nationale qui tend davantage vers la doctrine de la collaboration, et son soutien en faveur de la reconnaissance du privilège de la liberté de parole aux parlementaires. Un doute subsiste, en effet, sur la nature réelle des membres des assemblées - représentants ou non de la Nation -, rendant quasiment indéterminable en cela le fondement qu'il attribue aux immunités parlementaires. Cette confusion s'illustre à travers l'une de ses affirmations selon laquelle « punir un votant pour avoir dit son avis, cet avis que l'autorité souveraine lui a demandé, c'est une barbarie que les factions se permettent, et qu'elles peuvent décorer du nom de loi, parce qu'elles sont capables de tout »[2090]. Par celle-ci, il mêle contradictoirement les deux conceptions de l'organe législatif : tantôt la chambre est conçue comme un conseiller du souverain, tantôt elle est un organe indispensable qui exprime la volonté nationale – puisqu'il laisse supposer qu'un acte adopté sans l'opinion et le vote d'un parlementaire ne serait pas une loi. L'indécision de Lanjuinais laisse donc planer un doute sur l'assise théorique qu'il attribue aux statuts dérogatoires des parlementaires. Mais l'hypothèse du libéralisme politique comme fondement semble être la plus crédible[2091]. En outre, en plus d'être équivoque, sa conception est également floue puisqu'il s'avère que le libéral confond les mécanismes de l'inviolabilité et de l'irresponsabilité parlementaire. Il souligne, en effet, que l'article 52 de la Charte[2092] - qui s'apparente manifestement au premier volet cité - contrevient à l'esprit de l'article 11 de la Charte alors que cette dernière disposition est clairement relative à la liberté de vote et d'expression des parlementaires. Or, contrairement à la pensée de Lanjuinais, les articles 52 et 11 de la Charte de 1814 ne sont pas imbriqués mais distincts. Il s'agit de deux protections différentes ayant un champ d'application matériel propre.

458. En dernière analyse, en dépit de ses failles théoriques, si Lanjuinais est profondément attaché à défendre les privilèges des parlementaires, c'est aussi en raison de sa situation personnelle de pair de France lors de la première et deuxième Restauration[2093]. Il est ainsi soucieux de protéger,

2089 *Ibid*., p.339.
2090 *Ibid*.
2091 Ce fondement est notamment partagé par Charles de Saint-Hilaire qui estime, à propos de l'article 52 de la Charte, qu'il est « un grand garant de l'inviolabilité des députés, puisqu'un membre de la chambre ne peut être poursuivi en matière criminelle que lorsque la chambre a permis sa poursuite, le cas de flagrant délit excepté ». Cet article donne, pour lui, « aux mandataires du peuple l'indépendance et la liberté nécessaires pour remplir en leur âme et conscience les fonctions auxquelles ils sont appelés » (C. de Saint-Hilaire, Commentaire sur la Charte..., op.cit., p.31).
2092 Article 52 de la Charte du 4 juin 1814 : « Aucun membre de la Chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ni arrêté en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, qu'après que la Chambre a permis sa poursuite ».
2093 Louis XVIII nomme Lanjuinais pair de France à vie le 4 juin 1814 (puis comte-pair en 1817). La seconde restauration « l'élimine tout d'abord de la Chambre des pairs, avant de le réintégrer avec Boissy d'Anglas (17 août 1815) : seuls ces deux hommes bénéficient d'une telle faveur après avoir accepté d'occuper des fonctions pendant les

tout au long de sa carrière parlementaire, les prérogatives du Parlement et, manifestant un profond attachement au libéralisme, les libertés de ses membres[2094] jusqu'à sa mort en 1827, nonobstant sa défense conjointe de la prérogative royale. La pensée de ce professeur politique mêle effectivement « une forte théorie issue des principes de 1789-1791 et près de cinquante ans (1772-1827) d'expérience parlementaire et d'études »[2095]. Elle constitue « l'une des sources de la mouvance libérale des XIXe et XXe siècles »[2096] qui en fait tout son intérêt.

*
**

Conclusion du chapitre 1

459. De ce chapitre ressort que la période 1814-1830 est traversée par de nombreux dissensus au sein de la doctrine constitutionnelle au sujet des statuts dérogatoires des gouvernants. Il est vrai que la Charte du 4 juin 1814 bouleverse les cadres théoriques en vigueur depuis la Révolution de 1789. Issue d'un octroi gracieux de Louis XVIII – même si certains y voient un compromis -, elle s'organise manifestement autour du principe de la pleine souveraineté du Roi. Conséquence logique, les autres organes politiques, c'est-à-dire la Chambre des Pairs et la Chambre des députés, ne sont pas conçus sur un pied d'égalité avec le monarque dans la mesure où ils tiennent leurs pouvoirs de la Charte, autrement dit de lui-même. Toutefois, le nouveau texte constitutionnel, loin d'introduire le parlementarisme, met en place, en réalité, une monarchie limitée en ce qu'il prévoit une participation des chambres à la fonction législative. Aussi nous avons pu observer que cette mécanique institutionnelle nouvelle, marquée par la suprématie royale, transforme en profondeur les axes de pensée de la doctrine constitutionnelle s'agissant des privilèges immunitaires des pouvoirs supérieurs ainsi que leur manière de les concevoir, loin de la tradition révolutionnaire. À cet égard, leur centre d'intérêt se concentre désormais, de manière inédite, sur les régimes dérogatoires du pouvoir exécutif, signe de sa place centrale au sein de l'architecture institutionnelle de la Charte de 1814,. Cette tendance se reflète par une prolifération des brochures et essais, au détriment de l'étude des privilèges parlementaires.

Cent Jours » (Y.-A. Durelle-Marc, Jean-Denis Lanjuinais, juriste et parlementaire..., op.cit., p.23). *Cf.* également : P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), Dictionnaire historique des juristes français XIIè-XXè siècle, op.cit., p.602.

2094 Pour ce qui est des privilèges des pairs, il convient de noter que ceux-ci sont plus étendus que ceux des députés puisque les crimes de ses propres membres sont jugés par la Chambre des pairs elle-même. En effet, selon l'article 34 de la Charte de 1814, « aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la Chambre, et jugé que par elle en matière criminelle ».

2095 Y.-A. Durelle-Marc, Jean-Denis Lanjuinais, juriste et parlementaire..., op.cit., p.23.

2096 *Ibid*.

460. S'agissant du pouvoir exécutif, deux thèmes de réflexion complémentaires occupent l'esprit de la doctrine constitutionnelle de la Restauration et sont facteurs de divisions en son sein. Il s'agit du statut d'inviolabilité du Roi et son corollaire, la responsabilité politico-pénale des ministres. Unanime sur la nécessité de reconnaître une inviolabilité au monarque – bien qu' elle n'en tire pas la même conséquence par rapport à son rôle, directeur ou arbitral -, elle cherche à faire peser la responsabilité du pouvoir exécutif sur des agents subalternes au Roi, c'est-à-dire les ministres. Cependant, la doctrine s'affronte sur la nature et les modalités de cette responsabilité ministérielle. Cet affrontement se matérialise à travers les questions liées, *d'une part*, à la nécessité ou non d'une loi visant à définir les infractions et les peines applicables contre les ministres mis en cause au regard de l'article 56 de la Charte. Il porte, *d'autre part*, sur la nature de la Chambre des pairs déclarée compétente par le texte constitutionnel pour les juger. Annonçant une divergence qui va traverser les siècles, elle oppose les partisans d'une interprétation *pénaliste,* favorables à l'adoption d'une loi claire et précise qui marque l'affirmation d'une responsabilité ministérielle de type *pénal* pour certains faits et dont découle le caractère de juridiction pénale de la Chambre des pairs, à ceux d'une interprétation *constitutionnaliste* ou *politique,* favorables à une compétence discrétionnaire de la Chambre des pairs s'agissant de l'incrimination et des sanctions applicables contre les ministres du fait de sa nature politique et qui serait à terme un facteur d'émergence d'une responsabilité de type *politique*. Si la première thèse semble être celle défendue paradoxalement par les doctrinaires et la seconde est mise en avant par les libéraux d'opposition et une partie des monarchistes partisans du modèle anglais au début de la Restauration, chacune d'elles sera instrumentalisée politiquement et ne sera pas propre à un camp au cours de ce régime.

461. *Parallèlement*, le primat de l'exécutif dans la hiérarchie des pouvoirs instaurée par la Charte de 1814 conduit à un décentrement de la réflexion constitutionnelle concernant les privilèges parlementaires. Pour autant, si ce questionnement n'est plus leur interrogation première, il n'en demeure pas moins que quelques auteurs, principalement les penseurs libéraux, l'examinent sommairement. À cet égard, le fondement qu'ils attribuent aux immunités parlementaires est déterminé, au préalable, par leur conception de la « puissance législative ». La première, *la doctrine de la collaboration*, élaborée par les doctrinaires, appréhende la chambre comme un simple instrument d'éclairage du roi dans l'élaboration de la loi, dépourvue de tout caractère représentatif, Dès lors, elle attribue un rôle purement fonctionnel aux privilèges parlementaires, c'est-à-dire celui de permettre l'échange libre d'arguments au sein des chambres. À l'inverse, la seconde, *la doctrine de la co-décision*, qui est l'œuvre des libéraux d'opposition, conçoit les chambres comme un organe d'expression de la volonté nationale, de telle sorte qu'elle rattache, avec quelques contradictions néanmoins, les immunités de leurs membres au paradigme révolutionnaire classique de la théorie de la représentation nationale et souligne leur profonde utilité. On mesure ainsi à quel point « les mots

accord et concours sont équivoques »[2097] dans les deux thèses et conditionnement la place et les fonctions de l'organe législatif et, *a fortiori,* les justifications de son statut exorbitant. Aussi un tel enjeu institutionnel explique les variations de position de chaque camp en fonction de sa situation politique.

462. Dès lors, on constate que chacune des questions relatives aux régimes dérogatoires des gouvernants donne lieu à des interprétations divergentes et fluctuantes entre les auteurs constitutionnels qui perdurent tout au long de la Restauration. En réalité, il a pu être observé que la plupart de ces dissensus sont dictés, sans conteste, par des intérêts supérieurs et des stratégies politiques[2098]. L'interprétation personnelle de chaque penseur est bien souvent étroitement liée au camp auquel il appartient et à sa position politique. Autrement dit, lorsque sa faction dispose de la majorité à la Chambre, il défend les prérogatives du Parlement afin de contrôler le pouvoir exécutif, puis il abandonne son credo parlementaire lorsque son parti accède au gouvernement. En définitive, la Restauration représente l'époque des professeurs ouvertement « politiques » pour reprendre l'expression d'Olivier Jouanjan, Cela tient au fait que la plupart d'entre eux sont des acteurs politiques ou des avocats guidés par des intentions partisanes. Le droit constitutionnel se cantonne alors à être une politique constitutionnelle pour chaque auteur, ce qui explique les nombreuses contradictions, ambiguïtés et revirements mis en lumière à travers l'étude des écrits des multiples auteurs de cette période[2099]. Par là-même, les considérations politiques qui dominent les débats constitutionnels sont un obstacle à une systématisation purement scientifique, notamment sur le problème des statuts dérogatoires. La plupart des ouvrages constituent des essais, des tribunes, des pamphlets ou des commentaires exégétiques superficiels de la Charte. L'absence de distinction claire entre les deux volets de l'irresponsabilité et de l'inviolabilité, par le défaut de recours notamment à un vocabulaire précis, en est une illustration typique[2100].

Or c'est contre cette tendance d'un droit constitutionnel politisé que les penseurs de la Monarchie de Juillet et les autorités vont réagir. La discussion constitutionnelle sera extraite du débat politique pour parvenir ainsi à un discours scientifique de qualité, qui profitera à celui des privilèges exorbitants des pouvoirs supérieurs.

2097 M. Pertué, Royer-Collard et la Charte de 1814, op.cit., p.56.
2098 Lucien Jaume remarque effectivement que « l'école doctrinaire (…) a tendance à voir dans la Charte un moyen de conquête et d'hégémonie (...) » (L. Jaume, Naissance du libéralisme et interprétations de la Charte, op.cit., p.17).
2099 Comme le note Gabriel Rémond, durant la Restauration, par pur opportunisme politique, « les théories servaient d'arguments et non de principes ; les partis en majorité voulaient le régime parlementaire ; les minorités le combattaient Après avoir adopté une solution pour des motifs politiques, les partis essayaient de la justifier par des constructions juridiques » (G. Rémond, Royer-Collard. Son essai d'un système politique, thèse de droit, Paris, Sirey, 1933, p.31.
2100 Cette carence conceptuelle durant la Restauration a notamment été soulignée par Pierre Rosanvallon dans son ouvrage « La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830 ». Pour lui, plus largement, en dépit des efforts de quelques publicistes comme Benjamin Constant, « se manifeste une (…) incapacité des acteurs de Juillet à élaborer une théorie de la monarchie constitutionnelle » (P. Rosanvallon, la Monarchie impossible…, op.cit., p.166). Le nouveau régime qui demandait un effort de théorisation pour donner un axe à la royauté restaurée n'est pas perçu effectivement comme un objet constitutionnel propre. C'est ce qui explique d'ailleurs que ce système périra en 1830, victime de sa sclérose intellectuelle.

CHAPITRE 2. L'APPARITION D'UN DISCOURS PLUS SCIENTIFIQUE DANS UN CONTEXTE DE PROFUSION DES RÉGIMES POLITIQUES ET DES FORMES DE GOUVERNEMENT (1830-1870)

463. La période 1830-1870 constitue un moment-charnière dans l'histoire doctrinale de la problématique des statuts exorbitants des pouvoirs constitués. Elle est marquée par l'apparition d'un discours davantage théorique, consécutivement à la naissance et au développement de la discipline du droit constitutionnel et, plus généralement, du droit public.

Alors que la Restauration était caractérisée par une forte politisation des représentations constitutionnelles sous des apparences juridiques, il est permis de constater, à partir de la Monarchie de Juillet, une évolution sensible de la pensée juridique qui s'oriente vers une optique davantage scientifique. Ce changement significatif s'opère grâce à l'ordonnance royale du 22 août 1834[2101], sous l'impulsion du doctrinaire Guizot, alors ministre de l'Instruction publique de Louis-Philippe, qui instaure *officiellement* une chaire de droit constitutionnel[2102] à la Faculté de droit de Paris uniquement[2103]. Confiée à un juriste d'origine italienne proche du milieu doctrinaire[2104], Pellegrino Rossi[2105], cette création a précisément pour finalité de « faire sortir la discussion constitutionnelle

2101 Tel est l'objet de son article 1er. L'article 2 dispose que : « ce cours sera obligatoire pour les examens de licence » (Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État…, Année 1835, par J. B. Duvergier, Paris : Guyot et Scribe, 1836, t. 35, p.272).

2102 Cette chaire de droit constitutionnel fait suite aux premiers enseignements donnés sous forme de cours par le docteur en droit et avocat à la Cour royale de Paris, Joseph-Elzéar Ortolan, en 1831. Il s'agit d'« un cours public gratuit d'histoire du droit politique et constitutionnel, qui est en fait un cours d'histoire des législations comparées destiné à faire accéder à la connaissance du droit un public toujours plus large » (C. Lecomte, Ortolan Joseph-Elzéar, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Dictionnaire historique des juristes français XIIè-XXè siècle, op.cit., p.784). Celui-ci fera l'objet d'une publication : J.-E. Ortolan, Cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe : Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe, avec le tableau de leur organisation actuelle, Paris :Fanjat aîné, 1831.

2103 Guizot estime qu'il faut « commencer par dispenser l'enseignement à Paris, là où se trouvent les étudiants les plus nombreux (ils sont près de 3500 en 1835), avant de le généraliser dans toutes les Facultés de droit (...) » (J. Boudon, Introduction à la réédition, in P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, Paris : Dalloz, impr. 2012). Il convient de noter que la Préface de Julien Boudon n'est pas numérotée.

2104 Rossi et Guizot se rencontrent par l'intermédiaire du Duc de Broglie. Comme le note Guizot dans ses Mémoires, « j'étais lié depuis plusieurs années avec M. Rossi. Le duc de Broglie, qui l'avait beaucoup vu à Genève et à Coppet, m'avait souvent parlé de lui. Avant 1830, il avait fait à Paris des voyages pendant lesquels nous avions beaucoup causé » (F. Guizot, Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps, Paris : Michel Lévy frères, 1860, t. III, p.121). Les affinités entre Guizot et Rossi sont évidentes : « exacts contemporains, professeurs, académiciens, ambassadeurs tous les deux, ils ont fréquenté l'un et l'autre Genève et son Académie (Rossi comme professeur, Guizot comme étudiant) » (J. Boudon, Introduction à la réédition, op.cit.). Par conséquent, Guizot et De Broglie, une fois au pouvoir, ne cesseront d'attirer Rossi en France afin de lui attribuer un rôle honorifique.

2105 Ce choix ne se fera pas dans l'unanimité puisqu'une forte hostilité émerge de la part des professeurs de la Faculté de droit « sans que l'on puisse démêler exactement les considérations personnelles, politiques, institutionnelles et scientifiques » (J. Boudon, Introduction à la réédition, op.cit.). Au cours de plusieurs réunions entre plusieurs professeurs, les griefs sont nombreux contre Rossi : on lui reproche de « ne pas être Français, de ne pas avoir de doctorat délivré par une Faculté de droit français, on conteste également enfin que la voie du concours pût être méprisée, y compris pour la nomination à une chaire nouvelle » (*ibid.*). D'ailleurs, cinq professeurs (Bugnet, Demante, Portets, Du Caurroy et Duranton) exerceront un recours contre la décision du Conseil royal de l'Instruction publique ayant repoussé leur contestation. Leur recours sera, cependant, rejeté par le Conseil d'État du fait du caractère d'acte de gouvernement de l'acte contesté : « l'arrêté par lequel le sieur Rossi a été nommé professeur est un acte de pure administration qui ne peut donner lieu à un recours par la voie contentieuse » (cité par J. Boudon, *ibid.*).

du débat politique pour l'asseoir sur la connaissance »[2106]. Guizot écrit effectivement dans son *Rapport* au Roi, qu'« un tel enseignement (…) doit substituer, aux erreurs de l'ignorance et à la témérité des notions superficielles, des connaissances fortes et positives »[2107]. Néanmoins, comme le note Pierre Rosanvallon, ce dernier « ne conçoit nullement cet enseignement comme le vecteur d'une réflexion sur l'organisation des pouvoirs publics dans la société moderne »[2108]. Sa conception est beaucoup plus restreinte : sa perspective est d'« éviter à tout prix qu'un tel enseignement puisse dériver vers la philosophie politique »[2109]. Le cours de droit constitutionnel doit se borner, au contraire, à une étude du droit écrit que représente la Charte, étant donné que cette dernière est à la fois « science et produit de l'histoire »[2110]. Amorçant l'ancrage du paradigme positiviste au sein de la science du droit constitutionnel, le titre et l'objet même du cours fixés par le rapport sont symptomatiques de l'esprit de ce nouvel enseignement : il s'agira de « l'exposition de la Charte et des garanties individuelles comme des institutions politiques qu'elle consacre »[2111]. Le nouveau texte constitutionnel est, en effet, considéré « comme une loi écrite, reconnue, qui peut et doit être expliquée, commentée aussi bien que la loi civile ou tout autre partie de la législation »[2112], il n'est pas « un système philosophique livré aux disputes des hommes »[2113]. L'enseignement du droit constitutionnel doit, ainsi, consister en une explication détaillée de la Charte qui doit devenir le « Code constitutionnel, sorte de masse de granit sur le modèle du Code civil »[2114]. Ce faisant, grâce à l'analyse et la systématisation de la Charte appréhendée comme droit positif constitutionnel mis en perspective avec « les leçons de l'histoire, susceptible de s'étendre par les comparaisons et les analyses étrangères »[2115], le droit constitutionnel peut acquérir le statut de discipline scientifique à part entière, comme l'est déjà le droit civil à cette époque[2116]. Il ne s'agit plus d'étudier des théories et des thèses spéculatives mais de dégager les principes du droit positif. Par cette démarche, « la Constitution n'est plus un objet spéculatif, source de discussions infinies, donc de « disputes doctrinales », elle est une loi « écrite »[2117].

En outre, à côté de sa finalité juridique, son étude poursuit également une finalité politique. Elle permettra, selon Guizot, de démontrer les bienfaits de la Charte auprès des étudiants de la capitale et

2106 O. Jouanjan, Histoire de la science du droit constitutionnel, op.cit., p.79.
2107 Rapport au Roi sur la création d'une chaire de droit constitutionnel, 22 août 1834, reproduit dans F. Guizot, Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps, op.cit., t. III, p.379-383.
2108 P. Rosanvallon, La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830, op.cit., p.162.
2109 *Ibid*.
2110 *Ibid*.
2111 Rapport au Roi sur la création d'une chaire de droit constitutionnel, op.cit.
2112 *Ibid*.
2113 *Ibid*.
2114 Histoire parlementaire de France. Recueil complet des discours prononcés dans les chambres de 1819 à 1848, Paris : Michel Lévy, 1863, t. II, p.261.
2115 *Ibid*. Comme le note Julien Boudon, « faisant appel à l'histoire du droit comme au droit comparé, cette science véritable de la Constitution fait passer de la philosophie au droit » (J. Boudon, Introduction à la réédition, op.cit.).
2116 *v.* F. Audren, J.-L. Halpérin, La culture juridique française. Entre mythes et réalités…, op.cit., p.43-47.
2117 J. Boudon, Introduction à la réédition, op.cit.

de légitimer de la sorte le nouveau régime[2118] en insistant sur son aspect libéral, écartant par là-même le spectre de la révolution[2119]. La Monarchie de Juillet voit alors s'opérer « un glissement terminologique essentiel : le « droit politique » devient le « droit public constitutionnel » ou le « droit constitutionnel » »[2120], de façon à gommer la proximité redoutée du droit constitutionnel avec la sphère politique et la philosophie politique. Pour autant, en dépit de cette évolution méthodologique, les constitutionnalistes de cette époque n'épureront pas totalement leur discours de toute optique critique, contrairement à la visée proclamée par l'instauration de cet enseignement.

464. La consécration d'un tel enseignement à partir des années 1830 a manifestement pour conséquence, à la fois, d'enrichir la qualité du discours constitutionnel qui se dote d'une solide armature conceptuelle usant d'un vocabulaire plus précis, et d'entraîner un accroissement majeur de ses sources, puisqu'elle suscite une profusion d'écrits en matière constitutionnelle sous forme de brochures, de manuels et de traités consacrés spécifiquement à la nouvelle discipline[2121]. Elle s'accompagne, également, de l'apparition de jurisconsultes spécialisés dans le droit constitutionnel, avec de grandes figures telles que Pellegrino Rossi. Concernant notre sujet, ce tournant scientifique se répercute sur la réflexion en matière de statuts dérogatoires qui profite d'une plus grande systématisation, purifiée plus amplement de ses ramifications politiques. Plus précisément, dans la continuité de la Restauration, la doctrine centre son étude, durant la Monarchie de Juillet, sur la question de la responsabilité du pouvoir exécutif puisqu'elle est au cœur des équilibres du nouveau régime, et délaisse quelque peu celle des privilèges parlementaires. Dans un climat marqué par des

2118 Une visée identique de légitimation du régime est adoptée par les autorités en place lors du Directoire et, plus, tard, de la IIIème République, par la mise en place d'un cours visant à expliquer et étudier les institutions instaurées.
2119 Selon le ministre doctrinaire, « le droit constitutionnel est maintenant, parmi nous, une vraie science dont les principes sont déterminés et les applications journalières, il n'y a point de conséquences extrêmes qu'on doive craindre, ni de mystères qu'on doive cacher » (Rapport au Roi sur la création d'une chaire de droit constitutionnel, op.cit.).
2120 M. Pétroff, L'éclipse du droit constitutionnel, in F. Bluche, Le Prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852, Paris : PUF, 2000, p.164.
2121 À cet égard, il convient de constater qu'à côté d'œuvres entièrement consacrées par certains juristes au droit constitutionnel, des manuels centrés sur le droit administratif contiennent également des développements portant sur le droit constitutionnel. Cela s'explique par le fait que la Monarchie de Juillet dote, par l'ordonnance du 12 décembre 1837, toutes les Facultés de province d'une chaire de droit administratif – moins propice à la rébellion -, à l'exemple de celle établie à Paris en 1828. Or cet enseignement, estime Salvandy, ministre de l'instruction publique, dans son rapport, « se lie à l'exercice de tous les droits, à l'étude de tous les droits qui sont à la base de notre constitution » (cité par O. Jouanjan, Histoire de la science du droit constitutionnel, op.cit., p.79). Ainsi les titulaires de chaire jugent « nécessaire de présenter les institutions politiques de la France à leurs étudiants, ainsi que des droits garantis aux Français par les onze premiers articles de la Charte constitutionnelle » puisqu'« ils considèrent logiquement, comme Foucart, que « tout se tient dans le droit public, depuis les principes constitutifs du gouvernement, jusqu'aux règles qui déterminent les attributions du fonctionnaire le plus humble de la hiérarchie administrative » » (L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, op.cit., p.13). Défendant une vision unitaire de la science du droit public, le droit constitutionnel est la matrice de toutes les branches du droit public. Ainsi, les pères fondateurs du droit administratif, tels que Foucart, Laferrière ou Cormenin, accorderont une place importante au droit constitutionnel dans leurs manuels respectifs, sur lesquels s'appuient notre étude. D'ailleurs, « cette reconnaissance de la nécessité de présenter aux étudiants l'essentiel du droit constitutionnel avant de traiter du droit administratif persistera sous les régimes qui succéderont à la Monarchie de Juillet » (*ibid.*). Sur l'histoire de l'émancipation du droit administratif par rapport au droit constitutionnel : J. Chevallier, Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, in Le droit administratif en mutation, Paris : PUF, 1993, pp. 11-40.

tâtonnements importants pour dégager la nature véritable du nouveau régime qui expérimente davantage le parlementarisme, l'inviolabilité du Roi et son corollaire, la responsabilité politico-pénale des ministres, apparaissent, de ce fait, comme des questionnements doctrinaux cruciaux pour résoudre ce problème institutionnel. À cet égard, source de vifs débats, les auteurs de cette époque font preuve d'une plus grande pédagogie dans l'exposition des enjeux juridiques et politiques par rapport à ces deux problématiques et « se distinguent par une compréhension plus nette de la responsabilité politique et pénale des ministres »[2122]. Un seuil qualitatif semble indubitablement franchi durant la Monarchie de juillet (**section 1**).

465. Poursuivant le travail théorique engagé sous la Monarchie de Juillet, la période 1848-1870 amorce un profond renouvellement du cadre de réflexion de la doctrine constitutionnelle par rapport à la question des statuts dérogatoires des gouvernants. En effet, sous la Deuxième République et sous le Second Empire, le thème central d'étude de la doctrine se porte désormais sur le nouvel homme fort, le chef de l'État. Doté d'un pouvoir important par la Constitution du 4 novembre 1848, la pensée juridique de l'époque estime que le chef de l'État doit nécessairement assumer la responsabilité inhérente à son pouvoir, son irresponsabilité étant jugée incompatible avec la forme républicaine du gouvernement. La Constitution de 1848 consacre, dès lors, « la double responsabilité de l'exécutif, c'est-à-dire que la responsabilité présidentielle se trouve combinée avec la responsabilité ministérielle »[2123]. En outre, sous le Second Empire, le chef de l'État accapare l'essentiel du pouvoir politique tout en réduisant les ministres au rang de subordonnés. La responsabilité des ministres est alors captée par la responsabilité personnelle du chef de l'État. Même si la fin du Second Empire est marquée par un réveil du parlementarisme, « la réaffirmation du principe de la responsabilité impériale condamne toute reconnaissance de la responsabilité (...) des ministres »[2124]. Une vive controverse doctrinale naîtra, de ce fait, dans le débat constitutionnel de la moitié du XIXème siècle, au sujet de la nature de la responsabilité du chef de l'État, au détriment de celle des ministres et des parlementaires. Néanmoins, d'un point de vue scientifique, si la chaire de droit constitutionnel à la Faculté de droit se maintient durant la Seconde République tout en étant vacante[2125], elle est rapidement supprimée après l'instauration du Second Empire par le

2122 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.227.
2123 *Ibid*., p.302.
2124 *Ibid*.
2125 Comme l'indique Julien Boudon, Rossi enseigne le droit constitutionnel de 1835 à 1844, année où il partira à l'ambassade de Rome (J. Boudon, Introduction à la réédition, op.cit.). Cependant, la date finale ne présente aucune certitude : la préface des œuvres complètes de Rossi, rédigée par A. Porée, précise que « le droit constitutionnel a été professé à la Faculté de droit, par M. Rossi, pendant dix années, du mois de novembre 1835 au mois de mars 1845 » (A. Porée, Préface, *in* P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, Paris : Librairie de Guillaumin, t. I, 1866). Quoi qu'il en soit, malgré ce départ dans la capitale italienne, il restera titulaire de la chaire jusqu'en 1848. La suppléance est assurée « d'abord par Gabriel Colmet-Daage (en 1844/1845, en 1845/1846 et sans doute au premier semestre de 1846/1847), puis, celui-ci ayant été nommé à la chaire de procédure civile en janvier 1847 (...), par Vuatrin, en concurrence avec Roustain, en 1847 et au début de 1848 » (J. Boudon, Introduction à la réédition, op.cit.). À cet égard, Vuatrin sera « nommé professeur assistant en 1844 ; il a assuré le cours de droit constitutionnel jusqu'en 1850 au moins, avant d'obtenir, après de nombreux échecs, une chaire, celle de droit administratif, en 1851 » (*ibid*.). Cependant, l'arrêté du 15 juin 1848 déclare la chaire vacante et ne sera pourvue que par la voie du concours.

décret en date du 8 décembre 1852 du ministre de l'Instruction publique Hippolyte Fortoul[2126]. Le nouveau régime impérial redoute tout ce qui peut susciter quelque contestation. Pour autant, il apparaît que « cette mesure ne fait pas disparaître complètement, dans la pratique, l'enseignement de la matière »[2127] et la systématisation se perpétue par une littérature constitutionnelle riche, qui est l'œuvre de professeurs parisiens et de province, essentiellement administrativistes (**section 2**).

Durant la phase 1830-1870, on assiste donc à la formation et à la consolidation progressive de la discipline du droit constitutionnel dans le cadre de l'université. Cependant, l'instabilité des régimes politiques, couplée à celle de son enseignement, sont autant de facteurs peu propices à une systématisation sereine, stable et durable du problème des privilèges constitutionnels.

SECTION 1. LA RESPONSABILITÉ DE L'EXÉCUTIF AU CENTRE DE LA PENSÉE CONSTITUTIONNELLE, PIERRE ANGULAIRE DE L'ÉQUILIBRE DU RÉGIME (1830-1848)

466. La Monarchie de Juillet représente un tournant dans la systématisation de la question des privilèges des pouvoirs constitués. L'éclosion d'une chaire de droit constitutionnel au milieu des années 1830 à la Faculté de droit de Paris joue un rôle primordial dans cette dynamique.

Créée à l'initiative de François Guizot, sa charge est attribuée au personnage à « quatre vies »[2128], Pellegrino Rossi, compte tenu de sa proximité avec les doctrinaires. Ces derniers avaient, en effet, été « marqués par un article « De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science », qu'il avait publié en 1820 dans les *Annales de législation et d'économie politique* dans lequel il appelait de ses vœux le dépassement des oppositions entre les écoles historique, philosophique et dogmatique du droit »[2129]. Se conformant à la vision générale de la nouvelle discipline exposée dans le rapport de Guizot, Rossi délimite soigneusement l'objet de son cours : « notre rôle à nous, c'est l'étude, la connaissance de ce qui est et de la raison, surtout historique, de ce qui est. L'appréciation spéculative, le jugement vous appartiendra (…) le jour où, par votre

2126 D'ailleurs, parallèlement, « l'enseignement du « droit politique » français et étranger à l'éphémère École nationale d'administration de 1848-1849 avait disparu » (L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, 9è éd., op.cit., p.13).
2127 *Ibid*.
2128 A. Dufour, « Pellegrino Rossi », *in* P. Arabeyre [et *al*.], Dictionnaire historique des juristes français: XIIe-XXe siècle, op.cit., p. 889.
2129 P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.162. Plus largement, Rossi « s'était fait remarquer par ses enseignements, ses écrits juridiques et son action politique » (L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, 9é éd., op.cit., p.12).

labeur (…) vous aurez acquis le droit d'avoir un avis sur les institutions de votre patrie »[2130]. Le juriste italien prône, dès lors, une étude positiviste de la Charte. Il faut se placer, selon lui, « en dehors des luttes politiques », être « spectateurs, nullement acteurs » pour demander aux lois « non des théories et des thèses spéculatives, mais les principes positifs du droit existant »[2131]. Son enseignement, qui sera publié sous forme de *Cours*, doit consister en un commentaire de la Charte, en une analyse des dispositions écrites du texte constitutionnel, privilégiant de la sorte une approche descriptive de la matière[2132].

467. Une telle méthode doit permettre d'atteindre l'objectif politique recherché par Guizot à travers ce cours : vanter, grâce à cet enseignement dispensé à la faculté de droit parisienne, les mérites de la Charte dans le but de mettre fin à la spirale révolutionnaire[2133], et de donner au pays la stabilité institutionnelle à laquelle il aspire en vain depuis près d'un demi-siècle[2134]. La Charte est, ainsi, présentée par le constitutionnaliste italien comme l'aboutissement d'un mouvement institutionnel séculaire débutée à partir de la Révolution[2135]. Grâce à l'histoire[2136], le nouveau régime politique est légitimé et la question épineuse de la souveraineté est esquivée[2137]. Cependant, il serait excessif de voir dans le *Cours* de Rossi une œuvre de propagande, un pâle commentaire exégétique sans relief de la Charte[2138]. En réalité, le juriste « n'hésite pas à émettre des critiques, certes modérées, sur l'état

2130 P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, Paris :Librairie de Guillaumin, 1866, t. I, leçon d'ouverture, p.LXV.
2131 *Ibid.*, p.LXIV.
2132 Rossi recourt très couramment à l'expression « droit positif ».
2133 Cette « propagande » de la Charte de 1830 par le pouvoir officiel explique les manifestations par une partie des étudiants. En effet, « ils chahutent tellement le cours qui ouvre le 29 novembre 1834 que celui-ci doit être interrompu. Deux autres tentatives se solderont par des échecs » à tel point que « Guizot est contraint de le suspendre par un arrêté du 5 décembre « pendant la durée de l'enquête à intervenir » » (J. Boudon, Introduction à la réédition, op.cit). Le cours ne reprendra que l'année suivante, en novembre 1835 et il sera dispensé en doctorat « où les effectifs sont moins étoffés et moins agités » (*ibid.*). Par la suite, le cours ne sera plus interrompu, « sauf en 1839, pendant trois semaines, parce que Rossi avait participé, avec Gérando, au jury ayant condamné Barbès » (*ibid.*). En réalité, ces contestations étudiantes, peut être instrumentalisées par les professeurs contestataires à l'encontre de la nomination de Rossi en raison de sa nationalité, proviennent de la frange républicaine. En effet, « (…) le cours de droit constitutionnel leur apparaissait comme le vecteur de l'idéologie monarchique à la sauce doctrinaire, comme une manière d'installer durablement la monarchie de Juillet (...) » (*ibid.*). Le témoignage d'un étudiant de cette époque, Bourgeois-Gavardin, est éclairant : « M. Guizot était ministre de l'Instruction publique. Tendant au pontificat d'une doctrine politique du temps, désireux d'en propager le dogme, il voulut inculquer aux générations nouvelles la connaissance et le goût de cette doctrine, qui lui paraissait devoir être le salut de l'Etat » *(ibid.*).
2134 Louis-Philippe déclare effectivement le 30 juillet 1830 lors de sa proclamation à l'Hôtel de ville de Paris devant la foule : « la Charte sera désormais la vérité » selon ses mots, cité par J. Laffitte, Souvenirs, Paris : Comptoir des imprimeurs-unis, 1844, vol. 2, p. 241.
2135 Rossi déclare en effet dans sa leçon d'ouverture : « L'étude du droit constitutionnel se rattache, ainsi que toutes les branches du droit positif, à l'étude du droit ancien. Il n'est point d'événement qui brise d'une manière absolue la chaîne ds temps et des faits » (P. Rossi, Cours de droit constitutionnel , op.cit., t. I, p.LVII). « Son analyse de la Révolution est la même que celle des doctrinaires : 1789 résume les lents et irrésistibles efforts de la nation française pour aboutir à une meilleur organisation sociale et politique » (P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.163-164).
2136 « Si la Charte de 1830 se réduit à son histoire, il n'est donc point besoin dans ces conditions d'en faire une théorie juridique » (P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.164).
2137 Comme le souligne Marlène Pétroff, « sous la monarchie de Juillet, l'enseignement du droit constitutionnel est conçu comme une propédeutique non seulement à la connaissance des institutions publiques mais encore et surtout à leur acceptation. (…) La légitimité relativement fragile de Louis-Philippe, « en apparence purement constitutionnelle », s'accommodait d'un enseignement qui pouvait renforcer le régime » (M. Pétroff, L'éclipse du droit constitutionnel, op.cit., p.168).
2138 Comme le souligne Pierre Lavigne, « la critique de ce que l'on pourrait appeler la « légèreté scientifique » du Cours (…) ne doit pas perdre de vue (…) qu'il s'agit de notes de cours prises par des étudiants, et non d'un manuel ou d'un traité » (P. Lavigne, Le comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français (1834- 1845), op.cit., p

du droit sous la Monarchie de Juillet[2139]. Surtout, sa méthodologie est novatrice. Il ne se contente pas d'analyser la Charte mais il recourt à la méthode comparative[2140] à l'image de Montesquieu ainsi que « très largement à l'histoire pour expliquer le droit en vigueur et dégage, de la sorte, les principes des matières qu'il traite »[2141]. C'est pourquoi il est possible de considérer que le juriste éclectique a réalisé « la première grande synthèse du droit constitutionnel, tel qu'il était issu de la Révolution de 1789 »[2142]. Son œuvre contient de précieuses analyses sur la question des régimes dérogatoires des pouvoirs constitués. En outre, participent également à ce mouvement de systématisation les juristes professionnels de cette époque, en majorité des avocats ou de

177). En outre, il apparaît que « quinze années plus tôt, en Suisse, P. Rossi avait fait preuve d'une réelle formation aux techniques universitaires naissantes » (*ibid.*) et une connaissance des méthodes scientifiques d'analyse.

2139 Rossi regrette, par exemple, la compétence de la Chambre des pairs pour juger des crimes de haute trahison et des atteintes à la sûreté de l'État.

2140 C. Cuvelier, D. Huet, C. Janssen-Bennynck, La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkine-Guetzévitch, RDP, 2014, n°6, p.1534.

2141 L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, op.cit., p.13. Pour Pierre Lavigne, Pellegrino Rossi est « le fondateur incontestable de la tradition historique dans l'enseignement du droit constitutionnel français » (P. Lavigne, Le comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français (1834-1845, *in* Histoire des idées et idées sur l'histoire. Etudes offertes à Jean- jacques Chevallier, Paris : Cujas, 1977, p 173). En ce sens, voir l'article de P. Rossi, De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science, *Annales de législation et de jurisprudence, Genève,* T.1,1820, 1-69.

2142 L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, 9é éd., op.cit., p.13.

professeurs extérieurs au droit constitutionnel[2143]. Ils proposent une théorisation du régime qui, en dépit de quelques imprécisions et contradictions, est loin d'être dénuée d'intérêt.

468. L'objet d'étude de la doctrine constitutionnelle se concentre sur la Charte et ses dispositions. En matière de statuts dérogatoires des pouvoirs constitués, le problème de la responsabilité de l'exécutif occupe fortement la pensée de la doctrine constitutionnelle. En effet, si dans sa forme extérieure la Charte du 14 août 1830 n'est qu'« une édition corrigée de la Charte de 1814 »[2144], une profonde incertitude règne parmi les constitutionnalistes pour déterminer la nature exacte de ce

2143 Parallèlement à l'institutionnalisation d'une chaire de droit constitutionnel, l'enseignement du droit administratif, après quelques mésaventures, devient à la fin de la Restauration une priorité pour la formation des administrateurs et par conséquent, il doit être assuré sur l'ensemble du territoire national. Le pouvoir royal, après l'avoir rétabli par une ordonnance du 19 juin 1828 à la Faculté de droit de Paris, l'étend à plusieurs facultés de province : deux chaires de droit administratif sont créées, sans être effectivement pourvues, à Toulouse et à Caen en 1829 puis, après l'instauration de la Monarchie de Juillet, par une ordonnance du 2 septembre 1832, à Poitiers qui fut attribuée à Émile-Victor Foucart. Cependant, ce dernier regrette dans la troisième édition de son ouvrage, en 1843-1844, que « la connaissance du droit public et administratif (…) n'est pas aussi répandue qu'elle devrait l'être ; son enseignement dans les facultés date d'une époque trop récente ; on consacre trop peu de temps à son étude (...) » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., Préface, tome 1, 1843-1844, p.I). C'est pourquoi, tout au long de la Monarchie de Juillet, ses manuels visent à « formuler dans un ordre méthodique les principes du droit administratif, de manière à présenter sur chaque partie la substance de la législation, et à réunir ainsi sous un petit volume le résumé d'une science qui touche à tant d'objets » (*ibid*.). Or il est significatif de noter que « le premier professeur de droit administratif de province » selon l'expression de Gilles Guglielmi (G. J. Guglielmi, Emile-Victor Foucart ou le sacerdoce du droit public et administratif, *ibid*., p.20) n'occulte pas le droit constitutionnel dans le cadre de son cours et de ses livres. « Auteur du premier cours imprimé et édité à Paris, mais aussi du premier traité de droit public et administratif réalisé par un universitaire » (*ibid*., p.9) intitulé « *Éléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui ; suivi d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public* » paru entre 1834 et 1835 sous trois tomes, qui fera l'objet de quatre éditions, la seconde publication en date de 1839 contient un tome I consacré spécifiquement au droit politique (organes du pouvoir, personnes, service militaire, expropriation) auquel il dédie une centaine de pages et deux autres au droit administratif (Administration générale : fortune publique, routes et chemins, eaux ; Administration locale : départementale et communale, contentieux administratif). Il s'inscrit, en ce sens, dans l'axe fixé par le programme officiel : comme il l'affirme, « chargé en 1832 (…) d'un enseignement dont je sentais toute l'importance, obligé par les règlements universitaires de réunir dans mon cours toutes les connaissances indispensables non seulement aux simples citoyens, mais encore aux fonctionnaires publics et aux magistrats, j'ai rassemblé tous les matériaux qui devaient m'aider dans mon travail » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public…, op.cit., Préface, 3è éd., 1843-1844, p.II). A ce titre, l'une des originalités du publiciste poitevin dans l'ensemble de la théorie juridique de la Monarchie de Juillet est que sa réflexion, « fait rare en cette période de « découverte » de la matière neuve du droit administratif, est irrépressiblement tournée vers le pouvoir, auquel il consacre des considérations fondamentales » (*ibid*.). Il se démarque en effet « des préoccupations des pères fondateurs du droit public, comme Gérando, qui cherche plutôt à réaliser pour le droit administratif une codification aussi féconde que celle du droit civil (et) ne répond pas non plus au souci pratique exprimée par Cormenin qui, dans ses ouvrages de droit administratif, préfère clarifier le traitement contentieux devant le Conseil d'État » (*ibid*.). Son traitement des fondements du pouvoir s'explique par sa conception unitaire, du moins complémentaire, du droit constitutionnel et du droit administratif. Ce sont, pour lui, deux matières connexes : « la distinction entre le *droit politique* et le *droit administratif*, qui paraît si nette dans la spéculation, présente, quand il s'agit de la réaliser, des difficultés continuelles, car l'application d'un principe constitutionnel se résout presque toujours en mesures administratives, et réciproquement, dans l'étude des lois administratives, on rencontre sans cesse les principes constitutionnels » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui suivi d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public, Paris : Videcoq, t.II, 1839, p.1) et en conclut alors que « plus d'une fois, nous nous sommes vu entraîné, par la connexité des matières, à traiter dans la première partie des sujets qui auraient peut-être été plus régulièrement placés dans la seconde » (*ibid*., p.2). Par conséquent, dans les trois premières éditions de son traité publiées sous la Monarchie de Juillet, Foucart va se consacrer, dans le cadre d'un tome 1, à l'étude des institutions de la Monarchie de Juillet, notamment aux statuts dérogatoires des pouvoirs publics, en utilisant une méthode originale qui se détourne de la codification et de l'exégèse civiliste pour se concentrer sur les principes constitutionnels fondateurs de ce nouveau régime : il note en effet que « dans le premier volume de cet ouvrage, nous avons exposé les principes du *droit politique* sur lesquels reposent la Charte et les autres lois de notre public ; nous avons étudié successivement l'organisation et les attributions des différents pouvoirs constitutionnels, les droits naturels ou politiques dont jouissent les citoyens, et les charges qui pèsent sur leurs personnes ou sur leurs biens » (*ibid*., p.1). Il convient également de remarquer qu'en sa qualité principale d'administrativiste, il se penche naturellement sur un privilège spécifique lors de

nouveau régime. Dès les premiers jours du règne de Louis-Philippe, on observe « sous leurs plumes et dans leurs discours une floraison d'expressions qui témoignent du flou intellectuel qui caractérise leur compréhension du nouveau cours des choses. Ils parlent indifféremment de *gouvernement représentatif*, de *monarchie parlementaire*, de *monarchie représentative*, de *monarchie constitutionnelle* ou même de *démocratie royale*, comme si les différents termes étaient équivalents »[2145]. Cette indécision intellectuelle apparaît de façon très claire à partir de 1836. Dans le contexte de la coalition qui oppose Guizot, Thiers et Barrot au ministère dirigé par Molé, « les vieux débats de la Restauration sur les rapports de la prérogative royale et du pouvoir parlementaire sont brutalement réactivés »[2146]. Comme l'explique Duvergier de Hauranne, les données du problème soulevées par cette affaire Molé sont les suivantes : « il s'agissait (…) de décider quel est le pouvoir prépondérant, celui auquel doit appartenir, en fait comme en droit, la direction des affaires. Il s'agissait de décider en outre si des ministres, par cela seul que le Roi les a choisis et que la majorité les tolère, sont des ministres vraiment parlementaires, vraiment constitutionnels. Il s'agissait de décider, en d'autres termes, si la majorité doit procéder du ministère, ou le ministère de la majorité »[2147]. Dans cette optique, la question de la portée de l'inviolabilité du roi sur la nature de son pouvoir, paramètre primordial pour déterminer l'essence du nouvel édifice institutionnel, fait l'objet, logiquement, de vifs débats dans la littérature constitutionnelle de la Monarchie de Juillet. Dans le même sens, la responsabilité des ministres, corollaire de l'inviolabilité royale, apparaît comme la pierre angulaire de l'équilibre du régime de 1830. à cet égard, si les rédacteurs du texte

son étude des autorités administratives dans le tome 1 qui prend le nom de « garantie des fonctionnaires publics » pour les actes extérieurs à leurs fonctions affirmée par l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII. Pour lui, cette protection est objective : elle est « fondée sur un motif d'ordre public, de telle sorte que ceux auxquels il est attribué ne peuvent valablement y renoncer » (*ibid*., t.I, p.164). En définitive, il apparaît que « la pensée de Foucart est (…) une de celles qui connaissent la plus grande diffusion dans la théorie du droit public » de la Monarchie de Juillet (G. J. Guglielmi, Emile-Victor Foucart ou le sacerdoce du droit public et administratif, *ibid*., p.9) et « nous a laissé la vision la plus complète, la plus analytique, et la plus équilibrée du droit public et administratif (de ce régime) » (*ibid*., p.20). A ce titre, elle mérite d'être examinée, même si celle-ci est souvent synthétique et descriptive du droit positif. Il publiera d'ailleurs un « *Précis de droit public et administratif suivi d'une bibliographie indiquant les ouvrages sur le droit administratif et d'un appendice contenant le texte des principales et ordonnances du droit public et administratif »*, Paris : Videcoq, 1844. Comme son titre l'indique, son propos n'a aucune visée théorique mais systématique : « quant à l'usage qu'on peut faire de ce livre, je m'empresse de reconnaître qu'il ne renferme pas *toute la science*, mais seulement des *principes élémentaires* » (*ibid*., p.II) et ajoute qu'il constitue « un point de départ (qui) facilitera beaucoup l'intelligence des grands ouvrages sur le droit administratif, il sera une excellente préparation aux cours des professeurs » *(ibid*., p.III). Il représente, en effet, un simple condensé du droit en vigueur : « j'ai résumé, *dit-il*, avec autant de précision qu'il m'a été possible ; puis (...) j'ai donné, dans un petit commentaire, sans m'écarter de la concision de simples notes, les développements qui m'ont paru nécessaires » (*ibid*., p.I). Ce précis est, comme l'avoue lui-même Foucart, « le résumé de ces Éléments » (*ibid*., p.II) et observe qu'« afin de fixer davantage l'attention et de mieux séparer pour l'œil le texte du commentaire, j'ai fait imprimer le premier en plus gros caractères ; de telle sorte qu'on peut le lire seul, quand on veut se contenter des idées générales » *(ibid*.). Le public visé est large : « puisse ce petit ouvrage contribuer à populariser des connaissances qui doivent être le complément de toute bonne éducation sous un gouvernement constitutionnel » (*ibid*., p.III). Cependant, il perçoit lui-même les limites d'un tel ouvrage : « je n'ignore pas que ces sortes de travaux sont l'objet de quelques critiques. On dit que les *précis* étant forcément incomplets, ont pour résultat de donner des idées fausses ; qu'ils favorisent la paresse et exercent la mémoire aux dépens du jugement » (*ibid*., p.I-II). Par conséquent, en raison de son contenu descriptif, ce précis sera étudié succinctement.

2144 M. Troper, Droit constitutionnel, op.cit., p.365.

2145 P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.150.

2146 *Ibid*., p.154.

2147 P. Duvergier de Hauranne, De la réforme parlementaire et de la réforme électorale, 2è éd., Paris : Paulin, 1847, p.59.

constitutionnel de 1830 consacrent la responsabilité pénale des ministres, le dispositif pénal apparaît encore « plus large et imprécis qu'en 1814, ce qui ouvre une brèche à la reconnaissance d'une responsabilité politique des ministres en la forme pénale »[2148]. Réapparaît, dès lors, un débat existant durant la Restauration portant sur la nécessité de formaliser ou non la responsabilité pénale des ministres, par l'intermédiaire d'une législation. Cette discussion est, une nouvelle fois, l'occasion de profondes divergences entre les constitutionnalistes. Mais, par comparaison avec la Restauration, la politisation du discours des constitutionnalistes connaît une nette atténuation. Comme le note Pierre Rosanvallon, « comme en 1816, la dimension tactique et polémique de l'affrontement n'est pas négligeable, mais les problèmes de fond n'en sont pas moins clairement exposés, quelques soient les arrière-pensées et les intentions de ceux qui les avancent »[2149] (**§1**).

469. En outre, si le thème des privilèges parlementaires apparaît en retrait en dépit du rééquilibrage des pouvoirs dont bénéficient les chambres, les auteurs de l'époque ne négligent pas, néanmoins, ce problème. Une des dispositions de la Charte de 1830 consacrant formellement un seul des deux volets des immunités parlementaires[2150], les auteurs sont obligés, conformément à la méthode analytique de la science constitutionnelle naissante, de l'analyser. En outre, le défaut de reconnaissance de l'irresponsabilité parlementaire dans le texte de 1830 fait naître de profonds dissensus entre les penseurs. Le silence de certains constitutionnalistes ou, au contraire, les critiques formulées par d'autres sur cette absence sont révélateurs, à cet égard, des dissensus méthodologiques au sein de la doctrine de la Monarchie de Juillet (**§2**).

§1. La responsabilité de l'exécutif au cœur des enjeux du nouveau régime : un vif débat doctrinal davantage didactique

Comme sous la Restauration, la responsabilité de l'exécutif est, sous la Monarchie de Juillet, d'une actualité brûlante. Dans un premier temps, jusqu'en 1835, une certaine unité règne entre le pouvoir royal et le pouvoir parlementaire dans la mesure où ils ont « un ennemi commun à combattre, un danger commun à éviter, une œuvre commune à faire »[2151], c'est-à-dire lutter « pour l'existence [du régime], en tentant de maîtriser les mouvements de la rue et les contestations politiques radicales »[2152]. Mais, dans un second temps, la crise provoquée par les conditions de formation du

2148 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.302.
2149 P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.156.
2150 L'article 44 de la Charte du 14 août 1830 protège l'inviolabilité des membres des assemblées : « aucun membre de la Chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ni arrêté en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, qu'après que la Chambre a permis sa poursuite ».
2151 P. Duvergier de Hauranne, De la réforme parlementaire et de la réforme électorale, op.cit., p.274.
2152 P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.155. Comme Pierre Rosanvallon le précise, à partir de

ministère Molé le 15 avril 1837[2153] qui déclenche la crainte du déclin du Parlement voit réapparaître une controverse importante – identique à celle de la Restauration - sur le fonctionnement des institutions de la Charte de 1830 et sur le rôle que sont appelés à jouer le monarque et la chambre des députés. Dans ce contexte, le privilège du roi devient un sujet de réflexion central pour la doctrine constitutionnelle de la Monarchie de Juillet. Comme le note Émilien-Victor Foucart, « la théorie de l'inviolabilité royale et de la responsabilité ministérielle est une des plus importantes du système constitutionnel, puisqu'elle met l'État à l'abri des révolutions, et qu'elle oppose aux envahissements du pouvoir exécutif des barrières qu'il ne peut franchir »[2154]. Sur ce point, le conflit entre les partisans de la prérogative royale et ceux de la prérogative parlementaire s'intensifie. Les premiers considèrent que le monarque, en dépit de son inviolabilité, doit gouverner avec l'aide de ses ministres, alors que les seconds estiment que le Roi, à cause de sa protection immunitaire, règne mais ne gouverne pas. En réalité, la majorité des auteurs de l'époque recourt à la théorie du concours qui « érige le monarque en arbitre des conflits potentiels entre les chambres et les ministres, ce qui n'est pas sans rappeler la doctrine professée par Benjamin Constant »[2155], annonciatrice du parlementarisme orléaniste (**A**).

470. Participant de ce même débat, la responsabilité pénale des ministres est également au centre des enjeux de la mécanique du nouveau régime. À l'instar de l'article 56 de la Charte de 1814, l'article 69 en vigueur sous la Monarchie de Juillet requiert l'adoption d'une loi en vue de formaliser la responsabilité pénale des ministres[2156], qui détermine en dernier ressort la nature de l'organe chargé de juger les ministres, la Chambre des pairs[2157]. Si les rédacteurs du texte constitutionnel de 1830 rejettent volontairement la responsabilité politique du gouvernement, le flou du dispositif pénal ouvre la voie à l'apparition d'une telle responsabilité. Or, comme sous la Restauration, les discussions portant sur l'adoption ou non de cette loi, qui peuvent désormais s'appuyer sur le précédent riche d'enseignements du procès retentissant des anciens ministres de Charles X en 1830, offrent l'occasion de mettre en lumière la résurgence et la persistance de deux courants profondément divisés au sein de la doctrine constitutionnelle par rapport à cette question : un courant légaliste et un courant politique (**B**).

1836, « l'émeute ouvrière est alors réprimée, les associations républicaines ont été interdites : le pouvoir n'est désormais plus menacé. Ce n'est donc qu'à ce moment que la question de son essence profonde peut être directement posée, qu'elle apparaît en elle-même » (*ibid*., p.155-156).

2153 « Les conditions du renvoi de certains ministres et le choix des hommes du nouveau cabinet, effectué sans prise en considération du vœu de la majorité parlementaire, cristallisent les oppositions de ce qu'on allait rapidement appeler la coalition. Les coalisés, Thiers, Guizot, Odilon Barrot, s'indignent des manœuvres personnelles du souverain, qui outrepasse selon eux ses droits et bafoue les principes du gouvernement représentatif » (P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.156).

2154 E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif…, op.cit., t.I, 1839, p.26.

2155 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.348.

2156 Article 69 de la Charte du 14 août 1830 : « Il sera pourvu successivement par des lois séparées et dans le plus court délai possible aux objets qui suivent : (…) La responsabilité des ministres et des autres agents du pouvoir (…) ».

2157 Article 47 de la Charte du 14 août 1830 : « La Chambre des députés a le droit d'accuser les ministres et de les traduire devant la Chambre des pairs qui seule a celui de les juger ».

A. L'inviolabilité du Roi : un sujet de réflexion doctrinal central

471. À l'automne 1837, le maintien du ministère Molé par Louis-Philippe en dépit de la dissolution et l'ignorance du sentiment de la majorité parlementaire, provoquent, en 1838-1839, un débat animé sur la place respective du Roi et des chambres, auquel participent grandement les constitutionnalistes. L'inviolabilité du Roi cristallise les réflexions de la pensée constitutionnelle, étant donné que son incidence sur la nature du pouvoir royal est considérée comme le vecteur primordial de détermination de la nature du régime. Comme le note Pasquale Pasquino, l'enjeu de cette réflexion « porte moins sur le rapport entre représentation populaire et pouvoir monarchique que sur celui entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif, qui se situe au cœur même de l'État de droit fondé sur la séparation des pouvoirs »[2158]. Juridiquement, l'immunité absolue du monarque constitutionnel est consacrée à l'article 12 de la Charte du 14 août 1830[2159]. Texte frappée d'équivocité, deux tendances se dessinent au sein de la doctrine constitutionnelle de la Monarchie de Juillet, même si la voie intermédiaire est privilégiée : d'un côté, *le courant parlementaire*, qui défend la célèbre maxime proclamée par Thiers, « le Roi règne et ne gouverne pas » (**1**) ; de l'autre, « le courant royal » qui soutient que le Roi inviolable doit gouverner avec l'aide de ministres qu'il choisit discrétionnairement (**2**). D'un point de vue méthodologique, chacun des courants suit scrupuleusement une démarche pédagogique, qui dénote par rapport à la pensée constitutionnelle de la Restauration.

1. La thèse parlementaire : l'inviolabilité du Roi, source de son pouvoir restreint

472. La thèse parlementaire part de l'idée selon laquelle la Charte de 1830, qui est née d'une révolution, a entraîné une modification profonde des rapports entre les pouvoirs publics par rapport au régime de la Restauration. Alors que la Charte de 1814 était une charte *octroyée* par le Roi, manifestation de sa souveraineté[2160], le nouveau texte de 1830 est le fruit d'une conciliation entre le

2158 P. Pasquino, Sur la théorie constitutionnelle de la Monarchie de Juillet, *in* M. Valensise (dir.), François Guizot et la culture juridique de son temps. Colloque de la Fondation Guizot-Val Richer, Paris, Gallimard, coll. Le Seuil, 1991, p.112.

2159 Article 12 de la Constitution du 14 août 1830 : « La personne du roi est inviolable et sacrée (...) ».

2160 Comme le notent les avocats Albin Le Rat De Magnitot et Huard-Delamarre, avocats à la Cour royale de Paris, dans leur dictionnaire, « la Charte de 1814 (…) n'avait été qu'*octroyée* à la France par les Bourbons, qui ne voulaient pas subir une constitution. Elle avait donc conservé ce caractère de *concession*, qui leur rappelait continuellement que ce n'était pas un contrat, et dont ils crurent pouvoir inférer que celui qui fonde a aussi le droit de détruire » (A. Le Rat de Magnitot et Huard-Delamarre, Dictionnaire de droit public et administratif, contenant l'esprit des lois administratives et des ordonnances réglementaires ; l'analyse des circulaires ministérielles ; la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation sur le contentieux de l'administration ; les opinions comparées des auteurs sur les mêmes matières ; etc., etc., tome 1, Paris : Joubert, 1836, p.197). D'ailleurs, preuve de la nature de concession de ce texte constitutionnel, « les dispositions de l'article 14 de cette charte, portant que « le roi pouvait faire tous les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'état », furent la base sur laquelle Charles X et ses conseillers

pouvoir exécutif et le pouvoir législatif puisque celui-ci a été voté par les Chambres et Louis-Philippe a dû l'accepter et lui jurer fidélité avant de recevoir le titre de roi[2161]. Autrement dit, le roi sous la Monarchie de Juillet a perdu son statut de souverain[2162]. Dès lors, à l'image du constitutionnaliste Félix Berriat-Saint-Prix[2163], « l'un des premiers spécialistes du droit constitutionnel »[2164], la nouvelle Constitution est appréhendée désormais comme un *pacte* entre le roi et les parlementaires, ce qui « implique l'existence de plusieurs sujets politiques parmi lesquels il établit un accord afin de fixer les limites de la liberté et les règles du gouvernement, ce qui présuppose l'existence d'un conflit et d'une volonté commune d'y mettre fin »[2165]. De ce fait, de cette nature contractuelle de la Constitution découle l'idée d'une collaboration entre les pouvoirs – entre le monarque et les Chambres - et signe l'abandon du principe de la suprématie du pouvoir royal en vigueur sous la Restauration.

473. Pour le courant parlementaire, la place du Roi doit « être dans un sanctuaire et non dans l'arène politique »[2166]. Son inviolabilité est interprétée comme un mécanisme participant de son pouvoir modéré. Liée à ses faibles compétences, elle est la cause, selon eux, de son abandon de la direction des affaires de l'État au profit du gouvernement. Un pouvoir fort sans responsabilité signifierait, dans le cas contraire, pour les publicistes libéraux, l'avènement du pouvoir personnel de Louis-Philippe[2167]. Proche de la théorie du pouvoir neutre de Constant, la doctrine opère d'ailleurs,

crurent pouvoir s'appuyer pour rétracter la concession de 1814. Intervinrent donc les trop fameuses ordonnances de juillet 1830, dont le but était de bouleverser les conditions de l'électorat, de la représentation nationale, et de suspendre la liberté de la presse... » (*ibid*.).

2161 F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, 32e éd., op.cit., p.365. En ce sens, si le monarque doit être sacré en vertu de l'article 74 de la Constitution, l'article 65 de la Charte du 14 août 1830 dispose effectivement : « le Roi et ses successeurs jureront à leur avènement, en présence des chambres réunies, d'observer fidèlement la Charte Constitutionnelle ».

2162 A cet égard, si la Charte du 14 août 1830 maintient la monarchie, il ne s'agit plus d'une monarchie de droit divin, mais d'une monarchie contractuelle. C'est pourquoi certains constitutionnalistes, dont Félix Berriat-Saint-Prix, critiquent l'utilisation du mot « sacrée » à l'article 12 de la Charte de 1830 étant donné que cette métaphore est « inexacte (…), puisque le Roi ne reçoit plus aujourd'hui de consécration religieuse » (F. Berriat-Saint-Prix, p.94), même si certains juristes l'interprètent comme une redondance du mot inviolabilité (M. Pertué, L'inviolabilité du Roi dans la Constitution de 1791, in 1791 la première Constitution française, Actes du colloque de Dijon organisé les 26 et 27 septembre 1991, Paris : Economica, (Coll. « Droit publics positif »), 1993, p.203). De plus, « Louis-Philippe prend le nom de *roi des Français*, et accepte le drapeau tricolore à la place du drapeau blanc fleurdelysé de la Restauration (…). Ces modifications, pour légères qu'elles soient, impliquent un déplacement de la souveraineté ; celle-ci, de royale qu'elle était sous la Restauration redevient *nationale*. Le roi règne, non plus en vertu d'un droit propre, mais d'une délégation de la nation » (J. Gicquel, J. E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, op.cit., p.447).

2163 Berriat-Saint-Prix établit un lien entre « la Charte française et la *Magna Charta Libertatum* (qui) trace entre ce précédent et la forme française de la monarchie constitutionnelle une généalogie fondée sur la fiction du pacte entre le peuple et le roi (...) » (P. Pasquino, Sur la théorie constitutionnelle de la monarchie de Juillet, op.cit., p.112).

2164 *Ibid*.

2165 *Ibid*. Pour Pasquale Pasquino, « il est hors de doute que la Charte de 1830 a été présentée comme un contrat (de ce type) – la procédure de révision, l'abolition du préambule de Louis XVIII et le serment de Louis-Philippe en témoignent » (*ibid*., p.113).

2166 P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.160.

2167 Cependant, si la responsabilité du Roi n'est pas juridique, elle doit être morale selon eux en cas de pouvoir actif du monarque. Leur opposant Fonfrède exprime leur thèse : « si, disent-ils, le ministère lui-même n'est pas le gouvernement, si le Roi est censé avoir une influence décisive sur les actes du gouvernement, alors, quoiqu'il n'en soit pas légalement responsable, du moins il en devient responsable, du moins il en devient responsable moralement devant le pays. Si les mesures gouvernementales produisent un effet désastreux, c'est au Roi lui-même que s'en prennent les ressentiments des populations souffrantes » (H. Fonfrède, Du gouvernement du Roi, et des limites constitutionnelles de la prérogative parlementaire, Paris : H. Delloye, 1839, p.145). A l'inverse, « si (…), le Roi restait en dehors du

sur ce point, une « grande distinction »[2168] entre le « pouvoir royal » et le « pouvoir exécutif ». Comme le souligne Le Rat De Magnitot et Huard-Delamarre, « le pouvoir royal, irresponsable, inviolable, est placé au sommet de toutes les hiérarchies dont il dirige et règle les mouvements. Au contraire, le pouvoir exécutif fonctionne par les ministres et sous leur responsabilité, et se communique de proche en proche à tous les fonctionnaires de l'ordre administratif, qui par conséquent doivent avoir dans la sphère de leur commandement des fonctions analogues à celles des ministres »[2169]. Dès lors, du fait de son immunité absolue, le roi doit laisser la gestion du pouvoir au gouvernement qui agit sous le contrôle du Parlement : « son action à l'égard des chambres et du pays ne se manifeste pas directement. L'autorité dont il est la source est confiée à des ministres qui répondent de son exercice »[2170]. Investi de la confiance des Chambres, le cabinet détient le pouvoir exécutif[2171], et, par suite, gouverne sous leur responsabilité[2172]. Le courant parlementaire résume ainsi sa doctrine : « le Roi règne, les ministres gouvernent, les chambres jugent »[2173], « tel est l'axiome de tout gouvernement représentatif »[2174].

gouvernement, et que le ministère gouvernât incontestablement par lui-même, la personne du Roi ne serait pas exposée aux inimitiés populaires » (*ibid*.).

2168 A. Le Rat de Magnitot et Huard-Delamarre, Dictionnaire de droit public et administratif…, op.cit., t. 2, p.393.

2169 *Ibid*. Cependant, tous les auteurs de la Monarchie de Juillet ne partagent pas cette distinction et prônent l'unité du pouvoir exécutif, comme Guizot : « le ministère, explique-t-il, une fois nommé par l'influence de la Chambre, a la prérogative royale, qui a été faite pour concentrer le pouvoir dans les mains exécutives ; il fait la paix, la guerre ; il perçoit, il paye (…), il gouverne, en un mot » (cité par P. Duvergier de Hauranne, Des principes du gouvernement représentatif et de leur application, Paris : Just Tessier, 1838, p.276).

2170 *Ibid*., p.37. Dans le même sens, le publiciste doctrinaire Duvergier de Hauranne estime que « de gré ou de force, (…) sauf le droit de dissolution, tout ministère doit se retirer lorsqu'il perd la majorité, c'est-à-dire lorsque la majorité se prononce, non contre quelques-uns de ses actes, mais contre leur ensemble ; non contre telle ou telle loi, mais contre l'esprit général qui préside à la marche des affaires » (P. Duvergier de Hauranne, Des principes du gouvernement représentatif et de leur application, op.cit., p.12). Il considère, par exemple, que lors de votes sur les fonds secrets ou sur le budget, « les députés peuvent *physiquement* contraindre la Couronne à changer de système ou renvoyer les ministres » (*ibid*., p.55).

2171 D'ailleurs, comme le note Émilien-Victor Foucart, « la loi du 9 septembre 1835, article 4, punit tous ceux qui font remonter au Roi le blâme ou la responsabilité des actes de son gouvernement » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif, op.cit., t.I, 1839, p.95). C'est au nom de cette même inviolabilité et du rôle directeur du gouvernement que le publiciste poitevin affirme que « les convenances parlementaires ne permettent pas de faire intervenir le nom du Roi dans les discussions » (*ibid*.). Il est évident pour lui que « les ministres participent directement, par les rapports qu'ils font du Roi, par leur signature et leur responsabilité, à l'exercice du pouvoir royal » (*ibid*., p.126).

2172 Examinant l'article 12 de la Charte du 14 août 1830, Berriat-St-Prix considère que le contre-seing ministériel conduit à un transfert de responsabilité du Roi inviolable sur la tête de ses conseillers. En effet, pour lui, « la responsabilité ministérielle est, aux termes même de la Constitution, le corrélatif obligé, la condition nécessaire de l'irresponsabilité royale ; il faut donc en conclure, non pas que le Roi serait responsable d'une ordonnance non contresignée d'un ministre, mais qu'une pareille ordonnance serait entièrement nulle » (F. Berriat-Saint-Prix, Commentaire sur la Charte constitutionnelle op.cit., p.95).

2173 Expression de Thiers citée par P. Duvergier de Hauranne, Des principes du gouvernement représentatif et de leur application, op.cit., p.276. En mars et en juin 1838, le journaliste et député du Cher, Prosper Duvergier de Hauranne rédige dans *la Revue française* deux articles intitulés « De la Chambre des députés dans le gouvernement représentatif ». Ces textes sont ensuite réunis en une brochure accompagnés d'une longue introduction et de documents, qui paraît en novembre sous le titre : « Des principes du gouvernement représentatif et de leur application » qui constitue « une réponse aux écrits des publicistes Charles His et Henri Fonfrède, tenants de la prérogative royale dans le choix de ses ministres, auquel le député leur oppose un « gouvernement représentatif » fondé sur la collaboration des trois pouvoirs (le roi, la Chambre des députés et la Chambre des pairs), et sur le ministère comme point de rencontre de ces trois pouvoirs » (P. Jian, Des principes du gouvernement représentatif et de leur application selon Prosper Duvergier de Hauranne (1838), Parlement[s], Revue d'histoire politique 2014/1, n° 21, p. 146).

2174 A. Le Rat de Magnitot et Huard-Delamarre, Dictionnaire de droit public et administratif…, op.cit., t. 2, p.37.

On observe, dès lors, que les partisans du courant parlementaire défendent les droits de la Chambre[2175] ainsi qu'une union plus étroite entre le cabinet et le Parlement[2176]. Ils établissent, en creux, la théorie du gouvernement parlementaire[2177] qu'ils estiment favorable à l'inviolabilité du monarque[2178]. Mais il n'en demeure pas moins que le Roi reste, pour ces auteurs, une pièce fondamentale du système constitutionnel[2179], étant donné qu'il garantit, à travers ses attributions, « l'unité dans le commandement et le pouvoir »[2180] et la continuité de l'État[2181]. Il s'avère, à cet égard, que cette conception d'ensemble du courant parlementaire rejoint, en cela, la position

2175 Le publiciste doctrinaire Duvergier de Hauranne confère à la chambre élective le pouvoir de dernier mot en cas de conflit avec le Roi : « dans l'état normal, participer indirectement mais efficacement au choix de la direction politique et à la formation du cabinet ; puis, si la lutte s'engage entre les pouvoirs constitutionnels, exercer l'influence décisive, telles sont, à mon sens, les attributions essentielles de la Chambre élective » (P. Duvergier de Hauranne, Des principes du gouvernement représentatif et de leur application, op.cit., p.24).

2176 Comme le note Alain Laquièze, le publiciste libéral Duvergier de Hauranne se révèle, « avant Bagehot, comme un excellent théoricien du gouvernement de cabinet. Insistant sur la nécessité d'une entente entre le roi et les deux chambres dans la gestion des affaires publiques, il fait d'un ministère homogène et responsable l'organe intermédiaire, indispensable à la conservation de cette unité de vues » (A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France…, op.cit., p.142). Il résume en effet sa pensée de la manière suivante : « pour tout dire en un mot, le ministère représente le roi dans l'enceinte des chambres, les chambres dans le cabinet du roi » (P. Duvergier de Hauranne, Du gouvernement du Roi, et des limites constitutionnelles de la prérogative parlementaire…, op.cit., p.15).

2177 Comme le souligne Nathalie Havas, « le vocabulaire commence à s'affiner puisqu'apparaît une expression encore inconnue sous la Restauration – celle de *gouvernement parlementaire* » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.335).

2178 Guizot déclare effectivement devant la Chambre des députés : « c'est dans l'intérêt de la Couronne, c'est dans l'intérêt de son inviolabilité, c'est dans l'intérêt de son honneur que nous venons ici vous demander de fortifier, de compléter, d'accepter dans toute son étendue, dans toutes ses conséquences, le gouvernement parlementaire. C'est dans l'intérêt de la Couronne que nous venons nous plaindre que le cabinet actuel ne soit pas assez parlementaire » (F. Guizot, CD, AP, 2é série, t. CXXIII, séance du 19 janvier 1839, p.473).

2179 Pour Duvergier de Hauranne, pourtant ferveur défenseur de la prérogative parlementaire, « (…) pour rendre à nos institutions la grandeur et la force dont chaque jour on tend à les dépouiller, c'est de protéger ainsi à la fois contre de dangereuses maximes et de funestes pratiques l'*inviolabilité royale*, le pouvoir parlementaire, l'influence et la pureté de l'administration » (P. Duvergier de Hauranne, Du gouvernement du Roi, et des limites constitutionnelles de la prérogative parlementaire…, op.cit., p.73) [*Nous soulignons*].

2180 A. Le Rat de Magnitot et Huard-Delamarre, Dictionnaire de droit public et administratif…, op.cit., tome 2, p.477. Ces auteurs ajoutent : « La tranquillité de l'état exige qu'un seul homme en soit investi, car autrement il y aurait des luttes continuelles entre les divers aspirants à ce même pouvoir » *(ibid.*). Cette nécessité explique la reconnaissance au roi d'un monopole de compétences en matière de commandements des armées, de déclaration de guerre et de conclusion des traités. L'article 13 de la Charte du 14 août 1830 dispose en effet : « Le roi est le chef suprême de l'État ; il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution (...) » (*ibid.*). De même, pour le publiciste libéral Duvergier de Hauranne, « la royauté est (…) une institution fondamentale et nécessaire, un pouvoir conservateur et modérateur, dont la mission essentielle est de maintenir l'unité et la stabilité des institutions » (A. Laquièze, L'origine du régime parlementaire en France…, op.cit., p.142). Le rôle de garant de l'unité de l'État attribué au Roi se retrouve déjà dans les écrits de Pellegrino Rossi en 1834 : étranger à aucun des trois grands pouvoirs de l'État, « (…) le pouvoir royal, par cette triple intervention, a été destiné par les auteurs de la Charte à servir de moyen d'unité au mécanisme politique. Telle est l'idée générale que nous donne de la royauté française la Charte constitutionnelle. (…) Ce n'est pas là la royauté militaire, ce n'est pas là la royauté féodale, ce n'est pas là la royauté absolue, ce n'est pas là la royauté de droit divin : c'est la royauté moderne, c'est une haute magistrature nationale, c'est la royauté constitutionnelle, c'est une forme de gouvernement qu'on a jugée la plus propre à consolider l'union de deux grands principes si complètement français, l'égalité civile et l'unité nationale » (P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, Paris : Librairie de Guillaumin, vol. 4, 1867, p.223).

2181 Emilien-Victor Foucart considère effectivement que « la responsabilité des actes du pouvoir exécutif ne pourrait porter sur la personne du Roi, sans anéantir l'un des principes essentiels de la constitution, *la non-interruption du pouvoir* » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif…, op.cit., t.II, 1839, p.93). La possibilité de mettre en accusation le chef de l'État comporterait, selon lui, « des inconvénients bien plus graves encore que ceux résultant d'une élection périodique, car on ouvrirait aux ambitieux habiles un moyen de bouleverser l'État, en s'attaquant à son chef » (*ibid.*). De plus, le jugement du Roi sera une tâche difficile car aucune sanction ne serait opportune ni aucun organe n'aurait une autorité suffisante pour juger le Roi : « quelle peine (…) pourrait-on, sans inconvénient, appliquer à

doctrinale majoritaire antérieure à la crise Molé[2182]. Cependant, les défenseurs du courant de la prérogative royale ont une toute autre conception de la portée de l'inviolabilité royale.

celui qui a tant besoin d'être entouré de considération et de respect ? Quel tribunal pourrait être revêtu sans danger d'un pouvoir assez grand pour prononcer sur de telles questions ? » (*ibid*.). Par conséquent, « l'inviolabilité et l'irresponsabilité du Roi sont (…) les conséquences nécessaires des principes posés par la Charte constitutionnelle » (*ibid*.).

2182 Dès 1833, Macarel, alors conseiller d'État et professeur-adjoint à la chaire de droit administratif de Paris, expose effectivement une conception identique dans son ouvrage qui se veut le reflet de la pensée constitutionnelle dominante. L'objet même de son livre se veut pédagogique et non partisan. Il écrit effectivement : « (…) j'ai mis de côté presque tout-amour propre d'auteur. Je n'ai point cherché à faire prévaloir mes idées, ni mes opinions. J'ai bien celles que j'expose ici ; mais je le les exprime que parce qu'elles me paraissent être celles qui sont le plus généralement répandues et accréditées : en un mot, j'ai voulu constater, quoique avec brièveté, l'état général de la science » (L. A. Macarel, Éléments de droit politique, Nève, Librairie de la Cour de cassation, 1833, p.XI-XII). D'ailleurs, à ses yeux, il note, un an avant la naissance d'une chaire de droit constitutionnel, que « personne n'a songé jusqu'ici (que je sache du moins) à rédiger les éléments de cette science » (*ibid*., p.VII) qu'est le droit public général ou le « droit politique » (*ibid*., p. VI) car, selon lui, « on la considérait comme une sorte d'arcane pour les hommes d'État, et non comme une science destinée à devenir vulgaire » (*ibid*., p.VII). C'est pourquoi, à travers cet ouvrage, il entreprend de « recueillir, dans les principaux auteurs qui avaient écrit sur le droit public, les notions les plus généralement reçues et les plus utiles ; je m'appliquai, dit-il, ensuite à les ranger dans un ordre méthodique (…), à compléter enfin les parties qui me paraissaient offrir des lacunes » (*ibid*., p.VIII), n'ayant aucun « scrupule, ajoute-t-il, non seulement d'emprunter aux écrits des publicistes nationaux et étrangers, anciens et modernes, morts ou vivants, toutes les idées qui m'ont paru dignes de remarquer, mais encore de m'approprier, sans les citer, les expressions qu'ils ont employées pour rendre ces idées » (*ibid*., p.IX). Faiblement systématisé, ce livre « formera (…) une sorte de petite bibliographie du droit public » (*ibid*., p.VII ; *v.* en ce sens : *ibid*., p.XV-XVII) qu'il complétera avec le perfectionnement, dans le futur, de la jeune science du droit public : « ce petit livre est destiné à vivre (…) ; je ne manquerais pas non plus, dans une édition nouvelle, de profiter des progrès qu'aurait pu faire la science du droit public car je suis loin de croire qu'elle ne s'améliorera pas » *(ibid*., p.XIII), ce qu'il ne fera pas cependant. Livre élémentaire, cette optique pédagogique résulte, en réalité, de l'origine même de ce livre : une mission d'enseignement à des élèves égyptiens destinés aux fonctions de l'administration civile et de la diplomatie dans leur pays afin de les former à la civilisation européenne (v. *ibid*., p.V-VI). A ce titre, dans l'une des parties de son ouvrage intitulée « *De l'inviolabilité de la personne du monarque, et de la Responsabilité des agents du pouvoir exécutif* », ce dernier est favorable à l'inviolabilité royale en raison de sa finalité : celle-ci est « nécessaire à l'État pour que le corps législatif n'y devienne pas tyrannique, dès le moment qu'il serait accusé ou jugé, il n'y aurait plus de liberté (*ibid*., p.208). Cependant, il ne traite pas de la portée de cette protection sur la nature du pouvoir royal – actif ou passif qui devient un enjeu central à partir de 1836. En outre, de manière classique, il observe que la pensée constitutionnelle majoritaire lie étroitement l'inviolabilité du monarque et la responsabilité des ministres. En d'autres termes, l'inviolabilité royale nécessite la responsabilité ministérielle : « les ministres sont (…) interposés entre le roi et la loi, afin de concilier l'inviolabilité de la personne sacrée du monarque, avec ce qu'il doit lui-même à l'autorité de la loi » (*ibid*., p.209). Il note que cette association est porteuse de nombreux avantages, que ce soit pour le roi ou pour le respect du droit : « le but de cette admirable combinaison politique est de conserver au roi son inviolabilité, en lui ôtant ses instruments, dès que cette inviolabilité menace les droits ou la sûreté de la nation. C'est là tout le secret. Si, pour consacrer l'inviolabilité royale, on exigeait que la volonté du roi fût à l'abri de toute erreur, l'inviolabilité serait une chimère. Mais, en la combinant avec la responsabilité des ministres, on fait qu'elle peut être respectée réellement, parce que, s'il advenait que la volonté royale s'égarât, elle ne serait plus exécutée » (*ibid*., p.211). Elle est, également, bénéfique pour les ministres : « le principe de la responsabilité est favorable aux ministres. Il devient, pour eux, une sorte de refuge contre les volontés arbitraires et injustes du prince » (*ibid*.). En définitive, il apparaît dans l'opinion dominante que « la responsabilité ministérielle défend le prince contre le ministre, le ministre contre le prince, et la nation contre l'abus » (*ibid*., p.212). De même, le publiciste parisien Rossi considère que l'inviolabilité du Roi « trouve à la fois son complément et sa garantie dans la responsabilité ministérielle » (P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4, op.cit., p.367) car « l'inviolabilité de la personne du roi sans la responsabilité des agents serait le pouvoir absolu » (*ibid*.). En effet, selon lui, en raison des moyens institutionnels dont il dispose, « le pouvoir exécutif est celui qui offre le plus de dangers (...) » (*ibid*., p.368), plus que les pouvoirs législatif et judiciaire. La responsabilité des agents ministériels, qui est avant tout rationnelle puisque ces derniers, « êtres raisonnables et libres » (*ibid*., p.367) ne sont pas « forcé(s) d'être ministre, ni d'apposer (leur) contre-seing sur un acte du roi qu'il croirait funeste ou illégal » (*ibid*.), est

2. La thèse royale : la possible conciliation de l'inviolabilité du Roi et d'un pouvoir actif

474. Plusieurs publicistes, partisans de la prérogative royale, en majorité conservateurs, contestent les idées prônées par les tenants du courant parlementaire. Parmi ceux-ci, Alphonse épin ou Charles-Hyacinthe is considèrent que l'inviolabilité du Roi ne représentait pas une entrave à la direction des affaires politiques par le monarque lui-même. Répondant à Prosper uvergier de Hauranne, Charles-Hyacinthe is prétend que la Charte de 1830 étant une monarchie représentative, « la direction suprême de la société (appartient) à la royauté ; (…) elle (est) le *pouvoir dominant*, (…) les deux autres pouvoirs spécialement institués pour empêcher d'être jamais autre chose qu'une royauté constitutionnelle, ne (sont) que des pouvoirs limites »[2183]. Dans le même sens, Alphonse épin, avocat, istorien et bibliothécaire[2184], qui apporte également la contradiction aux idées de Prosper uvergier de Hauranne, estime que la maxime « le roi règne et ne gouverne » est « absurde et fausse »[2185]. Le fondement qu'il emploie pour légitimer ce dispositif juridique exorbitant est davantage original par rapport aux autres penseurs de ce courant : le roi, en tant qu'il est un représentant de la Nation, doit participer au gouvernement de celle-ci. Il soutient effectivement que « la prérogative royale cesse d'être représentative dès qu'elle est dépourvue d'action et d'influence ; ce n'est plus un pouvoir, mais simplement une dignité dans l'état. Soutenir la maxime *Le roi règne et ne gouverne pas* d'une manière absolue, c'est donc nier l'un des trois pouvoirs, et par cela même le gouvernement constitutionnel, qui n'est que l'ensemble complet de la trinité représentative »[2186]. Toutefois, soucieux d'éviter tout pouvoir royal despotique, il modère son propos en affirmant que l'influence du monarque dans la conduite générale des affaires qu'il croit « réservée rationnellement à la couronne (est) contrebalancée par l'égalité respective des autres pouvoirs »[2187]. Autrement dit, pour les défenseurs du courant royal, le monarque est incontestablement un pouvoir actif en dépit de son immunité absolue, orientant le régime de 1830 vers une monarchie constitutionnelle.

---

donc essentielle, étant donné que « tout l'édifice du système représentatif s'écoulerait à peu près complètement si elle disparaissait », même si l'indépendance du monarque dans la sphère de ses attributions doit être garantie. Le roi « a besoin d'indépendance, autrement la séparation des pouvoirs disparaîtrait. Mais cette indépendance doit se concilier avec des garanties sérieuses pour le pays, parce qu'il y a le plus de moyens matériels de commettre un abus » (*ibid*., p.368). Toute la difficulté est, dès lors à ses yeux, d'imaginer un mécanisme de responsabilité des ministres effectif.

2183 C.-H. His, Réponse à M. Duvergier de Hauranne, Paris : Duffay, 1838, p.6. Pour lui, « d'après le texte de la Charte, comme d'après l'état de notre civilisation, le roi gouverne, par l'intermédiaire des chambres représentatives et des ministres responsables » (*ibid*., p.4).

2184 L.-G. Michaud, Biographie universelle ancienne et moderne, Nouv. éd., reprod. en fac-sim., vol. 32, Bad Feilnbach : Schmidt, 1998, 668 p.

2185 A. Pépin, De la prérogative royale, Paris : Imprimerie de Guiraudet et Christian Jouaust, 1838, p.16. Pépin répète cette idée à plusieurs reprises : « la maxime tant vantée : *le Roi règne et ne gouverne pas*, dans une monarchie représentative, est un non-sens, un jeu de mots puéril ou un leurre, dont on se sert pour ruiner cette forme de gouvernement » (*ibid*., p.59-60).

2186 *Ibid*., p.18.

2187 *Ibid*., p.12.

475. En outre, le journaliste Henri Fonfrède, « l'un des publicistes les plus intéressants de la monarchie de Juillet »[2188] selon Pierre Rosanvallon, remet en cause la thèse de l'impuissance du Roi et de la prépondérance des Chambres, dans une série d'articles publiés et repris ensuite dans un ouvrage « *Du gouvernement du Roi, et des limites constitutionnelles de la prérogative parlementaire* »[2189]. Renouant en partie avec l'argumentation des publicistes royalistes radicaux de la Restauration, il récuse la distinction entre le pouvoir royal et le pouvoir exécutif. Pour le juriste bordelais, le Roi fait partie intégrante du pouvoir exécutif : il « est le chef constitutionnel du gouvernement »[2190]. Rejetant vigoureusement l'idée d'un Roi passif, il estime, au contraire, qu'il participe pleinement au gouvernement et ce sont ses ministres qui assument la charge de ses décisions. Le Roi « gouverne, dit-il, par ministres responsables, exécutant les lois votées par les Chambres législative »[2191]. Son immunité absolue n'est donc pas un motif d'effacement du roi. Il motive une telle conviction grâce à l'exemple anglais : « on voit (…) qu'en Angleterre, le Roi peut vouloir, et qu'il n'est pas responsable de ses volontés, exécutées par ses ministres dans les formes constitutionnelle »[2192].

476. Face aux incohérences des publicistes doctrinaires, il s'attache à démontrer le bien-fondé d'une telle protection extraordinaire. L'argument leur servant à justifier ce mécanisme est, pour lui, absurde : « ce n'est point parce qu'il ne fait rien qu'il ne répond de rien : cette inviolabilité serait le comble du ridicule. Il est bien clair que qui ne fait rien ne répond de rien ; il ne serait besoin ni d'une charte ni d'une fiction constitutionnelle pour cela »[2193]. Au contraire, le publiciste bordelais avance deux motifs pour légitimer l'inviolabilité. *Tout d'abord*, détachées de tout fondement religieux, les compétences étendues du monarque sont l'explication de son inviolabilité : « c'est (…) parce que la Charte a conféré au Roi le soin de faire beaucoup de choses, qu'il a fallu une loi expresse de l'institution politique pour déclarer qu'il n'était responsable d'aucun de ses actes, sans cela l'inviolabilité royale n'aurait aucune signification »[2194]. Toutefois, pour écarter les accusations exprimées par les publicistes doctrinaires – notamment Duvergier de Hauranne - d'un risque d'un gouvernement personnel du Roi à cause de son immunité totale, il affirme que l'inviolabilité royale doit toujours être couverte par la responsabilité ministérielle. Ce transfert de responsabilité est d'autant plus évident que les ministres ont accepté, en leur âme et conscience, le sens de la décision royale : « les ministres sont responsables, *déclare-t-il*, des actes de la royauté dont ils se font les exécuteurs, parce qu'ils acceptent volontairement cette charge »[2195]. En outre, pour lui, l'inviolabilité

2188 P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.158, note 2.
2189 H. Fonfrède, Du gouvernement du Roi, et des limites constitutionnelles de la prérogative parlementaire, in Oeuvres de Henri Fonfrède, recueillies et mises en ordre par C.-A. Campan, Bordeaux : Chaumas-Gayet, 1844, t.6.
2190 *Ibid*., p.139.
2191 *Ibid*.
2192 *Ibid*., p.140.
2193 *Ibid*., p.139.
2194 *Ibid*.
2195 *Ibid*., p.140. Fonfrède ajoute : « Il n'y a plus de lettres de cachet ; ils ne sont pas obligés d'être ministres sous peine

royale est la garantie du maintien de la monarchie et de la stabilité du pays : « pour toutes les fautes commises par le gouvernement royal, si le Roi pouvait être mis en cause, sous prétexte qu'il y a participé par son influence personnelle sur ses ministres, il n'y aurait plus ni royauté, ni gouvernement, ni société ni repos, ni sécurité pour qui que ce fût dans l'État, par l'effet des commotions perpétuelles dont l'État serait déchiré (...) »[2196]. La protection du monarque et la responsabilité ministérielle répondent donc à un intérêt national et non à « l'impossible et absurde néant de la royauté »[2197]. Néanmoins, la théorie d'Henri Fonfrède ne consiste pas en une entreprise de légitimation du pouvoir absolu du monarque. S'il argue de la compatibilité de l'inviolabilité avec un pouvoir royal actif, le régime représentatif signifie, pour lui, une égalité des compétences entre les trois pouvoirs – le Roi, la Chambre des Pairs et la Chambre des députés[2198]. On comprend donc que « la perspective de Fonfrède (est) au fond celle d'un gouvernement mixte »[2199] puisqu'« entre la république, ou la démocratie parlementaire, et la monarchie absolue, la monarchie constitutionnelle avait pour lui une consistance propre »[2200], d'essence libérale[2201].

477. Mais, au-delà des divergences qui les opposent, il convient de souligner que les publicistes doctrinaires et conservateurs de la monarchie de Juillet ont, néanmoins, des points d'entente. Ils prônent, pour la plupart, un certain équilibre entre la Couronne, le ministère et les Chambres afin de protéger la Constitution et le régime de balance des pouvoirs[2202]. En effet, si le Roi peut avoir une

d'aller à la Bastille ; ils sont libres, complètement libres de donner leur démission si la royauté leur paraît imprimer une fausse direction à leurs actes. Donc, s'ils restent et s'ils agissent, ils sont moralement responsables de tout ce qu'ils font » (*ibid*.).

2196 *Ibid*., p.143. Pour Fonfrède, les avantages l'emportent sur les inconvénients de l'inviolabilité royale : « comme dans les quatre-ving-dix-neuf centièmes des cas, il serait mille fois plus nuisible à la nation de juger les fautes de son Roi et de les punir, que de les tolérer, il faut nécessairement que dans toute monarchie la personne du Roi soit inviolable » (*ibid*.).

2197 *Ibid*., p.144.

2198 Fonfrède déclare en ce sens : « investie du premier mot par l'initiative, du second mot par la discussion et le vote, du dernier mot par le refus de concours et la prépondérance qui en est la suite ; imposant au Roi le choix des ministres après avoir imposé le système de gouvernement ; tenant les ministres dans une dépendance incessante, qu'aggrave alors presque sans utilité leur responsabilité qui n'a plus d'objet, puisqu'ils ne sont que ses mandataires passifs et révocables par elle à chaque instant, dîtes-moi ce qui manque encore (à la Chambre des députés), et quelle est la partie du gouvernement qu'elle ne domine pas d'une manière absolue ? » (*ibid*., p.58-59). Cependant, il modère quelque peu son propos : le publiciste bordelais « insiste sur la nécessité pour les ministres de se maintenir, même s'ils sont attaqués vivement par les députés, car il faut éviter à tout prix l'instabilité ministérielle. Pour lui, un accord perpétuel entre le ministère et la Chambre relève de toute façon de l'utopie, du fait des fluctuations de la majorité » (A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France…, op.cit., p.147). Sur l'absence de majorité homogène et durable durant la Monarchie de Juillet : A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France…, op.cit., p.146-147.

2199 P. Rosanvallon, La monarchie impossible…, op.cit., p.159. Selon la vieille théorie du gouvernement mixte, « le bon gouvernement doit être composé de monarchie, de démocratie et d'aristocratie » (*ibid*.).

2200 *Ibid*.

2201 Le caractère libéral de la monarchie constitutionnelle provient, pour lui, de son caractère limitée : « Les Chambres doivent présenter à la royauté une infranchissable barrière, si elle voulait outrepasser les limites que la Charte a posées à ses attributions » (H. Fonfrède, Du gouvernement du Roi, et des limites constitutionnelles de la prérogative parlementaire, op.cit., p.115).

2202 Comme le souligne Alain Laquièze, « la volonté d'attribuer au souverain des prérogatives substantielles ne signifie pas pour autant que l'on va faire de lui l'organe prépondérant, à qui appartiendra le dernier mot si un dissentiment grave se produit entre les chambres et lui. Les contradicteurs de Duvergier de Hauranne refusent que l'un des pouvoirs puisse imposer sa volonté aux deux autres. Pour eux, le régime de balance des pouvoirs qu'ils préconisent doit fonctionner, sans qu'il y ait besoin de donner la prépondérance en droit à un organe déterminé » (A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire en France…, op.cit., p.150). A cet égard, Rossi affirme : « (…) les trois pouvoirs, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, libres chacun dans la sphère de ses attributions, indépendants,

politique, c'est à la condition d'avoir des ministres qui prennent la responsabilité de cette politique et une chambre qui approuve les ministres et ses choix. À l'inverse, la Chambre bénéficie d'un pouvoir de contrôle et de surveillance sur la Couronne, sur laquelle elle ne doit toutefois pas prédominer[2203]. Cependant, les auteurs divergent quelque peu sur les solutions institutionnelles en cas de désaccord entre les pouvoirs. Certains préconisent de manière approximative, comme Henri Fonfrède, qu'« en mettant le roi et chacune des deux chambres sur un pied d'égalité, ceux-ci seront finalement obligés de s'entendre »[2204]. Celui-ci compte donc « sur une logique de l'entente institutionnelle propre à ce régime pour résoudre les conflits »[2205]. D'autres auteurs, de manière plus précise, recommandent la règle de la majorité, tel qu'Alphonse Pépin, qui signifie que « le roi et la Chambre des pairs seront en mesure de passer outre l'opposition de la Chambre des députés »[2206]. Proposant des remèdes moins consensuels, d'autres constitutionnalistes, en minorité, estiment que le dernier mot appartient à l'un des deux pouvoirs, soit au Roi soit à la chambre élective. D'un côté, quelques-uns recourent à la théorie de Constant, c'est-à-dire que « le Roi continue (…) à être érigé en arbitre des conflits potentiels entre le gouvernement et les chambres. Il lui revient de décider entre le renvoi du ministère, en cédant à la volonté de l'Assemblée, et la dissolution de la Chambre basse, de telle sorte à laisser le peuple trancher le différend »[2207]. De l'autre, c'est la Chambre élective, pour

séparés, sont loin cependant de vivre et d'agir isolément. Ce qui leur sert de lien, c'est l'autorité royale. Le roi participe dans une certaine mesure, soit directement, soit indirectement, aux trois pouvoirs, à leur organisation, à leur action ; d'un autre côté, ils ont les uns sur les autres une action mutuelle, un contrôle réciproque » (P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4., op.cit., p.399).

2203 Comme l'affirme Rossi de manière imagée, « il y a (…) contact perpétuel entre les diverses parties de la machine, contact suffisant pour que le mouvement soit commun, mais non ralenti. Le contrôle qu'exercent réciproquement les uns sur les autres les divers pouvoirs de l'État ne peut ni ne doit en aucun cas devenir une sorte d'usurpation de l'un sur l'autre, une absorption de l'un par l'autre » (P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4., op.cit., p.399).

2204 A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire…, op.cit., p.150.

2205 *Ibid*. Fonfrède déclare effectivement : « (…) il ne faut pas perdre de vue que c'est précisément parce qu'aucun des trois pouvoirs ne sera investi de la prépondérance, que l'un ne pouvant surmonter l'autre, ils seront inévitablement poussés à transiger et à s'entendre, toutes les fois que le dissentiment ne sera pas d'une nature si grave que la transaction en soit impossible ; et si le débat, au contraire, était d'une nature trop grave, le dernier mot n'y changerait rien » (H. Fonfrède, Du gouvernement du Roi..., op.cit., p.157-158).

2206 A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire…., op.cit., p.150. Cependant, ses auteurs restent « peu précis sur les modalités d'un tel système, et sur les dérapages qu'ils pourraient entraîner, notamment en ce qui concerne l'exercice de la fonction législative ». Cependant, « le souverain disposant de la prérogative de nommer les pairs, c'est à lui que revient, dans un tel schéma, la faculté de trancher les conflits institutionnels » (*ibid*.).

2207 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.350. Pour Foucart, le pouvoir de dernier mot appartient au peuple par le biais de la dissolution prononcée par le monarque : « il est de principe, dans un gouvernement constitutionnel, que la marche soit en harmonie avec le vœu de la nation, exprimée par la majorité des chambres. Il peut se faire que cette harmonie soit rompue, et que la Chambre des députés ne marche plus d'accord avec les conseils de la Couronne. Il faut alors, ou que le ministère se retire devant la Chambre, ou que la Chambre se retire devant le ministère. Le ministère peut se tromper, la majorité n'est pas infaillible ; c'est le cas d'avoir recours au jugement du pays. Le Roi dissout la Chambre des députés, pour appeler la nation, en la personne des électeurs, à manifester elle-même son vœu par le choix de nouveaux mandataires » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit positif avec l'indication des lois à l'appui, 3 éd., Paris :Videcoq, 1843, t. I, p.67). De même, avant 1836, certains auteurs, dont Rossi, ont analysé succinctement la théorie du pouvoir neutre de Benjamin Constant. Cependant, dans la leçon 92 de son ouvrage, le juriste parisien n'examine pas en profondeur cette théorie dans la mesure où, conformément à sa méthodologie positiviste, « (…) cette question purement théorique, dit-il, nous la livrons à votre étude, quand nous aurons ainsi examiné en détail toutes les données du droit positif, vous pourrez méditer sur une question spéculative qui a exercé l'esprit de plusieurs publicistes distingués (...) » (P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4, op.cit., p.224). A ce titre, il s'interrogera sur le nombre de pouvoirs distincts qui existent dans une monarchie constitutionnelle : le pouvoir neutre est-il un quatrième pouvoir ? Rossi valide la thèse de Constant qui reconnaît quatre pouvoirs : « le pouvoir législatif, le pouvoir administratif et exécutif, le pouvoir judiciaire, et un quatrième pouvoir que les uns ont appelé le pouvoir royal proprement dit, les autres

Prosper Duvergier de Hauranne, qui doit faire prévaloir son point de vue en dernier ressort, contre celui des autres pouvoirs. Quoi qu'il en soit, plutôt que de donner la prépondérance au Roi ou à la majorité parlementaire, il ressort que la plupart des auteurs partagent « la théorie du concours », qui tend indéniablement vers le modèle du *parlementarisme orléaniste*. Le propos de Guizot est éclairant : « quelque limitées que soient les attributions de la royauté, [les ministres] auront toujours à discuter et traiter avec la personne royale pour lui faire accepter leurs idées et leurs résolutions, comme ils ont à discuter et à traiter avec les chambres pour y obtenir la majorité »[2208]. Ce type de régime repose donc sur un partage de la puissance d'État entre les chambres et le pouvoir exécutif[2209].

478. La question de l'inviolabilité du monarque et de ses incidences sur la nature de son pouvoir, et au-delà sur celle du régime, semble aboutir à un compromis entre le courant parlementaire et le courant de la prérogative royale[2210]. Or un tel quasi-consensus doctrinal est inexistant sur une question étroitement liée à celle-ci qui est, également, l'une des pierres angulaires de l'équilibre du régime : le dispositif pénal de la responsabilité ministérielle.

B. La responsabilité pénale des ministres : un vecteur classique de discorde doctrinale

479. Comme l'affirme Pasquale Pasquino, « le rôle du cabinet et ses rapports avec le roi et avec les chambres restent (…) le point obscur du système constitutionnel »[2211] de la Monarchie de Juillet. C'est pourquoi, outre le thème de l'inviolabilité, la responsabilité pénale des ministres, pendant nécessaire pour écarter le pouvoir absolu, monopolise la réflexion de la doctrine constitutionnelle. Néanmoins, l'organisation même du dispositif pénal s'avère problématique. La Charte de 1830 prévoit que la responsabilité des ministres, qui doit être précisée par une loi d'après l'article 69, peut

pouvoir neutre, les autres pouvoir modérateur (…) consistant à régler l'action des trois autres pouvoirs et à ramener l'ordre, toutes les fois que de violentes commotions seraient à craindre » (*ibid*., p.225). Cependant, Rossi ne veut pas « entrer dans de plus grands détails, je signale, dit-il, seulement la question. Quant à nous, nous croyons qu'il y a là une question de terminologie plutôt qu'autre chose » (*ibid*.). *V.* sur cette question: *ibid*., vol.4, p.224-225.

2208 Propos tenus par Guizot devant la Chambre des députés à la séance du 29 mai 1846. Voir F. Guizot, Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps, op.cit., 1867, t. VIII, p.84.

2209 En pratique, « de 1840 à 1848, la doctrine de Guizot l'emporte (…) sur celle défendue par Thiers : à la maxime *Le Roi règne et ne gouverne pas,* Guizot réplique que « le trône n'est pas un fauteuil auquel on a mis une clef pour que personne ne puisse s'y asseoir » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.340).

2210 En pratique, la question de l'inviolabilité sera « au centre de la discussion de l'adresse, en janvier 1839. Face à un Molé cramponné à son pouvoir, Thiers, Guizot et Duverguier de Hauranne mènent la bataille en reprenant leur défense des principes parlementaires dans ce qui reste un des grands débats à la Chambre de la monarchie de Juillet. Les élections ont lieu deux mois plus tard et, désavoué par les urnes, Molé est contraint à la démission le 8 mars 1839. La page de la coalition était tournée et le temps des interrogations constitutionnelles était dorénavant terminé. Le régime de Juillet allait somnoler pendant près de dix ans » (P. Rosanvallon, La monarchie impossible, op.cit., p.161).

2211 P. Pasquino, Sur la théorie constitutionnelle de la monarchie de Juillet, op.cit., p.113. L'auteur ajoute : « entre pouvoirs du roi, droits des Français et représentation nationale, la Charte cherche à établir un équilibre d'autant plus incertain que la question de la responsabilité des ministres reste sans solution » (*ibid*.).

être engagée par la Chambre des députés puis jugée par la Chambre des pairs au titre de l'article 47. On observe ainsi que « si la responsabilité pénale des ministres du roi (est) explicitement reconnue, le contenu exact de celle-ci n'(est) même pas esquissé »[2212].

480. Dès lors, plusieurs problèmes épineux se posent, sur lesquels se penchent sérieusement les publicistes de la Monarchie de Juillet. *En premier lieu*, les formes de la procédure sont le point principal de discorde de la doctrine. La responsabilité pénale des ministres apparaît encore plus indéterminée et étendue que sous la Restauration puisque l'article 69 de la Charte de 1830 renvoie simplement à des lois qui la préciseront, « sans dire [par opposition à l'article 56 de la Charte de 1814] que les lois promises fixeront les cas de mise en accusation et de jugement »[2213]. En outre, à l'inverse de la Charte de 1814 qui bornait la responsabilité ministérielle à deux cas - la trahison et la concussion -, la norme constitutionnelle de 1830 ne fait pas cette distinction et laisse à la loi qui interviendra le soin de déterminer tous les cas de responsabilité, ouvrant la voie à l'affirmation d'une responsabilité politique des ministres en la forme pénale. Cependant, ce devoir du législateur constitue, comme le remarque Rossi, un « grand et difficile problème, dont la solution n'est pas encore aujourd'hui complètement trouvée »[2214]. Même si les publicistes de la Monarchie de Juillet peuvent désormais s'appuyer sur le précédent judiciaire représenté par l'arrêt rendu par la Cour des pairs le 21 décembre 1830 dans le procès des ministres de Charles X pour nourrir leur réflexion, cet objet continue d'être source de querelles doctrinales. Deux opinions doctrinales antagoniques classiques ressurgissent. On observe ici la persistance, d'un côté, de la thèse politique, et, de l'autre, de la thèse pénale, même si une position intermédiaire semble primer parmi les publicistes de la Monarchie de Juillet (**1**). *En second lieu*, l'organe compétent pour juger les ministres est également source de conflit doctrinal. La fonction judiciaire de la Chambre des pairs comme « cour de justice » à l'encontre des « délits ministériels » selon l'expression de Rossi, ne fait pas l'unanimité, certains auteurs délaissant quelque peu, à cette occasion, leur démarche descriptive (**2**). Quoi qu'il en soit, on constate, par rapport à la pensée constitutionnelle de la Restauration, un approfondissement de la réflexion et de la systématisation sur ces questions grâce aux travaux divers des publicistes de la Monarchie de Juillet.

2212 J.-J. Clère, La mise en œuvre de la responsabilité pénale des ministres sous la monarchie de Juillet : théories et réalités, in Association française pour l'histoire de la justice, Les ministres devant la justice, préf. R. Badinter, Arles : Actes Sud, 1997, p.80.
2213 J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.363.
2214 P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4., op.cit., p.370.

1. La formalisation de la responsabilité pénale des ministres : la résurgence des courants politique et pénal au sein de la doctrine constitutionnelle de la Monarchie de Juillet

Pellegrino Rossi constate que la nécessité ou non d'une loi réglant la responsabilité pénale des ministres est « une question qui a été agitée parmi les publicistes »[2215], que ce soit, d'ailleurs, avant ou pendant la Monarchie de Juillet. Cette problématique qui traverse notre histoire constitutionnelle voit la résurgence de deux courants classiques au sein de la doctrine constitutionnelle de la Monarchie de Juillet : *d'une part*, la thèse politique, majoritaire, qui postule l'impossibilité d'une loi visant à encadrer la responsabilité des ministres prévue par l'article 47 de la Charte de 1830 mais plaide, néanmoins, en faveur de l'adoption d'une loi de procédure et de fixation des peines (**a**). *D'autre part*, la thèse pénaliste, davantage minoritaire, qui soutient l'adoption d'une telle norme, que ce soit pour déterminer les incriminations, la procédure ou les peines (**b**). Toutefois, il apparaît, à l'analyse, que la plupart des auteurs opèrent une combinaison de ces deux thèses, laissant indéterminée la nature réelle du mécanisme d'engagement de la responsabilité ministérielle.

a. L'ambiguïté de la thèse politique quant à la formalisation de la responsabilité ministérielle

La thèse politique a été exprimée avec le plus de rigueur et le plus de profondeur - et ce de manière paradoxale - par le constitutionnaliste-pénaliste Rossi. Il y consacre d'amples développements, de façon clairvoyante[2216], dans ses leçons 104 et 105. A cet égard, il convient de remarquer que la responsabilité ministérielle est d'une actualité brûlante au moment où Rossi commence son cours en 1835-1836 puisque plusieurs textes proposés par le gouvernement ou l'assemblée élective visant à la formaliser, conformément à l'article 69 de la Charte de 1830, sont alors âprement discutés devant les chambres sans jamais aboutir.

481. Néanmoins, contrairement à la pensée constitutionnelle de la Restauration, les partisans de la thèse politique peuvent se prévaloir désormais d'une jurisprudence en date du 21 décembre 1830 rendue par la Chambre des pairs en formation judiciaire[2217]. Porteuse de riches enseignements, elle

2215 *Ibid*., p.384.

2216 Alain Laquièze considère Pellegrino Rossi comme « l'un des plus clairvoyants sur la question de la responsabilité ministérielle » (A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire..., op.cit., p.160).

2217 En l'espèce, après des élections remportées par les libéraux suite à la dissolution de la chambre basse prononcée par Charles X par ordonnance du 16 mai 1830 qui refusait de changer de ministres malgré une majorité parlementaire opposée, ce dernier s'obstine et adopte quatre ordonnances en date du 25 juillet 1830, dont l'une décide de la dissolution de la chambre nouvellement élue, qui cause des troubles graves dans l'ensemble du pays. Les trois glorieuses conduisent à l'effondrement du régime, Charles X se réfugiant en Angleterre, 4 ministres étant arrêtés (Polignac, Peyronnet,

constitue un socle de réflexion pour le camp politique[2218]. Il ressort de cette décision le principe général selon lequel « lorsqu'une assemblée ayant un droit de contrôle politique sur les ministres devient leur juge, la juridiction qu'elle exerce alors s'analyse en une forme aggravée du contrôle lui-même et ne saurait avoir moins d'ampleur »[2219]. En d'autres termes, l'office de la chambre statuant sur la responsabilité des ministres est total, non seulement sur certains actes visés par les textes mais également sur tous les faits des ministres. Aucune manifestation de l'activité ministérielle n'échappe à la surveillance du Parlement, « aucune n'étant soustraire à cette espèce de répression où cette

Chantelauze et Guernon-Ranville) et 3 s'enfuyant hors de France (Montbel, d'Haussey, Capelle). Le ressentiment populaire se concentre sur les ministres, la personne du Roi étant à l'abri comme si son inviolabilité le protégeait. Ainsi, le député Eusèbe Salverte, à la séance du 6 août 1830, soumet une proposition à la chambre basse : « la Chambre des députés accuse de haute trahison les ministres signataires du rapport au Roi, et des ordonnances en date du 25 juillet 1830 » (CD, A.P., 2è série, t. LXIII, séance du 6 août 1830, p.49). Plus précisément, l'auteur de la proposition de mise en accusation « reproche aux anciens ministres de Charles X des violations à la Constitution, des faits de corruption, l'utilisation illégale de la force, et considère également que le ministère est responsable des massacres qui ont eu lieu à Paris en juillet 1830 » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.309). La proposition, adoptée à l'unanimité que ce soit par les royalistes pour qui les ministres sont coupables d'avoir détruit la dynastie ou les libéraux, est renvoyée pour examen dans les bureaux de l'Assemblée le 13 août 1830. Le lendemain, une commission, comprenant Daunou, Bérenger, Caumartin, Madier de Montjau, Pelet, Lepelletier d'Aunay, Bertin de Vaux, Mauguin et Salverte, est nommée mais de nombreux problèmes se posent. *Tout d'abord*, concernant le droit applicable, il est logiquement décidé que les faits reprochés s'étant déroulés avant le changement de régime, les dispositions de la Charte de 1814 devait servir de base à la poursuite. Cependant, ce texte n'est pas d'une grande aide puisqu'il est frappé par son laconisme, tant sur le fond puisque la trahison n'est pas définie que sur la procédure à suivre. En outre, un doute persiste sur le point de savoir si l'instruction proprement dite doit être conduite par la Chambre des députés ou par une commission spécial qu'elle désignerait. Au final, la chambre des députés, divisée, reconnaît à la commission des pouvoirs d'instruction (CD, A.P., 2è série, t. LXIII, séance du 20 août 1830, p.200). Ainsi « dès le commencement de cette affaire, se manifestent (…) déjà les difficultés engendrées par l'absence de législation réglementant la responsabilité pénale des ministres » (N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.310). Lors de la séance du 23 septembre, le rapporteur Bérenger décide de renvoyer les anciens ministres de Charles X devant la Chambre des pairs pour complot contre la sûreté intérieure de l'État et trahison, en se fondant expressément sur l'article 56 de la Charte de 1814 et sur le Code pénal, sans justifier le choix de cette dernière qualification. Mais, comme le note Bastid, « la démonstration lui aurait été impossible à établir (…) puisqu'aucune loi n'était intervenue à ce sujet, malgré diverses tentatives qui, à partir de 1816, avaient visé à en élaborer une » (P. Bastid, Le procès des ministres de Charles X, Revue d'histoire moderne et contemporaine, 1957, t. IV, p.182). A l'issue de la discussion, l'Assemblée conclut au renvoi devant la Cour des pairs, en se fondant sur l'article 56 de la Charte et sur certaines dispositions du Code pénal, « là encore sans justifier la qualification de trahison retenue » (N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit, p.310). L'imprécision des dispositions constitutionnelles facilitent la mise en accusation des anciens conseillers de Charles X. La Chambre des pairs, qui examine la résolution de la Chambre des députés lors de la séance du 1er octobre, charge une commission de compléter l'instruction menée par les députés. Son rapport, présenté lors de la séance du 29 novembre 1830 par le comte de Bastard, magistrat et homme politique français connu pour avoir instruit le procès de Louvel, assassin du duc de Berry (« Dominique-François-Marie de Bastard d'Estang », in : Adolphe Robert et Gaston Cougny, Dictionnaire des parlementaires français, t.1, Paris : Edgar Bourloton, 1889-1891, 5 vol., p.190), est fort instructif puisqu'il expose la conception *politique* de la responsabilité des ministres devant la Cour des pairs. Afin de justifier la compétence des chambres qui suppose d'établir que les faits reprochés aux anciens ministres correspondent aux qualifications de trahison et/ou de concussion, le comte de Bastard écarte ouvertement le principe *nulla poena sine lege*. La justice politique étant inhérente au droit naturel, il estime que « lorsque les intérêts supérieurs de l'État sont en jeu, la mise en œuvre de la responsabilité pénale ne peut pas être paralysée par une carence législative, de sorte qu'un pouvoir discrétionnaire est ainsi accordé aux chambres quant aux poursuites pénales exercées contre les anciens ministres de Charles X » (*ibid*., p.311). Et le rapporteur conclut : « (…) c'est à la Chambre des députés qui accuse, et à la Cour des pairs qui juge, à suppléer, à l'absence d'une définition légale appliquée au crime de trahison. Les actes d'un tel procès ne sont pas seulement judiciaires, ils participent nécessairement du caractère législatif (...) ». La mission des assemblées est donc double, à la fois judiciaire et législative. La phase de jugement proprement dite débute le 15 décembre avec l'interrogatoire des accusés. Lors de la séance du 18 du même mois, Persil, l'un des trois commissaires faisant office de ministère public pour soutenir l'accusation et faire toutes les réquisitions nécessaires devant la Cour des pairs, exprime de grandes réserves s'agissant de la doctrine politique du comte de Bastard. Pour lui, « la Chambre des pairs, constituée en Cour de justice, n'a plus aucune attribution législative ; (…) elle n'est chargée que de l'exécution de celles qui existent » (CP, A.P., 2è série, t. LXV, séance du 18 décembre 1830, p.180). Il tente tout de même de fonder en droit l'accusation pour trahison retenue contre les anciens conseillers de Charles X qu'il rattache étonnamment ç la Constitution de l'an VIII et sur le Code pénal (ibid., p.180-181). Après les plaidoiries des avocats des anciens ministres

surveillance trouve son maximum de rigueur »[2220]. L'assemblée « érigée en tribunal peut donc punir les fautes des gouvernants sans s'occuper des lois pénales et de leurs définitions restrictives »[2221]. L'arrêt motive indirectement[2222] cette compétence discrétionnaire de l'assemblée par le fait qu'un corps politique appelé à remplir l'office de juridiction possède des pouvoirs où apparaît sa double qualité, ses actes n'étant pas seulement judiciaires mais revêtent *à raison de la nature du tribunal* quelque chose de législatif[2223]. Cette marge de liberté est d'autant plus justifiée que l'article 69 de la Charte de 1830, en ne précisant pas que des lois futures fixeront les cas de mise en accusation et de jugement, a rendu les pairs maîtres des incriminations.

482. Sans l'affirmer expressément, les publicistes de la Monarchie de Juillet s'inspirent quelque peu de cette jurisprudence[2224]. Parmi eux, Pellegrino Rossi reprend son raisonnement mais l'enrichit

de Charles X et la délibération de la Cour des pairs, elle déclare, par un arrêt du 21 décembre 1830, « les accusés coupables, en ce qu'ils ont contresigné les ordonnances de juillet 1830 par lesquelles le pouvoir royal a usurpé la puissance législative » (N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.312). Elle s'appuie sur l'article 13 de la Charte qui prévoit que les ministres endossent a responsabilité des actes pris par le monarque par le biais du contre-seing. Ce mécanisme propre au régime parlementaire remplit donc une fonction *juridique* – authentifier l'acte pris par la Couronne – et acquiert désormais une fonction *politique* – en ce qu'il implique un transfert de responsabilité du monarque irresponsable vers des conseillers contresignataires. En définitive, la Cour des pairs les juge coupable du crime de trahison, au regard de l'article 56 de la Charte de 1814 et, par suite, les condamne, de manière discrétionnaire, à la prison perpétuelle. *Sur le rappel des faits de cette affaire* : *v.* E Daudet, La révolution de 1830 et le procès des ministres de Charles X, nouv. Édition revue et augmentée, Paris : Hachette, 1907 ; R. Dufourg, Le procès des ministres de Charles X, préf. L. Bérard, Bordeaux : Imprimerie R. Samie, Librairie Raymond Picot, 1934 ; P. Bastid, Le procès des ministres de Charles X, Revue d'histoire moderne et contemporaine, 1957, t. IV, p.171-211 ; P. Desmottes, De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français, thèse, LGDJ, (Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique), 1968, t. XXIII, p.149-157, p.197-207 ; J.-J. Clère, La mise en œuvre de la responsabilité pénale des ministres sous la monarchie de Juillet : théories et réalités, op.cit., p.81-89.

2218 Un second procès, plus tardif, qui ferme la période de la monarchie constitutionnelle, confirmera la jurisprudence du 21 décembre 1831. En 1847, le procès Teste, ancien ministre des Travaux publics, conduit en effet à ce qu'« une fois de plus, la Cour des pairs, de son propre mouvement, (pondère) la peine. La Cour dans son immense majorité se reconn(aît) un pouvoir arbitraire (...) » (J.-J. Clère, La mise en œuvre de la responsabilité pénale..., op.cit., p.92). Sur les faits : *v. ibid*., p.89-92.

2219 J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.362-363.

2220 *Ibid*., p.363.

2221 *Ibid*. L'arrêt du 21 décembre 1830 met en exergue clairement que la Cour des pairs a souverainement décidé que les *faits incriminés* étaient constitutifs de la trahison puisqu'aucune norme ne donnait de définition de cette notion et elle a fixé, encore discrétionnairement, la *peine* dans la mesure où la prison perpétuelle à laquelle sont condamnés les anciens ministres de Charles X, est inconnue de la législation pénale.

2222 Comme le remarque Bastid, la Cour des Pairs « ne s'appropri(e) pas expressément la doctrine de Bastard sur le mélange de ses attributions législatives et de ses attributions judiciaires ; mais en fait elle se comport(e) comme un organe légiférant, car, si elle invoqu(e) pour la détermination de la peine certains articles du Code pénal, c'(est) pour y déroger aussitôt et son texte trahi(t) un embarras évident » (P. Bastid, Le procès des ministres de Charles X, op.cit., p.206-207).

2223 Dans l'arrêt du 21 décembre 1830, les juges soulignent la carence législative pesant sur la mise en œuvre des poursuites pénales à l'endroit des conseillers du roi : « considérant qu'aucune loi n'a déterminé la peine de la trahison, et qu'ainsi la Cour est dans la *nécessité d'y suppléer* » (CP, A.P., 2è série, t. LXV, séance du 21 décembre 1830, p.289). Autrement dit, l'assemblée érigée en tribunal « fait à propos de chacun des cas dont elle est juge, une loi spéciale qu'elle applique en la faisant » (J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.363). Cependant, en général, au regard des Constitutions antérieures, les Hautes Cours ne sont que des corps judiciaires (Haute-Cour de 1791, de 1795, de 1799, de 1848 et 1852), qui sont, dès lors, soumis au principe pénal de la légalité des incriminations et des peines : « un tribunal, même si haut placé n'exerce ni la puissance législative ni le contrôle politique par lesquels s'explique le pouvoir exceptionnel d'une chambre. Il demeure enfermé dans le cercle des lois d'où peut au contraire sortir l'assemblée qui établit les lois et qui surveille le gouvernement » (*ibid*.).

2224 D'ailleurs, à côté de la doctrine, les constituants de 1830 s'inspirent également de cette décision puisqu'ils consacrent la responsabilité pénale des ministres de manière encore plus large qu'en 1814 et appellent une loi ultérieure pour déterminer les conditions de mise en œuvre des poursuites pénales dirigées contre les conseillers du roi. Comme le note Nathalie Havas, « dans la mesure où la rédaction de la Charte constitutionnelle de 1830 est concomitante au

de nouveaux arguments qu'il systématise. Il commence, à cet égard, par examiner les actes qui rentrent dans le domaine de la responsabilité ministérielle prévue par l'article 47 de la Charte de 1830. Pour lui, cette question est « très importante »[2225] puisqu'« il y a une juridiction spéciale chargée de connaître des crimes ministériels »[2226], c'est-à-dire que la nature de l'acte du ministre détermine la juridiction compétente. Il considère qu'il existe une distinction entre les actes liés à la fonction ministérielle, pour lesquels les chambres ont compétence, et les actes de droit commun, dont la compétence revient aux juges ordinaires. À ce titre, Rossi distingue trois catégories d'actes : *d'une part*, « les actes ministériels proprement dits, [qui sont] les actes qu'il a mission et devoir de faire »[2227], *d'autre part*, « d'autres actes qui ne sont pas proprement des actes ministériels, mais qu'un ministre peut faire cependant en sa qualité de ministre »[2228], et *enfin* « tous les actes qu'un ministre peut faire comme simple particulier, tous les délits qu'il peut commettre et qui n'ont aucun rapport direct avec sa personnalité de ministre »[2229]. Il estime que l'article 47 de la Charte de 1830 s'applique exclusivement aux deux premiers cas, alors que la troisième catégorie relève du droit commun[2230]. Néanmoins, Rossi modère cette classification tripartite qu'il considère inapplicable en pratique, compte tenu de la proximité entre les actes des différentes catégories[2231]. S'opposant à toute théorie spéculative conformément au souhait de Guizot, il privilégie donc une distinction duale, plus conforme à la réalité. Il réduit, dès lors, tous les actes ministériels à deux classes : « les uns sont les délits privés, les autres sont tous les actes qu'un ministre peut faire contre la chose publique »[2232].

483. Toutefois, une fois cette distinction opérée, la question de la responsabilité pénale n'est pas réglée puisque ses contours ne sont pas encore clairement définis. Il convient de déterminer, désormais, ce que signifie exactement l'expression « les actes qu'un ministre peut faire contre la chose publique » et de la formaliser par le biais d'un acte législatif conformément aux prescriptions de l'article 69 de la Charte de 1830. Mais perplexe, Rossi se demande si une loi établissant un catalogue de crimes ministériels est « nécessaire, (…) possible, (…) convenable »[2233]. Le constitutionnaliste parisien, représentant important du courant politique, croit voué à l'échec,

déclenchement des poursuites pénales contre l'ancien ministère de Charles X, on peut supposer que les constituants ont délibérément conservé un dispositif pénal relativement vague, plus indéterminé d'ailleurs qu'il ne l'était au sein de la Charte constitutionnelle de 1814 » (N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.314). Plus largement, l'influence de cette décision s'étendra même jusqu'à la IIIème République, comme le montrera l'affaire Malvy en 1918.

2225 P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, op.cit., vol.4, p.376.

2226 *Ibid*.

2227 *Ibid*.

2228 *Ibid*.

2229 *Ibid.*, p.377.

2230 v. *Ibid*., p.377-378.

2231 « Il est (...) facile de voir que cette distinction, vraie spéculativement, lorsqu'on arrive aux applications, ne ferait que jeter dans une masse énorme de difficultés ; il serait impossible de séparer les juridictions. Tout serait mêlé. (…) Comment envoyer le même homme devant deux juridictions pour des faits qui se tiennent si étroitement ? » (P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, op.cit., vol.4, p.379).

2232 *Ibid*., p.379.

2233 *Ibid*., p.384.

paradoxalement, un tel projet alors que ce dernier est un pénaliste averti[2234]. S'inscrivant dans les pas de la pensée de Constant et de la décision du 21 décembre 1830, il avance méthodiquement plusieurs motifs pour justifier sa position, qui peut être considérée, au premier abord, comme « absurde » car elle semble contrevenir au principe pénaliste élémentaire de la légalité des délits et des peines[2235]. Tout d'abord, un code définissant les crimes de la responsabilité serait une porte ouverte à la commission d'infractions non prévues par ce texte. Pour Rossi, « dire à un ministre : « Voilà les actes que vous ne pouvez pas faire », dire à un cabinet qui a entre les mains tous les moyens imaginables de force, d'influence, de richesse, dire à un cabinet : « Voilà les actes particuliers que vous ne pouvez pas faire », n'est-ce pas comme si on lui disait : « Il faut vous y prendre de telle ou telle autre manière », car les définitions exactes paraissent seulement des avertissements pour indiquer d'autres moyens »[2236]. Cet argument classique qui épouse une opinion du libéral Constant, met en lumière le risque de détournement d'une telle loi par les ministres. En outre, il souligne, de manière empirique, que la pratique a démontré l'impossibilité matérielle d'une telle loi. Aucune tentative des autorités pour définir les crimes ministériels à travers une norme n'a abouti[2237]. Cette observation s'avère fort pertinente puisqu'au regard de notre histoire constitutionnelle, que ce soit sous la Restauration ou la Monarchie de Juillet, une telle norme législative ne sera jamais adoptée malgré la prescription des textes constitutionnels de 1814 et de 1830. Enfin, il appuie son point de vue politique par un troisième argument : la nature même d'un crime ministériel est étrangère à toute codification. Il considère, en effet, que le crime ministériel est ce qu'il appelle « un crime constructif »[2238], c'est-à-dire un « crime qui résulte d'un ensemble de choses, d'actes, de tendances, de directions »[2239]. Il constitue, en somme, un « fait complexe »[2240]. Dès lors, celui-ci demande forcément une appréciation politique de la part des chambres, puisque chacun des faits ne correspond pas nécessairement à une incrimination préexistante, il doit par voie de conséquence s'apprécier dans sa globalité[2241]. Le constitutionnaliste conclut donc la « question contestée »[2242] de la possibilité d'une loi définissant la responsabilité par le fait qu'« il n'y a pas (...) de définition, il ne peut y en avoir »[2243].

2234 Professeur de droit criminel, Rossi est l'auteur d'un Traité de droit pénal, réédité à plusieurs reprises.
2235 « Au premier abord, l'opinion de ceux qui se permettaient de douter de la nécessité de cette loi paraissait absurde. Car ne faut-il une loi spéciale pour appliquer des peines ? N'est-ce pas l'usage de définir le crime ou le délit qu'on veut poursuivre ? » (P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4, op.cit., p.385)
2236 Il convient de notre que le langage parlé de Rossi s'explique par le fait que son cours est la reproduction des notes d'étudiants de son enseignement oral.
2237 « Quand on a essayé de faire la loi, affirme-t-il, n'a-t-on pas en réalité prouvé la justesse de cette observation ? » (P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4, op.cit., p.385). Il note, en effet, que cette loi « n'est pas facile, car il y a vingt ans qu'on y travaille, les projets se sont succédé, et il ne faut pas croire que ces retards proviennent uniquement du manque de vouloir, ou du faible vouloir du gouvernement en cette matière. Non, les retards sont venus aussi de la difficulté inhérente à la matière elle-même » (*ibid*., p.387).
2238 *Ibid*., p.386.
2239 *Ibid*.
2240 *Ibid*.
2241 Comme le souligne Rossi, « la poursuite d'un ministre sera toujours un acte essentiellement politique, parce qu'il demande une appréciation politique de sa vie ministérielle » (*ibid*.).
2242 *Ibid*., p.385.
2243 *Ibid*, p.386.

484. Néanmoins, Rossi modère quelque peu son interprétation politique de l'article 47 de la Charte de 1830, à deux égards. *D'une part*, il établit une distinction entre la loi définissant la responsabilité ministérielle et la loi organisant la procédure et prononçant la peine. S'il estime la première inutile et impossible, il a « toujours reconnu la nécessité [de la seconde] »[2244] qu'il juge même plus importante[2245]. Il adopte vis-à-vis de cette deuxième norme législative un raisonnement pénaliste. Grâce à elle, il s'agit, pour lui, de « suppléer à la garantie des définitions par les garanties, bien autrement essentielles, de la procédure elle-même (…) et de la nature de la peine »[2246]. En premier lieu, la *procédure* que doivent suivre les chambres protège le ministre accusé par sa « lenteur, par le soin (mis) à éviter les entraînements politiques, par le rôle purement accusateur (…) auquel devait se borner la chambre des Députés »[2247]. Seconde garantie, la *sanction* contre le ministre condamné doit être, conformément au principe de la légalité des délits et des peines, prévue à l'avance par la loi : peu précis, le constitutionnaliste estime que la loi doit interdire toute « peine qui fût irrémédiable »[2248] puisqu'« il s'agit d'actes qui le plus souvent peuvent induire en erreur, où le jugement résulte d'entraînements politiques »[2249]. Cette double protection contrebalance, de ce fait, l'absence de définition législative des crimes susceptibles d'engager la responsabilité des ministres[2250].

D'autre part, l'obligation d'adopter une loi définissant les incriminations contre les agents ministériels est liée également à l'esprit et à la finalité de ce cours. Se conformant aux recommandations de Guizot s'agissant de l'enseignement du droit constitutionnel, il décide de se

2244 *Ibid*., p.385.
2245 Dans son ouvrage « Du régime constitutionnel » - qui constitue la réédition refondue et augmentée de son premier manuel – achevé « avant les trois immortelles journées (…) et présenté pendant le combat aux barrières de la capitale (…) » (C.-G. Hello, Du régime constitutionnel, 2ème éd., Paris : Chez Gustave Pissin, 1830, p.III), le royaliste Charles-Guillaume Hello, alors procureur général à la Cour royale de Rennes, ne s'occupe « de la législation écrite qu'accessoirement (…) (et) cherche le droit constitutionnel en lui-même, indépendamment des textes », même s'il entreprend, en réalité, « de construire la science politique à l'aide de la philosophie, de l'histoire et de la jurisprudence » (*ibid*.). Il ne traite pas de la soumission au droit commun de la responsabilité ministérielle. Il se contente de réfléchir à la procédure, et en particulier à la mise en accusation par la Chambre des députés, dans sa partie intitulée « De la mise en accusation des ministres » et en conclut que si les ministres sont « en fonction, le cinquième des votants doit suffire pour les mettre en accusation ; s'ils ont été révoqués, la majorité absolue sera requise » (*ibid*., p.202) dans la mesure où il ne s'agit pas de juger mais d'accuser.
2246 *Ibid*., p.386.
2247 *Ibid*.
2248 *Ibid*. En raison de l'essence politique de cette procédure, il affirme : « quel besoin (…) de recourir aux peines extrêmes ? Un homme entouré de tout le prestige que donne la puissance et qui tombe flétri, ruiné, privé de sa liberté, couvert de la haine et du mépris de ses concitoyens, ne subit-il pas un châtiment qui ne saurait atteindre un simple particulier ? Est-il besoin de recourir contre lui à la dernière des peines, à la peine de mort ? Il faut qu'il vive au contraire pour subir sa déchéance, s'il est coupable. Et s'il était victime d'une erreur, s'il tombait sous l'action de passions violentes et injustes, il faut que le malheur qui le frappe ne soit à jamais irréparable » (*ibid*., p.398).
2249 *Ibid*., p.386.
2250 En ce sens, Rossi réfléchit à ces questions dans le cadre de son enseignement suite à l'adoption d'un projet de loi, en ce sens, en 1836 par la Chambre des pairs. Dans sa leçon 105, il examine, tout d'abord, les formes prévues par ce texte. Il observe que « quant au mode de procéder par la chambre des députés, lorsqu'il y a lieu à accusation, les formes à suivre doivent être nécessairement déterminées à l'avance, cette partie de la loi est indispensable » (*ibid*., p.395). Il ajoute que « tous ces délais, toutes ces lenteurs énumérées dans le projet de loi ont pour but d'amortir l'influence passagère de l'émotion publique et des passions du moment » (*ibid*., p.395-396). Puis il analyse le mode d'accusation et la forme du jugement. *V.* sur ces points : P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4, op.cit., p.395-398.

plier à la volonté constituante exprimée par l'article 69 de la Charte de 1830. Dans une perspective descriptive, le constitutionnaliste déclare effectivement que « la loi se fera, elle doit se faire, parce que, aujourd'hui, c'est une obligation imposée par la Charte »[2251]. De manière plus symptomatique encore, il affirme : « (…) quelque que soit la valeur des opinions théoriques que j'ai exposées, ces opinions doivent s'incliner aujourd'hui devant le mandat impératif que la loi fondamentale a donné aux pouvoirs de l'État »[2252]. Cependant, son propos est quelque peu contradictoire puisqu'il ne semble recommander l'adoption que l'une des deux lois, et non les deux cumulativement. Pour lui, « la loi sur la responsabilité des ministres doit être faite, soit pour la partie qui concerne la loi pénale, soit pour la partie qui n'a jamais été contestée, la procédure »[2253].

485. En somme, on s'aperçoit que loin de soutenir une lecture purement politique, Rossi adopte, en réalité, une position intermédiaire s'agissant de cette question[2254]. Le raisonnement de Rossi, bien que tiraillé entre plusieurs contraintes, se veut le plus objectif possible et le plus respectueux de la lettre du texte[2255]. Mais, en adoptant une telle posture, il est, en définitive, difficile de déterminer sa conception de la responsabilité ministérielle. Il tend vers une interprétation majoritairement politique – amorcée par la jurisprudence du 21 décembre 1830[2256] - mais qui reste teintée de pénal[2257]. Le caractère ambivalent de sa théorie s'illustre, de manière symptomatique, en dernier

2251 *Ibid.*, p.387.
2252 *Ibid.*
2253 *Ibid.*
2254 Cependant, de manière contradictoire, Rossi tente de définir plusieurs cas de « crimes ministériels » dans sa leçon 105 intitulée « Trahison, concussion et prévarication ». En réalité, il procède à un tel exercice dans la mesure où il examine le projet de loi adopté en 1836 par la Chambre des pairs qui. A cet égard, il note que la discussion sur cette loi « a été aussi riche de faits que de théories, c'est une des plus belles discussions qui aient eu lieu depuis l'établissement du système représentatif en France » (*ibid.*, p.390). Il constate, à cet égard, que la définition de ces trois termes présente « des difficultés de définition que nous avons signalées (dans la leçon précédente), difficultés insolubles selon nous » (*ibid.*, p.390) mais il note que « la loi constitutionnelle commandait cette loi spéciale, et il fallait la faire » (*ibid.*). Il recommande que ces trois termes aient et doivent avoir « une telle latitude qu'ils ne précisent rien » (ibid., p.391) mais aboutit à un échec dans les trois cas. Il remarque, à propos de la définition proposée de la prévarication : est-ce là une formule assez générale, un cadre assez étendu, une pensée assez vague ? Peut-on appeler de pareilles phrases des définitions » (*ibid.*, p.392).
2255 Rossi emploie effectivement, souvent des tournures impersonnelles pour exprimer une idée : il affirme, par exemple, « telles étaient quelques-unes des raisons qu'alléguaient ceux qui ne croyaient pas à... » (*ibid.*), « ceux qui voulaient s'en tenir à.. » *(ibid.*, p.386), même s'il n'hésite pas parfois à utiliser le « je ».
2256 Rossi adhère, en partie, à la portée de l'arrêt puisqu'il reconnaît une compétence discrétionnaire aux chambres pour fixer les incriminations contre les ministres en cause et il leur laisse également une grande marge de liberté pour déterminer la peine. Cependant, il rejette toute peine irrémédiable, comme la prison perpétuelle décidée dans la décision judiciaire.
2257 Une même ambiguïté ressort de la pensée de l'administrativiste Macarel sur cette question. Il juge que pour les délits commis par un ministre lui-même « sur la personne d'un citoyen, un *meurtre*, ou tout autre crime de cette nature et de cette gravité, (il) ne doit point pouvoir (se) soustraire (…) à la vengeance des lois si ce n'est après le jugement » (L.-A. Macarel, Éléments de droit politique, op.cit. p.210). Il sera considéré, « dans ce cas, comme un simple citoyen, et, à ce titre, accusable et punissable devant les juges ordinaires et par les voies ordinaires » (*ibid.*). Mais, pour le reste des autres délits et crimes ministériels commis envers un particulier dans l'exercice de leurs fonctions, il sera « affranchi, dans ce cas, de l'application des peines ordinaires » dans la mesure où « la convenance et la nécessité même de cette prérogative ne seraient pas difficiles à justifier » (*ibid.*). Cette garantie provient de sa fonction même. Il ajoute en effet que « lorsqu'un ministre blesse et compromet, par un délit commis dans l'exercice de ses fonctions, l'honneur, la liberté, la fortune d'un citoyen, l'action pénale peut, si l'on veut, ne pas l'atteindre » (*ibid.*). Selon lui, le citoyen lésé peut seulement être indemnisé au plan civil : le ministre « doit au citoyen une indemnité qui sera demandée, débattue, et allouée par les voies civiles » (*ibid.*). On observe ainsi que Macarel semble adhérer *a priori* à une conception *politique* par rapport à la loi sur la responsabilité des ministres. Cependant, de manière contradictoire, il affirme le contraire lorsqu'il traite dans son manuel précurseur de la Chambre des pairs en formation de jugement qu'il estime liée au droit

ressort, par rapport à la nature qu'il attribue à l'acte pris par la Chambre des pairs - qui oscille entre un tribunal et un organe politique - : « La chambre des Pairs est chargée de prononcer le jugement ; dans notre système représentatif, cette attribution lui appartient sans qu'on puisse élever le moindre doute, car il s'agit, comme nous l'avons dit, d'un acte à la fois judiciaire et politique »[2258]. Cette même position politico-pénale se signale, enfin, par sa volonté d'une loi prévoyant à l'avance les peines contre un ministre condamné[2259].

Moins ambiguë, la thèse pénaliste se signale par son absence de toute trace politique dans le cadre de la procédure de mise en jeu de la responsabilité des ministres prévue à l'article 47 de la Charte de 1830.

b. La thèse pénaliste : la soumission au droit commun de la responsabilité ministérielle prévue par l'article 47 de la Charte de 1830

486. Parmi les auteurs qui ont pensé la thèse pénaliste, il revient surtout au juriste publiciste Félix Berriat-Saint-Prix d'avoir livré quelques méditations pertinentes[2260]. Si ce dernier ne fait pas de

commun : « (…) les juges de la nation ne sont (…) que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtes impassibles, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. Il faut (...) qu'il y ait une des parties du corps législatif qui soit encore, dans ce cas, tribunal nécessaire » (*ibid*., p.164). La seule autorité qui peut écarter la loi pénale est, pour Macarel, le roi qui dispose du droit constitutionnel de faire grâce : « c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle. C'est ce qu'on appelle le droit de faire grâce et de commuer la peine. Si la forme du gouvernement est monarchique, il n'est pas douteux que ce droit ne peut appartenir qu'au monarque, qui est la plus considérable et la plus auguste des diverses parties de la législature » (*ibid*..). En définitive, Macarel aboutit à une conception encore plus vague de Rossi.

2258 P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4, op.cit., p.397. Cependant, une nouvelle fois, il se contredit puisqu'il semble considérer la décision de la Chambre des pairs comme un acte purement politique : « on ne peut apprécier, déclare-t-il, la conduite d'un ministre dans tel ou tel cas qu'en appréciant la tendance politique de son administration. Un ministre ne met pas son contreseing à un acte évidemment criminel ; de nos jours les choses de ce monde ne se passent pas ainsi ; il faut donc extraire le crime ministériel d'un grand ensemble » (*ibid*.). Les formes de la décision et la prévisibilité de la peine atténuent, néanmoins, l'aspect politique du dispositif de l'article 47 de la Charte de 1830.

2259 D'un côté, Rossi argue de l'impérieuse nécessité d'une loi fixant préalablement les sanctions à l'encontre des ministres condamnés qui sont définies négativement – toute peine non irrémédiable -, c'est-à-dire toute punition sauf la peine de mort, se plaçant ainsi dans une optique pénaliste respectueuse du principe de légalité des peines. Mais, de l'autre, il laisse clairement une marge d'appréciation quasi-illimitée à la Chambre des pairs en formation de jugement pour fixer celle-ci puisque cette notion de « peine non irrémédiable » ouvre la porte à un panel de possibilités extrêmement étendue pour les « juges ». En outre, il justifie l'interdiction des peines irréversibles par l'essence même d'un tel « jugement » : « je ne crois pas, affirme-t-il, que des peines irrémédiables puissent jamais être appliquées dans de pareils procès, précisément parce qu'il s'agit d'*affaires qui ne peuvent jamais dépouiller entièrement leur caractère politique*, et que, dans il s'agit d'affaires politiques, il est difficile pour tout le monde de se mettre au-dessus des passions du moment » (*ibid*., p.398. [*Nous soulignons*]). Il rejoint, en cela, une optique politique et, en définitive, une position politico-pénale ambiguë.

2260 Il est possible de citer également comme partisan de cette thèse, le monarchiste Charles-Guillaume Hello. Il considère, en effet, que la responsabilité des ministres est légale puisqu'il affirme qu'« il faut, dans la *loi organique de la responsabilité des ministres*, distinguer soigneusement deux hypothèses... » (C.-G. Hello, Du régime constitutionnel, op.cit., p.201. [*Nous soulignons*]). Cependant, il ne consacre uniquement que quelques réflexions éparses sur cette question et ne se concentre, en réalité, que sur la mise en accusation des ministres pour laquelle il exige un encadrement légal ; *v.* §.III. De la mise en accusation des ministres, *ibid*., p.201-203. En outre, aucune analyse n'est dédiée à la nature de la Chambre des pairs en tant qu'organe de jugement des ministres dans son ouvrage. Le seul indice provient de sa lecture pénale de la responsabilité ministérielle, supposant par là même la nature pénale de la chambre haute en formation judiciaire. Ce n'est qu'à la fin du régime de la Monarchie de Juillet, lors de la troisième réédition de son manuel, que le publiciste défend plus en profondeur la thèse légale. Sous l'influence d'une optique normativiste

carrière universitaire après ses études à la faculté de droit de Paris, il publie de nombreux articles et plusieurs ouvrages[2261], dont l'un qui intéresse spécialement le droit constitutionnel de la Monarchie de Juillet, intitulé « *Commentaire sur la Charte Constitutionnelle* »[2262]. C'est par ce livre qu'il se fait remarquer dans lequel il emploie une méthode singulière. Celle-ci est indiquée dans son titre : il commente, de façon exégétique, la Charte, article par article. Il s'inscrit pleinement dans l'esprit du récent enseignement de droit constitutionnel prôné par Guizot consistant à faire du nouvel acte suprême un code constitutionnel. Certes Berriat-Saint-Prix n'hésite pas à émettre des critiques à l'encontre des dispositions constitutionnelles, mais il procède également à « une explication des termes techniques (…) [et à une] filiation et discussion des questions de principe »[2263]. Il associe donc une méthode analytique à une méthode synthétique. En outre, il se démarque également par ses convictions libérales et démocratiques, manifestant un profond attachement au principe d'égalité entre les citoyens porté par la révolution des Trois Glorieuses.

487. Dans cette optique, Berriat-Saint-Prix se livre à une analyse exégétique des articles 47 et 69 de la Charte de 1830, lesquels sont propices à un travail d'interprétation en raison de leur caractère vague. Il observe immédiatement que « le texte de l'article 47 fait naître plusieurs questions forts difficiles, dont le législateur seul peut donner une solution satisfaisante »[2264]. L'une d'elles consiste à déterminer le champ d'application matériel de cette disposition constitutionnelle[2265]. Se plaçant dans les pas de Pellegrino Rossi, il distingue deux types de délits que peut commettre un ministre : d'une part, « un ministre peut commettre des délits que j'appellerai *ministériels* parce que tous se réduisent

impulsée par la chaire de droit constitutionnel instituée en 1834, il soutient fermement la nécessité de respecter la lettre de la Charte de 1830, en particulier son article 69 : « si ce n'est point un parti pris de lui désobéir, il n'y a pas à délibérer : il a fait d'une loi organique une nécessité constitutionnelle, et il a sagement fait » (C.-G. Hello, Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique, 3ème éd., Bruxelles : Meline, Cans et Cie, 1848, t.II, p.372-373. [Nous soulignons]). A ses yeux, son action est positive et recherche un effet, avant tout, moral plus que juridique : « une loi sur la responsabilité n'a pas seulement à prévoir les grandes crises du gouvernement et de la société, mais aussi les détails quotidiens du ménage politique ; elle n'est pas seulement nécessaire pour frapper de loin en loin des coups terribles, mais pour produire un effet moral, permanent, de tous les jours, par sa seule existence, comme formule, comme appareil, comme instrument tout prêt. Son efficacité est plus *préventive* que répressive » (ibid [Nous soulignons]). Au contraire, son absence est une incitation au mal : « la responsabilité promise et non organisée n'est pas seulement un bien négatif, mais un mal très positif ; puissance affamée, absorbante, fascinatrice, qui réside au fond de notre gouvernement, comme le vertige au fond d'un abîme, et qui donne à l'administration sur tout ce qui l'entoure, une force d'attraction irrésistible, en même temps que le plus dangereux de tous les genres d'arbitraire, celui qui se prévaut de l'absence d'une loi. Tant que dure cet inépuisable prétexte d'envahissements, chaque minute ajoute au mal, et à la crainte d'y porter la main » (*ibid*., p.373-374). C'est pourquoi Hello tente de définir les actes qu'embrasse la responsabilité ministérielle sur lesquels doit porter la fameuse loi, plus que sur la procédure : v. *ibid*., p.375 et s.

2261 Sans être professeur, Berriat-Saint-Prix « publiera beaucoup : des articles dans la *Revue encyclopédique*, le *Bulletin du jurisconsulte* et la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, ainsi qu'une douzaine d'ouvrages » (J.-L. Mestre, Berriat-Saint-Prix Félix, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Dictionnaire historique des juristes français…, op.cit., 97).

2262 F. Berriat-Saint-Prix, Commentaire sur la Charte constitutionnelle, Paris : Videcoq, Langlois, Delaunay, 1836.

2263 J.-L. Mestre, Berriat-Saint-Prix Félix, op.cit., p.98.

2264 F. Berriat-Saint-Prix, Commentaire sur la Charte constitutionnelle, op.cit., p.333.

2265 Berriat-Saint-Prix s'intéresse également au champ d'application temporel de l'article 47 : s'applique-t-il aux ministres qui ont cessé de l'être mais dont certains actes commis pendant son ministère sont révélés ? Berriat résout ce cas concret posé en 1830 avec les membres de l'ex-ministère Polignac de 1828 par la compétence des tribunaux ordinaires de droit commun pour connaître des délits postérieurs à sa démission ou à sa destitution, même si, à l'époque, les tribunaux judiciaires se déclarèrent incompétents. *V.* sur ce point : *ibid*., p.335-336.

à violer une des obligations qu'un citoyen contracte en acceptant les fonctions de ministre » ; d'autre part, il peut aussi commettre des délits qui ne se rattachent en rien à ses devoirs ministériels »[2266]. Dès lors, il estime que l'article 47 de la Charte de 1830 ne s'applique uniquement qu'à la première catégorie, « sans distinction »[2267]. La seconde catégorie relève de la compétence des juridictions ordinaires[2268].

488. Néanmoins, malgré cette ressemblance, Berriat-Saint-Prix se détache fortement du professeur de droit constitutionnel italien et de sa lecture politique du mécanisme de la responsabilité ministérielle. Il défend, au contraire, une lecture pénaliste de l'article 47 de la Charte de 1830. Il estime, non seulement, *nécessaire* mais surtout *possible* une loi visant à définir les actes répréhensibles que peuvent commettre un conseiller du roi. Celle-ci doit « faire une énumération complète des délits dont peuvent se rendre coupable les ministres »[2269]. Approfondissant encore la nature pénale de cette procédure, il propose même de suppléer tout simplement à cette loi spéciale le Code pénal[2270]. De plus, contrairement à Rossi, il défend une conception *large* de la future loi puisqu'il assigne aux législateurs plusieurs objets. Elle doit, *tout d'abord*, distinguer la responsabilité civile et pénale des ministres[2271], *ensuite* préciser la procédure applicable devant les chambres[2272], et

2266 *Ibid*.
2267 *Ibid*. Berriat entend souligner, à travers cette occurrence, que tous les délits ministériels sont visés par l'article 47 de la Charte puisque l'article 56 de la Charte de 1814 a été supprimé en 1830 qui ne faisait référence qu'à la trahison et à la concussion (v. *ibid*., p.333-334). Berriat-Saint-Prix regrette, cependant, cette suppression car, à l'image de l'idée exprimée par le publiciste Silvestre Pinheiro-Ferreira dans ses « Observations sur la Charte constitutionnelle de la France », extraites du Cours de droit public datant de 1833, ces deux cas embrassent toutes les hypothèses de félonie que peuvent commettre les ministres : « (…) tout attentat contre les pouvoirs politiques de l'État, soit en les usurpant, soit en les tournant contre la *nation en masse*, est un crime de haute *trahison* ; toute atteinte portée à la *propriété réelle ou personnelle des citoyens en particulier* est *concussion*. Or, tous les délits que les ministres peuvent commettre en cette qualité, doivent forcément rentrer dans l'une ou l'autre de ces deux catégories » (*ibid*., p.334).
2268 Pour Berriat-Saint-Prix, « il y a plus de doute sur le point de savoir si le ministre poursuivi pour un délit étranger à ses fonctions, doit être jugé par les tribunaux ordinaires » (*ibid*.).
2269 *Ibid*., p.337.
2270 Berriat-Saint-Prix affirme effectivement : « (…) cette énumération n'est pas rigoureusement nécessaire pour que la chambre des pairs puisse se déclarer compétente : le Code pénal y supplée (...) » (*ibid*., p.337). Cependant, un tel point de vue semble contraire avec la lettre de l'article 69 2° de la Charte de 1830.
2271 Comme en matière pénale, Berriat-Saint-Prix considère que les ministres soumis au droit commun pour les litiges de nature civile. En effet, pour le publiciste, « en matière civile, c'est-à-dire, lorsqu'un individu lésé se borne à réclamer une indemnité du ministre qui a causé un dommage dans l'exercice de ses fonctions, la Charte ne déroge nullement aux principes généraux du droit privé : d'après l'article 1382 du Code civil, tout fait quelconque de l'homme (fût-ce un ministre), qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » (*ibid*., p.336). Les ministres doivent donc indemniser du dommage qu'ils ont illégalement causé. Cependant, l'autorité judiciaire ne partage pas cette opinion sur le fondement de la loi du 24 août 1790 qui défend aux tribunaux de connaître d'aucun acte d'administration: il constate que « les tribunaux rejettent les demandes en dommages-intérêts portées devant eux à raison d'actes ministériels » (*ibid*., p.337). Or la conséquence est, à ses yeux, que « cette jurisprudence équivaut à une déclaration d'impunité pour tous les ministres qui sauront violer les lois avec assez d'adresse ou de réserve pour ne pas s'attirer l'animadversion de la chambre des députés » (*ibid*. ; *v.* arrêt Cour de Paris, 2 mars 1829, D.29, 2, 11 déclarant irrecevable la demande de deux particuliers à raison du dommage causé par l'ex-ministre de la justice, De Peyronnet, qui leur avait retardé le jugement de leur pouvoir en cassation, au motif de la loi du 24 août 1790 : « qu'en l'absence de lois particulières sur la responsabilité des ministres, et d'après la division du pouvoir judiciaire et administratif, l'autorité judiciaire doit se déclarer incompétente pour connaître de toute action, même civile, en dommages-intérêts, dirigée contre un ancien ministre, à raison de ses fonctions »). C'est pourquoi Berriat-Saint-Prix demande une clarification législative.
2272 Pour le juriste parisien, la future loi doit « pourvoir à l'exercice du droit d'accusation, en donnant à la chambre élective les pouvoirs des juges d'instruction (...) » (*ibid*.) ainsi que « les formes de l'accusation, de l'instruction et du jugement » (*ibid*., p.461).

enfin, définir les cas d'accusation à leur encontre[2273]. De ce point de vue, on remarque que sa défense d'une interprétation pénaliste de l'article 47 de la Charte découle directement de ses convictions libérales. Le publiciste accorde une place centrale au sein de sa doctrine au principe protecteur des libertés individuelles, c'est-à-dire le principe de la légalité des incriminations. Car, à ses yeux, la loi à venir est, à la fois, une loi fixant des incriminations ainsi qu'une loi de procédure, même si Berriat-Saint-Prix garde le silence sur la nécessité de prévoir à l'avance les peines contre les ministres jugés coupables. Pour lui, le droit commun régit donc la responsabilité ministérielle instituée l'article 47 de la Charte de 1830, les Chambres n'étant pas au-dessus de la loi.

En outre, si les constitutionnalistes s'opposent sur la question de la formalisation de la responsabilité ministérielle, c'est également le cas s'agissant de la compétence de la Chambre des pairs pour statuer sur celle-ci.

2. La compétence de la Cour des Pairs pour juger les ministres : une absence d'unanimité doctrinale

489. Conformément à la tradition monarchiste parlementaire initiée par la Charte de 1814 qui confie la justice politique exclusivement aux assemblées politiques représentatives, la Charte de 1830 attribue trois chefs de compétence à la Chambre haute transformée en Haute cour de justice, à la fois réelle et personnelle. Du point de vue de sa compétence *ratione materiae*, la Chambre des pairs connaît, en vertu de son article 28, des crimes de haute trahison et des attentats contre la sûreté de l'État, sans considération de la personnalité des auteurs[2274], qui reçoit une « extension particulière sous (…) la Monarchie de Juillet »[2275]. Par ailleurs, du point de vue de sa compétence *ratione personae*, celle-ci est composée de deux éléments : *d'une part*, ses membres bénéficient d'un privilège de juridiction - sur lequel nous reviendrons - puisque d'après l'article 29 de la Charte de 1830, « aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la Chambre [des pairs] et jugé que par elle en matière criminelle ». *D'autre part*, elle juge les ministres qui ont été mis en accusation

2273 Selon lui, cette définition est facile dans la mesure où l'article 47 ayant supprimé les distinctions de la trahison et de la concussion de l'ancien article 56, les législateurs ne sauraient, « sans aller contre l'esprit de la constitution, rétablir des restrictions qu'elle a supprimées. Les ministres sont responsables, selon la Charte, de tous les actes nuisibles au pays qu'ils ont commis dans l'exercice de leurs fonctions » (*ibid*., p.461). Cette définition souple laisse, en réalité, une compétence quasi-discrétionnaire aux chambres, comme le postule la thèse politique. Berriat-Saint-Prix se contredit manifestement.

2274 Article 28 de la Charte du 14 août 1830 : « La Chambre des pairs connaît des crimes de haute trahison et des attentats à la sûreté de l'Etat, qui seront définis par la loi ».

2275 On dénombre de nombreuses affaires devant la Cour des pairs : « affaire Montalembert et de Couz, affaire Fieschi (1834), attentat contre le roi (25 juin 1836 – Alibaud) ; attentat contre le roi (27 décembre 1836 – Meunier), procès de presse (24 juin 1838 – Laity) ; attentat des 12 et 13 mai 1839 (Barbès et autres) ; 9 août 1840 Boulogne (Prince Napoléon), 16 octobre 1840 attentat contre le roi (Dariès) ; 13 septembre 1841 attentat contre les ducs d'Orléans et d'Aumale (Quénisset et autres), Lecomte (1846) » (J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice..., op.cit., p.349).

devant elle par la Chambre basse, au titre de l'article 47 de la Charte de 1830. Néanmoins, il convient de constater que cette dernière compétence attribuée à la Chambre haute ne suscite pas, *à nouveau*, l'unanimité au sein des publicistes de la Monarchie de Juillet. Cette fracture entre les discours constitutionnels des auteurs est conditionnée par leurs conceptions divergentes de la science du droit et des principes supérieurs, tels que la séparation des pouvoirs et le principe d'égalité devant la loi des citoyens, auxquels ils confèrent un degré d'importance plus ou moins variable.

490. S'inscrivant dans une démarche descriptive, la plupart des auteurs se contentent de systématiser la problématique des hautes Cours de justice. Ils sont amenés ainsi, indirectement, à légitimer la compétence de la Chambre des pairs pour juger les ministres, sans émettre de quelconque critique. De ce point de vue, pour justifier la reconnaissance d'une telle mission à la chambre haute, la majorité des publicistes a une conception *large* et *souple* de la séparation des pouvoirs qui autorise une balance entre les pouvoirs et surtout qui impose une conciliation avec d'autres principes tout aussi importants. Macarel note, par exemple, qu'« en général la puissance de juger ne [doit] pas être unie à aucune partie de la puissance législative »[2276] mais « l'intérêt particulier de celui qui doit être jugé »[2277] fonde cette exception.

491. En outre, Pellegrino Rossi se place sur un autre terrain que la séparation des pouvoirs pour motiver le choix positif du constituant en faveur de la Chambre des pairs. Du fait de sa conception politique de la responsabilité des ministres instituée par l'article 47 de la Charte de 1830, le professeur de droit constitutionnel estime que ce jugement politico-pénal doit être confié à un organe politique. Les crimes ministériels étant un fait complexe, « on ne peut apprécier, *écrit-il*, la conduite d'un ministre dans tel ou tel cas qu'en appréciant la tendance politique de son administration. Un ministre ne met pas son contre-seing à un acte évidemment criminel »[2278]. Seule la Chambre des pairs, en tant qu'autorité politique, est, dès lors, capable d'« (…) extraire le crime ministériel d'un grand ensemble »[2279]. De plus, le publiciste avance un second argument lié à ses enseignements de droit criminel. En tant que pénaliste, il est profondément attaché à ce que l'article 47 de la Charte respecte la procédure pénale – alimentant ici encore la thèse de la conception politico-pénale de Rossi -. Dans cette optique, il doit être fixé notamment des règles de forme à suivre, tant pour la recherche, la constatation et la poursuite des infractions, qu'en matière de preuves et que lors du jugement du ministre poursuivi, puisque où ces règles sont au cœur de la

2276 L.-A. Macarel, Éléments de droit politique, op.cit. p.164.
2277 *Ibid*.
2278 P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, vol.4, op.cit., p.397.
2279 *Ibid*. C'est ce même argument lié à son expérience et à son tempérament qu'utilise l'administrativiste Firmin Laferrière pour justifier la compétence de la Chambre des pairs : « dans l'état actuel de notre société, l'attribution spéciale de la Chambre des pairs dérive de la nature intelligente d'une aristocratie qui apprécie avec calme la véritable portée des crimes politiques, et qui connaît les besoins de la société, d'où elle est récemment émanée » (F. Laferrière, Cours de droit public et administratif, Paris : Joubert ; Rennes : Blin, 1839, p.76).

protection des garanties individuelles. Rossi s'interroge en effet si « parce qu'un homme est ministre, n'aura-t-il pas droit à la protection de la justice, à ses formes, à ses garanties ? »[2280].

Or, partisan à l'adoption d'une loi fixant la procédure à suivre comme nous l'avons observé, il considère que la chambre des députés, guidée par ses stratégies partisanes, ne remplit pas de tels garde-fous formels, contrairement à la Chambre des pairs : « rien de plus sacré que la position d'un prévenu, et surtout d'un prévenu poursuivi par la Chambre des Députés, seul contre un pouvoir qui apporte dans la balance tout le poids de sa décision et de son ressentiment »[2281]. Il remarque donc qu'« il fallait (…) un tribunal qui offrît des garanties à l'accusé »[2282]. Le constituant s'est ainsi adressé à la Chambre des Pairs, « c'est là la première et la principale garantie »[2283] selon lui. Cette assemblée a l'avantage d'être davantage modérée, étant donné sa composition. Elle regroupe, comme le note Rossi, « des hommes dont la plupart ont atteint cette époque de la vie où la violence des passions est amortie, [ce qui] offre aux ministres accusés une garantie qui leur est due et que seule elle peut leur offrir »[2284]. En définitive, favorable à l'architecture de la procédure de mise en jeu de la responsabilité ministérielle, il en conclut qu'« un corps politique accuse, un corps politique doit juger, l'un plus impétueux, l'autre plus calme, chacun a son rôle »[2285].

492. Sur ce point, le conseiller d'État Macarel avait déjà mis en exergue, dans son manuel, la bonne organisation de cette assemblée de notabilité nationale comme motif à son office s'agissant des agents du roi. Le publiciste orléanais refuse, en effet, d'attribuer cette compétence au peuple puisqu'il a tendance à agir sous l'émotion : « les grands sont toujours exposés à l'envie, *affirme-t-il* ; et, s'ils étaient jugés par le peuple, ils pourraient être en danger et ne jouiraient pas du privilège qu'a le moindre des citoyens, dans un état libre, d'être jugé par ses pairs »[2286]. Au contraire, de par la composition de la chambre haute[2287], le risque d'un jugement se transformant en une vengeance publique est évité. Ayant des intérêts et des passions différentes, « il faut (…) que les nobles, c'est-à-dire les membres du second corps qui participe à la puissance législative, soient appelés, non pas devant les tribunaux ordinaires de la nation, mais devant cette même partie du corps législatif qui est composée de nobles »[2288]. Cependant, cet argument de Macarel est à nuancer puisque la

2280 *Ibid*.
2281 *Ibid*.
2282 *Ibid*.
2283 *Ibid*.
2284 *Ibid*.
2285 *Ibid*.
2286 L.-A. Macarel, Éléments de droit politique, op.cit. p.164.
2287 Reprise à l'identique de l'article 27 de la Charte de 1814, l'article 23 de la Charte du 14 août 1830 dispose : « La nomination des pairs de France appartient au roi. Leur nombre est illimité : il peut en varier les dignités, les nommer à vie ou les rendre héréditaires, selon sa volonté ».
2288 *Ibid*. Cette idée rejoint celle de Benjamin Constant qui affirmait que : « la mise en accusation est dans les faits un procès entre le pouvoir exécutif et le pouvoir du peuple. Il faut donc pour le terminer recourir à un tribunal qui ait un intérêt distinct à la fois et de celui de l'exécutif et celui du peuple » (cité par R. Charvin, Justice et politique..., op.cit., p.128). La Chambre des Pais réunit les deux conditions.

physionomie de la chambre des pairs sous la Monarchie de Juillet connaît une transformation par rapport à celle de la Charte de 1814. Elle n'est plus la représentation d'une aristocratie de naissance ou de fortune. Par la loi du 29 décembre 1831 qui révise l'article 23 de la Charte de 1830, est votée en effet la suppression de l'hérédité et de l'obligation du roi de conférer aux pairs un titre de noblesse et est également adoptée l'obligation pour le monarque de choisir les pairs dans vingt-deux cas formant cinq catégories[2289]. En définitive, la prairie sous Louis-Philippe est donc bien différente de la prairie de Louis XVIII et Charles X. Quoi qu'il en soit, ces différents auteurs, en raison de leur conception positiviste de la discipline du droit constitutionnel qui vise à défendre la Charte comme la vérité et à démontrer la construction logique qu'elle représente, sont partisans de la compétence de la chambre haute.

493. Au contraire, certains penseurs, en minorité, remettent en cause la compétence de la Chambre des pairs compte tenu de postulats théoriques opposés. C'est notamment le cas, principalement, de Félix Berriat-Saint-Prix. Sa philosophie de la science du droit constitutionnel, est tout d'abord, divergente. S'il recourt à une méthode analytique et exégétique vis-à-vis de chacune des dispositions du texte constitutionnel, il ne se prive pas d'émettre des reproches envers la Constitution de 1830, à l'image du pouvoir juridictionnel de la Chambre des pairs contre les ministres. En outre, sa conception pénaliste de la responsabilité ministérielle de l'article 47 de la Charte de 1830 structure l'ensemble de sa compréhension de la Cour des pairs en formation judiciaire. Défendant plutôt une conception *stricte* de la séparation des pouvoirs, il juge que cette compétence de la chambre haute est une exception regrettable « au fameux principe de la division des pouvoirs, empruntée (...) à la constitution anglaise. La puissance législative et la puissance judiciaire, ou plutôt une portion de l'une et de l'autre, se trouvent réunies dans les mêmes mains, et cette réunion n'est pas sans danger pour la liberté publique »[2290]. Il souligne, en effet, la dangerosité de la conception politique de la Chambre des Pairs en raison de son arbitraire et de ses dérives. Berriat-Saint-Prix cite, à cet effet, le pair de France, Henrion : « un corps tout à la fois juge et législateur, et qui ne doit compte de ses jugements, à aucune autorité supérieure, est de fait au-dessus des lois, puisqu'il est libre de ne les appliquer que quand il veut et comme il lui plaît ; et qu'en vertu de son droit d'empêcher, il peut paralyser toutes les mesures que les deux autres branches de la puissance législative croiraient devoir prendre pour réprimer les excès »[2291]. En tant que libéral, il récuse donc fortement cette vision politique qu'il juge attentatoire à la spécialisation des pouvoirs, garant de la liberté. Au contraire, la responsabilité ministérielle instituée par l'article 47 étant, à ses yeux, de nature *pénale* et justifiant ainsi qu'elle soit encadrée par la loi que ce soit au niveau des incriminations, des formes que de la procédure, la Chambre des pairs doit agir comme une juridiction ordinaire chargée

2289 « Loi du 29 décembre 1831, contenant l'article qui remplace l'article 23 de la Charte », reproduite dans : J. B. J. Pailliet, Manuel de droit français, 8e éd., Paris : Th. Desoer, 1832, séance législative 1831-1832, p.3.
2290 F. Berriat-Saint-Prix, Commentaire sur la Charte constitutionnelle, op.cit., p.202.
2291 *Ibid*.

d'appliquer le droit commun. Elle n'est pas au-dessus de la loi, afin de respecter le principe d'égalité entre les citoyens – même si les ministres agissent dans le cadre de leurs fonctions[2292].

494. Toutefois, il convient de nuancer ce point de vue pénaliste. D'une part, l'existence de tribunaux d'exception à l'égard des ministres ne porte pas nécessairement atteinte au principe d'égalité devant la loi et devant la justice puisque le droit ne consiste pas à traiter également des situations inégales. D'autre part, comme l'a démontré le procès des anciens ministres de Charles X, « la Cour des pairs, juridiction parlementaire, chargée de freiner le pouvoir exécutif, [est en réalité] un tribunal spécial dont les ministres sont les justiciables dans le but essentiel d'échapper à la rigueur des juridictions de droit commun »[2293]. Dans son essence, la Chambre des pairs ne peut pas, en effet, être totalement considérée comme un tribunal ordinaire, contrairement à ce qu'affirme Berriat-Saint-Prix, dans la mesure où ce privilège poursuit une visée politique destinée à protéger les ministres de la rigueur du droit commun. La pratique a effectivement révélé qu'elle représente « un écran protecteur du pouvoir politique à l'encontre de la volonté populaire ; elle ne joue pas du tout comme une juridiction sanctionnant les abus commis par le pouvoir »[2294]. Cette barrière de la Chambre des pairs profitable aux ministres provient, selon Robert Charvin, de « la solidarité profonde des notables, qu'ils appartiennent à l'un des organes exécutifs ou aux assemblées, entraînant une collaboration souple entre les organes exécutifs et le corps législatif dans le but de résister à une force politique toujours plus puissante : l'opinion »[2295]. En définitive, on comprend une nouvelle fois que la Chambre des pairs en formation de jugement a un caractère mixte, à la fois politique et pénal.

495. Il ressort ainsi que la majorité des publicistes sous la Monarchie de Juillet, s'inspirant quelque peu de la jurisprudence du 21 décembre 1830, envisagent la question de la responsabilité

2292 Néanmoins, Berrriat-Saint-Prix reconnaît quelques avantages à la consécration de ce privilège de juridiction ministériel. Il constitue, tout d'abord, un obstacle à tout recours dilatoire qui mettrait en danger la continuité de l'État puisqu' « il ne fallait pas que l'administration de l'État pût être interrompue légèrement sur la plainte du premier venu » (*ibid*., p.332). En outre, la Chambre des pairs disposent, selon lui, d'une autorité suffisante pour juger les agents du Roi contrairement aux tribunaux de droit commun : il note en effet que « la mission d'accuser des hommes entre les mains de qui se trouve toute la force matérielle, ne devait pas être confiée à des magistrats placés sur une échelle inférieure » (*ibid*.). Ce motif est d'autant plus exact, souligne-t-il, que « dans l'état actuel de l'organisation du pouvoir judiciaire, (…) les agents sont dans une dépendance plus ou moins grande des ministres » (*ibid*.). Enfin, la difficulté de la mission des ministres autorise un contrôle juridictionnel moins poussé : « il faut bien faire la part de la difficulté qu'il y a à gérer les affaires d'une nation populeuse et puissante : ceux qui en sont chargés ne doivent pas être tenus de rendre un compte aussi minutieux que les administrateurs d'une commune ou d'un établissement public » (*ibid*., p.332-333). Il occulte totalement l'argument de la composition de la Chambre des pairs soulevé par la thèse politique.

2293 R. Charvin, Justice et politique..., op.cit., p.128.

2294 *Ibid*. Robert Charvin ajoute : « (…) la souveraineté absolue (…) (de) la Cour des Pairs lui permet d'écarter sa fonction de contre-pouvoir et de lui préférer un rôle de protection du personnel politique » (*ibid*., p.133). En effet, le procès des anciens ministres de Charles X a démontré une telle démarche politique de sa part : « pour satisfaire aux nécessités politiques contradictoires du moment, la Chambre des pairs a fait preuve d'un grand opportunisme politique et d'une habilité juridique dont elle restera fière. Elle a évité l'impunité, qui aurait déclenché probablement une vaste insurrection populaire, aussi bien que la peine capitale, sanction manifestement exagérée, aux yeux des libéraux tout au moins » (J.-J. Clère, La mise en œuvre de la responsabilité pénale des ministres sous la Monarchie de Juillet : théories et réalités, op.cit., p.85).

2295 R. Charvin, Justice et politique..., op.cit., p.129.

ministérielle soulevée par le nébuleux article 47 de la Charte de 1830 de façon *équivoque*. Ils constatent ou revendiquent pour la Cour des pairs, *d'un côté*, une souveraineté quasi-absolue, c'est-à-dire essentiellement, en l'occurrence, un pouvoir de librement qualifier les faits incriminés, qui lui permet d'échapper à l'emprise de la légalité. Par là-même, ils sacrifient les principe de la légalité des incriminations et de la non-rétroactivité de la loi pénale. Mais ils recommandent ou exigent, *de l'autre*, un encadrement légal en ce qui concerne la procédure et la peine. Pourtant, au regard de l'histoire constitutionnelle du régime de 1830, la thèse politique démontre toute sa validité dans les faits puisque tous les essais de formalisation législative de la responsabilité des agents ministériels se solderont par un échec au cours de cette période[2296]. En effet, « malgré des promesses et des tentatives réitérées, le pouvoir politique ne put légiférer dans ce domaine. Le roi, ses ministres, mais aussi les Chambres ne sont pas parvenus à trouver une réponse adéquate à cette question fondamentale »[2297] qui, depuis longtemps, intéresse particulièrement les constitutionnalistes français[2298]. La Monarchie de Juillet ne verra pas, sans conteste, se clôturer ce débat classique - par

2296 On recense pas moins quatre tentatives de loi portant sur la responsabilité ministérielle. La première proposition, élaborée par le député Devaux - qui sera la seule de la part des parlementaires -, date de décembre 1832 (CD, A.P., 2è série, t. LXXVIII, séance du 3 déc. 1832, p.56-58). Viennent ensuite, en réponse, le projet de loi Barthe également de décembre 1832 (CD, A.P., 2è série, t. LXXXVIII, séance du 12 décembre 1832, p.232-238) par laquelle « le gouvernement prend en main la problématique de la responsabilité pénale » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.322) même si ce dernier ne montre aucun empressement à cette loi susceptible de gêner son action. La première sera rejetée par une commission de neuf membres formée au sein de la Chambre des députés, le second sera abandonné. En janvier 1834, le garde des sceaux Barthe présente un second projet de loi portant sur la responsabilité ministérielle (CD, A.P., 2è série, t. LXXXV, séance du 10 janvier 1834, p.588-594) mais demeure sans suite. Par la suite, le nouveau garde des sceaux Persil dépose un nouveau projet de loi à la séance du 1er décembre 1834 (CD, A.P., 2è série, t. XCI, séance du 1er déc. 1834, p.95-101). Fait notable, la Chambre des députés adopte à une courte majorité le projet de loi amendé par la commission de la chambre basse. Cependant, « alors que le texte (…) a été proposé par le gouvernement et que les deux assemblées sont parvenues à un consensus, le projet de loi est demeuré lettre morte (et) la discussion n'a (…) jamais été reprise à la suite de la dissolution de la Chambre basse le 3 octobre 1837 » (N. Havas, La responsabilité ministérielle..., op.cit., p.333). L'abandon de ce projet de loi qui fut proche d'aboutir à un succès, fait suite à l'intensification du conflit entre la prérogative royale et la prérogative parlementaire à partir de 1836, même si, au début du régime, une majorité de la Chambre des députés souhaite que le roi honore les promesses de la Charte. A ce titre, Jean-Jacques Clère divise la Monarchie de Juillet en deux phases : « pendant les premières années du nouveau régime va prévaloir la thèse de la responsabilité pénale des ministres limitée à des cas bien précis et spécifiés ; ensuite, à partir de 1836, dominera la thèse de l'arbitraire » (J.-J. Clère, La mise en œuvre de la responsabilité pénale..., op.cit., p.100). Sur ce point : N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.319-333.

2297 J.-J. Clère, La mise en œuvre de la responsabilité pénale..., op.cit., p.80.

2298 A cet égard, il convient d'observer que des projets extérieurs aux pouvoirs constitués ont été proposés. En effet, en « l'absence d'une législation organique sur la compétence et les formes de procéder de la Cour des Pairs (qui) laisse entière une foule de questions importantes » (E. Cauchy, Les précédents de la Cour des pairs, recueillis et mis en ordre, avec l'autorisation de M. Le Chancelier de France et de M. Le grand référendaire, Paris : Imprimerie nationale, 1839, p.VII), le garde des archives de la Chambre des Pairs, Emile Cauchy, entreprit une mise en ordre des jurisprudences de la Cour des Pairs. Son travail n'est pas théorique, il ne s'agit pas d'une discussion des questions de principe soulevées par le thème épineux de la responsabilité ministérielle : « dans notre travail (…), rien n'appartient, rien ne devait appartenir à la théorie. Tout se borne à une patiente et consciencieuse investigation des faits. Les questions y apparaissent dans l'état où les a laissées la jurisprudence, les unes nettement posées et résolues par des arrêts, d'autres encore débattues et indécises, d'autres enfin seulement indiquées dans des observations incidentes » (*ibid*., p.VIIII). L'intérêt d'un tel corpus est avant tout intellectuel car « toutes les questions de quelque importance ont donné lieu au sein de la Cour à des débats plus ou moins étendus, et les raisons déduites en faveur de l'avis qui a prévalu, les autorités qui l'ont appuyé, la force même des objections par lesquelles on l'a combattu, entrent pour quelque chose dans la valeur des décisions que nous aurons à rapporter » (*ibid*., p.VIII-IX). En outre, Cauchy poursuit, à travers ce matériau, plusieurs finalités : premièrement, « réunir et de coordonner les précédents épars depuis un quart de siècle dans les procès-verbaux judiciaires de la Pairie » (*ibid*., p.XIII) permettrait de lutter contre l'arbitraire de cette cour. Car Cauchy observe que la Cour des Pairs s'inspire de ses précédents : elle a « (…) ce culte des précédents auquel la Cour des Pairs s'est toujours montrée religieusement fidèle, car elle a compris que, dans cette religion du passé, était sa force et la garantie de ses justiciables » (*ibid*., p.IX). Certes il souligne que « (…) la jurisprudence (a) moins de fixité qu'à la loi

résignation comme le note le publiciste monarchiste Hello[2299] - qui perdurera tout au long de notre histoire constitutionnelle[2300], divisé constamment entre un courant politique et un courant pénal.

§2. Une appréhension doctrinale divergente des immunités parlementaires en raison d'une démarche opposée

496. D'un point de vue institutionnel, la Charte du 14 août 1830 ne représente pas une nouveauté. Elle est une seconde édition, revue et corrigée de celle de 1814. Cependant, si les modifications sont peu nombreuses, la perspective est sensiblement différente[2301]. Le nouvel acte constitutionnel n'est, en effet, plus octroyé mais est le fruit d'un accord entre le roi et le Parlement. Or cette modification fondamentale implique « un déplacement de la souveraineté : celle-ci, de royale qu'elle était sous la Restauration redevient *nationale* »[2302]. En d'autres termes, le roi règne, non plus, en vertu d'un droit

mais la sagesse de la Cour des Pairs a su mettre cette présomption en défaut » (*ibid*., p.XI). Enfin, le législateur pourrait s'inspirer de ces précédents pour établir la législation tant attendue de formalisation de la responsabilité ministérielle puisque « sous ce point de vue, la jurisprudence a sur la loi l'incontestable avantage de présenter, à côté de chaque principe, un commentaire qui le développe et un fait qui l'applique » (*ibid*., p.IX). Il ajoute, en effet, que « le recueil méthodique des actes de la Cour pourra servir, à la fois, à mieux faire connaître le passé, à éclairer le présent, et à préparer des matériaux pour fonder plus tard un corps de dispositions législatives qui, mûries par l'étude des faits accomplis, trouveront dans les précédents sur lesquels elles pourront s'appuyer, cette autorité de l'expérience que les lois n'acquièrent ordinairement qu'après une laborieuse épreuve » (*ibid*., p.XV). Cependant, ce matériau restera lettre morte au cours de la Monarchie de Juillet puisqu'aucune formalisation législative n'interviendra au cours du régime.

2299 De manière caractéristique, Hello souligne dans la troisième édition de son ouvrage écrit à la toute fin de la Monarchie de Juillet : « (…) au moment où j'écris, on semble encore douter de la nécessité d'une loi ; après avoir palpé la question à différentes reprises, on l'a trouvée résistante ; on l'a laissée tomber comme trop lourde, et on ne songe plus à la relever. Alors il est arrivé que, soit étonnement de la nouveauté du sujet, soit crainte sincère de toucher au principe le plus actif de notre gouvernement, et de l'entraver au lieu de le contenir, on a cherché des raisons au découragement, on s'est presque fait un système de l'inaction ; il y a au fond des esprits une sorte de *renonciation tacite*. On s'est demandé si, après tout, il était bien utile de faire une loi qui ne s'applique qu'à des catastrophes ; si le code des révolutions peut s'écrire ; s'il n'était pas plus sage de vivre au jour le jour, de se conduire selon l'occurrence, et d'attendre de chaque accident sa règle, de chaque circonstance la loi ; si, en attendant, nous n'avions pas la responsabilité morale qui nous suffit » (C.-G. Hello, Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique, op.cit., t.II, p.372. [Nous soulignons]).

2300 Comme le note Jean-Jacques Clère, la Monarchie de Juillet « n'a pas su trouver à la responsabilité pénale des ministres sa véritable place. Ce précèdent pèsera d'un poids très lourd dans la suite de notre histoire constitutionnelle » (*ibid*., p.107), notamment lors du procès Malvy en 1918 .

2301 Comme le note Firmin Laferrière, « la Révolution de Juillet a profondément modifié le droit public établi par la Charte de 1814. En considérant ces modifications dans leur esprit et dans leur ensemble, on se convainc que la Charte de 1830 est vraiment une Charte nouvelle. Si celle de 1814 avait voulu *renouer avec la chaîne des temps*, interrompue par la Révolution, celle de 1830, en profitant des lumières de l'expérience, a puissamment rattaché le présent et l'avenir aux grandes idées de 1789 (F. Laferrière, Cours de droit public et administratif, op.cit., p.91). Il observe, à cet égard, que les modifications constitutionnelles ont porté « sur tous les objets essentiels du droit public : le principe de la souveraineté nationale, les droits individuels, les droits politiques, l'organisation des pouvoirs publics » (*ibid*., p.92).

2302 J. Gicquel, J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, op.cit., p.447.

propre, mais d'une délégation de la nation[2303]. Le monarque n'est pas considéré comme le représentant exclusif de la Nation mais il partage, désormais, cette qualité avec les chambres.

Grâce à cette évolution, la situation des assemblées s'améliore puisque leurs attributions constitutionnelles s'accroissent. Elles reçoivent, en concurrence avec le roi, l'initiative législative[2304]. Il naît, en ce sens, sous la Monarchie de Juillet la « théorie du concours » pour caractériser le fonctionnement du pouvoir législatif. Comme l'affirme l'article 14 de la Charte de 1830, « la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs et la Chambre des députés »[2305]. Mais, en dépit de ces améliorations, les protections immunitaires de leurs membres sont, de manière contradictoire, la fidèle reproduction des dispositions de la Charte de 1814. Dès lors, si l'inviolabilité des parlementaires est garantie par la nouvelle Constitution[2306],

2303 Comme le souligne Firmin Laferrière, « le premier acte de la révolution, pour la réforme de la Charte, fut la suppression du préambule : la souveraineté nationale a été reconnue comme source de tous les pouvoirs constitués » (F. Laferrière, Cours de droit public et administratif, op.cit., p.92). Il précise effectivement qu'« un député (M. Persil) proposa d'inscrire en tête de la Charte nouvelle l'art.3 de la déclaration de 1791 sur la souveraineté nationale ; et l'illustre rapporteur, M. Dupin, écarta la proposition comme superflue, la même pensée étant nettement exprimée dans la déclaration de la Chambre des députés (7 août 1830). Cette déclaration (…) a eu pour but de rétablir le principe de la souveraineté nationale (...) » (ibid., p.92-93).

2304 Article 15 de la Charte du 14 août 1830 : « La proposition des lois appartient au roi, à la Chambre des pairs et à la Chambre des députés (...) ». En outre, en matière financière, la compétence des chambres s'étend également « du fait du développement du principe de la spécialité budgétaire qui, en exigeant le vote, par chapitres, permet à la Chambre d'exercer un contrôle minutieux sur l'administration » (F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, op.cit., p.366).

2305 Comme le note le publiciste monarchiste Charles-Guillaume Hello, « la Charte a partagé le pouvoir législatif entre le prince, la Chambre des Pairs, et la Chambre des Députés » (C.-G. Hello, Du régime constitutionnel, 2ème éd., op.cit., p. 348). Or il observe que « cette division tripartite a excité l'esprit de critique et d'analyse ; on en a donné beaucoup d'explications (...) » (*ibid*.). Si cette répartition tripartite était moins évidente sous le régime de la Restauration, il souligne, à cet égard, que « les chambres sont une partie de la représentation nationale ; c'est la véritable source de leurs attributions ; mais elles n'en sont qu'une partie : c'est la limite de leur pouvoir. Tout ce qui sort de cette origine sans franchir cette limite, leur appartient (...) » (*ibid*., p.405). Plus généralement, « le prince et les deux chambres font la loi ; c'est par là qu'ils représentent la nation. Car la nation ne se représente qu'à cette fin ; sa parole ne peut être que la loi même » (C.-G. Hello, Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique, 3ème éd., Bruxelles : Meline, Cans et Cie, 1848, t.II, p.383). Le concours des trois pouvoirs forme ainsi le pouvoir législatif, lequel est interdit à tout autre autorité. C'est pourquoi pour Fonfrède, comme pour Duvergier de Hauranne, « les trois pouvoirs sont égaux, et leur égalité tient à ce qu'ils sont tous trois représentants » (A. Laquièze, Les origines du régime parlementaire…, op.cit., p.137). Il s'agit, en réalité, à travers cette égalité entre les pouvoirs - le roi, la Chambre des Pairs et la Chambre des députés –, d'évacuer la question sensible du titulaire de la souveraineté. Cette trinité représentative évite effectivement d'« attribuer la souveraineté à une entité concrète et déterminée » (*ibid*.), qui distingue l'élection de la représentation.

2306 L'inviolabilité des membres de la Chambre des députés est garantie par l'article 44 de la Chambre de 1830 : « aucun membre de la Chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ni arrêté en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, qu'après que la Chambre a permis sa poursuite ». A la différence des pairs qui sont jugés par leur chambre, quand l'autorisation est obtenue, le député est renvoyé devant les tribunaux ordinaires. En outre, ils sont protégés de toute contrainte par corps aux termes de l'article 43 de la Charte : « aucune contrainte par corps ne peut être exercée contre un membre de la Chambre durant la session et dans les six semaines qui l'auront précédée ou suivie ». De même, les pairs sont protégés par une inviolabilité : en vertu de l'article 29 de le texte de 1830 : « aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la Chambre et jugé que par elle en matière criminelle ». De plus, plusieurs dispositions législatives s'appliquant à l'ensemble des législateurs complètent le dispositif constitutionnel. L'article 121 du Code pénal punit de la dégradation civique les officiers de police judiciaire et les magistrats qui auraient provoqué, donné ou signé un jugement, une ordonnance ou un mandat tendant à la poursuite ou à la condamnation d'un pair de France sans l'autorisation requise par la loi, ou qui, hors le cas de flagrant délit ou de clameurs publiques, auraient, sans les mêmes autorisations, donné ou signé l'ordre ou le mandat d'arrêter un membre de la Chambre des Pairs. Enfin, les articles 1 et 11 de loi du 17 mai 1819 et les articles 7, 15 et 16 de la loi du 25 mars 1822, encore en vigueur durant la Monarchie de Juillet, permet à la Chambre elle-même de protéger sa dignité en traduisant à sa barre et en condamnant, s'il y a lieu, toute personne qui, par des moyens de publicité, a commis une offense envers elle, et le journaliste qui a rendu de ses séances un compte infidèle et de mauvaise foi. On observe ainsi que les parlementaires sont l'objet d'un arsenal juridique étendu et protecteur sous la Monarchie de Juillet.

son second volet, la liberté de la tribune, se signale par son absence[2307]. Aussi, du fait de cette inscription *partielle* dans le nouveau texte constitutionnel, les publicistes de la Monarchie de Juillet se penchent sur le problème du statut dérogatoire des parlementaires à l'occasion d'une analyse systémique et exégétique, article par article, de la Constitution. Au travers de leurs manuels, il apparaît, dès lors, qu'outre une nette progression du vocabulaire pour spécifier les deux éléments classiques des privilèges des membres des assemblées[2308], une divergence de compréhension des immunités parlementaires se fait jour entre eux, qui provient directement de leur emploi d'une méthode discordante. Sur le fond, sous l'effet d'un cadre théorique renouvelé par la théorie du concours, les discussions doctrinales portent, non seulement, sur leurs fondements mais également sur leur étendue. À cet égard, même si un certain consensus doctrinal règne sur le premier point, la majorité des auteurs, se ralliant à une méthode descriptive, passe sous silence l'absence de consécration de l'irresponsabilité parlementaire dans la nouvelle Charte, se pliant de la sorte à la volonté constituante (**A**). D'autres, ayant recours à une méthode critique, l'interprètent comme un oubli fâcheux (**B**).

A. Une démarche descriptive et exégétique par rapport à l'objet des immunités parlementaires

497. Pellegrino Rossi est le meilleur représentant de la méthode descriptive au sein de la science pré-classique constitutionnelle de la Monarchie de Juillet[2309]. Ses écrits sont, en effet, éclairants par ses non-dits, ses silences et sa frilosité sur certains sujets, en particulier sur celui des immunités

2307 Toutefois, le principe de l'irresponsabilité peut être interprété comme découlant indirectement de l'article 16 de la Charte du 14 août 1830 qui dispose : « Toute loi doit être discutée et votée librement par la majorité de chacune des deux Chambres ».

2308 Cette progression doctrinale connaît, toutefois, quelques exceptions, à l'image du manuel du professeur de droit administratif à la Faculté de Rennes, Firmin Laferrière. Il distingue trois types d'immunités qu'il qualifie par le même terme : « l'inviolabilité du député à l'occasion des discours prononcés dans le sein de la chambre » – qui correspond en réalité à l'irresponsabilité -, « l'inviolabilité du député pendant la durée de la session même pour des faits étrangers aux fonctions législatives » et « l'inviolabilité de la Chambre comme corps dans l'État » (en ce qu'elle a le droit de traduire à sa barre l'écrivain ou toute autre personne qui, par des moyens de publicité, aura commis une offense envers elle, le journaliste qui aura rendu de ses séances un compte infidèle et de mauvaise foi, ou bien un compte offensant pour l'un de ses membres) (F. Laferrière, Cours de droit public et administratif, op.cit., p.66-67). En outre, il est flagrant de constater que le Dictionnaire de droit public et administratif de Huard-Delamarre et Le Rat de Magnitot en date de 1836 comporte bien une entrée « Immunités » mais, dans sa description, il ne mentionne à aucun moment que cet instrument juridique bénéficie aux pouvoirs constitués, notamment les parlementaires : « (…) les immunités ont disparu en même temps que les privilèges dans la révolution de 1789. Aujourd'hui les ambassadeurs jouissent seuls de certaines immunités qui, d'ailleurs, sont réciproques dans tous les pays » (A. Le Rat de Magnitot et Huard-Delamarre, Dictionnaire de droit public..., op.cit., p.77). Le Dictionnaire renvoie alors à l'entrée des « Agents diplomatiques ». Ainsi si les termes d'irresponsabilité et d'inviolabilité commencent à s'imposer dans le vocabulaire constitutionnel, ce n'est pas encore le cas de celui d'« immunité ». Les publicistes de cette époque préfèrent encore, en majorité, le terme de « privilèges » (par exemple : *v.* F. Laferrière, Cours de droit public et administratif, op.cit., p.66).

2309 L'optique descriptive est également la méthodologie adoptée par les administrativistes-constitutionnalistes de la Monarchie de Juillet, tel que Emilien-Victor Foucart, qui se limitent à dresser le régime juridique des statuts immunitaires des Chambres. *V.* E.-V. Foucart, Précis de droit public et administratif suivi d'une bibliographie indiquant les ouvrages sur le droit administratif et d'un appendice contenant le texte des principales et ordonnances du droit public et administratif, Paris : Videcoq, 1844, p.11 et 12.

parlementaires. Il tient fermement la promesse, sur ce point, de décrire le droit positif sans perspective critique, alors que certaines de ses dispositions apparaissent contraires à ses convictions personnelles[2310].

498. Les immunités parlementaires font l'objet de sa part d'un traitement approfondi puisque plusieurs leçons leur sont consacrées. Il commence en analysant, dans sa leçon 77, leur fondement commun. À cet égard, comme il a été mis en lumière précédemment, la lecture des privilèges parlementaires par un penseur est déterminée, notamment, par sa conception personnelle de la représentation. Dans le présent cas, le constitutionnaliste italien appréhende les députés comme « les représentants de la Nation entière et non pas seulement du département qui les a nommés »[2311], ce principe constituant une vérité intemporelle « toutes les fois qu'il s'agira d'un gouvernement unitaire, du gouvernement d'un pays qui jouit du grand principe de l'unité nationale »[2312]. Il rejette

2310 Parmi les tenants de ce courant, on peut citer, dès 1831, l'administrativiste et avocat à la Cour royale de Paris, Adèle Gabriel Denis Bouchené-Lefer, qui décrit platement le droit positif représenté par la Charte de 1830 dans le cadre de son manuel de 4 tomes. Celui-ci, centrée principalement sur le droit administratif tout en faisant une place au droit constitutionnel, constitue véritablement une œuvre dogmatique. Seul le régime juridique des immunités parlementaires est examiné (*v.* A. G. D. Bouchené-Lefer, Droit public et administratif français ou analyse et résultat des dispositions législatives et réglementaires publiées ou non sur toutes les matières d'intérêt public et d'administration, Paris : Sédillot, 1831, t.1, p.30-37). Cette optique dogmatique dérive de la finalité recherchée par Bouchené-Lefer à travers cet écrit : « quoique cet ouvrage ne soit (…) qu'une sorte de statistique de la législation présente, cependant le plan, la distribution générale du sujet reposent sur une théorie de la science du droit qu'il est essentiel de faire connaître » (ibid., pXLV).). Il ajoute : « ce livre, indépendamment de son utilité pratique, étant aussi par son objet destiné à occuper, selon nous, une place importante dans l'enseignement » (*ibid.*). Il s'agit de construire une véritable science qui est complètement inexistante, selon lui, au début de la Monarchie de Juillet : « l'enseignement de cette science est complètement nul dans nos écoles, où l'on ne s'occupe pas beaucoup plus, à la vérité, de la théorie des lois civiles. Montesquieu, Rousseau et quelques autres publicistes sont les maîtres chez lesquels il faut aller chercher, à cet égard, la connaissance des titres qui sont la propriété du genre humain » (*ibid.*). Dans le même esprit, il est possible de mentionner, plus tardivement, après l'instauration de la chaire de droit constitutionnel, l'administrativiste Laferrière qui analyse la question des immunités parlementaires de manière totalement descriptive, en brossant uniquement le droit positif. Il ne recherche pas le ou les fondements de ces privilèges, ni ne souligne le silence de la Charte s'agissant de la protection de l'irresponsabilité parlementaire. *V.* F. Laferrière, Cours de droit public et administratif, op.cit., p.66-67. Cette optique découle directement de la conception qu'il se fait de son manuel qu'il expose dans son avant-propos. Il se veut synthétique au maximum pour un public large : « l'ouvrage que nous publions (…) est un cours de droit public et administratif réduit aux proportions d'un livre, et qui s'adresse non seulement aux étudiants en droit, mais à tous ceux qui veulent connaître les droits et les devoirs des citoyens dans l'exercice des libertés publiques, les droits et devoir des pouvoirs politiques et administratifs dans leurs rapports avec les citoyens et la société. C'est une exposition de principes et de législation où l'on cherche surtout à coordonner et à vivifier les éléments de la science. (…) Ramener la science à ses véritables bases, simplifier les choses et les détails par une méthode rigoureuse, telle a été ma pensée. (…) Il ne s'agissait pas (…) de donner beaucoup de développements ; c'est dans le cours oral qu'ils trouvent naturellement leur place ; il fallait donner la substance même des idées, et y rattacher les détails nécessaires pour éclairer les principes et communiquer à la théorie les réalités de la vie pratique » (*ibid.*, p.V-VI). Enfin, Denis Serrigny, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Dijon, s'insère dans la même optique. Celui-ci traite, de manière officieuse, du droit constitutionnel dans son traité qui porte essentiellement sur le droit administratif. Il n'examine, à cet égard, que des questions générales sans analyser, article par article, le texte constitutionnel de 1830. Sans réfléchir précisément aux statuts dérogatoires des pouvoirs constitués, il note cependant que l'une des caractères de la souveraineté « est d'être *irresponsable*. Je n'entends parler que de la responsabilité légale, et non morale ; et je veux dire par-là qu'il n'existe aucun pouvoir humain organisé devant lequel le souverain, prince, sénat ou assemblée, soit comptable de sa conduite, et sujet à une peine : car si ce tribunal suprême existait, il aurait bientôt attiré à lui tout le pouvoir, et deviendrait en réalité le souverain à la place de celui qui en exercerait nominalement les fonctions » (D. Serrigny, Traité du droit public des français précédé d'une introduction sur les fondements des sociétés politiques, Paris : Joubert, t.1, 1846, p.60-61). Cependant, il considère que la règle de l'irresponsabilité des pouvoirs souverains ne doit pas être entendue « dans un sens qui favoriserait l'établissement de la tyrannie et la violation des lois fondamentales de la constitution de l'État » (*ibid.*, p.61). Ceux-ci doivent respecter les droits fondamentaux immuables des citoyens.

2311 P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, op.cit., vol. 4, p.1.

2312 *Ibid.*, p.2.

fortement, par conséquent, le mandat impératif qui serait « la destruction de l'unité nationale de la France »[2313]. Au contraire, investis d'un mandat représentatif, il en découle que « les députés (…) n'ont pas de responsabilité légale de leurs votes devant leurs commettants »[2314], « (…) ils n'ont pas de compte obligatoire à rendre »[2315]. Après l'élection, il s'instaure un « rapport moral et non un rapport légal »[2316] entre le représentant et l'électeur. Dès lors, détaché de tout lien personnel avec ses électeurs, « le premier devoir du député, c'est de veiller, *affirme-t-il*, aux intérêts généraux du pays en consultant ses lumières et sa conscience »[2317]. Or c'est précisément ici que Rossi détermine le fondement des immunités parlementaires. Celles-ci sont imposées par le rôle même du député. Il affirme, en effet, que « la loi accorde [aux membres des assemblées] pour l'exercice de ces hautes fonctions quelque protection spéciale »[2318]. En d'autres termes, les privilèges parlementaires sont le prolongement de la théorie de la représentation nationale. Ils résultent directement des besoins du régime représentatif, la mission nationale du député nécessitant une indépendance à l'égard de ses commettants : « la mission de celui qui a eu l'honneur d'être élu Député est de concourir comme membre de la Chambre des Députés à la discussion des affaires générales du pays, en d'autres termes, de concourir à l'exercice du pouvoir législatif. Il est Député pour les affaires générales de la France »[2319].

499. À cette fin, il souligne que deux « concessions de la loi »[2320] de nature différente sont instituées au profit des membres des assemblées. Spécifiant chacune d'elles par un terme précis, elles sont, pour lui, deux garanties de « l'indépendance et de la liberté du Député »[2321]. Concernant l'« irresponsabilité légale du Député »[2322], après avoir constaté qu'elle constitue une disposition pérenne dans la plupart des Constitutions étrangères et françaises d'après sa méthode historico-

2313 *Ibid*. Rossi ajoute à cet égard : « donner un mandat impératif suppose le pouvoir, le pouvoir suppose l'indépendance. Ainsi une localité ne pourrait donner ce mandat qu'autant qu'elle se regarderait comme puissance indépendante dans l'État ; en d'autres termes, ce serait la puissance législative déplacée ; l'exercice de cette puissance ne se trouverait plus confiée pour une certaine partie à la Chambre des Députés, mais aux collèges électoraux » (*ibid*.). Adepte du droit comparé, il cite notamment l'exemple de la confédération suisse où la souveraineté locale l'emporte sur la puissance nationale et tire la conclusion suivante : « ainsi donc les mandats, et surtout les mandats impératifs, sont concevables dans ces gouvernements fédéraux où le principe de la souveraineté locale est le principe dominant » (*ibid*., p.5). L'exemple américain confirme ce principe puisque « (…) quoique l'Amérique du Nord soit aussi un gouvernement fédératif, c'est un gouvernement fédératif où le principe de la souveraineté locale n'a pas l'énergie souvent fâcheuse qu'il a en Suisse. Il y a en Amérique une portion d'affaires qui a été enlevée aux souverainetés locales pour devenir le patrimoine plein et entier de la souveraineté nationale » (*ibid*., p.3-4).
2314 *Ibid*., p.5. À l'inverse, Rossi note qu'en Suisse, « le député a un compte à rendre ; lorsqu'il retourne de la Diète dans son canton, on examine si ses votes sont conformes au texte de ses instructions, on lui accorde un bill d'indemnité s'il a bien agi, comme il est exposé au blâme dans le cas contraire » *(ibid*., p.5-6).
2315 *Ibid*., p.7. Rossi reprend un argument de Platon : « (…) les électeurs désignent les députés comme les hommes qu'ils croient les plus capables de traiter des affaires du pays, mais il n'y a pas de responsabilité légale des uns vis-à-vis des autres » (*ibid*.).
2316 *Ibid*., p.8. Rossi souligne que « (…) il a contracté une sorte d'engagement moral envers ses commettants, et si, plus tard, il a changé d'avis, il y a là une question d'honneur (...) » (*ibid*.).
2317 *Ibid*., p.9.
2318 *Ibid*.
2319 *Ibid*.
2320 *Ibid*.
2321 *Ibid.*, p.13
2322 *Ibid.,* p.9.

comparative, sa finalité est, pour lui, d'éviter « une crainte continuelle [qui] paralyserait la libre action législative »[2323]. L'essence même d'un député, en tant que représentant de la Nation, est de pouvoir exprimer librement ses opinions. Née, à ses yeux, grâce au décret du 23 juin 1789, il lui attribue un champ d'application matériel relativement large puisqu'il concerne « (…) tout ce qu'il peut dire et faire dans la Chambre dont il est membre »[2324]. Toutefois, il convient de remarquer que Rossi, après avoir cité l'ensemble des normes constitutionnelles ayant protégé l'irresponsabilité dans chacune de nos Constitutions et mis en exergue son impérieuse nécessité, garde le silence par rapport au fait que la Charte de 1830 ne prévoit pas un tel article. Un tel non-dit est symptomatique de sa méthode descriptive. Le constitutionnaliste italien ne souhaite pas exprimer son point de vue.

500. Concernant l'« inviolabilité personnelle » des députés, il observe également sa récurrence dans la Constitution américaine et les Constitutions françaises. Ce faisant, Rossi, pénaliste libéral convaincu, met en avant une idée fort instructive, tirée de l'expérience anglaise[2325], s'agissant de l'étendue de ce privilège. Il établit un lien étroit extrêmement pertinent entre le degré de protection du droit positif pour garantir la liberté du député arrêté ou poursuivi pour ses actes commis en dehors de l'exercice de ses fonctions et le champ d'application de l'inviolabilité : « (…) plus les garanties de la liberté individuelle sont faibles et plus il importe aux assemblées délibérantes de réclamer une large immunité ; car on peut emprisonner un Député non parce qu'il a fait telle chose qui mérite l'emprisonnement, mais aujourd'hui pour l'empêcher de parler »[2326]. Il donne un exemple : « en Amérique (…), il est moins nécessaire que le principe d'immunité soit bien large, car dans un pays où la liberté sous caution est facile, le Député ne serait pas souvent empêché d'exercer ses fonctions »[2327]. Autrement dit, à ses yeux, l'inviolabilité se justifie moins lorsque les protections individuelles du droit pénal sont suffisantes mais, à l'inverse, quand les garanties offertes par le droit pénal sont restreintes, le niveau de protection des organes constitués doit être le plus grand possible. Par ailleurs, il convient de constater que le constitutionnaliste italien, en exégète conséquent, cite, *cette fois*, la disposition textuelle instituant l'inviolabilité parlementaire dans la Charte de 1830. Au sein de l'inviolabilité, il distingue, selon les termes de la Charte, la contrainte par corps en matière civile[2328] et la poursuite en matière criminelle. Favorable à ces deux

2323 *Ibid*., p.9-10.
2324 *Ibid*., p.12.
2325 Le publiciste italien note qu'« en Angleterre, l'immunité de la Chambre des Communes ne s'établit que peu à peu après des luttes prolongées. » (*ibid*., p.13) qui débutent sous Jacques 1er. En effet, « du temps de Jaques 1er on avait arrêté un membre de la Chambre des Communes, il avait été arrêté par un créancier. Les Communes voulurent le ravoir ; mais il n'y avait rien de statué à cet égard, aucune règle écrite à suivre, les précédents même manquaient, et, dans un pays formaliste comme l'Angleterre, l'embarras était grand » (*ibid*.). Un compromis fut trouvé : « on envoya le geôlier à la Tour ; Il s'y laissa mettre, mais ne mit pas le débiteur en liberté. Enfin les Communes s'avisèrent de demander l'intervention du Roi » (*ibid*.). Une fois l'inviolabilité reconnue, elle fut énoncée « en termes fort larges, car il était dit d'une manière tout à fait générale qu'aucun membre de la Chambre ne pourrait être traduit devant aucune cour sans la permission de la Chambre » (*ibid*.), ce qui représente pour Rossi « un grand abus » (*ibid*.).
2326 *Ibid*., p.14.
2327 *Ibid*.
2328 Article 43 : « Aucune contrainte par corps ne peut être exercée contre un membre de la Chambre durant la session et dans les six semaines qui l'auront précédée ou suivie ». Utilisée en matière civile, la contrainte par corps se définit

protections constitutionnelles, il regrette, cependant, que l'exception à l'inviolabilité parlementaire en matière criminelle fixée à l'article 44 de la Charte, c'est-à-dire le flagrant délit, soit une notion *floue* permettant aux autorités d'arrêter facilement des députés : « je ne vous dissimulerai pas que la définition du flagrant délit, telle qu'elle se trouve dans le Code d'instruction criminelle, donne une assez grande marge »[2329]. Mais, de manière caractéristique, il modère immédiatement ce début de critique, certes timide, à l'encontre du texte constitutionnel : « quoiqu'il en soit, il faut nous soumettre à ce que veut la loi »[2330], affirme-t-il. Toutefois, partisan d'une protection approfondie des représentants de la nation, il adopte une interprétation large de la matière criminelle puisque, selon lui, « ce privilège de ne pouvoir être poursuivi, ni arrêté, doit s'entendre du correctionnel comme du criminel proprement dit »[2331]. En outre, dans le même esprit, il se prononce extrêmement favorable à l'existence de l'autorisation législative pour lever l'inviolabilité d'un député[2332]. Pour lui, elle représente « un obstacle résultant de la qualité de Député combinée avec l'actualité de la session »[2333]. En raison de la souveraineté nationale des assemblées, « la Chambre peut refuser, déclare-t-il, l'autorisation de poursuivre, elle est dans son droit, elle n'a de compte à rendre à personne à cet égard »[2334]. Il note, à ce titre, l'effectivité de ce mécanisme puisqu'« en 1835, on a demandé à la Chambre l'autorisation de poursuivre deux de ses membres ; la Chambre a donné l'autorisation pour l'un et l'a repoussée pour l'autre »[2335].

comme l'emprisonnement employé comme moyen de forcer un débiteur à payer sa dette.

2329 *Ibid*., p.15-16. Cette définition est, en effet, étendue puisque, comme l'explique Rossi, ce terme s'entend sous la Monarchie de Juillet « rigoureusement (…) quand l'homme est pris sur le fait, mais il y a aussi flagrant délit quand il est poursuivi immédiatement, et encore lorsque, dans un temps voisin du délit, il est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice » (*ibid*., p.16).

2330 *Ibid*., p.16.

2331 *Ibid*.

2332 Rossi examine également les immunités des sénateurs qui divergent du régime juridique de celles des députés. Il observe que ces derniers bénéficient d'une protection plus profonde. D'une part, la Chambre des Pairs dispose d'un droit particulier puisqu'elle bénéficie d'une « juridiction exclusive qui lui appartient sur les membres de la Chambre » (*ibid*., p.204). D'autre part, disposant d'une irresponsabilité identique pour leurs opinions et leurs votes, leur inviolabilité est plus étendue puisqu'en vertu de l'article 29 de la Charte de 1830, « il n'y a aucune limitation de temps, ni aucune limitation de cause ; avant, pendant ou après la session, aucun Pair ne peut être arrêté, pour quelque cause que ce soit, même en matière civile, que de l'autorité de la Chambre, et il ne peut être jugé que par elle en matière criminelle » (*ibid*., p.205). Sans véritablement rattacher ces privilèges au champ d'application plus large à la théorie de la représentation nationale, Rossi les justifie par le fait qu'il donne « un sens rationnel à l'expression de Pair de France, (…) le Pair de France ne peut être jugé que par les Pairs, par la Chambre dont il fait partie ». Il s'agit de protéger la spécificité de cette chambre et son indépendance quasi-totale à l'égard des autres pouvoirs de façon à lui permettre d'assurer au mieux ses missions législatives et judiciaires : « au fond, le titre de Pair aujourd'hui n'a pas d'autre signification que celle qu'il peut tirer de cet article, c'est-à-dire de la garantie que la loi accorde aux Pairs de France, et qui consiste à ne pouvoir être jugés que par leurs collègues » (*ibid*., p.75). De même, plusieurs administrativiste sont favorables à une telle inégalité entre les députés et les sénateurs. Pour Macarel, « les pairs, étant chefs des familles patriciennes, possédant leur pouvoir à titre immuable, et n'étant jamais dépouillés de leur haute dignité, même dans les intervalles des sessions de leur chambre, doivent obtenir de plus larges prérogatives pour leur personne » (L.-A. Macarel, Éléments de droit public, op.cit., p.197). De même, pour Firmin Laferrière, « la Constitution a eu foi dans le sentiment de dignité d'un corps inamovible ; chaque pair défend sa dignité propre en réprouvant celui qui s'est abaissé au-dessous de son rang » (F. Laferrière, Cours de droit public et administratif, op.cit., p.74).

2333 *Ibid*., p.17.

2334 *Ibid,* p.16. Cependant, Rossi n'est pas non plus favorable à ce que l'autorisation devienne un bouchon entraînant l'impunité des parlementaires : lorsque la Chambre accorde le droit de poursuivre le député en cause, « elle ne fait autre chose qu'ôter un obstacle, elle replace le Député exactement dans la position où il serait s'il n'était pas Député. Dès lors il est traduit devant la juridiction devant laquelle il serait traduit s'il n'était pas Député, il est poursuivi dans les mêmes formes, l'intervention de la Chambre ne change rien à l'état de la législation générale sur le droit de poursuite et d'arrestation » (*ibid*., p.17)

2335 *Ibid*., p.16.

501. En définitive, plusieurs enseignements ressortent des écrits de Rossi au sujet des immunités parlementaires. D'une part, il établit un fondement *similaire* aux deux garanties immunitaires que sont l'inviolabilité et l'irresponsabilité. À ses yeux, la théorie de la représentation nationale constitue leur tronc commun principal[2336]. Il n'évoque pas la séparation des pouvoirs ou la nécessité de se protéger du pouvoir exécutif ou judiciaire comme soubassement théorique complémentaire. Le constitutionnaliste italien leur attribue, en outre, une finalité identique, découlant du mandat représentatif des parlementaires. Il s'agit, à travers ces « privilèges légaux », de leur permettre d'« exercer leurs fonctions législatives avec fermeté et indépendance »[2337]. À cette fin, soucieux de protéger la plus grande liberté possible aux représentants de la Nation, il met en avant une conception large du champ d'application matérielle de l'autorisation parlementaire et regrette le caractère extensif de la notion de flagrant délit[2338]. D'autre part, il est flagrant de constater que Rossi

2336 Dans le même sens, l'administrativiste Macarel fonde les immunités parlementaires dans leur ensemble sur un même axe théorique qui est la théorie de la souveraineté nationale. Dans l'une des parties de son ouvrage qui est intitulée « Des prérogatives personnelles des membres du corps législatif », il affirme qu'« en leur qualité de membres du corps législatif, et participant, en conséquence, à la plus importante portion du pouvoir souverain, il est naturel et juste que les membres des deux chambres jouissent de certaines prérogatives personnelles » (L.-A. Macarel, Éléments de droit public, op.cit., p.197). Il souligne effectivement que « (…) le caractère essentiel des représentants est de n'avoir ni mandat, ni responsabilité ; on les doit supposer tellement désignés ou choisis, qu'ils aient, en effet, par eux-mêmes et de leur propre fond, les opinions, les intérêts, les volontés des représentés » (*ibid*., p.155). Réfléchissant à l'organisation du pouvoir législatif dans toute monarchie représentative de manière générale, il répète et insiste sur la nécessité de l'irresponsabilité parlementaire: il faut « pour les discussions et les délibérations des chambres, une liberté complète, qui garantira l'indépendance des votes et la maturité des résolutions » (*ibid*., p.204). En outre, il ajoute un nouveau fondement à l'inviolabilité des parlementaires : elle est établie « dans l'intérêt privé de leur dignité et de leur sûreté personnelles, et dans l'intérêt public de la tranquille confection des lois » (*ibid*., p.205). Cependant, il convient d'observer qu'il n'existe aucune unanimité sur les fondements des statuts dérogatoires des parlementaires parmi les administrativistes-constitutionnalistes de la Monarchie de Juillet. Par exemple, Foucart met en avant un fondement inédit qui découle en creux de la théorie de la souveraineté nationale pour justifier l'inviolabilité sénatoriale : *l'incomplétude de la chambre*. Outre la nécessaire protection qui doit entourer l'un des premiers corps de l'État, il estime effectivement qu'il faut aussi « empêcher qu'une assemblée législative pût être rendue incomplète par l'arrestation, même préventive, de quelques-uns de ses membres » (E.-V. Foucart, Précis de droit public et administratif suivi d'une bibliographie indiquant les ouvrages sur le droit administratif et d'un appendice contenant le texte des principales et ordonnances du droit public et administratif, Paris : Videcoq, 1844, p.11). Ce fondement est attesté, à ses yeux, par « une décision de la chambre des pairs, du 4 décembre 1830, (qui) porte qu'à l'avenir toute personne qui a obtenu la contrainte par corps contre un pair de France, et qui veut la mettre à exécution, doit s'adresser à la chambre, qui accorde ou refuse l'autorisation » (*ibid*.).

2337 *Ibid*., p.17. Soucieux de protéger la souveraineté des chambres, il considère que « ces droits de la Chambre, ces droits qui constituent l'essence des gouvernements libres, s'appliquent (…) non seulement aux lois proprement dites, mais à toute résolution de la chambre (...) » (*ibid*., p.166).

2338 Rossi souligne également que les chambres bénéficient d'autres garanties apparues sous la Restauration, qui sont, cette fois-ci, d'ordre légal. D'une part, *les injures envers les Chambres ou l'une d'entre elles par des moyens quelconque de publication* sont punies d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de cent à cinq-cent francs, en vertu de l'article 11 de la loi du 17 mai 1819, de la loi du 9 juin 1819 et de la loi du 18 juillet 1828. Il se penche en profondeur, à cet égard, sur son champ d'application, notamment personnel, et en conclut, de manière symptomatique, qu'« un Député qui se rend à la séance ou qui en sort, l'attaquer en raison de ses votes peut constituer une attaque à l'indépendance de la Chambre elle-même » (ibid., p.127-128). A ce titre, l'article 15 de la loi du 25 mars 1822, repris par l'article 3 de la loi du 8 octobre 1830, la Chambre offensée peut soit traduire le prévenu à sa barre et appliquer elle-même la loi pénale, soit le faire poursuivre par les voies ordinaires, c'est-à-dire par le ministère public devant les tribunaux, après une délibération de la chambre. D'autre part, *l'infidélité et la mauvaise foi de la part des journaux et écrits périodiques dans le compte qu'ils rendent des séances des chambres* prévue par l'article 7 de la loi de 1822 confirmé par la loi du 8 octobre 1830, est le second cas où la juridiction pénale des chambres peut s'exercer. Ce faisant, comme l'indique Rossi, la constitutionnalité de la loi du 8 octobre 1830 a été discutée devant les tribunaux mais la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi au motif de son incompétence pour exercer un contrôle de constitutionnalité : « attendu que la loi du 8 octobre 1830, délibérée et promulguée dans les formes constitutionnellement prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité » (cité par P. Rossi, *ibid*., p.132-133).

fait fi de toute remarque ou critique quant à l'absence de reconnaissance de l'irresponsabilité parlementaire dans la Charte de 1830, ce qu'il aurait pu faire au regard de ses convictions personnelles et alors qu'il vient de souligner toute son importance dans un régime représentatif. En effet, en tant que libéral, le constitutionnaliste-pénaliste est hanté par la défense des libertés individuelles, ou encore de la liberté d'expression. Dès lors, sa frilosité et son silence gardé sur ce point sont particulièrement révélateurs de son approche. Suivant une option descriptive, il se contente de systématiser le droit positif de manière neutre afin de se conformer au but – en réalité politique - du cours de droit constitutionnel institué en 1834, c'est-à-dire la légitimation des nouvelles institutions de la monarchie constitutionnelle de 1830. Le nouveau texte est désormais la vérité juridique des interprètes de la Constitution.

Or, à rebours de la méthode descriptive suivie par Rossi, d'autres publicistes, en minorité, obéissent à une méthode *critique*.

B. Une optique critique par rapport à l'objet des immunités parlementaires

Durant la Monarchie de Juillet, la discipline du droit constitutionnel, encore à ses prémisses, n'obéit pas à une démarche scientifique uniforme. A l'opposé du paradigme descriptif régnant parmi les constitutionnalistes de cette époque[2339], une minorité d'auteurs, dont Félix Berriat-Saint-Prix, renonce à la neutralité axiologique dans la construction de leurs discours, notamment en matière d'immunités parlementaires.

502. La méthode favorite du juriste parisien, exégète critique des articles de la Charte, réside dans l'explication des termes techniques et dans la discussion des questions de principe. À cet égard, les statuts dérogatoires reconnus aux membres des assemblées lui donnent matière à réflexion. À

2339 Le paradigme descriptif est également dominant parmi les administrativistes de la Monarchie de Juillet se préoccupant de droit constitutionnel, comme l'illustrent les écrits de Emilien-Victor Foucart. Celui-ci se cantonne à décrire le droit positif. Cette posture scientifique se manifeste à travers son étude des statuts dérogatoires des parlementaires auxquels il voue une page maximum en rappelant leur régime juridique et leurs fondements. De ce point de vue, sans originalité, il observe que l'inviolabilité (au sens d'immunité) est une « prérogative commune, avec quelques différences pourtant, à toutes les personnes qui concourent à la confection de la loi » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif…, op.cit., t.I, 1839, p.13), ce qui explique au surplus la protection exorbitante du roi. En ce sens, l'inviolabilité des sénateurs et leur privilège de juridiction sont, pour le publiciste poitevin, liées « à leur qualité de membres du Corps législatif » (*ibid*., p.68). Ils sont également « une conséquence de la haute position dans laquelle ils se trouvent placés » (*ibid*., p.13). Il ajoute que « la dignité de l'un des premiers corps de l'État exigeait que ses membres ne pussent être enlevés de son sein et traduits devant les tribunaux ordinaires ». Enfin, il soutient que l'inviolabilité du député - sans en utiliser le terme - reconnue par le texte de 1830 est fondée « sur l'importance de leurs fonctions » (*ibid.*). Il s'agit non seulement que « l'intérêt privé cédât devant l'intérêt public » temporairement (*ibid.*) mais d'empêcher de « donner à l'autorité un moyen facile de se débarrasser d'un député incommode en faisant décerner contre lui un mandat d'amener » (*ibid.*). En outre, il est intéressant de constater que logiquement, en raison de sa méthodologie, il n'émet aucune remarque ou aucun regret s'agissant de l'absence de protection de la liberté de tribune dans l'acte constitutionnel.

l'instar de Rossi, il s'interroge non seulement sur leur fondement mais également sur leur étendue. Commentant l'article 44 de la Charte relatif à l'inviolabilité parlementaire, il lui attribue un fondement différent de celui de Rossi. Pour lui, cette garantie découle non plus de la théorie de la représentation nationale mais directement de la séparation des pouvoirs. Il s'agit de « mettre l'assemblée à l'abri des envahissements du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire qui trouveraient toujours quelque prétexte d'accusation pour éliminer un député incommode »[2340]. C'est ce même principe qui justifie, selon lui, le mécanisme de l'autorisation parlementaire.

Néanmoins, Berriat-Saint-Prix fait preuve d'ambiguïté par rapport au fondement *réel* qu'il attribue aux privilèges parlementaires dans la mesure où il estime que, dans le cas de l'inviolabilité parlementaire, il convient de mettre en balance deux intérêts contradictoires : l'« intérêt national attaché à la libre exécution du mandat législatif »[2341] et la « sûreté publique »[2342]. En outre, comme Rossi, il déplore l'atténuation de cette protection immunitaire à cause de l'équivocité du terme de « flagrant délit » inscrit dans l'acte constitutionnel : « leur garantie est à peu près annulée par la faculté de les arrêter sans permission en cas de flagrant délit : en effet les caractères du flagrant délit sont assez vagues pour qu'on puisse facilement le supposer là où il n'existe pas réellement »[2343]. Berriat-Saint-Prix préconise alors une modification de la Constitution : il faudrait « obliger à solliciter la permission de la chambre immédiatement après l'arrestation »[2344]. Toutefois, contrairement à Rossi, il ne défend pas une conception large du champ d'application matériel de l'inviolabilité et de l'autorisation préalable du corps législatif. Il souligne que trois interprétations règnent parmi les constitutionnalistes, sans opérer lui-même un choix : l'une se cantonne strictement à la matière criminelle, une seconde englobe la matière criminelle et correctionnelle mais exclut les contraventions de police, et une troisième comprend les trois cas[2345].

503. Berriat-Saint-Prix examine, ensuite, l'irresponsabilité parlementaire. Son traitement de cette question est significatif de la divergence de méthode entre lui et Rossi. Contrairement au juriste italien, il ne se prive pas de dénoncer les lacunes et les oublis de la norme constitutionnelle. Ne se cantonnant pas à un commentaire plat du texte, il regrette *explicitement* la disparition de ce second volet de l'immunité parlementaire de la Charte de 1830 dans la mesure où il représente une tradition constitutionnelle depuis la Constitution de 1791. Il note, en effet, que la Charte « garde sur cette

2340 F. Berriat-Saint-Prix, Commentaire sur la Charte constitutionnel, op.cit., p.317.
2341 *Ibid*.
2342 *Ibid*. Berriat-Saint-Prix penche même en faveur de la protection de la sûreté publique qui est « d'autant plus vivement compromise par un délit que le coupable a plus de chances d'échapper au châtiment ; ce dernier intérêt doit triompher, car le premier (l'intérêt national attaché à la libre exécution du mandat législatif) est bien diminué par l'improbité du mandataire » (*ibid*.).
2343 *Ibid*., p.318.
2344 *Ibid*.
2345 *v. ibid*., p.212.

matière un silence *fâcheux* »[2346]. Certes, il constate que la liberté de la tribune pourrait être considérée comme découlant des articles 10[2347] et 7[2348] de la Charte qui protègent la liberté d'expression. Cependant, il dénie toute validité à cette interprétation puisque, *dans le premier cas*, la recherche des opinions et des votes n'est interdite que pour l'époque antérieure à la Restauration. *Dans le second cas*, elle est contraire à l'essence même de ce droit. En effet, la liberté de la tribune, du fait même de sa nature, doit être illimitée alors que la liberté d'expression peut être restreinte par des lois. Il suffirait dès lors « d'une chambre corrompue pour enchaîner les chambres à venir »[2349]. Par conséquent, il dénonce l'incomplétude de la Charte de 1830 : « une disposition spéciale était (…) nécessaire pour assurer aux députés la liberté d'émettre leur opinion dans l'enceinte de leur chambre sans restriction possible »[2350]. En effet, sa nécessité résulte du fondement qu'il lui attribue. Contrairement à l'inviolabilité, Berriat-Saint-Prix exprime clairement le fondement de cette liberté qui est la souveraineté nationale. La Charte de 1830 ayant établi un régime représentatif à ses yeux, « la volonté du pays (est) manifestée par des représentants de son choix »[2351]. Dès lors, sa manifestation doit être complète sinon elle ne serait plus qu'« un mensonge »[2352]. La liberté d'expression d'un député est, en effet, inhérente à sa mission même. Comme le note le libéral parisien, « le but d'un député est toujours de convaincre l'assemblée »[2353], de « communiquer sa conviction »[2354], la finalité de ce dialogue étant de « faire jaillir la vérité d'un choc d'opinions plus vif »[2355]. Il conçoit, à ce titre, cette liberté de manière extensive puisqu'elle s'impose, selon lui, d'un point de vue personnel, aux autorités extérieures à l'assemblée, mais également à ses membres et au président de la chambre[2356] qui n'ont pas le droit d'imposer le silence à un représentant[2357]. En d'autres termes, sous réserve de nécessaires interruptions formelles[2358], « nul [représentant de la Nation] ne doit être interrompu quand il parle »[2359] dans hémicycle par quelque autorité que ce soit[2360]. En fin de compte, outre un fondement quelque peu différent attribué aux immunités

2346 *Ibid*., p.319 [Nous soulignons].
2347 Article 10 de la Charte du 14 août 1830 : « Toutes recherches des opinions et des votes émis jusqu'à la Restauration sont interdites : le même oubli est commandé aux tribunaux et aux citoyens ».
2348 Article 7 de la Charte du 14 août 1830 : « Les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions en se conformant aux lois. - La censure ne pourra jamais être rétablie ».
2349 *Ibid*., p.319.
2350 *Ibid*.
2351 *Ibid*.
2352 *Ibid*.
2353 *Ibid*., p.277.
2354 *Ibid*.
2355 *Ibid*., p.278.
2356 C'est pourquoi le publiciste libéral analyse scrupuleusement le règlement intérieur de l'Assemblée dans le cadre de son étude de l'article 39 de la Charte de 1830 qui doit protéger, selon lui, la liberté *totale* d'expression des parlementaires. Il affirme effectivement : « la chambre n'a pas le droit d'imposer silence à un de ses membres qui observe les formes adaptées, encore moins le président de la chambre a-t-il ce droit » (*ibid*., p.278).
2357 Berriat-Saint-Prix espère ainsi que « (…) la restauration aura fourni le dernier exemple d'une assemblée qui exclut un de ses membres comme indigne, pour avoir osé dire sa pensée avec pleine franchise » (*ibid*.).
2358 Selon Berriat-Saint-Prix, le parlementaire doit être « libre de dire ce qu'il pense dans la *forme* reçue : or, l'autorité du président ne s'exerce que sur la *forme*, et ne s'étend pas sur le *fond* des opinions. Tel est l'esprit du règlement (intérieur) (...) » (*ibid*., p.280). Il examine alors les sanctions prévues à cet effet. *v. ibid*, p.279-280.
2359 *Ibid*.
2360 Comme le note Michel Troper, le contexte des institutions de la Monarchie de Juillet est propice à la délibération parlementaire : « le parlementarisme a trouvé dans le cadre de la Charte de 1830 son véritable climat. Les institutions

parlementaires par rapport à Rossi par le constitutionnaliste parisien – qui dégage, en outre, un fondement particulier pour chaque composante des privilèges parlementaires –, on observe que sa méthode diffère également du constitutionnaliste italien. Il emploie un ton polémique, il ne s'empêche pas d'émettre des critiques[2361] ainsi que de proposer des modifications du texte constitutionnel. Pour lui, la Charte de 1830 ne constitue pas la vérité, et il rejette toute religion du texte. De ce point de vue, une telle optique s'explique par le statut de professionnel du droit de Berriat-Saint-Prix. Dans la mesure où il ne sera pas titulaire d'une chaire de droit constitutionnel au cours de la Monarchie de Juillet ni ne fera une carrière universitaire mais demeurera, au contraire, un juriste praticien, il est détaché de toutes les précautions et contraintes inhérentes à ce cours imposées par le gouvernement en place. En fin de compte, on s'aperçoit que la question des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués apparaît comme une propédeutique à la mise en lumière de chapelles au sein de la doctrine constitutionnelle française, qui perdurent encore aujourd'hui.

504. On assiste ainsi, durant la Monarchie de Juillet, à une progression et un perfectionnement de la systématisation doctrinale de la problématique des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués[2362], grâce à la naissance d'une chaire de droit constitutionnel à proprement dite, dans un climat d'approfondissement du parlementarisme. Il persiste, néanmoins, durant cette période de vifs dissensus sur cette question, qui découlent de présupposés théoriques et d'options épistémologiques discordants entre les constitutionnalistes professionnels et universitaires. Or, contrairement à l'idée commune à Guizot et à Rossi selon laquelle la Charte de 1830 représenterait l'aboutissement d'une dynamique nationale pluriséculaire, l'histoire allait reprendre une marche tumultueuse en 1848, opposant un cruel démenti aux désirs de Guizot. La question des régimes exorbitants des pouvoirs supérieurs allait prendre alors un cours nouveau avec la réapparition de la République.

sont plus libérales que démocratiques. *Le personnel politique, par son origine, est particulièrement qualifié pour les discussions d'assemblées* ; les intérêts en cause, et notamment le prodigieux développement de l'industrie et du commerce, sont tels qu'ils ne peuvent être mieux servis que par la représentation d'une bourgeoisie moyenne qui donne aux assemblées politiques une allure de conseil d'administration. (…) L'accès à la vie politique (est) le couronnement de la fortune » (F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, op.cit., p.366. [Nous soulignons]). L'aménagement du régime électoral par la loi du 19 avril 1831 a, en effet, permis à la classe moyenne d'accéder à la direction des affaires publiques, en ce qu'elle a baissé le chiffre du cens électoral de 300 à 200 francs, et celui de l'éligibilité de 1000 à 500 francs (*v. ibid*., p.364).

2361 Par exemple, nouvelle illustration de son ton polémique, Berriat-Saint-Prix regrette, contrairement à Rossi, l'inégalité des privilèges entre les députés et les pairs. Il ne trouve pas de motif valable pour justifier ce déséquilibre : « j'ai déjà fait remarquer (…) avec quelle inégalité les privilèges accordés aux fonctions législatives avaient été répartis entre les pairs et les députés ; ainsi les pairs ont une juridiction particulière ; les députés sont traduits devant le jury ; les premiers ne peuvent être arrêtés sans autorisation de leur chambre, pendant tout le temps que dire leur dignité, c'est-à-dire durant toute leur vie ; les derniers ne jouissent même pas, pendant la législature dont ils font partie, de ce privilège. Aussitôt que la session est terminée, il est loisible de les poursuivre et de les arrêter, lors même que la chambre aurait refusé l'autorisation à raison du fait qu'on leur impute » (*ibid*., p.318).

2362 Au contraire, Rosanvallon dénonce le déficit conceptuel des acteurs de la Monarchie de Juillet qui ont été incapables d'élaborer une théorie de la monarchie constitutionnelle : « la monarchie de juillet a péri victime de sa sclérose. Mais si la république s'est imposée en 1848 comme une sorte d'évidence, c'est aussi parce que la monarchie constitutionnelle ne s'était jamais véritablement pensée comme régime en France » (P. Rosanvallon, La monarchie impossible..., op.cit., p.161). Un tel bilan n'est pas transposable à la question des privilèges immunitaires des pouvoirs constitués.

SECTION 2. LA CONCENTRATION DE LA RÉFLEXION SCIENTIFIQUE AUTOUR DU CHEF DE L'ÉTAT SOUS LA IIÈME RÉPUBLIQUE ET LE IIÈME EMPIRE

505. La IIme République représente un tournant intellectuel dans l'histoire doctrinale des statuts exorbitants des pouvoirs constitués. La proclamation de la République suite à la Révolution de février 1848 qui entraîne la chute de la monarchie de Juillet redessine les axes de réflexion de la doctrine en la matière. Si, de manière classique, « la phase 1848-1870 est marquée par la problématique de la responsabilité de l'exécutif que ni la Deuxième République, ni le Second Empire ne parviennent à résoudre »[2363], cette responsabilité est envisagée désormais différemment par rapport aux régimes politiques précédents, étant donné qu'elle ne se conçoit plus au sein d'un système monarchique. Le pouvoir exécutif n'appartenant plus à un Roi mais désormais à un Président de la République dans le cadre du régime présidentiel de la IIème République, les constitutionnalistes de cette période considèrent que ce personnage doit alors assumer une responsabilité, exprimée notamment par le laconique article 68 de la Constitution du 4 novembre 1848[2364]. Dès lors, l'affirmation de ce personnage nouveau au sein de nos institutions bouleverse le champ d'étude de la doctrine constitutionnelle de la IIème République. La responsabilité du Président de la République devient son principal champ d'investigation intellectuel. Néanmoins, elle ne délaisse pas la question des immunités parlementaires. Elle l'examine dans le cadre de manuels qui obéissent, principalement, à une méthode descriptive consistant en un commentaire, article par article du texte constitutionnel. Toutefois, en surplomb, la discipline du droit constitutionnel subit un profond coup d'arrêt : l'arrêté du 15 juin 1848 déclare vacante la chaire de droit constitutionnel de la Faculté de droit de Paris[2365], laquelle « ne sera pas pourvue durant la Seconde République »[2366]. Or cette interruption a des répercussions évidentes sur la quantité de la production scientifique en matière constitutionnelle qui connaît une diminution considérable (**§1**).

2363 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.361.
2364 Article 68 de la Constitution du 4 novembre 1848 : « Le président de la République, les ministres, les agents et dépositaires de l'autorité publique, sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de tous les actes du gouvernement et de l'administration. Toute mesure par laquelle le président de la République dissout l'Assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat, est un crime de haute trahison. Par ce seul fait, le président est déchu de ses fonctions ; les citoyens sont tenus de lui refuser obéissance ; le pouvoir exécutif passe de plein droit à l'Assemblée nationale. Les juges de la Haute Cour de justice se réunissent immédiatement à peine de forfaiture : ils convoquent les jurés dans le lieu qu'ils désignent, pour procéder au jugement du président et de ses complices ; ils nomment eux-mêmes les magistrats chargés de remplir les fonctions du ministère public. Une loi déterminera les autres cas de responsabilité, ainsi que les formes et les conditions de la poursuite ».
2365 L'arrêté du 15 juin 1848 déclare effectivement : « considérant que la chaire de droit constitutionnel français, à la Faculté de droit de Paris, n'a point été occupée par le titulaire, M. Rossi, depuis le 24 février dernier, bien que les motifs de service public qui justifiaient l'absence de ce professeur n'existent plus » (cité par J. Boudon, Introduction à la réédition, op.cit.).
2366 *Ibid*.

506. Le coup d'Etat du 2 décembre 1851 signe l'avènement d'une dictature dans laquelle « le président est aussi puissant qu'irresponsable »[2367], même si la phase libérale qui s'amorce à la fin du régime est marquée par le réveil du parlementarisme. Cependant, d'un point de vue scientifique, par opposition à la IIème République, la littérature constitutionnelle relative aux privilèges exorbitants des pouvoirs supérieurs renaît sérieusement, sous l'impulsion en vérité principalement des écrits des professeurs administrativistes. Certes, un mois après le rétablissement de l'Empire, le décret du 8 décembre 1852 supprime la chaire de droit constitutionnel de la Faculté de Paris, car désormais « marquée du sceau de la subversion »[2368] aux yeux du nouveau pouvoir en place – dont il faudra attendre la IIIème république et les deux décrets de 1882 et 1889 pour que le droit constitutionnel réapparaisse au sein des Facultés de droit . L'enseignement du droit constitutionnel est alors remplacé par un cours de droit romain - reconnu pour sa profonde unité - grâce à la mise en place d'une chaire d'*Institutes* de Justinien, confiée à Charles Giraud qui avait enseigné le droit administratif à Aix-en-Provence[2369]. Parallèlement, le cours de droit administratif est maintenu dans toutes les facultés de droit de France, qui assoit sa « suprématie dans le champ des savoirs relatifs à l'État »[2370]. Pour autant, il convient de remarquer que, malgré cette suppression et un climat politique hostile au droit constitutionnel, la réflexion doctrinale se poursuit indéniablement sous la Second Empire, de manière *officieuse*, sous la plume des administrativistes (**§2**).

§1. La réapparition de la République, source de renouvellement de la problématique des pouvoirs constitués en dépit de la vacance de la chaire de droit constitutionnel (1848-1852)

À partir de la IIème République, le champ d'investigation des publicistes connaît un profond chamboulement dicté par une architecture constitutionnelle nouvelle. Même si la responsabilité de l'exécutif reste le domaine de prédilection de leur réflexion, le Président de la République, élu directement par le peuple pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle, fait l'objet d'une attention toute particulière de leur part. Il émerge effectivement, à compter de ce régime, un problème doctrinal inédit voué à devenir récurrent au cours des régimes suivants, celui de la responsabilité du chef d'État républicain - libéré désormais de l'hypothèque monarchique - ainsi que ses modalités. À cet égard, juridiquement, l'article 68 de la Constitution de 1848 consacre formellement la responsabilité des deux parties de l'exécutif, à savoir la responsabilité présidentielle combinée avec la responsabilité ministérielle. Il en résulte que le chef de l'État capte l'essentiel du

2367 M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., 2019, p.389.
2368 M. Pétroff, L'éclipse du droit constitutionnel, op.cit., p.165.
2369 *Ibid*., p.169-170.
2370 J. Chevallier, Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, op.cit., p.18.

pouvoir politique tout en réduisant les ministres au rang de subordonnés[2371]. Cependant, à l'analyse, il s'avère difficile de trancher avec certitude quel type de responsabilité – politique, pénale ou mixte - se trouve ainsi consacrée au sein de l'article 68. Il est certes prévu qu'une loi précisera les cas de responsabilité, ainsi que les formes et les conditions de la poursuite devant la Haute Cour de justice, sans fixer cependant précisément sa nature même. Il apparaît ainsi que le régime de la responsabilité ministérielle et, surtout, présidentielle organisé par l'article 68, qui est un sujet encore neuf, apparaît manifestement équivoque, ce qui conduit les publicistes de cette époque à tenter de clarifier cette question. De plus, si la Constitution du 4 novembre 1848 ne garantit au chef de l'État ni une *irresponsabilité* pour les actes liés à ses fonctions ni une *inviolabilité* pour ses actes extérieurs, il lui est seulement reconnu par le même article 68, en cas de jugement après sa déchéance par l'Assemblée Nationale, un privilège de juridiction devant la Haute Cour de justice. Cependant, son organisation comme son fonctionnement sont sujets à discussion (**A**).

507. Par ailleurs, dans le cadre d'un régime instauré par la Constitution de 1848 comparable à celui des Etats-Unis, les pouvoirs de la seule Chambre[2372] s'améliorent grandement. En effet, « en l'absence du droit de dissolution (art.68), le vice majeur du texte (est) de dresser, l'un contre l'autre, un pouvoir exécutif et un pouvoir législatif, également puissants (...) »[2373]. Le statut des parlementaires en est l'illustration parfaite. Contrairement à la Restauration et à la Monarchie de Juillet, les représentants bénéficient *à nouveau* des deux composantes des immunités parlementaires inscrites dans le corps même du texte constitutionnel. Renouant avec la tradition révolutionnaire et républicaine, l'article 36 du chapitre IV de la Constitution de 1848[2374] protège la liberté de tribune des députés tandis que l'article 37 du même chapitre garantit leur inviolabilité[2375]. À plus forte raison, il apparaît qu'ils font même l'objet d'une protection constitutionnelle plus étendue puisque, pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle, il est prévu qu'en cas d'arrestation pour flagrant délit, l'Assemblée doit être *obligatoirement* informée et doit donner son autorisation à la continuation des poursuites. Fort de cette place éminente grâce notamment à leur caractère de représentant de la Nation reconnue formellement[2376], certains publicistes de la IIème République y

2371 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.362. Comme le souligne Julien Laferrière, « la responsabilité personnelle que la Constitution faisait peser sur le Président de la République, (…) bien loin de l'affaiblir, ne faisait qu'augmenter sa force politique. Il était impossible d'attendre du Président, déclaré responsable de la politique du gouvernement, qu'il s'effaçât derrière ses ministres » (J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 2è éd., Paris : Domat-Montchrestien, 1947, p.207).

2372 L'unité du corps législatif est consacrée à l'article 20 de la Constitution de 1848 : « Le peuple français délègue le pouvoir législatif à une Assemblée unique ».

2373 J. Gicquel, J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 34è éd., op.cit., p.453.

2374 Chapitre IV, article 36 de la Constitution du 4 novembre 1848 : « Les représentants du peuple sont inviolables. Ils ne pourront être recherchés, accusés, ni jugés, en aucun temps, pour les opinions qu'ils auront émises dans le sein de l'Assemblée nationale ».

2375 Chapitre IV, article 37 de la Constitution du 4 novembre 1848 : « Ils ne peuvent être arrêtés en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, ni poursuivis qu'après que l'Assemblée a permis la poursuite. En cas d'arrestation pour flagrant délit, il en sera immédiatement référé à l'Assemblée, qui autorisera ou refusera la continuation des poursuites. Cette disposition s'applique au cas où un citoyen détenu est nommé représentant ».

2376 Chapitre IV, article 34 de la Constitution du 4 novembre 1848 : « Les membres de l'Assemblée nationale sont les représentants, non du département qui les nomme, mais de la France entière ».

consacrent par conséquent quelques développements dans le cadre d'une étude analytique du texte constitutionnel (**B**). Toutefois, il est important de souligner que ce bref régime est marqué par un effondrement du volume de la production scientifique en matière constitutionnelle. À cause de l'arrêté du 15 juin 1848, la chaire de droit constitutionnel, proclamée vacante suite à la mort du Comte, le restera tout au long du régime[2377]. Il n'est donc possible de recenser, durant ce court régime, qu'un seul manuel consacré spécialement au droit constitutionnel qui est l'œuvre de Félix Berriat-Saint-Prix[2378], ainsi que, dans une appréhension *large* de la doctrine, quelques écrits éparses provenant de la plume de quelques constituants[2379] destinés à défendre leurs idées et à légitimer leur œuvre.

A. Un problème doctrinal inédit : le régime juridique de la responsabilité d'un chef d'État républicain

508. L'originalité des institutions de la IIème République tient dans son pouvoir exécutif, à travers l'institution du Président de la République et son mode d'élection. Ces particularismes conditionnent l'exercice du pouvoir et les relations au sein du pouvoir exécutif. Comme le souligne Paul Bastid, « le suffrage universel donne à l'Exécutif, et particulièrement au chef de l'État, une force jusqu'alors inconnue et particulièrement redoutable dans un pays à vieille éducation monarchique »[2380]. Toutefois, les constituants refusent que ce personnage relativement puissant qui incarne à lui seul l'exécutif[2381] soit irresponsable dans le cadre d'un régime qui n'est plus monarchique (**1**). Mais, s'il est dépourvu d'une irresponsabilité et d'une inviolabilité pour ses actes, les auteurs de la Constitution de 1848 lui confèrent, tout de même, le privilège d'être exclusivement justiciable de la Haute Cour de justice. Cependant, ces derniers laissent plusieurs points dans l'ombre quant au régime juridique de sa responsabilité qui s'avère susceptible d'interprétations diverses. Deux thèmes

2377 Dans sa thèse relative à la science française du droit constitutionnel de la IIIème République, Guillaume Sacriste ne donne aucune raison à la vacance de la chaire de droit constitutionnel jusqu'à la fin du régime, mise à part la mort de Rossi (cf. G. Sacriste, La république des constitutionnalistes, op.cit., p.56).
2378 F. Berriat Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français. Esprit de la constitution de 1848 précédé d'un essai sur le pouvoir constituant et d'un précis historique des Constitutions françaises, Videcoq, 1851.
2379 L. M. de Cormenin (alias Timon), Petit pamphlet sur le projet de constitution suivi du texte exact et corrigé du Projet de Constitution, Paris : Pagnerre éditeur, 1848 ; A.-M.-J.-J. Dupin, Constitution de la République française accompagnée de notes sommaires explicatives du texte, et suivie de diverses pièces et de quelques Discours prononcés dans la discussion du projet, 2e éd., Paris : Videcoq, 1849 ; on peut également citer la brochure d'Edouard Laboulaye, publiée dès juillet 1848, *Considérations sur la Constitution* qui sera réimprimée en 1872 : E. Laboulaye, Questions constitutionnelles, Paris : Charpentier et Cie, 1872. Comme l'indique Edouard Laboulaye dans la préface de son ouvrage, ce dernier a « réuni dans ce volume différents écrits qui, tous, ont pour objet des questions constitutionnelles. Les deux premiers, (ont été) publiés en 1848 et 1851 (...) » (*ibid*., p.I). Enfin, Alexis de Tocqueville, en tant que membre de la commission parlementaire chargée du projet de Constitution, peut être également mentionné : L. Jaume, Tocqueville et le problème exécutif en 1848, Revue française de science politique, n°6, 1991.
2380 P. Bastid, Doctrines et institutions politiques de la Seconde République, op.cit., t.I, p.10.
2381 Dans le cadre de ce régime présidentiel mis en place par la Constitution de 1848, l'unité du pouvoir exécutif est ainsi consacrée : en vertu de l'article 43 du chapitre V, « le peuple français délègue le Pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de président de la République ».

centraux totalement nouveaux au regard de notre histoire constitutionnelle animent les débats doctrinaux sous ce régime éphémère : la nature et le champ d'application du système inédit de la responsabilité du chef de l'État et des ministres mise en place par l'article 68 de la Constitution de 1848 (**2**) et l'organisation et le fonctionnement du privilège de juridiction que représente la Haute Cour de justice chargée de juger, *entre autres*, le Président de la République[2382] (**3**).

1. Le rejet doctrinal de la reconnaissance de privilèges exorbitants au Président de la République : une conception nouvelle du pouvoir exécutif

509. Dans l'histoire des statuts dérogatoires constitutionnels en France, la Deuxième République se démarque par son absence de consécration d'une quelconque protection juridique à l'égard du chef d'État désormais républicain, sous réserve de son privilège de juridiction devant la Haute Cour. Lors de sa préparation, les rédacteurs de la Constitution ont été confrontés à un problème encore relativement inconnu en France, *la responsabilité du Président de la République*, destinée à devenir récurrente au sein de nos institutions. Néanmoins, en 1848, il apparaît qu'ils se trouvent face à une page blanche pour conceptualiser son statut puisqu'ils ne peuvent s'appuyer sur aucun précédent parmi les Constitutions françaises. Seule l'expérience américaine peut leur fournir des pistes de réflexion[2383]. Or, dans le cadre des discussions de la Commission de Constitution élue le 17 et 18 mai 1848 – majoritairement républicaine - chargée par l'Assemblée constituante de proposer un projet[2384], certains auteurs ont tenté d'appréhender, sous l'effet des circonstances, cet impensé de la

2382 Chapitre 8, article 91 de la Constitution de 1848 : « Une Haute Cour de justice juge, sans appel ni recours en cassation, les accusations portées par l'Assemblée nationale contre le président de la République ou les ministres (...) ».

2383 Cependant, l'influence de la Constitution américaine de 1787 sur la pensée constitutionnelle de 1848 est ambivalente : comme le note Gérard Fritz, « tout en écartant l'idée d'emprunter à la Constitution fédérale de 1787 – qui, justement à cause de sa structure fédérale, n'est pas transposable en France – (les auteurs) n'excluai(en)t pas qu'on ait à s'inspirer de la riche tradition constitutionnelle » (G. Fritz, La question de l'influence américaine, *in* La Constitution du 4 novembre 1848 : l'ambition d'une République démocratique, textes réunis par J. Bart, J.-J. Clère, C. Courvoisier et M. Verpeaux, Actes du colloque de Dijon, 10-11 déc. 1998, organisé par le Centre Georges Chevrier pour l'histoire du droit, le Centre d'Étude et de recherche politiques et l'AFDC, Dijon, 2000, p.27 ; *v.* également : A. Coutand, La Constitution de la IIe République et l'influence américaine, le paradoxe quarante-huitard, in Régimes politiques contemporains, Cahiers rémois annuels de droit et politique étrangers et comparés, n° 1 juin 2007, Paris : Mare et Martin, 2009, p.87-134). Tocqueville affirme effectivement : « je ne me prévaux pas de la Constitution des États-Unis, véritable œuvre d'art dont on ne peut guère emprunter quelque chose ; mais à côté de celle-là, il y a dans l'Amérique du Nord 30 répliques qui sont dans une position semblable à la nôtre (...) » (A. de Tocqueville, Oeuvres complètes, t. III, Écrits et discours politiques, vol.III, Paris : Gallimard, 1990, p.82). De ce point de vue, la Constitution de 1787 ne fait pas expressément mention des immunités juridictionnelles dont est susceptible de bénéficier le Président des États-Unis, sous réserve de son privilège de juridiction en cas d'enclenchement de la procédure d'impeachment. Ce sont des jurisprudences de la Cour suprême, bien ultérieures à la Constitution de 1848, qui sont venues régir le régime juridique de la responsabilité pénale et civile du Président américain engagées devant un tribunal ordinaire, en dehors de toute procédure d'impeachment ou parallèlement à celle-ci. *Cf.* E. Zoller, De Nixon à Clinton : Malentendus juridiques transatlantiques, Paris : PUF, 1999 ; E.Zoller, Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, Paris : Dalloz, 2010.

2384 Après trois tours de scrutin, sont élus au final pour composer la Commission de Constitution le 17 mai Cormenin, Armand Marrast, Lamennais, Vivien, Tocqueville, Dufaure ; et le 18 mai, Martin (de Strasbourg), Woirhaye, le pasteur Coquerel, Corbon, Tourret, Gustave de Beaumont, Dupin aîné ; puis, au troisième tour, Vaulabelle, Odilon Barrot, Pagès (de l'Ariège), Dornès, Victor Considerant. Il en résulte que « sauf le parti légitimiste, toutes les nuances de l'opinion se

réflexion constitutionnelle française, parmi lesquels principalement le libéral Alexis de Tocqueville, et son ami disciple, Gustave de Beaumont et, dans une moindre mesure, l'administrativiste Cormenin[2385].

510. Après avoir décidé, au terme de longs débats, de confier le pouvoir exécutif à une seule personne qui prendrait, pour la première fois dans notre histoire, le titre de « Président de la République » et de l'élire au suffrage universel direct justifiant l'attribution d'importantes prérogatives entre ses mains afin d'établir un pouvoir exécutif efficace[2386], les penseurs sont conscients des risques qui se profileraient à cause de cette puissance présidentielle[2387]. Ceux-ci sont, en effet, confrontés à un dilemme résumé par Odilon Barrot : « dans cette œuvre de la constitution de la République, ceux qui étaient chargés de faire cette constitution se débattaient vainement entre la nécessité d'un pouvoir exécutif fort et indépendant et le danger que cette force, cette indépendance même créaient pour la République : après avoir concédé à la logique révolutionnaire l'élection universelle et directe par le peuple, ils voulaient affaiblir ce colosse qui devait emprunter à la source dont ils le faisaient si imprudemment sortir une force écrasante ; ils cherchaient à le mutiler pour le rendre moins redoutable »[2388]. Au regard de la culture politique française depuis la Révolution jusqu'aux monarchies constitutionnelles de 1814 et de 1830, les auteurs redoutent énormément les empiétements du pouvoir exécutif qui en France a toujours fortement abusé de sa puissance[2389]. Marrast souligne effectivement au cours des discussions : « Nous sommes dans un

trouvent représentées » (P. Bastid, Doctrines et institutions politiques de la Seconde République, Paris : Librairie Hachette, 1945, t.I, p.235). On constate en effet que politiquement, « les 18 membres de la Commission appartenaient aux deux principales familles de l'Assemblée avec d'une part, des Républicains modérés (…), aiguillonnés par quelques membres plus radicaux (…), d'autre part, des orléanistes de la gauche dynamique (...) » (J.-J. Clère, Les travaux de la Commission de Constitution, in La Constitution du 4 novembre 1848 : l'ambition d'une République démocratique, op.cit., p.90). En outre, d'un point de vue personnel, « la composition du Comité ne prête guère à la critique. Beaucoup de membres comptaient parmi les personnalités les plus éminentes du monde politique et la plupart étaient des parlementaires chevronnés » (*ibid*.).

2385 R. De Lacharrière, Cormenin, politique, pamphlétaire, et fondateur du droit administratif, RDP, 1940-1941, p.150-199 ; P. Bastid, Un juriste pamphlétaire : Cormenin, précurseur et constituant de 1848, Paris : Hachette, 1948.

2386 Comme le note Cormenin dans son pamphlet, « en France, pays par excellence de centralisation où chaque citoyen ressent en soi le besoin d'être gouverné, tout pouvoir exécutif trop faible serait sans action, et tout pouvoir sans action serait méprisé. La France préférerait la dictature à l'anarchie » (Pamphlet publié par Cormenin alias Timon, reproduit dans La Constitution du 4 novembre 1848 : l'ambition d'une République démocratique, op.cit., p.135). De même, « en accord avec son ami Beaumont qu'il retrouve dans la commission, Tocqueville estime que la République n'est viable que si elle a un exécutif fort – chose que permettra l'élection par le peuple, au lieu d'une désignation par la ou les Chambres » (L. Jaume, Tocqueville et le problème exécutif en 1848, op.cit., p.744). Le publiciste affirme en ce sens que le pouvoir exécutif « doit être un pouvoir agile et actif ; pour cela, il faut qu'il soit libre et puissant » (A. de Tocqueville, Écrits et politiques, op.cit., p.107). Gustave de Beaumont insiste, lui aussi, sur cette idée : « tout le monde doit vouloir que le pouvoir exécutif soit grand et fort, l'initiative des lois est précisément l'acte par lequel peut se révéler la grandeur de la pensée, la suite des desseins qui peuvent être dans l'esprit du Président » (*ibid*., p.106).

2387 Lors des débats à l'Assemblée constituante de 1848, Félix Pyat affirmera : « Un président nommé au suffrage universel direct aura une force immense et presque irrésistible. Une telle élection est un sacre autrement divin que l'huile de Reims et le sang de Saint-Louis...Le président […] pourra dire à l'Assemblée : « je suis plus que chacun de vous, autant et plus que vous tous...[...] ; [chacun de vous n'est] en fait que les neuf centièmes du peuple, je suis à moi seul le peuple entier...je vaux à moi seul plus que toute l'Assemblée ; je représente mieux le peuple, je suis plus souverain que vous » » (cité par P. Brunet et A. Le Pillouer, Le pouvoir de l'élection : réflexions sur le président de la Vè République, *in* J. Elster et A. Le Pillouer (dir.), À qui servent les élections, Paris :PUF, 2013, p.53).

2388 O. Barrot, Mémoires posthumes de Odilon Barrot, Paris : Charpentier, 1875-1876, vol. II, p.365-366.

2389 C'est pourquoi, comme le rapporte Barrot, « M. de Cormenin proposait d'attribuer les principales fonctions du pouvoir exécutif à un conseil des ministres choisi nécessairement dans l'Assemblée, ayant un président qui, en cas

pays qui a des mœurs, des traditions monarchiques. Si vous donnez à votre président de la République une puissance égale à celle des rois, vous referez une royauté, l'Assemblée deviendra l'instrument du pouvoir exécutif ; ce pouvoir est fort par lui-même, par les tendances de la France, il ne faut pas le diviser »[2390].

511. C'est pourquoi, pour éviter le retour de la royauté en France et l'avènement d'un pouvoir personnel, les constitutionnalistes conçoivent le statut du Président de manière à endiguer toute velléité d'indépendance présidentielle. Ils sont effectivement guidés par une idée forte : le Président de la République n'est pas et ne doit pas devenir un monarque. Dans cette perspective, parmi les contrepoids imaginés au pouvoir présidentiel[2391], le régime de sa responsabilité apparaît comme un dispositif central. L'idée de cette responsabilité semble avoir été formulée pour la première fois au sein de la commission par l'un des constitutionnalistes renommés de la IIème République, Alexis de Tocqueville, dans son intervention du 5 octobre 1848. Celui-ci, « cantonné dans un rôle oppositionnel sous la monarchie de Juillet, trouve dans la période 1848-1851 l'occasion de soumettre à l'application sa réflexion politique et historique »[2392]. Membre de la commission de Constitution sur laquelle il exerce une influence plus ou moins grande selon les points de vue[2393], il est considéré comme un « publiciste célèbre, nouveau Montesquieu, auteur de la *Démocratie* »[2394]. « Intellectuel en politique »[2395], Tocqueville, fin connaisseur des institutions américaines, articulent ses principes de théoricien avec l'action de l'homme politique[2396]. En ce sens, dans la fabrication des

d'empêchement du président de la République, serait chargé de la remplacer ; c'est-à-dire qu'après avoir fait du président de la République la personnification du sentiment national au moyen de l'élection, il lui enlevait toutes les attributions réelles du pouvoir, pour en faire, dans la pratique, une sorte d'instrument passif, inerte et cependant responsable. Il était impossible de pousser plus loin l'inconséquence » (O. Barrot, Mémoires posthumes, op.cit., op.cit., t. II, p.358).

2390 Cité par A. de Tocqueville, Oeuvres complètes. Tome III, Écrits et discours politiques. Texte établi par A. Jardin, Paris : Gallimard, 1962-1990, vol.III, 1990, p.107.

2391 Plusieurs limites sont prévues par la Constitution de 1848 : la durée courte du mandat présidentiel qui est de 4 ans, supérieur d'un an au mandat parlementaire pour éviter une simultanéité des élections (art.45), l'écoulement de 4 ans après son premier mandat présidentiel pour redevenir éligible (art.45), le serment que le chef de l'État doit prêter devant l'Assemblée nationale (art.45), son élection par l'Assemblée Nationale dans des circonstances exceptionnelles (art.44) ou encore l'absence de droit de sanction des lois (art.58 et 59). Dans la même logique, Tocqueville estime que « la force politique de l'exécutif (doit être) compensée par des moyens décentralisateurs (...) » (L. Jaume, Tocqueville et le problème exécutif en 1848, op.cit., p.744).

2392 L. Jaume, Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848, op.cit., p.755.

2393 Comme le note Lucien Jaume, « selon la thèse courante, Tocqueville fut presque sans influence dans la commission, tout comme par la suite, en tant que député – et, pour un temps, ministre -, il va assister en spectateur impuissant aux conflits débouchant sur le coup d'État de Louis-Napoléon, le 2 décembre 1851. Les choses sont en fait plus complexes, car Tocqueville est plus écouté qu'on ne l'a dit, et ses options dans le débat politique sont étroitement liées à sa réflexion théorique (L. Jaume, Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848, op.cit., p.739).

2394 *Ibid*., p.740.

2395 *Ibid*., p.754.

2396 À partir de 1848, Tocqueville décide de défendre la République. Ce choix est dicté par des « raisons à la fois intellectuelles et morales : les légitimistes rêvent d'une société qui ne peut plus revenir, et la cause des Bourbons est sans avenir (…) ; (de plus) le peuple de Paris a clairement manifesté son choix, à l'encontre d'un roi supposé neutre et irresponsable mais qui n'en fait qu'à sa tête et couvre les scandales » (*ibid*., p.743). Cependant, il convient de remarquer que cette aspiration républicaine est contraire autant à son statut aristocratique qu'à ses convictions profondes. Pour lui, la République n'est pas adaptée à la culture française : « je ne croyais pas plus alors que je ne crois aujourd'hui que le gouvernement républicain fût le mieux approprié aux besoins de la France ; ce que j'entends à proprement parler par le gouvernement républicain, c'est le pouvoir exécutif électif. Chez un peuple où les habitudes, la tradition, les mœurs, ont assuré au pouvoir exécutif une place si vaste, son instabilité sera toujours, en temps agité, une cause de révolution ; en temps calme, de grand malaise. J'ai toujours considéré, d'ailleurs, que la République était un gouvernement sans

institutions de 1848, « il entend rester fidèle à la méthode mise en œuvre treize ans plus tôt, dans la première *Démocratie* : à partir des données historiques, culturelles et sociales, dégager les principes qui peuvent permettre d'harmoniser un peuple et un texte constitutionnel »[2397]. À ce titre, en tant que libéral hostile à tout despotisme, la problématique *inédite* de la responsabilité du personnage central du pouvoir exécutif constitue l'une de ses préoccupations majeures.

512. Au regard des circonstances politiques et des revendications populaires, sa pensée se résume autour de deux idées complémentaires, qui triompheront dans le texte constitutionnel final. Il s'agit, *en premier lieu*, de proscrire au chef d'État républicain la reconnaissance des privilèges exorbitants détenus habituellement par un monarque que sont l'inviolabilité et de l'irresponsabilité. En effet, comme le rapporte le procès-verbal des discussions, « M. de Tocqueville croit qu'il convient de donner au Président de la République à peu près les prérogatives d'un roi constitutionnel, moins la durée, l'inviolabilité et l'irresponsabilité (...) »[2398]. Cette suppression est perçue dans un régime républicain comme une « évidence, simplement par réaction contre l'irresponsabilité du Roi dans le système précédent »[2399]. En effet, étant donné sa réflexion comparative permanente avec l'Amérique[2400], Tocqueville partage avec les républicains « la crainte de « refaire la royauté ». Le président de la République, cela ne doit pas être l'ancien roi plus le suffrage universel »[2401]. *En second lieu*, sans protection désormais, le publiciste achève ce dispositif par l'instauration impérieuse d'une responsabilité du Président de la République[2402] afin qu'il ne ressemble pas au

contrepoids, qui promettait toujours plus, mais donnait moins de liberté que la monarchie constitutionnelle » (A. de Tocqueville, Souvenirs, rééd. Paris : Gallimard, 1978, p.209). Sa défense d'un Président responsable est donc influencée par les circonstances politiques du moment.

2397 *Ibid*., p.744.

2398 P. Bastid, Doctrines et institutions politiques de la Seconde République, op.cit., t. I, p.258.

2399 J.-J. Clère, Les travaux de la Commission de Constitution, op.cit., p.108. Tocqueville insistera rétrospectivement sur ce point dans ses *Souvenirs*, après le coup d'État du 2 décembre 1851 : « Dans un pays sans traditions monarchiques où le pouvoir exécutif a toujours été faible et continue à être fort restreint, il n'y a rien de plus sage que de charger la nation du choix de ce représentant. Un président, qui n'aurait pas la force qu'il puise dans cette origine y serait bientôt le jouet des assemblées, mais notre condition était bien autre, nous sortions de la monarchie et les habitudes des républicains eux-mêmes étaient encore monarchiques. La centralisation, d'ailleurs, suffisait à rendre notre situation incomparable ; d'après ses principes, toute l'administration du pays dans les plus petites aussi bien que dans les plus grandes affaires ne pouvait appartenir qu'au président ; les milliers de fonctionnaires qui tiennent le pays tout entier dans leurs mains, ne pouvaient relever que de lui seul ; cela était ainsi, d'après les lois et même d'après les idées en vigueur que le 24 février avait laissé subsister, car nous avions conservé l'esprit de la monarchie, en en perdant le goût. Dans de telles conditions, que pouvait être un président élu par le peuple, sinon un prétendant à la couronne ? L'institution ne pouvait convenir qu'à ceux qui voulaient s'en servir pour aider la transformation du pouvoir présidentiel en royauté » (A. de Tocqueville, Souvenirs, op.cit., p.267-268).

2400 Dans son fameux ouvrage *De la démocratie en Amérique*, Tocqueville a procédé à une comparaison du Président américain et du roi français. Cf. dans le chapitre 8 (première partie), la section intitulée : « En quoi la position du président aux États-Unis diffère de celle d'un roi constitutionnel en France ».

2401 L. Jaume, Tocqueville et le problème exécutif en 1848, op.cit., p.745. Toutefois, Tocqueville est pris dans une contradiction car il n'est pas non plus favorable à un pouvoir exécutif faible : en effet, « les journées insurrectionnelles des 23-26 juin (ont réanimé) son désir d'un pouvoir exécutif symboliquement fort et doté de moyens répressifs aisés » (*ibid*.).

2402 De même, Odilon Barrot estime que « le pouvoir appartient nécessairement à qui doit en répondre ; (…) gouvernement et responsabilité sont des corrélatifs nécessaires, indivisibles. Comment dès lors, après avoir fait élire un chef par tout un peuple, refuser à ce chef le pouvoir de répondre à la confiance de ce peuple (…) ? Comment surtout, après avoir déclaré solennellement que ce chef répondrait moralement et politiquement du gouvernement qui lui a été confié par toute une nation, lui lier les mains, enchaîner sa volonté, en faire une espèce d'automate qui agit par l'impulsion et la pensée d'autrui ? Cela ne se peut pas (…) » (O. Barrot, Mémoires posthumes de Odilon Barrot.,

pouvoir royal[2403]. Gustave de Beaumont, également membre de la commission, partage la même idée[2404], en affirmant que « le Président de la République (…), l'âme, le ressort, l'essence du pouvoir exécutif (…) doit être responsable pour qu'il y ait une vraie liberté (...) »[2405]. De ce point de vue, il convient de remarquer que le système imaginé par Tocqueville présente une réelle *originalité* puisqu'il propose, pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle, la mise en place d'une responsabilité présidentielle solidaire des ministres[2406]. Contrairement aux dispositifs classiques de responsabilité du pouvoir exécutif existants[2407], le publiciste souligne d'ailleurs lui-même l'originalité du mécanisme établi par la Constitution de 1848 : « ici (…) qu'avons-nous fait ? Quelque chose de nouveau, d'*inouï*, si j'ose le dire. Nous avons tout à la fois déclaré le chef du pouvoir exécutif responsable, comme ce n'était pas le Roi, et en même temps nous avons placé à côté de lui un Conseil des ministres également responsable sans lequel il ne peut rien faire, et qui peut le réduire à l'impuissance, comme il aurait pu réduire à l'impuissance un Roi constitutionnel ; de telle sorte que l'Assemblée nationale seulement peut mettre en accusation le Président s'il manque à son devoir »[2408]. Dans ce système atypique, le chef de l'État devra ainsi rendre compte de ses actes devant une juridiction spéciale, la Haute Cour de justice.

En définitive, on s'aperçoit que le Président de la République, auréolé du sacre populaire, est appréhendé par la pensée constitutionnelle de 1848, et principalement par Alexis de Tocqueville,

Charpentier, 1875-1876 , vol. II, p.365-366).

2403 Le publiciste Berriat-Saint-Prix partage la même idée dans son manuel : « le refus de poursuivre [le chef de l'État] assurerait son impunité » (F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.635).

2404 Marrast, rapporteur des deux projets de Constitution, est également favorable à la responsabilité du chef de l'État républicain : « contre les abus du pouvoir exécutif, la Constitution se prémunit en le faisant temporaire et responsable » (cité par F. Luchaire, Naissance d'une Constitution : 1848, Paris : Fayard, coll. Histoire des constitutions de la France, 1998, p.208).

2405 Propos rapportés par A. de Tocqueville, Écrits et discours politiques, op.cit., p.104. Cette idée du lien entre le pouvoir et la responsabilité est également exprimée par le libéral Félix Berriat-Saint-Prix : « Objectera-t-on que les rois sont inviolables, tandis que le Président répond de ses actes ? La responsabilité implique la liberté d'action. Mais n'abusons pas d'une idée juste, et n'allons pas nous imaginer que les constitutions républicaines, en proclamant tous les magistrats responsables, les érigent, par contre-coup, en despotes. (…) Tout mandataire doit compte de ses actes » (F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.450).

2406 Pour Tocqueville, il faut en effet « (…) rendre les ministres solidairement responsables avec lui » (P. Bastid, Doctrines et institutions politiques de la Seconde République, op.cit., t. I, p.258). Beaumont appuie la proposition tendant à reconnaître la double responsabilité des détenteurs du pouvoir exécutif : « (…) les ministres doivent partager cette responsabilité, parce que, si le Président de la République a l'initiative des actes de haute politique, il a besoin du concours des ministres pour les faire exécuter. C'est aux ministres à voir s'ils veulent donner ou refuser leur concours ; et dès lors ils doivent devenir solidaires de la responsabilité du Président » (*ibid.*). Cette disposition est adoptée facilement : comme le note Jean-Jacques Clère, « le fait que le même jour la Commission ait traité de trois ou quatre autres questions comme celle, très importantes, de la suspension et de la révocation des agents publics par le Président de la République, indique que la responsabilité du chef de l'État et des ministres était acceptée par la grande majorité des membres (...) » (J.-J. Clère, Les travaux de la Commission de Constitution, op.cit., p.108).

2407 Puisant sur les modèles parlementaire et présidentiel, Tocqueville distingue deux systèmes de responsabilité du pouvoir exécutif existants : « un premier système dans lequel le chef du pouvoir exécutif est irresponsable ; mais, comme en réalité, il ne peut rien faire sans le concours des ministres, et que les ministres sont placés sous les yeux, dans le sein et sous la main de l'assemblée législative, l'action de celle-ci sur le gouvernement demeure très grande ; c'est le système des monarchies constitutionnelles. Il y a un second système : dans celui-là, le chef du pouvoir exécutif est responsable directement ; mais en même temps il n'a pas besoin pour agir du concours d'aucun de ministres, ses ministres sont choisis par lui hors de l'Assemblée » (A. De Tocqueville, Oeuvres complètes, tome III : Écrits et discours politiques, vol. 3, op.cit., p.213).

2408 A. De Tocqueville, Oeuvres complètes, tome III : Écrits et discours politiques, vol. 3, op.cit., p.213.

comme devant être un pouvoir nécessairement responsable solidairement avec les ministres, frein puissant à toute dérive monarchique[2409]. Il s'agit de repousser vigoureusement la figure du roi inviolable et irresponsable. Toutefois, un doute persiste sur la nature de cette responsabilité, sur laquelle la doctrine de la IIème République se penche également.

2. Le nature indéterminée de la double responsabilité ministérielle et présidentielle : un dissensus doctrinal

513. L'article 68 alinéa 1er de la Constitution de 1848 pose le principe de la responsabilité des titulaires du pouvoir exécutif[2410], ainsi que des agents et dépositaires de l'autorité publique, quant aux actes gouvernementaux et administratifs[2411]. Il prévoit, en plus, dans son alinéa 2, la responsabilité du Président en cas de « crime de haute trahison » désigné par toute mesure par laquelle le président de la République dissout l'Assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat. Enfin, l'alinéa 3, dans la continuité des textes constitutionnels antérieurs, appelle à l'adoption d'une loi en vue de réglementer et de détailler la responsabilité des gouvernants[2412]. Néanmoins, il convient d'observer que, malgré cette réglementation, cet article, ni aucun autre, ne précise la nature de la responsabilité ainsi encourue.

514. Face à cette incertitude textuelle, le docteur en droit et avocat à la Cour d'appel de Paris, Félix Berriat-Saint-Prix, nous livre son interprétation de l'article 68 dans son manuel, « *Théorie du droit constitutionnel français. Esprit de la constitution de 1848* » de 1851 qui constitue le seul traité

2409 Edouard Laboulaye, héritier de Constant et de Tocqueville, est très critique à l'égard de l'architecture institutionnelle de la Constitution de 1848 qui risque de conduire à une révolution : « (…) il est impossible de devenir quel gouvernement peut nous donner une Assemblée souveraine, plus absolue que Louis XIV, et un pouvoir exécutif étrangement énervé, il est vrai, mais que l'opinion soutiendra dès le premier jour, parce qu'en France, comme chez toutes les races romaines, l'opinion s'incarne toujours dans un homme, et que la nation aime se sentir conduite et tenue par un chef ». Il en conclut qu' « il n'est personne, en un mot, qui ne voie avec effroi qu'on lance le pays dans l'inconnu, et qu'au-delà de ces ténèbres il y a peut-être tout un monde de révolutions ! » (E. Laboulaye, Questions constitutionnelles, Paris : Charpentier, 1872, p.54). Sur ce point : A. Le Pillouer, La théorie constitutionnelle d'Edouard Laboulaye, Revue Française d'Histoire des idées politiques, n°47, 2018/1, p.119-140 ;

2410 La responsabilité des deux parties de l'exécutif répond à un objectif bien précis, comme l'explique Beaumont, membre de la commission chargée de rédiger un projet de Constitution nommée par l'Assemblée constituante : « le Président de la République doit être l'âme, le ressort, l'essence du pouvoir exécutif, qu'il doit être responsable pour qu'il y ait vraie liberté, mais que les ministres doivent partager cette responsabilité, parce que, si le Président de la République a l'initiative des actes de haute politique, il a besoin du concours des ministres pour les faire exécuter. C'est aux ministres à voir s'ils veulent donner ou refuser leur concours ; et dès lors ils doivent devenir solidaires de la responsabilité du Président » (cité par P. Bastid, Doctrines et institutions de la Seconde république, op.cit., t.I, p.258).

2411 Article 68 alinéa 1er de la Constitution de 1848 : « Le président de la République, les ministres, les agents et dépositaires de l'autorité publique, sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de tous les actes du gouvernement et de l'administration ».

2412 Comme le note Berriat-Saint-Prix, « le deuxième et le troisième alinéa de l'article 68 règlent une hypothèse spéciale au Président. Elle méritait, par sa gravité, d'être prévue dans le texte même de la Constitution. Il s'agit du cas où le Président attente au libre exercice de la puissance législative ; peu importe qu'il ait eu, ou non, le temps de l'usurper pour son compte » (F. Berriat Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.542).

doctrinal répertoriable au cours de ce bref régime sans chaire de droit constitutionnel active. Il reconnaît d'ailleurs lui-même son rôle de pionner : « personne n'ignore combien il est difficile de pénétrer le vrai sens d'un texte qui n'a pas été exploré par d'autres. Être le premier devient alors un titre à l'indulgence. J'ai quelques droits à m'en prévaloir »[2413]. À travers cet ouvrage classique qui s'ajoute aux précédents dans lesquels il a procédé à une analyse des textes constitutionnels antérieurs[2414], la fonction essentielle qu'il assigne à la doctrine est de décortiquer intellectuellement le plus habilement possible le droit positif, et de faire apparaître ses logiques ou ses incohérences. Il considère, en effet, que sous la IIème République, « la théorie du droit constitutionnel n'a pas atteint le dernier degré de perfectionnement auquel puisse la porter l'intelligence de l'homme. Le lecteur exercé reconnaîtra sans peine les points que je me suis efforcé d'éclaircir »[2415]. Mais il constate également que sa méthode, limitée au dogmatisme juridique, est critiquée par certains auteurs[2416]: « j'ai lu quelque part, *affirme-t-il*, qu'un livre est nécessairement dénué d'autorité quand l'auteur suit pas à pas le texte de la loi »[2417]. Cependant, il se rassure lui-même « en songeant que d'illustres écrivains, anciens et modernes, ont suivi cette méthode, dont l'utilité pratique est manifeste »[2418].

515. À cet égard, mettant en pratique sa méthode exégétique à propos de l'article 68, il en analyse chacun de ses termes. À l'examen, il fait apparaître que la responsabilité présidentielle et ministérielle prévues par la présente disposition[2419] est d'ordre pénal et civil. Plusieurs indices

2413 Berriat-Saint-Prix souligne la faiblesse *quantitative* et *qualitative* des sources à sa disposition pour étudier la Constitution de 1848 : « Bien que les notules, souvent spirituelles, de M. Dupin, et la judicieuse analyse des débats parlementaires par M. Duvergier m'aient suggéré plus d'une observation, elles m'ont trop fréquemment abandonné à mes propres forces. Les vastes colonnes du *Moniteur* offrent le superflu dans quelques points ; dans bien d'autres, elles ne fournissent même pas le nécessaire » (*ibid*., p.VIII).

2414 Le constitutionnaliste Berriat-Saint-Prix remarque effectivement que : « (…) le sujet que je traite n'est pas nouveau pour moi. Jeune encore, j'ai publié, sur la Constitution antérieure, un essai dans lequel des auteurs n'ont pas dédaigné de puiser quelques idées » (*ibid*., p. VIII). Il souligne la dette de certains auteurs qui ont puisé dans ses idées et l'influence intellectuelle qu'il a exercé sur une Constitution étrangère : « ces emprunts les enrichissaient peu ; ils se sont abstenus d'en indiquer la source. Il y aurait de l'ingratitude à ne pas mentionner ici l'honneur inespéré que m'ont fait les rédacteurs de la Constitution grecque de 1844. En important chez eux la Charte française, ils ont transformé en lois plusieurs améliorations de détail que j'avais proposées dans mon livre » (*ibid*.). Cependant, il constate que les constituants de 1848 ne se sont pas inspirés de ses recommandations : « rien n'aurait plus flatté mon amour-propre que de pouvoir adresser le même témoignage de reconnaissance aux rédacteurs de la Constitution de 1848. J'ai cru découvrir çà et là dans leur œuvre quelques vestiges de mes opinions ; mais un nombre plus grand encore de fautes que j'avais rendues sensibles jusqu'à l'évidence ont été fidèlement reproduites ; je suis obligé d'en conclure que mon travail n'a pas été consulté » (*ibid*.).

2415 *Ibid*., p.VI.

2416 Berriat-Saint-Prix fait sans doute référence à la *rupture méthodologique* initiée à partir des années 1840 dans l'ordre du droit par deux éminentes personnalités privatistes alsaciennes du XIXe siècle, Charles Aubry et Frédéric-Charles Rau. Ralliés aux nouvelles méthodes d'enseignement du droit qui ont commencé à se répandre en Allemagne sous l'influence de Zachariae qui préfère à « l'ordre des articles du Code un système d'exposition qui distingue entre « droit civil théorique » et « droit civil pratique » » (J.-L. Halpérin, Notice Aubry Charles et Rau Frédéric-Charles ; Cours de droit civil français, *in* O. Cayla, J.-L. Halpérin (dir.), Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, op.cit., p.10), ils continuent de privilégier une analyse grammaticale des phrases du Code mais, en même temps, ils s'efforcent de dégager les grands concepts des branches du droit civil de façon à ce que leurs analyses soient davantage théoriques. *Cf*. J.-M. Poughon (dir.), Aubry et Rau : leurs œuvres, leurs enseignements, Université Robert Schuman de Strasbourg, Centre de droit privé fondamental et Institut d'études judiciaires, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2006.

2417 F. Berriat Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.VIII.

2418 *Ibid.*, p.VI.

2419 Berriat-Saint-Prix examine également, de manière brève, la responsabilité des *fonctionnaires* instituée par ce même article 68. Il constate que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII n'est plus en vigueur et n'est plus justifié. A

l'indiquent à ses yeux. *D'une part,* il met en lumière que la responsabilité instituée est *légale* puisque « la responsabilité établie par l'article 68 a (…) un double sens. Elle signifie : et l'obligation de réparer le tort causé par un acte de gouvernement ; et l'obligation de subir les peines attachées par la loi à cet acte »[2420]. En d'autres termes, les titulaires du pouvoir exécutif ne sont responsables, pour lui, que dans les cas prévus par la loi en vertu du principe de la légalité des délits. Ils doivent répondre uniquement des fautes commises contraires à celle-ci[2421]. En outre, en plus de déterminer les incriminations, la loi fixe également les *peines* applicables en cas d'engagement de la responsabilité des titulaires du pouvoir exécutif. Ceux-ci doivent subir, en cas de faute, la sanction édictée par le législateur : « (…) les lois criminelles établissent des peines contre les *délits*, c'est-à-dire contre les fautes dont le législateur veut prévenir le retour par une sanction particulière. Parmi les délits, se trouvent nécessairement quelques-unes des fautes commises par les fonctionnaires publics (...) »[2422]. Autrement dit, la Haute Cour de justice, lors du jugement d'un ministre ou du Président de la République ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire dans la détermination des incriminations et des peines, et elle reste soumise à l'empire de la loi. *D'autre part*, se demandant s'il faut « restreindre le principe de l'article 68 à une responsabilité purement pénale »[2423], celle-ci est également, à ses yeux, de nature civile. Cette lecture découle, pour lui, de la mise en relation avec

l'origine, le fondement de cette garantie exorbitante reposait, selon lui, sur le principe de la séparation des pouvoirs afin d'éviter une immixtion de l'autorité judiciaire, agitée d'« un désir perpétuel d'envahir les attributions gouvernementales » (*ibid*., p.540), dans les opérations administratives. En effet, à travers l'autorisation du Conseil d'État, « le système de l'an VIII se réduit, au fond, à cette idée que les tribunaux ordinaires n'offrent pas une garantie suffisante aux agents du pouvoir » (*ibid*.). Il en tire donc la conclusion que l'organisation judiciaire doit être réformée, de manière à ce que « l'autorisation préalable (soit) supprimée et remplacée par certaines précautions dilatoires, au profit de quelques fonctionnaires politiques » (*ibid*.). A cet égard, une étude systématique de la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'application de l'article 75 a montré que, pour près de la moitié, les poursuites engagées contre les agents pouvaient s'exercer librement. *v.* C. Guérin-Bargues, De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire. Essai de généalogie, RFDA, 2009, p.975.
« Je ne vois d'autre conclusion à en tirer que la nécessité d'améliorer l'organisation judiciaire » (*ibid*.).

2420 *Ibid*., p.537.

2421 Pour le publiciste Berriat, « il est nécessaire que l'acte constitue une faute ; autrement le ministre sera digne d'éloge et non de blâme : partant, point de responsabilité » (*ibid*., p.539). Il distingue, à cet égard, deux catégories de fautes : « 1° les fautes qui consistent dans une violation de la loi ; ce qui implique un excès de pouvoir, puisque l'agent est chargé, par hypothèse, d'exécuter la loi ; 2° les fautes commises par l'administrateur dans les limites de ses pouvoirs, et qui consistent à en faire un mauvais usage » (*ibid*.). En outre, Berriat adopte une lecture extensive de l'article 68 puisque, pour lui, cet article embrasse également les abstentions d'agir : « (…) les termes de l'article 68 sont susceptibles d'une certaine extension. Ils n'embrassent que les *actes* ; cependant il est clair qu'un administrateur peut nuire à l'État, en s'abstenant d'agir : par exemple, s'il ne repousse pas les attaques de l'ennemi » (*ibid*.). Il réfléchit, par ailleurs, si la responsabilité des ministres ou du Président qui concerne tout acte qui est un exercice du pouvoir exécutif, pourrait comprendre les actes qui constituent un exercice de la puissance législative, « qu'ils aient été approuvés ou non par l'Assemblée nationale, et notamment les propositions de lois, les traités et les déclarations de guerre » (*ibid*., p.541). Berriat-Saint-Prix répond par la négative : utilisant un argument d'analogie, il souligne que les représentants, en vertu de l'article 36 de la Constitution de 1848, « proclamés inviolables, sont affranchis de toute recherche au sujet de leurs « opinions », et probablement aussi de leurs votes » (*ibid*.). Au final, « ou le projet a été repoussé, et il n'a causé aucun mal ; ou le projet a été adopté, et le mal a été sanctionné par l'Assemblée Nationale, c'est-à-dire par le peuple qu'elle représente » (*ibid*.). En effet, il constate que la légitimité électorale de l'Assemblée lui confère une irresponsabilité pour ses lois et, a fortiori, pour ses exécutants : « tant que le suffrage universel sera respecté, il sera bien difficile, à vrai dire, d'accuser des ministres comme coupables d'avoir conçu ou mis à exécution une mesure que les représentants du peuple ont librement sanctionnée de leur vote » (*ibid*.). A cet égard, il convient de remarquer que, par la suite, le Conseil d'État, dans un contexte de remise en cause de l'État légal, mettra fin, lors de la Vème République, à cette immunité en matière d'adoption d'une loi ou d'un traité préjudiciables, sous certaines conditions strictes (CE Ass., 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers la Fleurette, rec. p.25 ; CE, Ass., 30 mars 1966, Cie générale d'énergie radio-électrique).

2422 *Ibid.*, p.537.

2423 *Ibid*., p.538.

l'article 98 de la Constitution de 1848, qui prévoit littéralement que l'Assemblée Nationale, après avoir inculpé un ministre, peut le renvoyer, soit devant la Haute Cour de justice, soit devant les tribunaux ordinaires, pour les réparations civiles[2424]. En d'autres termes, la juridiction spéciale peut être compétente pour les fautes civiles, notamment en matière financière, en plus de l'être en matière pénale. Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, il s'agit d'une responsabilité régie par le droit commun. C'est pourquoi Berriat-Saint-Prix est favorable à l'adoption de la loi organique exigée par l'alinéa 3 de l'article 68 visant à formaliser la responsabilité présidentielle et ministérielle, même s'il constate la réticence des ministres à l'égard d'un tel projet législatif ajoutée aux nombreux échecs sur ce point[2425]. Au terme de son analyse, le publiciste conclut donc qu'au titre de l'article 68 de la Constitution de 1848, « (…) les agents du pouvoir exécutif sont responsables au civil, comme au criminel »[2426].

516. Cependant, il convient de noter que cette interprétation est loin de faire l'unanimité au sein de la pensée constitutionnelle classique et contemporaine. Trois opinions se rencontrent : certains auteurs considèrent, comme Berriat-Saint-Prix, que seule la responsabilité pénale est reconnue par les Constituants de 1848, en rejetant ainsi toute dimension politique[2427] ; d'autres en position minoritaire défendent que l'article 68 consacre la double responsabilité politique du chef de l'État[2428]. La dernière opinion doctrinale, majoritaire, soutient la nature insoluble de cette

2424 Chapitre VIII, article 98 de la Constitution de 1848 : « Dans tous les cas de responsabilités des ministres, l'Assemblée nationale peut, selon les circonstances, renvoyer le ministre inculpé, soit devant la Haute Cour de justice, soit devant les tribunaux ordinaires, pour les réparations civiles ».

2425 Le publiciste Berriat-Saint-Prix observe effectivement que cette « loi (a été) si souvent promise, si vainement attendue » (*ibid*., p.539). En outre, second obstacle à l'adoption de cette loi spéciale, il remarque que « les ministres en redoutent l'application pour eux-mêmes, tant ils répugnent à la rédiger ! » (*ibid*.). Pour autant, il estime que celle-ci est bénéfique pour les ministres : « elle ne peut que leur être avantageuse, en spécifiant les cas de responsabilité, en restreignant plus ou moins le droit de poursuite et de jugement » (*ibid*.) puisqu'en son absence, les ministres peuvent être poursuivis pour n'importe quel fait. Cependant, Berriat-Saint-Prix tient un propos contradictoire par la suite car il soutient, en faisant référence à l'article 68, que « l'absence de loi organique ne saurait paralyser l'application d'un article exprès de la loi constitutionnelle ». Or, dans la mesure où il appréhende cette responsabilité encourue par cet article comme étant de nature pénale, la mise en œuvre de la responsabilité ministérielle voire présidentielle sans une loi préalable constituerait manifestement une violation du principe de la légalité des délits et des peines, à moins que ce vide soit comblé par le Code pénal. Dans le cas contraire, cet article peut être aisément utilisé à des fins politiques par l'Assemblée en vue de se débarrasser d'un Président ou d'un ministre.

2426 *Ibid*.

2427 Pour Barthélemy et Duez, « après la Révolution de 1848, la France s'écarte de nouveau du régime parlementaire (…) » (J. Barthélemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, p.177) et rejette ainsi la responsabilité politique des ministres sous la Deuxième République. En outre, s'appuyant sur un argument littéral, Nathalie Havas observe que « l'article 68 alinéa 1er de la Constitution de 1848 assimile les titulaires du pouvoir exécutif, c'est-à-dire le président de la République et les ministres, à tous les agents et dépositaires de l'autorité publique. Or, ces derniers, étant nécessairement dépourvus du pouvoir politique, ne peuvent absolument pas encourir une responsabilité d'ordre politique » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.364). Dans le même sens, *v.* J.-J. Clère, Les travaux de la commission de Constitution, op.cit., p.108.

2428 Pour Paul Bastid, « c'est surtout par l'institution d'un conseil des ministres responsables que l'Assemblée exerce sur les actes journaliers du pouvoir exécutif un contrôle (...) » (P. Bastid, Doctrines et institutions politiques de la Seconde République, op.cit., t.II, p.107). De même, pour Marcel Morabito, « quant à l'article 68, tout en précisant que les ministres sont « responsables de tous les actes du gouvernement et de l'administration », il n'indique pas de quelle responsabilité il s'agit. (…) Pourtant, dans le silence de la Constitution, plusieurs indices plaident en faveur d'une responsabilité politique », comme le laisse présager Odilon Barrot dans ses Mémoires (M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, 16è éd., op.cit., p.245).

controverse[2429]. Il semble, en effet, que, si les acteurs politiques de l'époque ont songé à la responsabilité politique en consacrant la responsabilité des deux parties du pouvoir exécutif[2430], « les Constituants eux-mêmes ont laissé la question sans réponse, (ils) sont demeurés vagues sur la nature de cette responsabilité (…) (car) ils ne savaient pas comment régler le problème de la double responsabilité dans un régime républicain »[2431]. La fameuse loi de formalisation de l'article 68 ne sera jamais adoptée au cours de la IIème République[2432].

517. Quoi qu'il en soit, malgré le flou conceptuel l'entourant, on observe que quelques auteurs de doctrine, dont principalement Berriat-Saint-Prix, ont tenté de penser et d'éclaircir le questionnement de la responsabilité des ministres et du chef de l'Etat. Mais un dernier sujet les préoccupe : l'organe chargé de juger notamment les ministres et le chef de l'État, la Haute Cour de justice.

2429 Pour Jean Laferrière, les rapports des ministres avec l'Assemblée ne sont pas expliqués par la Constitution de 1848 : « elle contenait bien certaines des règles du gouvernement parlementaire ; la possibilité pour le Parlement de choisir ses ministres parmi les membres de l'Assemblée, le droit d'entrée et de parole des ministres dans l'Assemblée. Par contre, certains traits de la Constitution de 1848 semblaient exclure la possibilité du gouvernement parlementaire » (J. Laferrière, op.cit., p.208) ; pour Jacques Cohen, auteur d'une thèse sur l'élaboration des institutions de 1848, « au lieu de définir nettement la situation du Conseil des ministres par rapport au Président et à l'Assemblée, on construit toute une théorie qui ne précise rien. Nous ne connaîtrons en effet par la suite ni les rapports des ministres avec l'Assemblée quant à leur responsabilité, ni le contenu de cette responsabilité » (J. Cohen, La préparation de la Constitution de 1848 (pouvoirs législatif et exécutif), thèse, Paris : Jouve et Cie éditeurs, 1935, p.41) ; dans le même sens, selon Philippe Ségur, « pour les constituants de 1848, il s'agissait (…) d'instaurer un régime hybride, c'est-à-dire fortement présidentiel, mais mâtiné de parlementarisme. De ce point de vue, l'absence de droit de dissolution à la disposition de l'exécutif supposait que l'on demeurât discret sur la mise en jeu de la responsabilité ministérielle. La formulation obscure de l'article 68 laissait alors planer un doute sur la nature de celle-ci » (P. Ségur, La responsabilité politique, Paris : PUF, 1998, p.32).

2430 Sans réelle certitude, l'étude des débats constituants semble ne pas exclure la responsabilité politique des représentants du pouvoir exécutif. Le rapport du second projet de Constitution présenté par Marrast à l'Assemblée nationale le 30 août 1848 mentionne effectivement que « l'Assemblée seule demeure maîtresse de tout le système politique ; ce que le Président propose par ses ministres, elle a le droit de le repousser ; si la direction de l'administration lui déplaît, elle renverse les ministres » (cité par F. Luchaire, Naissance d'une Constitution : 1848, op.cit., Ann. II, p.208). Toutefois, comme le note Nathalie Havas, la pratique révélera le contraire : « si elle est *a priori* absente du texte constitutionnel, la responsabilité politique des ministres ne s'impose pas davantage dans la pratique de la Deuxième République. Alors que le président de la République détient un pouvoir de défiance et un droit de révocation à l'endroit des ministres, ces derniers apparaissent encore dépourvus de l'exercice effectif du pouvoir politique. Le ministère se trouve rapidement placé sous l'influence directe du chef de l'État qui détermine lui-même la politique à mettre en œuvre. Quant à la responsabilité gouvernementale devant l'Assemblée, elle ne s'impose pas non plus dans les faits, car la majorité parlementaire demeure dépourvue d'un pouvoir de révocation vis-à-vis des ministres. En d'autres termes, la responsabilité gouvernementale devant le chef de l'État et devant l'Assemblée ne fonctionne toujours pas sous la Deuxième République (...) » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.372).

2431 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.368. Odilon Barrot affirmera en effet : « là se dressait devant eux la question de la double responsabilité qui aurait dû dominer tout ce débat et qu'ils laissaient dans l'ombre, soit par irréflexion, soit par impuissance de la résoudre » (O. Barrot, Mémoires posthumes de Odilon Barrot, op.cit., vol. II, p.365-366).

2432 Sous la Deuxième République, une seule proposition de loi a été déposée en ce sens devant l'Assemblée par le député Crémieux, après avoir été examinée par le Comité de justice. Son article 2 propose deux incriminations spécifiques relevant de la compétence de la Haute cour de justice (la trahison et la concussion) ainsi que les crimes prévus par la loi entraînant une peine afflictive ou infamante (Ass. Nat., Le moniteur universel, 3 déc. 1848, n°338, Add. à la séance du 29 nov. 1848, p.3449). Mais, « si elle a été examinée par une commission, cette proposition est cependant demeurée sans suite, à l'instar des projets et propositions de loi qui avaient été présentés sous les monarchies constitutionnelles » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.370). Cet échec s'explique, selon Nathalie Havas par la volonté des acteurs politiques du temps de « délibérément laisse(r) indéterminé le dispositif pénal, de sorte à pouvoir l'utiliser aisément contre les titulaires du pouvoir exécutif » (*ibid*., p.371), même si, en pratique, seules deux propositions de mise en accusation exercées contre les ministres ont été déposées sous la Deuxième République. Sur ce point : N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.371-372, note 349.

3. La discussion doctrinale autour des modalités du privilège de juridiction des titulaires du pouvoir exécutif

518. Le texte constitutionnel de 1848 consacre explicitement la responsabilité du président de la République et des ministres. Au titre des articles 91[2433] et 100[2434], la mise en accusation relève de l'Assemblée nationale et le jugement d'une juridiction spécifique, appelée la *Haute Cour de justice* composée de cinq juges nommés au sein de la Cour de cassation et de trente-six jurés choisis parmi les conseils généraux des départements[2435]. Lorsqu'il s'agit du président de la République, cette procédure est, dans certains cas, nécessairement mise en œuvre[2436], alors qu'elle apparaît facultative en cas de poursuites dirigées contre un ministre, la compétence de la Haute Cour ou des juridictions de droit commun dépendant alors de l'infraction commise[2437]. De ces dispositions, il apparaît ainsi que, si les membres du pouvoir exécutif bénéficient d'un statut immunitaire quasi-inexistant[2438] - la règle de principe étant leur responsabilité -, les constituants leur octroient tout de même une protection exorbitante à travers la reconnaissance d'un privilège de juridiction. Le Président n'est d'ailleurs justiciable que la Haute Cour de justice d'après l'article 100 du texte constitutionnel de 1848. De ce point de vue, ses modalités, comme sa finalité, sont examinées par le publiciste Berriat-Saint-Prix, contre lesquelles il formule de vives critiques.

2433 Chapitre VIII, article 91 de la Constitution de 1848 : « Une Haute Cour de justice juge, sans appel ni recours en cassation, les accusations portées par l'Assemblée nationale contre le président de la République ou les ministres. (…) Sauf le cas prévu par l'article 68, elle ne peut être saisie qu'en vertu d'un décret de l'Assemblée nationale, qui désigne la ville où la Cour tiendra ses séances ».

2434 Chapitre VIII, article 100 de la Constitution de 1848 : « Le président de la République n'est justiciable que de la Haute Cour de justice. Il ne peut, à l'exception du cas prévu par l'article 68, être poursuivi que sur l'accusation portée par l'Assemblée nationale, et pour crimes et délits qui seront déterminés par la loi ».

2435 Chapitre VIII, article 92 de la Constitution de 1848 : « La Haute Cour est composée de cinq juges et de trente-six jurés. Chaque année, dans les quinze premiers jours du mois de novembre, la Cour de cassation nomme, parmi ses membres, au scrutin secret et à la majorité absolue, les juges de la Haute Cour, au nombre de cinq, et deux suppléants. Les cinq juges appelés à siéger feront choix de leur président. Les magistrats remplissant les fonctions du ministère public sont désignés par le président de la République, et, en cas d'accusation du président ou des ministres, par l'Assemblée nationale. Les jurés, au nombre de trente-six, et quatre jurés suppléants, sont pris parmi les membres des conseils généraux des départements. Les représentants du peuple n'en peuvent faire partie ».

2436 L'alinéa 2 et 3 de l'article 68 de la Constitution de 1848 disposent que « toute mesure par laquelle le président de la République dissout l'Assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat, est un crime de haute trahison. - Par ce seul fait, le président est déchu de ses fonctions ; les citoyens sont tenus de lui refuser obéissance ; le pouvoir exécutif passe de plein droit à l'Assemblée nationale. Les juges de la Haute Cour de justice se réunissent immédiatement à peine de forfaiture : ils convoquent les jurés dans le lieu qu'ils désignent, pour procéder au jugement du président et de ses complices ; ils nomment eux-mêmes les magistrats chargés de remplir les fonctions du ministère public ».

2437 Chapitre VIII, article 98 de la Constitution de 1848 : « Dans tous les cas de responsabilités des ministres, l'Assemblée nationale peut, selon les circonstances, renvoyer le ministre inculpé, soit devant la Haute Cour de justice, soit devant les tribunaux ordinaires, pour les réparations civiles ».

2438 Il sera observé ci-dessous que, dans la pratique, le Président de la République dispose en quelque sorte d'une inviolabilité puisque l'Assemblée se reconnaît, en dehors de toute disposition constitutionnelle, le pouvoir de prendre une déclaration interruptive de la prescription, s'il en est besoin pour rendre la poursuite possible après l'expiration des fonctions du Président.

519. En ce qui concerne sa *finalité*, l'institution de la Haute Cour de Justice répond, en priorité, à la nécessité d'encadrer les larges pouvoirs du Président de la République. En effet, « la plupart des membres de la Commission étaient conscients des dangers qui se profilaient à l'horizon et il serait faux de dire que les conséquences de l'élection d'un Président de la République, chef unique de l'exécutif, au suffrage universel direct aient échappé à leur attention »[2439]. À cette fin, il leur apparaît primordial de confier l'exercice réel du pouvoir à la chambre unique, l'Assemblée Nationale, dotée d'une légitimité, elle aussi, populaire. Marrast affirme effectivement qu'en dépit de son élection au suffrage universel qui en fait un personnage central du régime de la IIème République, « il ne faut pas fortifier encore (le chef de l'État), et pour l'empêcher d'être trop fort, il faut le diviser, il faut mettre le véritable gouvernement aux mains de l'Assemblée »[2440]. Ainsi, pour le rapporteur du projet de Constitution, le pouvoir exécutif, selon son appellation, ne doit être que l'outil de l'assemblée, l'exécuteur de ses volontés : « C'est l'Assemblée et non le pouvoir exécutif qui doit gouverner »[2441]. Cette idée est clairement reprise par Berriat-Saint-Prix. Il observe qu'au regard du texte constitutionnel de 1848, « la place assignée au pouvoir exécutif révèle son infériorité hiérarchique. L'origine même de sa dénomination en est une autre preuve. Qu'est-ce qu'*exécuter*, si ce n'est mettre en action une volonté ? C'est-à-dire la volonté d'autrui (...) »[2442]. À ses yeux, son élection populaire, comme sa responsabilité, ne doivent pas être le creuset, en théorie, de sa souveraineté dont le seul détenteur est la chambre nationale[2443] qui, de la sorte, lui est supérieure : « On a supprimé le magistrat sans fonctions réelles, et la fiction qui motivait son inviolabilité ; mais on aurait moins gagné que perdu, si le pouvoir exécutif s'étayait de sa responsabilité même pour se poser en autorité souveraine et rejeter toute impulsion émanée du corps législatif. L'Assemblée « des représentants du peuple » est évidemment chargée de manifester la volonté nationale ; le pouvoir exécutif est institué pour exécuter cette volonté, et non pour la contredire »[2444]. Par

2439 J.-J. Clère, Les travaux de la Commission de Constitution, op.cit., p.101-102.

2440 Propos rapportés par A. de Tocqueville, Écrits et politiques, op.cit., p.107.

2441 *Ibid*.

2442 F. Berriat Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.443. De manière singulière, Berriat-Saint-Prix considère même que le pouvoir exécutif est inférieur au pouvoir judiciaire : « c'est le juge qui interprète la loi, et, après avoir vérifié les faits, décide au profit de quelle partie elle est applicable. Son jugement oblige, non seulement les plaideurs, mais encore les agents d'exécution. Le magistrat revêtu de la puissance exécutive n'a pas le droit d'infirmer les arrêts ; il est obligé de les exécuter sans réserve » (*ibid*., p.444). C'est pourquoi il estime que « le droit de grâce est une pure anomalie » (*ibid*.).

2443 Dans son projet de Constitution de mars 1848, Berriat-Saint-Prix avait d'ailleurs proposé de faire élire par la Chambre le Président de la République dont il conteste le nom même : « j'avoue qu'il m'eût paru plus politique et plus rationnel à la fois de ne point créer de président *de la République* : cette dénomination est obscure et inexacte. Le chef du pouvoir exécutif s'appellerait, à plus juste titre, président du conseil des ministres, ou premier ministre. Chargé de former un cabinet et d'imprimer à l'ensemble des affaires une direction générale uniforme, selon les vues du corps législatif, il devrait être nommé par l'Assemblée : non pas pour plusieurs années, mais pour un temps défini, la majorité conservant la faculté de le révoquer aussitôt qu'il y aurait entre elle et lui désaccord sérieux. On aurait ainsi un gouvernement parlementaire dans toute la force de l'expression » (*ibid*., p.448-449) ». Cependant, comme il le note lui-même, « telle est l'organisation que j'avais proposé de donner au pouvoir exécutif, dans mon plan de constitution. Ce système présenté à l'Assemblée constituante par M. Grévy, a été repoussé le 7 octobre 1848. On a aussi rejeté les amendements (…) qui donnaient simplement à l'Assemblée nationale le choix du président de la République » (*ibid*., p.448).

2444 *Ibid*., p.448. Cependant, Berriat-Saint-Prix nuance sa position et constate que cette théorie est contredite par la pratique, l'élection du Président de la République au suffrage universel direct le place à égalité avec l'Assemblée : « on pourrait reconnaître la vérité de cette théorie en droit const philosophique, et soutenir néanmoins qu'elle est repoussée

conséquent, le pouvoir législatif doit être, à ses yeux, la pierre angulaire du mécanisme de responsabilité des titulaires du pouvoir exécutif[2445].

520. En ce sens, la finalité de ce privilège de juridiction détermine indéniablement ses modalités de fonctionnement. En effet, l'initiative de la mise en accusation est logiquement attribuée à l'Assemblée Nationale qui dispose par là-même d'un moyen de surveillance et de contrôle du pouvoir exécutif[2446]. Elle peut d'autant mieux assurer cette mission qu'elle est totalement indépendante du pouvoir exécutif, elle n'a donc pas à craindre des représailles de sa part. A la différence du roi constitutionnel, le Président de la République ne dispose, en effet, ni du droit de dissolution ni du droit de sanctionner les lois[2447]. En outre, il ne peut communiquer avec l'Assemblée uniquement que par des messages écrits sans avoir par conséquent le droit d'entrée et de parole de manière à éviter les pressions éventuelles[2448]. Or, ce pouvoir est d'autant plus fort pour Berriat-Saint-Prix qu'au titre des articles 91 et 100, il appartient *exclusivement* à l'Assemblée. Cette dernière monopolise le droit de saisine de la Haute Cour de Justice comme il le remarque : elle « ne peut être saisie ni par le ministère public, ni par les cours ordinaires, ni par le pouvoir exécutif, mais

par le droit positif. En effet, dira-t-on, si elle avait été admise, on aurait conféré à l'Assemblée nationale le droit de nommer et de révoquer à son gré le président de la République. Au contraire, la Constitution veut que le président soit élu directement par le peuple » (*ibid*.).

2445 Berriat-Saint-prix note, en effet, que la Haute Cour de justice est « soumise à l'appréciation de l'Assemblée Nationale, à laquelle appartient le pouvoir d'accuser, c'est-à-dire l'action publique » (*ibid*., p.634).

2446 La Constitution de 1848 protège précisément les attentats du pouvoir présidentiel contre la représentation nationale. Le deuxième et le troisième alinéa de l'article 68, qui « sont le résultat d'un amendement de M. Flocon, corrigé et augmenté par d'autres membres et, en dernier lieu, par la commission » (*ibid*., p.542), prévoient, en ce sens, que le pouvoir exécutif passe de plein droit à l'Assemblée nationale, et les ministres et tous les agents de l'autorité publique sont tenus de refuser obéissance au Président qui est déchu de plein droit lorsque ce dernier « attente au libre exercice de la puissance législative ; peu importe qu'il ait eu, ou non, le temps de l'usurper pour son compte » (*ibid*., p.542). Concrètement, ce devoir d'insurrection légale se manifeste en cas d'un décret de dissolution ou « une prorogation pure et simple, ou se réaliser par des actes matériels qui empêcheraient l'Assemblée de se réunir ou délibérer, comme au 18 fructidor an V et au 8 juillet 1815. L'expulsion, à l'aide des baïonnettes, d'une portion des représentants, constituerait le crime prévu, bien que le Président n'eût formulé aucun décret de dissolution, ou même eût protesté de son respect pour la représentation nationale » (*ibid*., p.542-543). L'ensemble de ces crimes sont qualifiés de « haute trahison » car « on a voulu exprimer que la violation des obligations du Président porte atteinte, dans ce cas, au pouvoir aujourd'hui le plus élevé, à la souveraineté du peuple » *(ibid*., p.543). En dernier ressort, le Président et ses complices sont jugés par la Haute cour qui joue ici son rôle de contre-pouvoir contre les atteintes du chef de l'État. D'ailleurs, comme le note Berriat-Saint-Prix, « ce qui importe, quand le chef du pouvoir exécutif essaie un coup d'état, ce n'est pas de le juger, mais de paralyser ses tentatives d'usurpation » (*ibid*., p.545). Afin de juger le plus rapidement possible le Président, « les juges de la haute cour peuvent (…), s'ils laissent écouler un intervalle trop grand sans se réunir, être poursuivis eux-mêmes comme coupables d'avoir forfait ou manqué à leurs devoirs de magistrats » (*ibid*.). En définitive, on observe que l'ensemble du dispositif pensé par les constituants vise à ériger la justice politique comme un instrument d'encadrement du pouvoir exécutif et manifeste leur méfiance à l'égard du chef du pouvoir exécutif.

2447 A la différence du président américain, le chef de l'État français dans les institutions de 1848 ne dispose même pas d'un droit de veto et il est tenu de promulguer les lois dans un délai de trois jours à partir de leur transmission pour les lois d'urgence et dans un délai de huit jours pour les autres (art.57 de la Constitution). Faute de quoi le Président de l'Assemblée Nationale procédera d'office à la promulgation (art.59 de la Constitution). Le Président de la République ne peut, même en raison de circonstances exceptionnelles, suspendre l'empire de la Constitution et des lois (art.51 de la Constitution).

2448 Ce pouvoir limité du Président de la République à l'égard de la chambre basse est notamment illustré par deux dispositions de la Constitution de 1848. D'une part, en vertu de l'article 52 de la Constitution de 1848, « il présente, chaque année, par un message, à l'Assemblée nationale, l'exposé de l'état général des affaires de la République ». D'autre part, l'article 58 alinéa 1er de la Constitution de 1848 dispose que « dans le délai fixé pour la promulgation, le président de la République peut, par un message motivé, demander une nouvelle délibération » (...).

seulement par l'Assemblée »[2449]. Il s'agit pour lui, à travers ce monopole de l'initiative détenu par la chambre basse, d'éviter tout recours abusif ou malintentionné, guidé en creux par des intentions politiques, qui mettrait en péril la dignité des représentants de l'État et la continuité de l'État. Comme le souligne Berriat-Saint-Prix, les constituants n'ont pas « voulu que des magistrats secondaires pussent mettre en mouvement une juridiction spéciale aussi importante, et faire croire mal à propos que l'État est en danger »[2450]. A cet effet, dans la mise en œuvre de ce droit exclusif, la chambre populaire dispose d'un pouvoir *discrétionnaire* en ce qu'elle n'est pas obligée de saisir la juridiction spéciale sauf dans quelques cas prévus par l'article 68 alinéa 2. Elle doit, à ce titre, apprécier selon le publiciste parisien « si l'accusation offre quelque danger pour l'intérêt public »[2451]. Cependant, son appréciation n'est pas uniquement politique et ressemble davantage, selon lui, à un raisonnement *judiciaire*. A l'aune de sa conception pénaliste de la responsabilité de l'exécutif, il considère à cet effet que « (…) quand l'Assemblée nationale renvoie un prévenu devant la cour, elle exerce l'action publique ; elle fait un acte qui se rattache à l'exercice du pouvoir judiciaire, et ne le fait qu'en vertu de la Constitution, dont le pouvoir est au-dessus du sien ». En fin de compte, au vu de l'ensemble de ces éléments, le publiciste en conclut que la Chambre basse est un acteur central du présent dispositif sur lequel les ministres et le Président de la République n'ont aucune prise[2452].

521. Le publiciste parisien se penche ensuite sur la Haute Cour de Justice et son organisation. Il la conçoit, en tant que libéral, comme une juridiction pénale[2453]. À cet égard, il commence, tout d'abord, par remarquer le bien-fondé de ce privilège de juridiction. Il fait valoir à cet effet une justification classique à la mise en place d'une Haute Cour de justice : la justice ordinaire, en particulier la justice pénale, ne présente pas toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité requises ainsi qu'un manque de compétence[2454]. Parmi ses lacunes, il constate que « les jurés sont tirés de la masse des citoyens, sans garanties particulières d'indépendance ou d'aptitude à apprécier

2449 F. Berriat Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.634.
2450 *Ibid*., p.635.
2451 Dans le cadre de cette appréciation, Berriat-Saint-Prix souligne, à cet effet, que l'Assemblée a le pouvoir de moduler la date de mise en accusation du Président : « elle peut se borner à une déclaration interruptive de la prescription, s'il en est besoin pour rendre la poursuite possible après l'expiration des fonctions du Président » (*ibid*.). C'est en quelque sorte la reconnaissance d'une inviolabilité au Président de la République dans les institutions de 1848 en ce que cette disposition produit les mêmes effets.
2452 Comme le souligne Berriat-Saint-Prix, les représentants du pouvoir exécutif ne peuvent pas s'opposer à l'acte grâce auquel la Haute Cour de justice est saisie par l'Assemblée Nationale : « la décision par laquelle l'Assemblée saisit la haute est qualifiée « décret ». J'en conclus que le Président ne pourrait demander que l'Assemblée délibère de nouveau. J'en conclus encore que la force obligatoire de l'acte n'est pas subordonnée à sa promulgation » (*ibid*., p.635-636).
2453 Berriat-Saint-Prix la qualifie effectivement de « juridiction criminelle » ou encore de « tribunal criminel spécial » (*ibid*., p.633).
2454 En outre, un autre choix s'offrait aux constituants pour juger les titulaires du pouvoir exécutif : l'Assemblée Nationale. Cependant, comme le note Robert Charvin, des motifs juridiques et pratiques s'y opposent : « le monocamérisme de 1848 ne permet pas en effet de confier à l'Assemblée Nationale unique la charge de juger les membres de l'exécutif. (…) (En outre), le travail législatif risquerait d'une part d'être paralysé, d'autre part, l'accusation et le jugement seraient confondus en un seul organe » (R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.141).

les actes politiques » ou encore qu'ils sont « susceptibles d'intimidation, ou trop enclins à subir les influences extérieures, soit lorsque le coupable a exercé quelque magistrature élevée, comme la présidence ou le ministère ; soit lorsque les accusés sont nombreux et se sentent soutenus au dehors par un parti plus ou moins considérable »[2455]. Au regard de ces défaillances, la création d'une juridiction criminelle particulière s'impose logiquement à ses yeux. Son propos est, ensuite, *descriptif* puisqu'il détaille en profondeur, selon une analyse littérale du texte constitutionnel, la compétence ainsi que la procédure applicable devant la Haute Cour de justice[2456] qu'il estime devoir être nécessairement entourée de garanties pour l'accusé[2457]. Logiquement, conformément à son optique pénaliste, il considère, par rapport à celles-ci, que la haute cour ne jouit pas d'un pouvoir discrétionnaire : « elle doit, pour la procédure et la peine, observer le droit commun »[2458]. Il prend ainsi le contre-pied de la *thèse de la liberté* en vigueur sous les monarchies parlementaires[2459].

522. Cependant, il n'occulte pas toute dimension *critique* dans le cadre de son étude du privilège de juridiction des membres du pouvoir exécutif. Il ne se prive pas, en effet, de désapprouver son architecture, notamment la composition de la Haute Cour de justice et l'absence de recours devant la Cour de cassation. *Concernant le premier reproche*, le libéral parisien doute de l'impartialité et de l'indépendance de la juridiction exorbitante à cause de la procédure de nomination des juges qui la compose. En ce sens, s'il note que ces derniers sont issus de la Cour de cassation en vertu de l'alinéa 2 de l'article 92 de la Constitution de 1848[2460] - choix qu'il estime judicieux en ce qu'elle renferme « les magistrats les plus habiles »[2461]-, il regrette cependant que ces derniers jugent des autorités qui

2455 *Ibid*. Cependant, il convient de noter qu'au regard de l'article 98 de la Constitution de 1848, les ministres, sur décision de l'Assemblée nationale, *peuvent* être jugés par les tribunaux ordinaires pour les réparations civiles. Berriat-Saint-Prix considère cette solution à raison logique puisque « les affaires purement civiles n'exigent guère l'intervention d'une jurisdiction spéciale » (F. Berriat-Saint-Prix, op.cit., p.651). D'ailleurs, il ne croit pas que l'Assemblée renvoie un jour devant la haute cour une simple question civile car « la haute cour est un tribunal criminel » (*ibid*.), comme le prouve, à ses yeux, le vocabulaire pénal utilisé par les dispositions constitutionnelles : « l'article 91 (…) charge (la Haute Cour de justice) de juger des « accusations » et des renvois pour « crimes » » (*ibid*.). Par conséquent, malgré l'ambiguïté de la rédaction de l'article 98, il ne faut pas selon lui « élargir sans nécessité le cercle d'une jurisdiction spéciale » (*ibid*.). A l'inverse, en matière pénale, il estime dans la même logique que « l'Assemblée ne pourrait pas (…) renvoyer les ministres devant une cour d'assises » (*ibid*., p.650).
2456 cf. *ibid*., p.633-637.
2457 Berriat-Saint-Prix liste effectivement un certain nombre de garanties procédurales reconnues aux accusés par l'acte constitutionnel : « la juridiction de la haute cour une fois établie, il convenait de formuler dans la Constitution quelques-unes des garanties les plus essentielles que l'on doit aux accusés, telles que l'intervention du jury, le choix des jurés et des juges ». Cependant, contradictoirement, il reproche l'excès de précision des constituants de 1848 qui les ont détaillé de manière exagérée alors que celles-ci auraient dû être inscrites dans une loi organique : « les rédacteurs sont entrés beaucoup trop avant dans cette voie. Ils ont multipliés les détails d'organisation. Muets sur la formation du jury auprès des cours d'assises, ils sont devenus prolixes quant il s'est agi des jurés de la haute cour de justice. Évidemment les art.93 à 97 et une portion notable de l'art.92 méritaient d'être relégués dans les lois organiques » (*ibid*., p.638-639).
2458 *Ibid*., p.637. Comme le remarque Robert Charvin, « la Constitution de 1848 (…) n'indiquant aucune pénalité, c'est le Code pénal qui s'applique sauf pour la haute trahison présidentielle non précisée par le code » (R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.143).
2459 Robert Charvin partage la même idée : « ce renvoi implicite au droit commun s'explique par le caractère purement judiciaire de la Haute cour, qui à la différence de la Cour des Pairs ne peut se mettre au-dessus des lois » (ibid.).
2460 Chapitre VIII, article 92 de la Constitution de 1848, alinéa 2: « Chaque année, dans les quinze premiers jours du mois de novembre, la Cour de cassation nomme, parmi ses membres, au scrutin secret et à la majorité absolue, les juges de la Haute Cour, au nombre de cinq, et deux suppléants.
2461 F. Berriat Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.639.

les ont eux-mêmes nommés. Autrement dit, ils sont « appelés par le pouvoir exécutif (qui est un) inconvénient assez grave quand le Président ou le ministre de la justice sont accusés devant la haute cour »[2462]. Par conséquent, en raison de la tutelle du pouvoir politique sur l'autorité judiciaire, le mode de nomination des juges à la Haute Cour doit donc être revu selon lui : « leur intervention n'offre (…) pas une garantie suffisante »[2463]. *Le second reproche* porte sur les voies de recours contre les décisions de la Haute Cour, qui sont inexistantes. Selon lui, ses décisions auraient dû être susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Cette possibilité découle de sa conception *judiciaire* de la responsabilité des titulaires du pouvoir exécutif. À ses yeux, la Haute Cour est une juridiction faisant partie de l'organisation juridictionnelle privée[2464] et se situe en-dessous de la Cour de Cassation. Or les constituants ont fait le choix inverse en la plaçant au sommet de l'ordre juridictionnel judiciaire afin de protéger son autorité[2465]. Soucieux de protéger les libertés, cette place suprême est, pour Berriat, une erreur grave et dangereuse. Tirant les leçons des expériences précédentes, en particulier celle de la Chambre des pairs de la Monarchie de Juillet qui a, de manière stupéfiante, « crée (…) la peine de l'emprisonnement perpétuel qui se chercherait vainement dans le Code pénal »[2466], il craint que la souveraineté de la juridiction exorbitante du droit commun de 1848 conduise de même à ce qu'elle s'abstienne de respecter « les formes de la procédure, (…) prononce des peines arbitraires, et commet un déni de justice »[2467], c'est-à-dire autant de garanties protégeant les accusés qui structurent généralement le procès pénal[2468]. *Au final*, dans la perspective pénaliste de Berriat, l'organisation et le fonctionnement de la Haute Cour de justice mis en place par les constituants de 1848 présentent des carences à corriger.

523. On s'aperçoit, par voie de conséquence, qu'à l'opposé du système institué par les Chartes dans lequel la justice politique était attribuée exclusivement aux assemblées politiques représentatives auxquelles les penseurs reconnaissaient *à ce titre* un pouvoir discrétionnaire, le libéral Berriat-Saint-

2462 *Ibid*.

2463 *Ibid*., p.545. Pour Berriat-Saint-Prix, afin de résoudre cette contradiction, le choix des juges de cassation aurait dû appartenir à l'Assemblée, comme le prévoyait le projet de Constitution initial (cf. *ibid*., p.639). Au final, la désignation des cinq magistrats titulaires et des deux suppléants est faite par la cour elle-même et non par le sort. L'indépendance des juges de la Haute Cour de justice est garantie à plusieurs niveaux : le choix de ses membres se fait au scrutin secret, à la majorité absolue, pour une durée de un an, de manière à se prémunir « des nominations de complaisance ou de hasard » comme le remarque Berriat-Saint-Prix (*ibid*., p.640).

2464 Contrairement aux monarchies parlementaires, la Haute Cour n'est pas une chambre législative pour Berriat : elle « ne participe pas, comme l'ancienne chambre des pairs, à la puissance législative » (*ibid*., p.637).

2465 Or, Berriat considère que « placer au second rang de la hiérarchie judiciaire (la Haute cour de justice), ne portait pas une atteinte sensible au respect dont sa jurisdiction doit être entourée » (*ibid*.).

2466 *Ibid*. Cependant, Berriat-Saint-Prix nuance son affirmation en soulignant qu'un fondement textuel constitutionnel pouvait légitimer le pouvoir discrétionnaire de la Chambre des pairs lors du jugement des ministres (même si on peut douter de l'effectivité juridique de cette disposition en 1830) : « il est juste de dire que le pouvoir discrétionnaire de la cour des pairs avait été légalement consacré par l'acte additionnel de 1815 (art.42). Mais ses membres semblent avoir ignoré ou dédaigné d'invoquer cette disposition » (*ibid*., p.637).

2467 *Ibid*.

2468 Cependant, si l'absence d'appel ou de recours en cassation constitue une rupture par rapport au droit commun, la Haute cour offre un certain nombre de garanties importantes soulignées par Odilon Barrot : « La Haute Cour, c'est la société française tout entière convoquée à ces assises nationales où la nation, par ses délégués, juge le crime dirigé contre la nation entière. C'est une grande cour d'assise nationale dans laquelle toutes les garanties ont été étendues et fortifiées » (cité par R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.143).

Prix conçoit, au contraire, la Haute Cour de 1848, à l'aune de ses caractères généraux et de son organisation, comme une juridiction pénale. Il marque par là-même une tendance à la normalisation de ce tribunal spécial qui se rapproche des juridictions ordinaires[2469]. Il s'agit de tirer les leçons des dérives constatées suite à l'affaire des ministres de Charles X du 21 décembre 1830. Cependant, en pratique, comme le note très justement Robert Charvin, cette juridiction « a échoué totalement dans sa fonction de contre-pouvoir »[2470]. Elle n'a pas été en mesure d'« assurer le maintien de l'équilibre institutionnel et d'empêcher le coup d'État du chef de l'État »[2471]. On observe, en fin de compte, que *la responsabilité du pouvoir exécutif* est, sous l'effet du nouveau texte constitutionnel de 1848 instituant un régime présidentiel républicain, un thème de réflexion *central* mais surtout *renouvelé* par rapport aux régimes précédents. Celui-ci aboutit, par l'intermédiaire de la pensée constitutionnelle de quelques auteurs, à des solutions originales.

B. Une redéfinition du fondement des immunités parlementaires à l'aune d'une conception populaire de la souveraineté

524. Bien que la problème de la responsabilité de l'exécutif occupe une place majeure dans la pensée constitutionnelle de la IIème République, celle de la *protection immunitaire des députés* n'en est pas pour autant délaissée durant cette période. Cette protection accompagne le mouvement de revalorisation du pouvoir législatif par rapport aux Chartes, conçu désormais comme un contre-poids éminent à la puissance du pouvoir exécutif[2472]. La consécration dans la Constitution de 1848 des deux volets des immunités des représentants qui bénéficient, en outre, d'une protection davantage étendue, devient, de ce fait, un objet d'étude notable pour quelques auteurs, dont

2469 *v.* E. Boizart, Étude sur la Haute Cour de Justice instituée par la Constitution de 1848, thèse de doctorat, Droit, Paris : Impr. de Bonvalot-Jouve, 1907.

2470 R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.141. Comme l'observe Robert Charvin, « à plusieurs reprises, les propositions de mise en accusation des ministres sont faites à l'Assemblée Nationale pour violation de la Constitution. Mais, émanant de l'opposition, ces propositions ne sont pas examinées par la majorité comme le ferait une authentique chambre des mises en accusation à l'occasion d'un procès criminel. C'est au contraire l'opportunité politique qui entraîne le rejet des accusations, et non l'étude des faits incriminés » (*ibid*., p.144). Par exemple, Ledru-Rollin dépose le 27 janvier 1843 sur le bureau de l'Assemblée une proposition de mise en accusation du ministère Barrot pour sanctionner un projet du ministre de l'Intérieur Faucher qui, en interdisant les réunions politiques, violait la Constitution mais l'Assemblée ne fait qu'approuver un rapport concluant au rejet de la proposition sans même se prononcer par un vote. De même, cette procédure est à nouveau mobilisée par Ledru-Rollin le 11 juin 1843 pour une nouvelle violation du texte constitutionnel de 1848 par le gouvernement en place (article 5 du Préambule et l'article 54 de la Constitution) mais la proposition est rejetée par l'Assemblée Nationale à la très forte majorité de 370 voix contre 8.

2471 *Ibid*., p.143. Contrairement aux précautions des constitutionnalistes de 1848, la justice politique ne jouera pas son frein au pouvoir exécutif. Même si elle se réunit spontanément dans une des salles de la Cour de cassation au Palais de Justice en vertu de l'article 68 alinéa 3 de la Constitution après l'interdiction aux députés de l'entrée de l'Assemblée par l'armée et la prise d'un décret ayant dissous l'Assemblée Nationale, elle décide dans son arrêt qu'« elle s'ajourne pour la continuation de ses opérations » (cité par *ibid*., p.145). En effet, « vers la fin de la séance, officiers de police et garde républicains ont sommé la Cour de se dissoudre. Réunie le lendemain, la Haute Cour ne fait que s'ajouter indéfiniment « attendu que les obstacles matériels à l'exécution de son mandat continuent » (*ibid*.).

2472 = « (…) Dans la Constitution de 1848, on a un face à face entre une Assemblée Nationale et un Président de la République, sans que ce dernier ait les moyens de contrebalancer le poids de l'Assemblée » (G. Fritz, La question de l'influence américaine, op.cit., p.49)

principalement le publiciste Félix Berriat-Saint-Prix. Dans le cadre de son ouvrage de dogmatique juridique, il examine en profondeur les dispositions constitutionnelles relatives à ce sujet et se penche sérieusement sur leurs régimes juridiques respectifs. Mais son propos présente surtout un intérêt en ce qu'il se distingue de la conception révolutionnaire des privilèges parlementaires et inaugure une évolution du fondement des immunités parlementaires. De manière singulière, écartant la théorie de la représentation nationale, il n'articule plus les privilèges exorbitants autour de ce principe traditionnel structurel du droit constitutionnel français. Par là-même se confirme l'idée que la conception des statuts immunitaires des autorités publiques est souvent dépendante de la représentation de la souveraineté de chaque penseur. Procédant à une analyse minutieuse de chacune des dispositions de la Constitution de 1848 dans son manuel, Berriat-Saint-Prix est amené à étudier les articles 36 et 37 du chapitre IV qui déterminent les « avantages dont jouissent les députés »[2473]. Il distingue clairement l'*irresponsabilité* (**1**) qu'il nomme expressément gommant par là-même les imprécisions de la doctrine observables sous les Chartes, de l'*inviolabilité* (**2**), mais leur décerne un fondement identique.

1. L'irresponsabilité parlementaire : un changement de paradigme opéré par Berriat-Saint-Prix

525. En tant que libéral, Berriat-Saint-Prix s'empare de la question de l'irresponsabilité parlementaire. Il lui consacre plusieurs pages dans son œuvre dans lesquelles il examine en profondeur l'article 36 et ses enjeux. Il reproche, tout d'abord, aux constituants la formulation « en termes vagues et sonores »[2474] de son premier alinéa qui dispose que : « les représentants du peuple sont inviolables ». Dans le cadre d'un régime désormais républicain, l'épithète d'« inviolable » est considéré à ses yeux comme « réservée (…) aux rois absolus ou constitutionnels »[2475]. Néanmoins, il défend une conception *large* du champ des immunités parlementaires compte tenu de l'ambiguïté de ce premier alinéa. Il considère ainsi que sans même que cela soit inscrit expressément dans le texte constitutionnel contrairement aux Chartes[2476], « les représentants ne sont pas contraignables par corps pour dettes civiles ou commerciales »[2477] car « les rédacteurs (ont) effacé l'article de la Charte, comme inutile après la proclamation de l'inviolabilité ; s'ils avaient voulu innover, ils se

2473 *Ibid*., p.414. [Nous soulignons]. Le terme d'« immunité » n'est pas employé par Berriat-Saint-Prix qui préfère celui d'*avantage* ou de *prérogative*.
2474 *Ibid*., p.414.
2475 *Ibid*., p.414.
2476 Berriat-Saint-Prix remarque effectivement que s'agissant des immunités constitutionnelles, « la Charte contenait deux dispositions formelles, dont l'une défendait d'exercer la contrainte par corps contre les députés, et l'autre prohibait leur arrestation pour crimes. La première a disparu dans la constitution nouvelle (...) » (*ibid*., p.415).
2477 *Ibid*., p.415.

seraient expliqués plus clairement »[2478]. Le publiciste parisien confère ainsi à l'alinéa 1er de l'article 36, disposition *a priori* déclarative, une portée normative afin de protéger plus profondément les députés. Ce faisant, dans la mise en balance des intérêts contradictoires que soulève la contrainte par corps, Berriat-Saint-Prix préfère favoriser, de manière symptomatique, le respect du mandat donné par le peuple souverain par rapport aux intérêts particuliers des créanciers. Il affirme effectivement qu'« il y a plus d'inconvénient à priver les électeurs de leurs représentants, qu'à suspendre un moyen d'exécution, au détriment d'un intérêt privé »[2479]. En outre, dans le même sens, il donne une interprétation *extensive* au second alinéa de l'article 36 qui exempte les représentants de toute responsabilité, à raison des opinions qu'ils émettent dans le sein de l'Assemblée. Celle-ci se manifeste à travers le champ d'application *matériel* et *temporel* extrêmement étendu qu'il confère à la liberté de tribune. Concernant le premier point, il observe et regrette que la rédaction de l'article 36 ne protège que les *opinions*, écrites ou orales, des députés et garde le silence sur les votes des actes législatifs. Il note en effet que les constituants ont « cru peut être que les actes d'un représentant constituent toujours une opinion : voter sur une loi, c'est manifester une opinion favorable ou défavorable à ce qu'elle contient »[2480]. Mais le libéral parisien ne partage pas cet avis : d'une part, la chambre législative vote parfois ce qu'il appelle étrangement « des lois administratives »[2481], d'autre part, le président de l'Assemblée, les questeurs, et, dans certains cas extraordinaires, les simples représentants, « peuvent donner des ordres véritables »[2482]. Les constituants de 1848 auraient donc dû, en écrivant l'article 36, « mentionner les actes à la suite des opinions »[2483].

En réalité, sa défense d'une lecture *large* du domaine matériel de la liberté de tribune s'appuie sur ses convictions républicaines, tirées directement de la tradition révolutionnaire. Pour lui, l'article 36 de la Constitution de 1848 est la reprise de l'article 7 de la section V du chapitre 2 du titre III de la Constitution de 1791. Par conséquent, la disposition constitutionnelle de 1848 doit être aussi complète que celle-ci en garantissant non seulement les *opinions* des représentants mais également leurs *votes* et leurs *écrits* contre toute action judiciaire. Autrement dit, elle doit les couvrir pour tous les actes de la fonction parlementaire. De même, pour ce qui est du champ *temporel* de l'irresponsabilité parlementaire, il le comprend dans le sens le plus large possible : cette protection est perpétuelle puisque, selon lui, « la garantie constitutionnelle protège le représentant, à toute

2478 *Ibid*.
2479 *Ibid*. En outre, Berriat-Saint-Prix note que cette atteinte au droit des créanciers n'est que temporaire : « le créancier conserve toujours ses droits : il peut saisir-arrêter l'indemnité et les autres biens de son débiteur ; il pourra enfin, si ce dernier n'est pas réélu, recourir à l'emprisonnement » (*ibid*.).
2480 *Ibid*., p.416.
2481 S'appuyant sur un critère matériel, une loi administrative est, pour Berriat-Saint-Prix, « une loi qui décrète un impôt, une dépense, une guerre, l'achèvement de certains travaux publics » (*ibid*.). D'ailleurs, la preuve en est que « les décisions analogues ne sont pas qualifiées d'opinions, quand elles émanent du pouvoir exécutif » (*ibid*.).
2482 *Ibid*.
2483 *Ibid*.

époque, après comme avant l'expiration de son mandat »[2484]. On s'aperçoit ainsi que dans la conception personnelle de Berriat-Saint-Prix, la liberté de tribune consacrée dans la Constitution de 1848, doit être régie par un régime juridique très favorable au profit du représentant du peuple conformément à ses convictions libérales. Il en découle dès lors, pour lui, que son irresponsabilité le couvre contre toute action judiciaire, pénale ou civile[2485], que ce soit « la recherche ou l'information préalable qui constate le délit, l'accusation qui saisit le juge, et le jugement qui applique la peine »[2486]. Il convient néanmoins de constater qu'en dépit de sa lecture large de l'irresponsabilité parlementaire, Berriat-Saint-Prix n'entend pas non plus en faire une liberté absolue et fixe quelques limites à ce privilège exorbitant[2487].

526. En vérité, c'est le *fondement* qu'il attribue à l'irresponsabilité qui est la source d'explication de sa conception étendue. Sur ce point, au regard de la pensée constitutionnelle depuis 1789, Berriat-Saint-Prix présente une certaine originalité, du moins, ressuscite un principe de la période révolutionnaire peu usité pour justifier ce privilège. Il l'induit désormais, non plus du référent dominant classique de la souveraineté nationale, mais de la *séparation des pouvoirs* pour plusieurs raisons. *D'une part*, le publiciste libéral se méfie du pouvoir judiciaire qu'il estime être sous la tutelle du pouvoir exécutif sous la IIème République, comme l'avait déjà démontré sa critique contre la composition de la Haute Cour de justice : « le représentant ne peut légalement être poursuivi sous prétexte que les lois par lui votées ont porté préjudice au peuple, ou étaient

2484 *Ibid*., p.417.

2485 Comme le souligne Berriat-Saint-Prix, « les mots « recherchés » et « jugés » sont assez larges pour embrasser les demandes en dommages-intérêts aussi bien que les poursuites criminelles » (*ibid*.).

2486 *Ibid*. Berriat-Saint-Prix ajoute que « si des officiers de police ont fait une instruction préliminaire, les magistrats compétents doivent se refuser à saisir le juge ; si le juge a été mal à propos saisi, il doit renvoyer sans examen ; si le jugement a été rendu, il est nul et ne doit pas être exécuté » (*ibid*).

2487 Berriat-Saint-Prix détermine deux limites classiques à la liberté d'expression des parlementaires. *D'une part*, il concède que l'Assemblée elle-même conserve le pouvoir de sanctionner ses propres membres dans une situation bien particulière : le Président de l'Assemblée, comme le président d'une cour, « ne peut retirer la parole qu'aux orateurs qui bravent les convenances ou manquent aux formes parlementaires » (*ibid*., p.266) mais il ne peut en aucun cas lui-même « exclure un de ses membres à raison de ses discours ou de ses votes » (*ibid*., p.417). Il estime en effet que « la tribune et le barreau doivent jouir de la même liberté de discussion que la presse ». En ce sens, Berriat-Saint-Prix prend un exemple : le président de l'Assemblée législative, Dupin aîné, se trompait lors de la séance du 10 juillet 1849 « quand il déclarait illicite de soutenir l'inconstitutionnalité d'une mesure jugée constitutionnelle par la majorité de l'assemblée », comme un président de la haute cour se trompait lorsqu'« il défendait aux avocats de soutenir la légalité de l'insurrection dans certains cas » (*ibid*., p.266), dans la mesure où « un seul homme peut avoir raison contre tous » (*ibid*., p.267). Il s'agit de protéger la liberté de parole de l'opposition parlementaire : « la minorité est tenue d'obéir à la volonté du plus grand nombre ; mais elle n'est pas tenue de changer ses convictions, ni, par conséquent, de les dissimuler » (*ibid*.). *D'autre part*, sa limite est spatiale et fonctionnelle : « elle couvre uniquement les « opinions émises dans le sein de l'Assemblée » (*ibid*.). Par conséquent, les opinions émises en dehors de l'hémicycle sont « susceptibles de recherche, fussent-elles littéralement conformes aux discours prononcés à la tribune » (*ibid*.). En outre, tout fait punissable étranger à la mission parlementaire, *quand bien même il aurait été accompli dans l'intérieur du palais de l'Assemblée*, pourrait faire l'objet également de recherches contre les représentants en cause en ce qu'« ils sont commis par de simples citoyens » (*ibid*.). Allant plus loin, il considère même que « les actes dont la criminalité suppose chez leur auteur la qualité de représentant, lorsqu'il est impossible de les considérer comme manifestations d'opinions » (*ibid*.) sont poursuivables devant les tribunaux de droit commun, comme par exemple le fait pour un parlementaire d'avoir reçu des ministres le prix d'un vote. Il apparaît ainsi que la protection des parlementaires, dans la conception de Berriat-Saint-Prix est donc uniquement liée à leurs fonctions dans le lieu unique de la chambre : « je viens de montrer que l'irresponsabilité des représentants protège exclusivement leurs opinions parlementaires, et ne les soustrait point à l'empire des lois pénales » (*ibid*., p.418).

contraires à la volonté nationale suffisamment manifestée. On a craint que les agents du pouvoir judiciaire, toujours plus ou moins dépendants du pouvoir exécutif, ne cherchassent à exclure de l'Assemblée les membres de l'opposition »[2488]. A juste raison, le régime de 1848 souffre d'une mainmise du pouvoir exécutif sur la justice. Le libéral Prevost-Paradol remarque en ce sens que durant la IIème République, « le magistrat est désarmé contre le gouvernement, et obligé comme tous les autres serviteurs de l'État, de vivre en bonne intelligence avec le pouvoir exécutif, sous peine de sacrifier héroïquement sa carrière »[2489]. Par conséquent, en tant que fervent défenseur de la liberté, Berriat-Saint-Prix défend vigoureusement le *principe de non-ingérence des pouvoirs concurrents* dans l'exercice des fonctions parlementaires. *D'autre part*, ce changement de paradigme opéré par Berriat pour légitimer l'irresponsabilité parlementaire est, à vrai dire, le résultat de son rejet modéré de la théorie de la représentation nationale. Même s'il considère les députés investis d'un mandat représentatif[2490] dans la mesure où il se plie aux prescriptions constitutionnelles de l'article 35 de la Constitution de 1848[2491], Berriat-Saint-Prix les appréhende néanmoins, avec une certaine ambiguïté, comme des représentants du peuple et non des représentants de la Nation. En effet, comme le note Jean-Louis Mestre, il fonde « avec force toute sa théorie du droit constitutionnel sur le principe de la souveraineté du peuple, que tant d'écrivains voudraient détrôner »[2492]. Alors qu'il analyse l'article 34 du texte constitutionnel qui dispose que « les membres de l'Assemblée nationale sont les représentants, non du département qui les nomme, mais de la France entière », il en tire l'enseignement contraire à la lettre du texte que « la souveraineté appartient au peuple entier et non aux divers groupes qui habitent les circonscriptions départementales, considérés séparément »[2493]. En effet, dans le cadre de sa conception rousseauiste de la souveraineté, il professe ainsi que chaque citoyen devrait détenir une parcelle de souveraineté : « il faudrait, s'il était possible, faire voter tous les citoyens sur la composition totale de l'Assemblée »[2494]. Dès lors, l'Assemblée a pour mission d' « exprimer la volonté populaire »[2495], plus que la volonté nationale.

Son propos comporte, sur ce point, des éléments contradictoires. Alors qu'il déclare que « le but que le législateur doit se proposer n'est pas la prospérité de tels ou tels individus, de telle ou telle catégorie de Français ; mais le bien-être de la masse entière, de l'unanimité s'il se peut, de la

2488 *Ibid*.
2489 Cité par R. Charvin, op.cit., p.148.
2490 Berriat-Saint-Prix utilise plutôt l'expression de « mandat facultatif » pour désigner le mandat représentatif (ibid., p.410).
2491 Article 35 de la Constitution du 4 novembre 1848 : « Ils ne peuvent recevoir de mandat impératif ».
2492 J.-L. Mestre, « Berriat-Saint-Prix Félix », *in* P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), Dictionnaire historique des juristes français (XII-XXème siècle), op.cit., p.98). Réfléchissant à l'article 68 de la Constitution de 1848, Berriat-Saint-Prix déclare : « on a voulu exprimer que la violation des obligations du Président porte atteinte, dans ce cas, au *pouvoir aujourd'hui le plus élevé, à la souveraineté du peuple* » (*ibid*., p.543. Nous soulignons).
2493 *Ibid*., p.408.
2494 *Ibid*. Cependant, Berriat-Saint-Prix nuance son affirmation pour des raisons pratiques : « (…) on reculera longtemps devant la nécessité de dépouiller des suffrages qui s'élèveraient à près de 7,500 millions » (*ibid*.).
2495 *Ibid*., p.408.

majorité au pis-aller »[2496], il s'interroge dans le même temps si on doit « annuler le vote favorable qu'un représentant émettrait dans une question qui concerne sa province ? Tout cela serait inconciliable avec la liberté parlementaire et avec le secret des votes »[2497]. Il ajoute également en faveur de sa défense de la doctrine de la souveraineté populaire que « la France n'est autre chose que la réunion des départements ; l'intérêt général est le faisceau des intérêts particuliers », de telle sorte que « chacun des départements a autant de droit que les autres à la sollicitude législative »[2498]. Il aboutit ainsi à la conclusion que l'article 34 constitue simplement « un conseil, une maxime philosophique, et non une véritable règle de droit »[2499], dans le sens où « les membres de l'Assemblée nationale peuvent, sans manquer à leur devoir, soutenir les prétentions de leur département toutes les fois qu'elles sont équitables, et, partant, conformes à l'intérêt national »[2500]. A travers cette dernière phrase, toute l'équivocité de la doctrine de Berriat-Saint-Prix s'agissant de la représentation parlementaire se révèle ici. Elle nous apprend également que son opposition à la théorie sieyèsienne de la représentation nationale influence directement sa manière de concevoir l'irresponsabilité parlementaire qu'il désarticule de celle-ci. Dans son optique, ce privilège n'a plus vocation à protéger la liberté d'expression *totale* du parlementaire en ce qu'il n'incarne pas la Nation, il n'est pas le produit de la souveraineté nationale[2501]. Étant lié *contractuellement* à ses électeurs pour Berriat-Saint-Prix, sa volonté est en quelque sorte prédéterminée comme nous l'avons observé[2502]. Par conséquent, disposant d'une liberté d'opinion modérée, les députés d'un département doivent en rendre compte devant leurs électeurs souverains. Contrairement aux pouvoirs exécutif ou judiciaire, seuls les mandataires ont le pouvoir suprême de sanctionner les députés pour leurs opinions ou leurs votes à la fin de leur mandat :« les électeurs doivent s'imputer d'avoir fait un mauvais choix ; ils sont garantis contre l'abus des pouvoirs qu'ils ont conférés, par la faculté qu'ils conservent toujours de les reprendre, à la fin de chaque législature »[2503].

2496 *Ibid*.
2497 *Ibid*., p.409.
2498 *Ibid*.
2499 *Ibid*.
2500 *Ibid*. Logiquement, sa doctrine du mandat parlementaire est empreinte d'incohérences. Il estime, dans un premier temps, que la Constitution de 1848 protège « une fort grande liberté de délibération pour les membres de l'Assemblée » (*ibid*., p.411) ou encore que « le candidat élu représentant est lié : il doit remplir les fonctions législatives, défendre, autant qu'il est en lui, les intérêts de la France, et faire prévaloir la volonté nationale dont il est l'interprète » (*ibid*., p.412), puis, dans un second temps, que « le mandat électoral engendre certainement des obligations ; en ce sens, il est *impératif* » (*ibid*.). Parmi celles-ci, il doit, « pour réaliser les intentions d'un commettant, (…) les connaître. Les représentants doivent donc étudier l'opinion publique et s'y conformer (...) » (*ibid*.). Le lien entre l'électeur et l'élu est donc, à ses yeux, contractuel : « entre l'électeur qui donne librement son suffrage, et le candidat qui accepte de plein gré le titre de représentant, il se forme un contrat. Ce contrat est un mandat, puisque l'élu doit agir au nom et pour le compte des citoyens qui le désignent » (*ibid*.). En définitive, Berriat-Saint-Prix ne possède pas une conception claire du mandat parlementaire et semble s'opposer à la lettre et à l'esprit de l'article 34 de la Constitution de 1848.
2501 De manière symptomatique, Berriat-Saint-Prix estime que « la liberté de tribune est une branche de la liberté de communiquer ses pensées » (*ibid*., p.415).
2502 Cependant, une nouvelle fois, Berriat-Saint-Prix se contredit sur ce point. Il s'interroge si les législateurs sont « dispensés de tenir leurs promesses ? Il est vrai que le vote contraire à un engagement antérieur est régulier, aux termes de la Constitution, et ne fait encourir qu'une responsabilité morale » mais se demande dans le même temps s'« il ne serait pas scandaleux de voir une majorité législative se former par des votes pareils ? » (*ibid*., p.413). Or, pour lui, l'hypothèse d'un député « forcé de voter contre son opinion est (..) chimérique » (*ibid*.).
2503 *Ibid*., p.417.

527. On remarque, par conséquent, que la doctrine de Berriat-Saint-Prix, s'agissant des fondements de l'irresponsabilité parlementaire, est traversée de contradictions, provenant directement de la discordance entre ses convictions personnelles et sa posture positiviste respectueuse du texte de 1848. Ses conceptions démocratiques et libérales structurent également sa compréhension de l'inviolabilité parlementaire.

2. L'articulation de l'inviolabilité parlementaire autour du principe libéral de la séparation des pouvoirs

528. Au regard de la configuration des institutions de la IIème République qui donne une place éminente au Président de la République, Berriat-Saint-Prix conçoit l'*inviolabilité* constitutionnelle des parlementaires, sans en employer le terme, sur le mode du compromis. En effet, s'il veille à garantir scrupuleusement l'indépendance des parlementaires dans l'exercice de leurs fonctions dans l'espace de l'hémicycle à l'encontre des pouvoirs exécutif et judiciaire, il n'en est pas moins fortement attaché au principe de l'égalité. Autrement dit, dans son interprétation de l'article 37 de la Constitution qui institue une inviolabilité au sens moderne au profit des représentants, il soumet tout de même les citoyens-députés au droit commun pour les actes *extérieurs* à leur fonction commis dans et en dehors de la chambre. Il souligne effectivement que les députés « sont, comme les autres citoyens, susceptibles d'être poursuivis et condamnés à raison de leurs délits »[2504]. Il refuse de conférer aux députés, qui ne sont que des mandataires du peuple, une immunité pour les actes étrangers à leur mission dans la mesure où le peuple souverain « qui les charge de vouloir en son nom, et de réformer au besoin la législation civile et criminelle, ne leur confère pas le pouvoir de violer les règles de la morale et les lois positives en vigueur »[2505]. Mais, *dans le même temps*, le publiciste parisien est conscient que la possibilité de poursuivre les députés pour les actes délictueux extérieurs à leur fonction pendant leur mandat et de les soumettre à la loi ordinaire risque d'entraîner des détournements à des fins politiques. En effet, pour Berriat-Saint-Prix, la crainte de l'exécutif et de ses tentatives de déstabilisation de la représentation populaire par l'expulsion de l'un de ses membres explique l'institution d'une inviolabilité parlementaire temporaire. En fin de compte, dans l'esprit du publiciste libéral, ce dispositif juridique imaginé par les constituants est le produit de la conciliation d'intérêts contradictoires, tout aussi primordiaux : « sans changer le palais de l'Assemblée en un lieu d'asile pour les coupables, la Constitution a dû protéger l'indépendance du

2504 *Ibid*., p.418.
2505 *Ibid*.

pouvoir législatif contre des attentats politiques, que les autres pouvoirs voudraient couvrir du voile de la morale et de la justice »[2506].

529. De ce point de vue, le fondement qu'il attribue pour légitimer le mécanisme exorbitant de l'inviolabilité – *la séparation des pouvoirs* - est directement inspiré, *en premier lieu*, par le contexte historique et institutionnel des années 1848-1852, marqué par la prédominance du pouvoir exécutif qui, comme nous l'avons observé, contrôle en partie le pouvoir judiciaire. Bien que bénéficiant d'un statut spécifique prévu par la Constitution de 1848[2507], « les nominations de magistrats et leur avancement, à la discrétion du pouvoir exécutif, ont un caractère essentiellement politique »[2508]. La stabilité de leur fonction est de même déterminée par des considérations politiques. Le fameux décret du 17 avril 1848 permet de « révoquer les magistrats sur la base du principe que l'inamovibilité est contraire au fondement du régime républicain »[2509], ce qui permet aux membres du pouvoir exécutif d'opérer des suspensions de magistrats. Ce sont, à cet égard, essentiellement les magistrats du parquet qui subissent leurs assauts puisqu'« aucune liberté de parole n'est accordée en matière politique au ministère public »[2510]. On observe donc que la dépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif est étroite. Par conséquent, Berriat-Saint-Pix juge à bon droit que l'inviolabilité tend à éviter que l'exercice du mandat parlementaire ne soit entravé par certaines actions pénales engagées par le pouvoir judiciaire instrumentalisé par le pouvoir exécutif visant des actes accomplis par les députés en tant que simples citoyens. La mise en cause d'un député par les voies judiciaires de droit commun ne doit pas être la continuation de la politique par d'autres moyens. *En second lieu*, l'histoire constitutionnelle appuie, selon lui, la mise en place d'un tel outil. Comme il le souligne, « l'expérience prouve qu'il est facile d'inventer des prétextes pour perdre un adversaire incommode »[2511]. Pour ce faire, afin de parer à un tel détournement de la procédure judiciaire à des fins partisanes, le « meilleur »[2512] instrument qui permet de sauvegarder l'indépendance du législateur réside, à ses yeux, dans l'*autorisation* qui consiste à « faire intervenir la corporation dépositaire du pouvoir législatif, et, partant, intéressée à le défendre contre tout envahissement »[2513]. L'article 37 de la Constitution de 1848 subordonne effectivement la légitimité des poursuites et de l'arrestation préventive en matière *criminelle* à l'approbation préalable de l'Assemblée. Berriat-Saint-Prix étend d'ailleurs cette exigence à la matière correctionnelle – « désignée autrefois sous le nom de « petit criminel » »[2514] - dans la mesure où elle peut « entraîner

2506 *Ibid*., p.418.
2507 Le statut constitutionnel du pouvoir judiciaire est, en réalité, maigre : comportant 19 articles, la plupart concerne la Haute Cour de justice. Cf. Art. 81 à 100, chapitre VIII de la Constitution de 1848.
2508 R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.148.
2509 *Ibid*., p.149.
2510 *Ibid*.
2511 F. Berriat-Saint-Prix, *ibid.*, p.418.
2512 *Ibid*.
2513 *Ibid*.
2514 *Ibid*.

des incapacités politiques et une privation provisoire ou définitive de la liberté »[2515] mais l'écarte pour la matière contraventionnelle dépourvue de caractère liberticide[2516]. Il note, toutefois, que l'interprétation la plus large de l'expression « en matière criminelle » de l'article 37 serait de la prendre comme « synonyme des mots matière pénale »[2517]. On observe ainsi que le publiciste libéral est un fervent défenseur de l'inviolabilité reconnue aux législateurs.

530. Néanmoins, la seule exception qu'il tolère à cette règle générale est l'hypothèse du *flagrant délit* : « quand un représentant a été surpris commettant un acte punissable, sa culpabilité revêt le plus haut degré de certitude »[2518]. Dans ce cas-là, le député étant pris sur le vif, la finalité de l'inviolabilité perd son sens, c'est-à-dire que « le soupçon d'une pensée hostile des pouvoirs secondaires disparaît »[2519]. Toutefois, Berriat-Saint-Prix est méfiant à l'égard de cette notion qui dispense de toute autorisation parlementaire préalable et fait attention à l'encadrer. Il fait valoir, à cet effet, l'élasticité de cette notion qui rend « facile d'éluder la garantie constitutionnelle qui protège la liberté des représentants »[2520] puisqu'au terme du Code, « il suffit que le délit imputé vienne de se commettre, ou bien que l'inculpé soit trouvé possesseur d'objets qui le font présumer coupable, dans un temps voisin du délit »[2521]. En d'autres termes, la loi n'exige point que le prévenu législateur soit pris sur le fait. C'est pourquoi il réclame que le législateur formule spécialement « pour l'application de l'article 37, une définition moins vague »[2522]. D'ailleurs, preuve du risque de débordement que renferme cette expression, Berriat-Saint-Prix observe que, pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle, les constituants ont prévu que lorsqu'un représentant est arrêté sans autorisation pour cause de flagrant délit[2523], le magistrat instructeur est tenu de solliciter la permission de continuer les poursuites[2524]. Pour empêcher tout acharnement judiciaire contre un législateur, il note que « cette demande doit être formée « *immédiatement* : c'est-à-dire sur-le-champ, si l'arrestation est faite pendant une séance ; sinon, à la séance la plus prochaine »[2525]. Il faudrait même selon lui qu'en cas de suspension des délibérations ou de prorogation proprement

2515 *Ibid*., p.419.
2516 « A quoi bon mettre en mouvement une assemblée entière pour décider si l'on pourra requérir une amende de quelques francs contre l'un de ses membres ? » (*ibid*.).
2517 *Ibid*.
2518 *Ibid*.
2519 *Ibid*.
2520 *Ibid*.
2521 *Ibid*.
2522 *Ibid*.
2523 L'article 37 de la Constitution de 1848 distingue, suite à l'amendement Flandin lors des travaux préparatoires, le cas de simple *arrestation* avec le cas de la *poursuite*, et c'est immédiatement après le cas d'arrestation que les constituants ont ajouté le cas du flagrant délit. Par conséquent, « il faudra qu'on vienne aussitôt après l'arrestation demander à l'Assemblée la permission d'instituer de poursuites, et c'est alors que celle-ci aura à apprécier la validité de l'arrestation » (P. Bastid, op.cit., t.I, p.104).
2524 Article 37 alinéa 2 du chapitre IV de la Constitution du 4 novembre 1848 : « En cas d'arrestation pour flagrant délit, il en sera immédiatement référé à l'Assemblée, qui autorisera ou refusera la continuation des poursuites. Cette disposition s'applique au cas où un citoyen détenu est nommé représentant ».
2525 *Ibid*., p.420.

dite, « le Président convoque obligatoirement ses collègues »[2526] afin de statuer le plus rapidement possible sur cette requête et de limiter par là-même la durée de la restriction de liberté, potentiellement illégitime, d'un député. Concernant l'examen d'une demande en autorisation de poursuites qui constitue une « question délicate »[2527] pour Berriat-Saint-Prix, il estime que le principe doit être que la Chambre ne doit pas entrer profondément dans la connaissance des faits pour respecter la séparation des pouvoirs. L'Assemblée n'étant point juge de ses membres[2528], son objet consiste uniquement à rechercher, conformément à l'esprit de l'article 37, « si la poursuite compromet l'indépendance du pouvoir législatif, que telle ait été, ou non, l'intention des magistrats accusateurs »[2529]. Pour le déterminer et forger sa conviction, la Chambre aura besoin ou non d'entrer subrepticement dans l'examen des faits. Le juriste parisien distingue deux hypothèses : soit « l'accusation a une cause purement politique, si elle se rattache aux doctrines défendues par l'inculpé et par la minorité de l'Assemblée »[2530] ou « si le membre attaqué s'est mis en opposition ouverte avec le gouvernement, et si son importance parlementaire explique assez l'hostilité dont il est l'objet »[2531], dans ce cas-là, l'Assemblée pourra, selon lui, rejeter la demande sans discuter les preuves. Soit en dehors de ces hypothèses, « l'Assemblée pourra vérifier si les preuves alléguées ont un certain degré de vraisemblance »[2532] et « si elles en étaient complètement dépourvues, le délit invoqué ne serait qu'un prétexte »[2533]. Dès lors, dans son appréhension de l'inviolabilité des législateurs, *l'autorisation de la Chambre* constitue, pour le publiciste libéral, un mécanisme substantiel au cœur de la protection de l'indépendance des parlementaires[2534], qui ne doit pas se transformer toutefois en verrou.

531. On s'aperçoit ainsi que le publiciste Berriat-Saint-Prix interprète les dispositions constitutionnelles relatives aux immunités parlementaires dans un sens largement favorable aux

2526 *Ibid*.
2527 *Ibid*.
2528 « L'autorisation qu'elle accorde ne préjuge point la condamnation du représentant accusé ; et réciproquement, le refus d'autoriser les poursuites n'empêcherait pas, selon moi, de les reprendre, après l'expiration des pouvoirs du prévenu, si elles n'étaient pas paralysées par la prescription » (*ibid*.).
2529 *Ibid*., p.421.
2530 *Ibid*.
2531 *Ibid*.
2532 *Ibid*.
2533 *Ibid*.
2534 Pour Berriat-Saint-Prix, l'autorisation parlementaire est également requise dans le cas où « un citoyen arrêté est élu représentant avant d'avoir été jugé » (*ibid*., p.420). Les poursuites sont aussitôt suspendues, au regard de l'article 37 de la Constitution de 1848, jusqu'à ce que l'assemblée dont le détenu fait partie ait statué, la demande en autorisation devant être formée le plus tôt possible. Cependant, le juriste publiciste évoque une seconde éventualité plus délicate : l'hypothèse d'un citoyen, emprisonné suite à une condamnation qui ne le dépouille pas de son éligibilité, vient à être élu. Il s'interroge donc « si le magistrat qui a obtenu la sentence doit-il se faire autoriser à continuer l'exécution ? » (*ibid*.). Il répond cette fois-ci par la négative. La lettre de l'article 37 n'a songé qu'aux « poursuites », or dans le cas présent « les poursuites ont été menées à fin et couronnées par un jugement » (*ibid*.). Par conséquent, il estime que « l'exécution, une fois commencée, ne requiert plus de formalité nouvelle pour être maintenue » (*ibid*.). Les seuls recours qu'il reste au représentant sont, pour lui, la grâce ou une dispense de peine jusqu'à la fin de son mandat. Toutefois, il nuance sa position : si la Chambre venait à refuser d'autoriser la continuation des poursuites contre un représentant déjà emprisonné, les magistrats seraient obligés « d'ordonner son élargissement » et « la détention, continuée au mépris de la décision législative, constituerait le délit de séquestration arbitraire (...) » (*ibid*., p.420-421).

législateurs afin d'établir un statut véritablement garant de leur liberté[2535]. Ce faisant, sa conception bienfaitrice à l'égard des représentants du peuple découle directement de ses propres présupposés théoriques sur lesquels elle repose. En tant que libéral et démocrate, il est profondément attaché aux principes de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté populaire qui constituent les deux piliers théoriques de sa doctrine en matière d'immunités parlementaires. La conjoncture de 1848 participe également à influencer sa position théorique : la prédominance du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire justifie une protection plus étendue des parlementaires pour se protéger des actions judiciaires poursuivant un but politique. En outre, il se démarque du reste de la doctrine constitutionnelle passée en ce qu'il attribue un fondement commun aux deux garanties des députés, *la séparation des pouvoirs*[2536], et délaisse un axe théorique qui sert de référence depuis la Révolution de 1789, la théorie de la souveraineté nationale[2537], dont il ne partage que partiellement les implications dans son système. S'illustre ainsi, plus généralement, à nouveau l'idée que pour comprendre la position de chaque publiciste sur ce sujet, il est nécessaire de la resituer dans les postulats théoriques et méthodologiques qui sont les siens ainsi que dans le contexte historique, puisqu'ils sont partie prenante de son interprétation et expliquent les visions concurrentes d'un même objet au sein de la doctrine publiciste française.

532. En conclusion, la période 1848-1851 qui voit la réapparition de la République, offre un regard renouvelé sur les thèmes de réflexion de la doctrine concernant les immunités des pouvoirs constitués. À défaut de grands ouvrages de doctrine excepté celui notable de l'avocat publiciste Felix Berriat-Saint-Prix, des programmes constituants paraissent. À la lueur d'un cadre de réflexion novateur, les points forts du débat doctrinal se concentrent désormais principalement sur la responsabilité du Président de la République qui demeure un problème qui « hante la culture politique française depuis la Révolution et jusqu'à aujourd'hui : les retours, réels ou imaginaires, du

2535 Berriat-Saint-Prix insiste à plusieurs reprises sur cette idée dans son ouvrage : « l'esprit de la loi constitutionnelle est d'assurer l'indépendance des législateurs » *(ibi*d., p.420) ; ces prérogatives sont destinées, « par opposition au principe de l'égalité, à les protéger contre les attentats du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire » (*ibid*., p.414). D'ailleurs, comme le souligne Paul Bastid, les articles 36 et 37 de la Constitution de 1848 sont adoptées facilement à l'Assemblée : « sont ensuite votées *sans discussion* les articles relatifs à la rééligibilité des députés, à leur qualité de représentants de la France entière, à la prohibition du mandat impératif, *aux immunités parlementaires* » (P. Bastid, op.cit., t.I, p.104. [Nous soulignons]).

2536 Opérant une présentation générale des deux volets de l'immunité parlementaire, il déclare : « La pensée des rédacteurs a été, sans doute, que la force ne peut jamais être employée par ordre des magistrats quelconques contre les représentants, dans le but de les priver de leur liberté, même dans le cas où la force est susceptible d'être employée légalement contre de simples citoyens » *(ibid*., p.414).

2537 *A contrario*, les travaux parlementaires semblent indiquer que la théorie de la souveraineté nationale est l'outil conceptuel justifiant l'institution des immunités parlementaires puisque ces dernières sont adoptées par l'Assemblée juste après avoir posé ce principe. Comme le souligne Paul Bastid, elle « accepte le 26 mai, comme allant de soi, le principe traditionnel que les membres du corps législatif représentent la nation entière et ne peuvent recevoir de mandat impératif. Viennent alors les privilèges des représentants » (P. Bastid, op.cit., t.I, p.253). Il ajoute d'ailleurs que « Marrast trouve que ce privilège est trop considérable : il faut faire les lois pour tous. On lui répond qu'il est nécessaire de faire respecter la représentation nationale ; et la disposition est adoptée » (*ibid*.).

personnage monarchique dans le premier magistrat de l'État républicain »[2538]. Pour éviter une telle dérive, les auteurs réfléchissent ainsi à une Haute Cour de justice, ce privilège de juridiction mis en mouvement par la seule Assemblée devant assurer un rôle de contre-poids au pouvoir exécutif. Mais, incapable d'empêcher et de punir le coup d'État de Louis-Napoléon Bonaparte en 1851, son échec est chargé de conséquences : « le principe de la responsabilité pénale de l'exécutif et d'une justice politique contre-pouvoir disparaît pour plus de vingt ans »[2539]. En outre, s'agissant du statut dérogatoire des parlementaires qui devient un sujet en retrait par rapport à la période révolutionnaire, les publicistes, en particulier Berriat-Saint-Prix, s'inscrivent dans la tradition républicaine révolutionnaire[2540] et défendent, par conséquent, une protection étendue en faveur des représentants du peuple qu'ils souhaitent protéger des exactions du pouvoir judiciaire sous la domination du pouvoir exécutif durant le régime de 1848. Il apparaît ainsi, plus globalement, que l'étude de la réflexion constitutionnelle des publicistes français quant aux régimes dérogatoires des autorités publiques induit de se replacer dans le contexte politique et institutionnel de l'époque, ainsi que dans l'appareil théorique subjectif des juristes pour comprendre la diversité et la variation des positions sur ce même objet. À cet égard, le Second Empire se caractérise par une continuité des domaines de réflexions de la doctrine en matière d'immunités constitutionnelles mais s'en démarque par une production doctrinale plus abondante.

§2. Une réflexion constitutionnelle active durant le Second Empire malgré la disparition de la discipline du droit constitutionnel : le paradigme administrativiste

Par rapport à la IIème République, le Second Empire incarne, s'agissant de la problématique des statuts dérogatoires des pouvoirs publics, une continuité dans la rupture.

533. Une *continuité*, tout d'abord, du point de vue des domaines de réflexion de la doctrine impériale en matière de privilèges immunitaires des gouvernants. Les constituants de 1852 valorisent le pouvoir exécutif, et en particulier le chef de l'État qui concentre le pouvoir entre ses mains. Par une proclamation adressée au peuple qui fait suite au décret du 2 décembre 1851 par lequel il a dissous l'Assemblée Nationale et rétabli le suffrage universel, Louis-Napoléon Bonaparte sollicite le renouvellement de la confiance du peuple, afin qu'il puisse doter la France de nouvelles institutions. Il expose les bases fondamentales de la future Constitution[2541] empruntées en partie à

2538 L. Jaume, Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848, op.cit., p.740.
2539 R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.145.
2540 « Les constituants de 1848, pour bâtir une République, ne pouvait guère avoir que deux modèles : la tradition révolutionnaire française, et l'expérience contemporaine, stable et vivace, de la démocratie américaine » (G. Fritz, La question de l'influence américaine, op.cit., p. ??).
2541 « Persuadé que l'instabilité du pouvoir, que la prépondérance d'une seule Assemblée sont des causes permanentes

celles de l'an VIII et de l'Empire selon la formule même de Louis-Napoléon[2542], lesquelles renient sans conteste le parlementarisme[2543]. Plébiscité les 20 et 21 décembre 1851 à une écrasante majorité, le prince-président procède alors à la formation d'une commission composée de 80 membres issue de l'Assemblée dissoute chargée de préparer un projet de Constitution, dont les travaux ne seront pas divulgués. Mais face à sa lenteur, il décide de remettre cet ouvrage à Rouher et Troplog, « deux conservateurs partisans d'un exécutif fort »[2544]. Conformément à la proclamation du 2 décembre, le président de la République détient la plénitude du pouvoir exécutif au sein de la Constitution de 1852 et bénéficie, en outre, d'une compétence très large en matière législative. Face au Président, « le pouvoir parlementaire est morcelé. Faible, il est divisé en trois corps, le Corps législatif, le Sénat et le Conseil d'État devenu le pivot et la clé de voûte d'un système dominé par le chef de l'État »[2545]. Privées de garanties immunitaires dans le texte de 1852, l'autonomie institutionnelle des chambres s'améliora cependant avec la libéralisation du régime à partir des années 1860 par une série de mesures. Établissant un césarisme à façade démocratique, les constituants de 1852 maintiennent le principe de la responsabilité personnelle du chef de l'État, tout en évinçant délibérément la responsabilité politique des ministres. Le schéma du nouvel édifice institutionnel dessine *de facto* les contours et les axes de réflexion du discours savant du Second Empire en matière de régimes dérogatoires des pouvoirs.

534. *Dans le même temps*, si les objets de la doctrine se rejoignent manifestement entre les deux régimes, le Second Empire se démarque du reste des institutions dans l'histoire doctrinale des statuts dérogatoires. Cette originalité réside dans le corps professoral chargé de faire œuvre scientifique sur ce sujet dans un contexte académique très différent de la Seconde République. Il convient de

de trouble et de discorde, je soumets à vos suffrages les bases fondamentales suivantes d'une Constitution que les Assemblées développeront plus tard : 1° Un chef responsable, nommé pour dix ans ; 2° Des ministres dépendant du pouvoir exécutif seul ; 3° Un conseil d'État formé des hommes les plus distingués, préparant les lois et en soutenant la discussion devant le Corps législatif ; 4° Un Corps législatif discutant et votant les lois, nommé par le suffrage universel, sans scrutin de liste qui fausse l'élection ; 5° Une seconde Assemblée formée de toutes les illustrations du pays, pouvoir pondérateur, gardien du pacte fondamental et des libertés publiques » (*in* Proclamation de Louis-Napoléon Bonaparte, in J.-B. Duvergier, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État, Paris : A. Guyot et Scribe, 1851, t.51, p.475-476).

2542 « Puisque la France ne marche depuis cinquante ans qu'en vertu de l'organisation administrative, militaire, judiciaire, religieuse, financière, du Consulat et de l'Empire, pourquoi n'adopterions-nous pas aussi les institutions politiques de cette époque ? Créées par la même pensée, elles doivent porter en elles le même caractère de nationalité et d'utilité pratique » (*ibid*., p.475).

2543 Dans sa proclamation du 14 janvier 1852, Louis-Napoléon affirme que les ministres ne formeront plus « un conseil responsable, composé de membres solidaires, obstacle journalier à l'impulsion particulière du chef de l'État, expression d'une politique erronée des chambres et, par là même, exposé à des changements fréquents qui empêchent tout esprit de suite, toute application d'un système régulier » (*ibid*.). Il supprime également « l'initiative parlementaire, qui introduisait « à l'improviste des amendements qui dérangeaient souvent l'ensemble du projet primitif » ; les ministres ne viendront plus défendre leurs projets devant la Chambre...afin d'en finir avec « les vaines interpellations, les accusations frivoles, les luttes passionnées dont l'unique but était de renverser les ministres pour les remplacer » » (cité par P. Bodineau, M. Verpeaux, Histoire constitutionnelle de la France, op.cit., p.68).

2544 P. Jan, Les Constitutions de la France. 1814-1958 : L'établissement du régime parlementaire, t.2, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2016, p.83. La Constitution du 14 janvier 1852 est en effet « l'œuvre de deux juristes tout acquis au chef de l'État, Troplong et Rouher, qui la rédigent en quelques heures selon les principes affirmés dans la déclaration du 2 décembre » (P. Bodineau, M. Verpeaux, Histoire constitutionnelle de la France, op.cit., p.66).

2545 P. Jan, Les Constitutions de la France. 1814-1958 : L'établissement du régime parlementaire, op.cit., p.83.

remarquer à cet égard que la matière du droit constitutionnel connaît une « éclipse »[2546] durant le Second Empire. Un an environ après le coup d'État du 2 décembre 1851, le premier acte fort du nouveau ministre de l'Instruction publique, Hippolyte Fortoul à l'égard des facultés de droit consiste à décider de la suppression de la chaire vacante de droit constitutionnel de la Faculté de droit de Paris par le décret du 8 décembre 1852. Cette suppression expresse met en exergue la méfiance et la peur du pouvoir en place[2547] à l'égard de cette discipline à potentiel insurrectionnel[2548]. Toutefois, en dépit de cette abrogation officielle, il est significatif de noter que cette mesure impériale ne fait pas disparaître complètement, dans la pratique, l'enseignement de la matière. Ce sont, en réalité, les professeurs de droit administratif dont l'enseignement est stable et généralisé dans l'ensemble des facultés depuis la fin de la Restauration[2549], qui vont s'en emparer et poursuivre, sous l'impulsion du

2546 M. Pétroff, L'éclipse du droit constitutionnel, op.cit., p.162.

2547 Dans le rapport précédant le décret, il convient de constater que « Fortoul se place aux antipodes de Guizot » (*ibid*., p.164) en ce qu'il argue de l'inopportunité de cet enseignement et exprime certaines réticences à l'étude de l'histoire comparée des institutions politiques par sa peur du désordre. Il estime effectivement que « toute comparaison impliquant un jugement de valeur, donc, sous une forme ou sous une autre, une éventuelle remise en cause de l'autorité » (*ibid*.).

2548 Comme le note Marlène Pétroff, « la suppression de la chaire de droit constitutionnel en 1852 n'est pas une décision isolée. Elle s'inscrit dans un ensemble de mesures qui renforcent considérablement l'emprise du ministre de l'Instruction publique sur l'Université et dans un mouvement plus général visant à ancrer le nouveau pouvoir dans la durée : la stabilité du régime postule la disparition de tout élément potentiellement perturbateur » (*ibid*., p.162). Napoléon III recherche la paix dans l'enseignement supérieur, synonyme d'ordre napoléonien. Pour cela, le ministre entend, par une politique de centralisation inspirée du Premier Empire, contrôler totalement l'Université grâce à une série de mesures : la renaissance des Académies, la remise en cause de l'inviolabilité des professeurs par le décret du 9 mars 1852, l'adoption de mesures individuelles d'épuration de professeurs ouvertement hostiles au régime tels que Michelet, Edgar Quinet, la démission d'office des enseignants qui refusent de prêter serment d'allégeance à l'empereur. Cet ensemble de mesures juridiques doivent restaurer le principe d'autorité impériale au sein de l'institution universitaire.

2549 La chaire de droit administratif, créée à la faculté de droit de Paris par l'ordonnance du 21 mars 1819 au profit de Gérando, sera supprimée pour des raisons politiques le 6 septembre 1822, avant d'être rétablie en 1828 par le gouvernement libéral au profit du même Gérando, puis généralisée dans toutes les facultés puisque son enseignement est « finalement devenu une priorité pour la formation des administrateurs » (G. J. Guglielmi, Emile-Victor Foucart, ou le sacerdoce du droit public et administratif, op.cit., p.3). Ainsi, en 1829, deux chaires de droit administratif sont ouvertes, l'une à Toulouse, l'autre à Caen, sans être effectivement pourvues, puis par une ordonnance du 2 septembre 1832, une chaire est créée à Poitiers au profit de Foucart, premier professeur de droit administratif de province, nommé par le ministre de l'instruction publique Girod de l'Ain. Le mouvement se poursuit puisqu'une chaire est instaurée à Aix-en-Provence le 1er décembre 1835, puis à Dijon, Grenoble, Rennes, Strasbourg et Toulouse le 12 décembre 1837. On observe ainsi que depuis 1838, le droit administratif est enseigné en continue dans toutes les facultés françaises, même si, dès l'origine, « le droit administratif est (…) mis en relation avec le droit public sans que les termes de cette relation soient clairement posés » (J. Chevallier, Le droit administratif..., op.cit., p.17). Pour certains, comme Gérando, il y a « identité pure et simple entre les deux, ou plus exactement le droit administratif donne corps, matérialité au droit public ; pour les autres, le droit administratif fait partie du droit public, soit qu'il en constitue un étage inférieur, soit qu'il en soit la partie principale » (cité par *ibid*.). Au cours des années 1840, la discipline du droit administratif s'enracine profondément au sein de l'institution universitaire comme le note Foucart : « lorsque je publiai la première édition des Éléments, je crus devoir, dans la préface, m'attacher à prouver la possibilité de l'enseignement du droit administratif (…). C'est alors qu'on se faisait une idée très confuse de la science du *droit administratif* ; (…) Aujourd'hui les choses ont bien changé. Dans chacune des neuf écoles du royaume, il existe une chaire de droit administratif ; et si le temps que l'on consacre à cette étude est encore insuffisant, du moins les jeunes gens reçoivent-ils des connaissances générales qu'ils peuvent féconder plus tard » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., Préface, 3è éd., 1843-1844, p.I). Environ dix ans plus tard, en 1855, dans la 4ème édition de son livre, son constat positif n'a pas changé, le droit administratif étant revêtu désormais d'une véritable juridicité : « le droit administratif est enseigné dans toutes les Facultés de l'Empire ; il a donné lieu à un grand nombre d'ouvrages ; ses principes sont invoqués devant les juges comme devant les administrateurs ; ils servent de base aux décisions du Conseil d'État comme aux arrêts de la Cour de cassation » (*ibid*., Préface, 4è éd., 1855-1856, p.I). Loin d'être un risque pour le gouvernement, les vertus de cet enseignement sont, à ses yeux, nombreuses : « l'enseignement public, qu'on avait paru redouter comme un danger, a eu pour résultat de faire mieux connaître aux administrateurs et aux administrés leurs droits et leurs obligations, de faciliter la marche de l'administration, de diminuer l'antagonisme qui existait entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, et, par une détermination plus précise des limites de l'une et de l'autre, de rendre moins fréquents les conflits

gouvernement, l'œuvre des constitutionnalistes. De manière dérivée, les manuels, traités ou précis que publient les professeurs de droit administratif durant le Second Empire contiennent des développements de droit constitutionnel. Aucun juriste ne méconnaît la Constitution de son époque. Ils en mentionnent les éléments les plus importants en exergue de leurs enseignements ou en introduction d'ouvrages relatifs au droit administratif et au droit public, sans en constituer pour autant le thème principal ou unique[2550]. Défenseurs de l'unité du droit administratif et du droit constitutionnel[2551] et, plus largement, du droit public[2552], les administrativistes intègrent à part entière le droit constitutionnel dans l'objet d'étude des publicistes[2553]. Le rapport du ministre Fortoul

d'attribution » (*ibid*.).

2550 Sous le Second Empire, l'ouvrage du professeur de droit administratif et doyen de la Faculté de droit de Poitiers, Foucart, est caractéristique de cette tendance. Composé de trois parties, il a une vision totalisante du droit public : « le plan (…) m'a paru se prêter sans confusion à l'exposition de toutes les matières qui constituent un *Traité élémentaire de droit public et administratif* : j'ai parlé, dans une première partie, du pouvoir considéré dans son organisation, dans ses attributions et dans sa répartition ; des personnes sous le point de vue politique, des droits que la loi leur attribue, des charges qu'elle leur impose ou dont elle frappe leurs biens ; La deuxième partie comprend tout ce qui tient plus spécialement à l'administration générale de l'Empire, et à l'administration des départements, des arrondissements, des communes, des établissements publics. Enfin la troisième partie, qui est le complément des deux autres, renferme l'organisation des tribunaux administratifs, les règles de leur compétence et de leur procédure » (*ibid*., p.II-III).

2551 Plusieurs administrativistes du Second Empire mettent en avant la connexité naturelle entre le droit administratif et le droit constitutionnel. A titre d'exemple, le professeur de droit administratif, Louis-Pierre-François Cabantous, dans la présentation des limites de son ouvrage, défend cette idée : « Nous n'y embrasserons même le droit constitutionnel ou droit public proprement dit, qu'autant que la connaissance en est nécessaire pour convenablement coordonner et faire bien comprendre les règles du droit administratif. Il est difficile, en effet, de les séparer complètement l'un de l'autre, le droit public formant en quelque sorte les têtes de chapitre du droit administratif, suivant la très juste observation de l'illustre Rossi, ou, ce qui revient au même, fournissant les principes dont le droit administratif détermine l'application » (L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit administratif, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, Paris : A. Marescq, 4e éd., 1867, p.5). Cette connexion structurelle détermine par conséquent, à ses yeux, l'ordre et les matières s'offrant à son examen : « Par les raisons que nous venons de déduire, les notions élémentaires sur le droit public précéderont celles plus approfondies et plus développées que nous donnerons sur le droit administratif » (*ibid*.). De même, Foucart observe que la distinction entre droit administratif et droit constitutionnel « qui paraît si nette dans la théorie, ne l'est pas pour autant ». A travers son manuel, il s'est « vu entraîner, dit-il, *par la connexité des matières*, à traiter dans la première partie (relatif au droit constitutionnel) des sujets qui auraient peut-être été plus régulièrement placés dans la seconde (relatif au droit administratif), et cette seconde partie en contiendra quelques-uns qui auraient pu trouver place dans la première » (E.-V. Foucart, Éléments..., tome II, 1855-1856, p.1. [Nous soulignons]). Il réitère plusieurs fois cette appréciation dans son ouvrage : « tout se tient dans le *droit public*, depuis les principes constitutifs du gouvernement jusqu'aux règles qui déterminent les attributions du fonctionnaire le plus humble de la hiérarchie administrative » (*ibid*., p.XIII). Il explique ce lien étroit par une justification *formelle* – la soumission aux mêmes règles des autorités étatiques - et *organique* - la double qualité des représentants de l'État : « les mêmes lois règlent souvent les uns et les autres, et (…) les organes de l'autorité politique sont aussi les organes de l'autorité administrative » (*ibid*.). Il a donc dû réunir en cela dans un même livre « le droit politique et le droit administratif, parce que la connaissance de l'un serait incomplète sans la connaissance de l'autre » (*ibid*., p.XIV). Malgré le risque de « confusion » (*ibid*., t.1, p.8), son ouvrage se divise ainsi en trois parties solidaires : premièrement, le pouvoir dans son organisation, deuxièmement, l'administration, troisièmement, l'organisation des tribunaux administratifs, les règles de compétence et de leur procédure.

2552 La définition que donne les administrativistes du Second Empire respectivement des deux matières exprime la substance unitaire du droit public. Par exemple, pour Foucart, « le *Droit public* d'une nation est l'ensemble des rapports qui existent entre les gouvernants et les gouvernés. Il a pour but, d'abord, l'organisation et la répartition du pouvoir, les droits garantis ou conférés aux individus, les charges que l'intérêt général impose sur les personnes ou sur les propriétés » (E.-V. Foucart, Éléments..., t.1, 1843-1844, p.49), tandis que le droit administratif, « partie du droit public » (*ibid*., t.2, 1855-1856, p.3) comprend « tout ce qui concerne la gestion de la fortune publique, la perception des impôts, l'emploi des revenus publics, l'exécution des travaux d'intérêt général, et en général tous les services publics, la tutelle des intérêts collectifs, et toutes les mesures dites de police qui tendent à assurer aux citoyens les bienfaits de l'ordre, de la sécurité, de la salubrité » (*ibid*., t.1, 1855-1856, p.8).

2553 Au cours du Second Empire, « les particularités structurelles du droit administratif français font que son champ théorique inclut des questions qui, dans certains autres systèmes, ne seront pas considérés comme relevant du droit administratif » (J.-B. Auby, Les spécificités de la doctrine administrative française, in Association Française pour la recherche en droit administratif, La doctrine en droit administratif : actes du [3e] colloque organisé les 11 et 12 juin 2009, Faculté de droit de Montpellier, Paris : Litec, 2010, p.34).

qui précède le décret met clairement en lumière cette conception : « l'exposition de notre droit public et administratif (…) est à faire par un professeur spécial dans toutes nos Facultés »[2554] qui, dans la partie introductive de son cours, distinguera les différentes branches du droit public avant de traiter plus spécifiquement du droit administratif. Mais une telle attitude est déjà, en vérité, un usage dans les facultés qui ne disposaient que d'une chaire de droit public, comme nous avons pu le constater par exemple avec les *Éléments de droit public et administratif* de Foucart en date de 1834-1835. Autrement dit, le ministre ne fait qu'officialiser cette pratique[2555]. Dès lors, « la suppression de la chaire de droit constitutionnel ne nécessite pas le remaniement des autres enseignements de « droit public et administratif » »[2556]. Il apparaît donc clairement qu'il demeure un enseignement *officieux* du droit constitutionnel[2557] accompagné d'une littérature fournie lors du Second Empire, tout deux assurés par les professeurs de droit administratif.

535. Néanmoins, ce changement organique n'est pas sans conséquences sur la teneur du discours savant relatif aux statuts dérogatoires des pouvoirs publics. Il entraîne sans conteste une réorientation de la science du droit constitutionnel. Les administrativistes, dont « l'édification d'une science (...) a été entreprise avant celle du droit constitutionnel considéré, tout au long du XIXème siècle, comme un droit politique »[2558], possèdent effectivement une conception particulière de la pratique de leur science qui diffère de celle des constitutionnalistes[2559]. Vecteur déterminant de la

2554 Cité par M. Pétroff, L'éclipse du droit constitutionnel, op.cit., p.162.

2555 Le professeur poitevin Foucart met en exergue l'importance de cet enseignement dans le champ scientifique: « des différentes branches de la science du droit, la plus importante par son objet, la plus générale par le nombre de personnes qu'elle intéresse, la plus usuelle par la fréquence de son application, est celle qui, sous le nom de droit public et administratif, garantit à tous la jouissance des droits naturels, organise, sous le nom de droits politiques, la participation des citoyens à la législation, au gouvernement, à l'administration du pays, détermine la nature et l'étendue des charges que doivent supporter, dans l'intérêt général, les personnes et les propriétés, préside à tous les services publics, veille à la conservation des choses d'intérêt général, et trace les règles de gestion des fortunes publique, départementale et communale » (E.-V. Foucart, Précis de droit public et administratif suivi d'une bibliographie indiquant les ouvrages sur le droit administratif et d'un appendice contenant le texte des principales et ordonnances du droit public et administratif, op.cit., Préface, 1844, p.I).

2556 M. Pétroff, L'éclipse du droit constitutionnel, op.cit., p.165.

2557 Comme le souligne le professeur parisien Anselme Batbie, le droit public est considéré sous le Second Empire, dans un double sens : « Les mots *droit public* sont pris par les auteurs dans deux sens différents. Suivant une acceptation très étendue, on entend par là toutes les parties de la législation qui touchent à l'intérêt général de la cité, ou comme disait la loi romaine : *quod ad statum Reipublicae spectat*. Ces mots sont alors employés par opposition au *droit privé* et comprennent le droit constitutionnel et le droit administratif. Mais dans un sens plus restreint, le droit public est synonyme de droit constitutionnel » (A. Batbie, Précis de droit public et administratif, Paris : Cotillon, 1860, p.19).

2558 V. Champeil-Desplats, Doctrine administrativiste et doctrine constitutionnaliste : questions de méthode, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, n°11, 2015, p.11. La plupart des administrativistes du Second Empire nomment le droit constitutionnel de « droit politique » pour en signifier sa substance idéologique. Par exemple, pour Foucart, « la coopération des citoyens au gouvernement, soit en exerçant des droits, soit en supportant des charges, fait l'objet de ce que nous avons appelé *droit politique* ou *droit constitutionnel* » (E.-V. Foucart, Éléments..., tome II, 1855-1856, p.1). De même, l'avocat à la Cour de Paris et ancien conseiller d'État, Bouchené-Lefer, propose dans son ouvrage un chapitre intitulé « du droit public ou droit politique » (A.-G.-D. Bouchené-Lefer, Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public-administratif ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour, Paris : Cosse et Marchal, 1862, p.1-2).

2559 D'ailleurs l'avantage et le privilège de la science du droit administratif par rapport à celle du droit constitutionnel au cours du XIXème siècle résident dans la stabilité et la juridicité des règles qu'elle examine, dotées d'une juridiction qui assoit ces caractères. En ce sens, comme le note le publiciste Foucart, le cours de droit administratif suit l'évolution des sources du droit au cours de l'Empire : « pendant la même période, la législation et la jurisprudence ont fait de grands progrès auxquels n'a pas été étranger sans doute le mouvement produit par l'enseignement » (*ibid.*). Concernant la seconde, il note que « la jurisprudence du Conseil d'État s'est empreinte d'un caractère plus juridique ; les arrêts du

scientificité et de l'autonomie de leur discipline, leur discours doit obéir à une démarche descriptive[2560], systématique[2561] et analytique[2562], et écarter par conséquent tout jugement subjectif. Leurs artisans ne cherchent plus à reprendre pour le droit administratif le modèle dominant du travail scientifique des juristes que constituaient, à l'époque, l'exégèse[2563] et la codification du droit civil[2564] comme ce fut le cas dans les années 1830, ni « ne répond non plus au souci pratique exprimé par Cormenin qui, dans ses ouvrages de droit administratif, préfère clarifier le traitement contentieux devant le Conseil d'État »[2565]. À partir des années 1840 et durant le Second Empire, les administrativistes se donnent un horizon plus systématique et entreprennent de réorienter le travail du juriste publiciste vers la découverte de principes généraux supposés spécifiquement guider le droit qu'ils étudient.

536. De ce point de vue, les publicistes-administrativistes vont transposer leur méthodologie particulière à la discipline du droit constitutionnel[2566], et ce à plusieurs égards. *Tout d'abord*, dans le

Conseil d'État ne sont plus rédigés avec cette concision désespérante qui les faisait quelquefois ressembler plutôt à des décisions de l'autorité discrétionnaire qu'à des jugements » (*ibid*., p.I-II). C'est pourquoi, dit-il, « je me suis efforcé, dans mon enseignement, de me tenir au courant des progrès de la science » (*ibid*., p.II).

2560 Pour Foucart - qui fut chargé du cours de Code civil jusqu'en 1832 dans la chaire précédemment occupée par le jurisconsulte Hiérome-Bonaventure Gibault à la Faculté de Poitiers -, le juriste doit se livrer à une « étude longue et consciencieuse à la connaissance du droit positif » (E.-V. Foucart, Éléments..., Préface, 4è éd., 1855-1856, p.IX).

2561 Conformément à la méthode majoritaire au sein de la doctrine administrativiste impériale, les ouvrages de droit administratif de cette période prennent la forme du *traité* qui contient un « ordre méthodique, des déductions logiques, des explications lumineuses qui font comprendre l'esprit de la législation » (*ibid*., 3è éd., 1843-1844, p.II). *Cf.* P. Lavigne, Les manuels de droit administratif pour les étudiants des facultés de 1829 à 1922, Annales d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique, n°2, 1985, p.132.

2562 Comme le note le publiciste Foucart, « la recherche des grands principes sur lesquels (la législation) repose, l'étude de leur application à toutes les réalités de la société, voilà ce qui constitue la science positive du *droit public* et du *droit administratif* » (E.-V. Foucart, Éléments..., Préface, 1855-1856, p.II). Il entend en effet « se placer entre les spéculations de la théorie pure et les détails trop minutieux de la pratique » (*ibid*.). De même, Anselme Batbie est convaincu qu'« il faut aux étudiants en droit des livres non superficiels, mais nourris de principes et de forte doctrine » et cherche donc à « simplifier la méthode pour les étudiants en droit, à généraliser pour les hommes instruits les principes du Droit public et administratif » (A. Batbie, Précis de droit public et administratif, Paris : Cotillon, 1860, p.1).

2563 « Il n'est pas très difficile de saisir, dans ses grandes lignes, comment évolue l'enseignement du droit au XIXè siècle. D'abord enfermé dans une législation étroite et vétilleuse, l'enseignement juridique se dégage peu à peu du corset napoléonien, mais après plus d'une tentative infructueuse » (P. Rémy, Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXè siècle, Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1985, n°2, p.91).

2564 Il a pu être observé que « les premiers ouvrages (de droit administratif) à destination des étudiants, et notamment celui de Gérando, restent conçus sur le mode de la compilation » (J. Chevallier, Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, op.cit., p.14) comme l'illustre son titre même « *Institutes du droit administratif français ou éléments du Code administratif* », puis sur le mode de la divulgation de la jurisprudence par l'intermédiaire de Macarel qui est considéré par Jacques Chevallier comme « le premier analyste de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État » dès 1818, le recueil des arrêts du Conseil d'État étant fondé en 1821. Ainsi il apparaît que « le travail de systématisation de la nouvelle discipline ne s'effectuera que très progressivement (…) » (*ibid*.).

2565 G. J. Guglielmi, Émile-Victor Foucart, ou le sacerdoce du droit public et administratif, op.cit., p.9.

2566 Lors de la création des écoles de droit en 1804 qui étaient destinées à préparer aux professions judiciaires, l'enseignement est centré sur l'étude du code civil. Cette conception reste dominante lors de la création de la première chaire de droit administratif en 1819 puisque « l'enseignement dispensé dans les facultés de droit est tourné essentiellement vers le droit privé (…) et le droit administratif reste considéré comme une discipline marginale, dont la juridicité est sujette à caution » (J. Chevallier, Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, op.cit., p.14). Or le Second Empire constitue un tournant pour la discipline du droit administratif : « en donnant un fondement constitutionnel au droit administratif, les publicistes visent à détacher ce dernier de l'emprise civiliste et ouvrent un espace de définition des méthodes et des finalités propres de leur science. Le droit constitutionnel a donc servi la doctrine administrativiste pour construire une science du droit public autonome et théoriser son objet » (V. Champeil-Desplats, Doctrine administrativiste et doctrine constitutionnaliste : questions de méthode, op.cit., p.14).

cadre de leur étude de la Constitution du 14 janvier 1852, ils procèdent à sa systématisation[2567]. Se détournant de tout commentaire exégétique article par article, les auteurs partent, selon des perspectives et des intensités variables, à la recherche des principes fondateurs du nouvel édifice constitutionnel[2568]. *En outre*, pour ce qui est de la seconde caractéristique qui est en lien avec la précédente, la fonction essentielle que s'assigne la doctrine administrative française est de « « triturer » intellectuellement le plus habilement possible le droit positif (…), de faire apparaître des logiques, ou des incohérences dans le droit positif (…) (mais) elle se donne rarement pour mission de l'observer de l'extérieur, de façon critique »[2569]. En d'autres termes, ils purgent désormais le droit constitutionnel et ses concepts[2570], de toute appréciation politique[2571]. La science française

2567 De manière symptomatique, Foucart définit la science du droit comme « l'art de connaître et d'appliquer les lois » (E.-V. Foucart, Éléments..., tome 1, 1855-1856, p.2). Dès lors, à travers son livre réédité à plusieurs reprises qui veille « à suivre le mouvement général de la science » (*ibid*., Préface, 1843-1844, p.IV), il n'a pas « la prétention de fonder une doctrine » mais son but est de « donner à la matière (du droit public) un enchaînement méthodique » (*ibid*., p.8). Dans le même sens, pour Cabantous, « pour le droit public nous nous renfermerons scrupuleusement dans le cadre tracé par la constitution en vigueur, sauf à y rattacher les développements historiques indispensables pour la saine et complète intelligence de ses dispositions » (L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit administratif…, op.cit., 1867, p.5).

2568 Par exemple, Foucart affirme que dans la première partie de son ouvrage, il a « exposé les principes du droit constitutionnel sur lesquels reposent la Charte et les autres lois de notre public » (E.-V. Foucart, Éléments..., op.cit., t.II, 1855-1856, p.1).

2569 J.-B. Auby, Les spécificités de la doctrine administrative française, op.cit., p.35-36. Foucart note en effet qu'en raison de la méthodologie propre au droit administratif, cet enseignement ne doit susciter aucune crainte pour le pouvoir en place : « je concevrais les inquiétudes manifestées par quelques personnes sur les conséquences de l'enseignement du droit public, s'il s'agissait d'exposer ces théories séduisantes, qu'une jeunesse généreuse mais inexpérimentée embrasse avec ardeur à l'âge des illusions, pour les abandonner bientôt quand elle est entrée dans le positif de la vie : ces théories, n'auraient-elles pour résultat que de la détourner d'études sérieuses, seraient nuisibles par cela même ; mais tel ne doit pas être dans les Facultés l'enseignement du droit public. Son but est d'exposer *ce qui est*, et la *raison de ce qui est* ; son point de départ est la législation en vigueur » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., Préface, 1855-1856, p.VIII). Mais le positiviste poitevin reste tout de même conscient des imperfections du droit positif : « je n'entends point toutefois afficher en législation un optimisme ridicule : je sais que notre droit public a besoin d'un grand nombre d'améliorations » (*ibid*., p.IX). Pour lui, ce cours est salutaire « parce qu'il enseigne aux dépositaires de l'autorité comme aux citoyens, non seulement leurs droits, mais encore leurs devoirs » (*ibid*., p.XI).

2570 De manière symptomatique, Foucart affirme que sous l'empire de son étude de la législation positive et de sa recherche de l'esprit des lois qui la régissent, « les expositions de doctrine n'ont de valeur qu'autant qu'elles reproduisent l'esprit du texte » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., op.cit., Préface, 3è éd., 1843-1844, p.III-IV).

2571 Ce discours doctrinal neutre est d'autant plus imposé par l'article 2 du sénatus-consulte du 18 juillet 1866. Celui-ci interdit « toute discussion ayant pour objet la critique ou la modification de la Constitution et publiée ou reproduite soit par la presse périodique, soit par des affiches, soit par des écrits non périodiques des dimensions déterminées par le paragraphe 1er de l'article 9 du décret du 17 février 1852 ». A cet égard, la présente disposition prévoit que : « quiconque veut écrire sur la Constitution, ou parler de la Constitution dans un écrit, non pas seulement pour la critiquer mais encore pour examiner les améliorations et, par conséquent, les modifications dont elle est susceptible, est tenu d'employer au moins dix feuilles d'impression, ayant de vingt-cinq à trente-deux décimètres carrés chacune ». Cependant, l'essayiste Prévost-Paradol précise que *les ouvrages universitaires* sont exclus du champ d'application de ce décret compte tenu du rapport du président du Sénat, Troplong, relatif à ce projet de sénatus-consulte interdisant toute discussion de la Constitution aux journaux, écrits périodiques et brochures de moins de dix feuilles : ce dernier « a garanti une immunité particulière à ce genre d'études, et il existe en ce qui touche cette province de la république des lettres une sorte de traité public entre le pouvoir actuel et les écrivains » (L.-A. Prévost-Paradol, La France nouvelle, op.cit., p.II, note 1). Lors de l'examen du projet de sénatus-consulte, il déclare effectivement lors de la séance du 12 juillet 1866 : « Une objection a cependant été faite ; on a conçu des inquiétudes pour la liberté des études qui, à l'aide de la philosophie et de l'histoire, portent le flambeau de la critique sur la politique des États...Mais, en dehors des écrits périodiques, il y a les livres. Le sénatus-consulte n'atteint pas ces dépositaires des véritables richesses de l'intelligence...C'est là que s'ouvre une libre carrière pour les discussions théoriques et philosophiques d'où jaillissent les lumières durables. Si les Aristote, les Cicéron, les Montesquieu revenaient au monde, ce n'est pas le projet de sénatus-consulte qui les empêcherait de produire leurs méditations sur la politique et de rechercher la meilleure forme de gouvernement » (cité par *ibid*., p.II-p.III, note 1). Néanmoins, Prévost-Paradol exprime une certaine méfiance par rapport à cet engagement informel puisqu'il affirme qu'il faut « malheureusement se garder de prendre trop au sérieux les documents de ce genre » (L.-A. Prévost-Paradol, La France..., op.cit., p.III, note 1).

du droit administratif se caractérise par « le caractère très positiviste de son approche »[2572]. Enfin, corollaire des deux premiers aspects, leur discours exprimés dans les manuels, les traités ou les précis poursuivent, la plupart du temps, une finalité pédagogique et, par conséquent, synthétique[2573]. Cet esprit est dicté par la nature de leurs lecteurs : leurs ouvrages sont destinés spécialement à la formation des administrateurs[2574], des étudiants et, plus globalement, des citoyens qui ont plus largement accès au vote[2575]. A noter par ailleurs qu'au cours du Second Empire, le droit constitutionnel comparé commence à connaître un certain essor, sous l'impulsion du professeur parisien Anselme Batbie[2576].

2572 J.-B. Auby, Les spécificités de la doctrine administrative française, op.cit., p.35.

2573 En ce sens, Foucart présente son livre de la manière suivante : destiné aux « étudiants qui suivent mon cours, (il) est le texte et le résumé de mes leçons ; pour tout le monde c'est un abrégé, que je me suis efforcé de rendre clair et méthodique, de la science générale du droit public », dont la connaissance doit précéder toutes les applications et toutes les études spéciales » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., Préface, 1855, p.XV).

2574 Comme l'estime Foucart, « le besoin de la société aujourd'hui, c'est la *légalité*. (…) Il faut donc plus que jamais que les hauts fonctionnaires administratifs aient fait une étude complète des lois, sinon ils seront placés à l'égard de leurs administrés dans une position d'infériorité qui enlèvera au gouvernement toute son autorité et toute sa force » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., Préface, 1855-1856, p.XVIII). Le but premier de cet enseignement est pratique pour le publiciste poitevin : « créer des chaires de droit public, c'est vouloir qu'elles soient utiles pour les services publics ; offrir cet enseignement aux jeunes gens, c'est leur dire au nom du Roi ce que l'empereur Justinien disait aux étudiants de son temps, en leur adressant ses Institutes : Summa iatque ope, et alacri studio has leges nostras accipite, et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernani » (*ibid*., p.XIX) [« Travaillez donc avec une joyeuse ardeur à apprendre ces lois, et montrez-vous tellement instruits que vous puissiez être animés de l'espérance si belle d'être capable, à la fin de vos travaux, de gouverner notre empire dans les parties qui vont seront confiées » (traduit par J.-L.-E. Ortolan, Explication historique des instituts de l'Empereur Justinien, avec le texte, la traduction en regard, et les explications de chaque paragraphe précédée d'une généralisation du droit romain, d'après les textes anciennement connus, ou plus récemment découverts, 4ème éd., tome 1, Paris : Joubert, 1847, p.134)].

2575 Foucart juge que l'enseignement du droit administratif est « indispensable aux jurisconsultes non moins qu'aux administrateurs » mais également il est « utile à tous les citoyens, qui dans un gouvernement libre ont toujours besoin de connaître les droits dont ils jouissent et les charges qui pèsent sur leurs personnes ou sur leurs biens » (E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., Préface, 1843-1844, p.I). Concernant ces derniers, le publiciste poitevin observe que la quasi-généralisation du suffrage universel implique une démocratisation de la connaissance du droit administratif : « des lois nouvelles, en étendant les droits électoraux et d'éligibilité, en appliquant le principe de l'élection à l'organisation municipale et départementale, ont appelé à la vie politique une foule de citoyens qui ont senti le besoin de se livrer à des études auxquelles jusqu'ici ils étaient restés étrangers » (*ibid*.). Dès lors, « les ouvrages spéciaux et les recueils périodiques sur le droit administratif se sont multipliés, et les connaissances générales sur cette matière sont devenues le complément indispensable de toute bonne éducation » (*ibid*.).

2576 Durant le Second Empire, l'œuvre en matière de droit public d'Anselme Batbie, premier titulaire de la seconde chaire parisienne de droit administratif (1863-1887), revêt deux originalités principales. *D'une part*, en tant qu'ancien auditeur au Conseil d'État, il cherche à renouveler la conception du droit administratif (en raison de la lacune des manuels de droit administratif dont il a pu souffrir au cours de sa carrière professionnelle à la juridiction administrative : « quelque estimables que soient les œuvres des écrivains qui nous ont précédé, il n'est pas surprenant que dans une science de formation récente, des points importants aient échappé à leurs explorations et que leurs études aient besoin d'être continuées et complétées. Pendant les trois années que nous avons passées au conseil d'État, nous avons pu nous convaincre que ces livres ne répondaient pas toujours aux interrogations de la pratique, et que ceux-là mêmes qui paraissaient plus spécialement destinés aux praticiens leur donnaient rarement pleine satisfaction » (A. Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif : contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique, t.1, Cotillon, 1861 p.1). Il distingue en effet deux types de manuels de droit administratif dans la science administrative du Second Empire : « la première comprend ceux dans lesquels les matières se succèdent par ordre alphabétique, sans lien logique entre elles et simplement juxtaposées par le hasard des initiales, comme dans un dictionnaire. (…) Les ouvrages auxquels nous faisons allusion sont des *réunions de monographies* plutôt qu'ils ne sont des traités de droit administratif ou des dictionnaires d'administration » (*ibid*., p.3). Dans la seconde catégorie, « se trouvent les écrivains, appartenant tous à l'enseignement des Facultés de droit, qui ont tenté d'établir un peu d'ordre entre des dispositions diverses par leur origine et par leur date. MM. De Gérando, Macarel, Laferrière, Foucart, Chauveau, Cabantous, Trolley, Serrigny, ont présenté des synthèses de droit administratif » (*ibid*.). A la charnière de deux époques, le professeur parisien choisit une nouvelle voie empruntée au droit privé en présentant son ouvrage

537. Sous ce double aspect, examinant méthodiquement les principes de droit constitutionnel qui organisent le texte de 1852 et abandonnant l'étude littérale de chacune des dispositions constitutionnelles, les publicistes-administrativistes généralistes, en nombre, se penchent en priorité sur le pouvoir exécutif et s'interrogent principalement sur le thème de la nature *équivoque* de la responsabilité de l'Empereur qui englobe celle des ministres[2577] (**A**). Par ailleurs, cette approche descriptive et technique de la part de la science du droit public de l'époque est également observable à l'égard de son traitement de la question des statuts exorbitants des parlementaires durant le Second Empire. La pensée constitutionnelle de l'époque accompagne l'évolution et les progrès de l'autonomie des représentants au cours de cette période. Ce faisant, si, dans un premier temps, les auteurs prennent acte des garanties restreintes des parlementaires, ils se posent, dans un second temps, par la libéralisation du régime à partir des années 1860 et sous la poussée des publicistes libéraux, en ardents défenseurs des régimes de protection des représentants, à l'image de Victor de Broglie et Anatole Prévost-Paradol (**B**).

autour d'une idée organisatrice tirée du plan des *Institutes* : « il y a trois éléments irréductibles autour desquels on peut méthodiquement classer toutes les dispositions : 1° les personnes ou le sujet du droit ; 2° les choses ou l'objet du droit ; 3° les manières d'acquérir » (*ibid*., p.4). Sur ce point : R. Vidal, Batbie et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif, RDP, 1950, n°6, p.804-819. Néanmoins, il reconnaît le mérite de cette idée à son ami professeur Chauveau, en 1838, dans son *Programme d'un cours de droit administratif* » (cf. *ibid*.). *D'autre part*, il s'auto-proclame comme le précurseur de l'introduction du droit comparé dans les facultés de droit françaises : « une lacune qui se rencontre dans tous les traités qui ont précédé le nôtre, sans distinction, c'est l'étude des législations étrangères, ou le *droit comparé*. Nous avons essayé de la combler, en étudiant, sur chaque matière, les principales législations » (*ibid*., p.5). Ses recherches inédites dans la science du droit public prennent sa source dans ses travaux d'administration comparée pour un cours dont il avait été chargé à la Faculté de Toulouse » (cf. *ibid*., p.8), complété par des voyages en Belgique, Hollande, Allemagne, financés par le ministre français de l'Instruction publique (cf. *ibid*., p.9). Il en résulte un « Traité » de droit comparé (précité ci-dessus) publié à partir de 1861, dont l'introduction est publiée une première fois dans le « Précis » de son ami Firmin Laferrière, au deuxième volume de sa cinquième édition. S'appuyant sur les ouvrages doctrinaux étrangers, il examine les institutions constitutionnelles de l'Angleterre, des États-Unis, de l'Espagne, la Belgique, la Hollande et de quelques États de l'Allemagne (cf. *ibid*., p.5-8). A la fin du Second Empire, il compète son œuvre comparatiste par un deuxième ouvrage à l'esprit différent sous l'impulsion du père de Firmin Laferrière, Edouard Laferrière. Comme il l'affirme, « j'ai accueilli avec empressement la proposition qui m'a été faite par Ed. Laferrière de publier le texte des Constitutions des divers États. L'initiative et l'exécution lui appartiennent ; ma part se réduit à un rôle de surveillance et de révision » (A. Batbie, E. Laferrière, Les constitutions d'Europe et d'Amérique, Paris : Cotillon, 1869 p.VII). Les buts d'un tel ouvrage sont de nourrir le débat constitutionnel qui ne cesse de croître depuis l'instauration de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et de permettre une mise en perspective, positive ou négative, des institutions françaises : « les questions de gouvernement sont à l'ordre du jour dans les livres, les revues, les journaux et les conservations » et « on rencontre dans tous les partis, en assez grande nombre, des détracteurs du présent qui commandent ou la reprise de dispositions abrogées ou l'imitation de ce qui se fait chez les autres peuples. (…) » (*ibid*., p.VI). C'est pourquoi il estime que « pour en apprécier la valeur, il faudrait avoir sous les yeux les pièces du débat, c'est-à-dire le texte des législations que l'on compare » (*ibid*.). Cependant, il observe que malgré son premier livre, « les institutions des autres États sont fort peu connues chez nous, non par mépris de ce qui se passe chez nos voisins, mais à cause de la difficulté qu'éprouvent les hommes les plus laborieux pour se procurer le texte des lois politiques. Les recueils qui ont été publiés en France sont vieillis et ne peuvent plus mettre le lecteur au courant de la législation en vigueur » (*ibid*.). Il veuille donc à combler cette lacune en actualisant les données des Constitutions étrangères puisque dans son précédent traité, même s'il avait donné « des développements étendus sur les législations comparées, (…) la forme de l'ouvrage ne permettait pas de publier les textes, et il fallait que le lecteur poussât la confiance en moi jusqu'à me croire sur parole » (*ibid*.). Néanmoins, le matériau qu'il offre est brut : « notre œuvre est essentiellement impersonnelle. Nous n'y avons ajouté ni commentaires, ni introduction, ni observations d'aucune sorte. C'est un recueil de textes dont le lecteur pourra tirer parti, à quelque opinion qu'il appartienne. Nous offrons au public des documents et non l'expression de nos idées personnelles. (…) Nous avons travaillé pour l'utilité de tous et non dans l'intérêt d'un système. Nos lecteurs tireront eux-mêmes les conclusions » (*ibid*., p.VII).

2577 Toutefois, ils n'occultent pas, pour autant, du fait même de leur appartenance disciplinaire, à un sujet propre au droit administratif : la protection des agents du pouvoir exécutif.

A. Le système de responsabilité du pouvoir exécutif de l'Empire autoritaire analysé sur un mode descriptif et technique par les administrativistes-constitutionnalistes

538. Au vu de l'édifice institutionnel mis en place par la Constitution impériale, les publicistes du Second Empire examinent, en tête de leurs manuels, l'organisation du pouvoir exécutif, et notamment la responsabilité de ses membres[2578] qui sont aussi des autorités administratives. Pilier essentiel du nouveau dispositif constitutionnel, la responsabilité de l'Empereur est naturellement leur sujet de réflexion prioritaire. Comme l'affirme Firmin Laferrière, « le gouvernement de la France actuelle, considéré dans son organisation générale, se compose de plusieurs pouvoirs qui ont leur source dans la volonté nationale et le pacte constitutionnel, et qui se limitent les uns par les autres à raison de leur objet. Mais il a, dans l'organisation constitutionnelle de 1852, une force d'impulsion et d'initiative qui appartient exclusivement au chef de l'État. Sous ce rapport, le Gouvernement, comme direction suprême, se personnifie dans son chef »[2579]. À cet égard, la Constitution du 14 janvier 1852, d'après l'article 5 du titre III, affirme sans ambiguïté que le président « est responsable devant le Peuple français, auquel il a toujours le droit de faire appel ». Toutefois, la mise en œuvre effective de cette responsabilité n'est pas précisée dans le texte constitutionnel. La doctrine tente donc de clarifier son régime juridique puisque si le Président assume une prétendue responsabilité politique, il semble bénéficier d'une inviolabilité pénale en raison de son hérédité (**1**).

539. À l'inverse, si « la responsabilité gouvernementale apparaît sciemment rejetée du dispositif constitutionnel, car elle est considérée comme inutile dès lors que le chef de l'État est lui-même déclaré responsable »[2580], l'acte constitutionnel de 1852 prévoit néanmoins la responsabilité pénale des ministres en son article 13 du titre II, lequel affirme que la mise en accusation appartient exclusivement au Sénat. Mais aucune disposition constitutionnelle ne précise de manière explicite de quelle juridiction relèvent les ministres mis en accusation. Le laconisme du texte constitutionnel donne lieu ainsi à un fort travail interprétatif de la part des publicistes administrativistes (**2**). Certains auteurs proposent la compétence de la Haute Cour de justice instituée au titre VII pour juger les ministres qui requiert classiquement, en vue de déterminer son organisation, l'adoption d'une loi. Or, de manière inédite, deux textes sont successivement adoptés sous le Second Empire[2581] qui closent en quelque sorte ce sujet doctrinal traditionnel durant ce régime. Les auteurs

2578 Plus exactement, le Président de la République détient la plénitude du pouvoir exécutif au regard de la Constitution de 1852, les ministres n'étant pas « des agents actifs du gouvernement » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France..., op.cit., p.387).
2579 F. Laferrière, Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique, 5e éd., Paris : Cotillon, 1860, p.94.
2580 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France..., op.cit., p.362.
2581 Le premier texte est adopté avant le rétablissement officiel de l'Empire par le sénatus-consulte du 10 juillet 1852 fixant l'organisation de la Haute Cour de justice, le second est le sénatus-consulte du 4 juin 1858 qui détermine sa compétence.

soulignent, cependant, le changement d'esprit de cette juridiction extraordinaire par rapport à la Haute Cour de justice de la Deuxième République qui ne joue plus un rôle de contre-pouvoir à l'exécutif mais devient un instrument de répression contrôlé par l'Empereur (**3**).

540. Il apparaît ainsi que les publicistes administrativites du Second Empire, dans le cadre des prolégomènes à leur enseignement de droit administratif et à leurs écrits, tendent à prolonger les principaux objets de réflexion de la Seconde République par rapport aux statuts immunitaires du pouvoir exécutif[2582] (**4**). Il convient enfin de remarquer que pour chacun de ces sujets, ils respectent une démarche technique et descriptive.

1. Le simple éclaircissement doctrinal de la prétendue responsabilité de l'Empereur en dehors de toute critique

541. La responsabilité du Président de la République et son éventuelle protection immunitaire sont entourées d'une forte équivoque dans la Constitution de 1852. Par conséquent, dans leur processus de systématisation du texte constitutionnel en vigueur, les publicistes impériaux s'emploient à clarifier son statut juridique[2583]. Mais, compte tenu de leur méthodologie positiviste, leurs discours se limitent à la description de sa responsabilité et sont affranchis de toute critique, en dépit d'un dispositif juridique paradoxal, à l'exception de celui de l'avocat démocrate Félix Berriat-Saint-Prix.

2582 Néanmoins, leurs travaux retiennent l'attention puisqu'ils abordent, en raison de leur discipline de rattachement, une protection juridique spécifique délaissée par les constitutionnalistes des régimes précédents : la garantie spéciale des agents administratifs.

2583 Rares sont les professeurs qui évacuent complètement cette question de la responsabilité impériale dans le cadre de leur manuel de droit public et de droit administratif. On peut citer par exemple l'ouvrage de Denis Serrigny, professeur à la faculté de droit de Dijon dont l'objet exclusif est le droit administratif : Questions et traités de droit administratif, Paris : A. Durand, 1854. Il renferme trois traités qui portent sur les alignements du domaine public, les contributions directes et les règlements municipaux. On peut ajouter celui du représentant de l'École dite de Poitiers, Théophile Ducrocq, professeur agrégé à la faculté de droit de Poitiers, chargé de cours de droit administratif. Ce mutisme découle de son approche du droit administratif fondée sur la seule exégèse des « lois administratives », même s'il fait de cette matière « une dépendance du droit constitutionnel en rattachant les règles administratives à l'étude des libertés individuelles, les premières étant considérées comme des limites posées, au nom de l'intérêt public, à l'exercice des secondes » (P. Gonod, Ducrocq Théophile, in P. Arabeyre … (dir.), Dictionnaire…, *ibid*., p.351). Soucieux de présenter fidèlement l'état du droit positif, son « Cours » ne se veut « qu'une œuvre de vulgarisation, destinée non à ceux qui savent déjà, mais à ceux qui veulent apprendre les éléments de la science. Il s'adresse aux étudiants en droit, pour lesquels il pourra venir en aide aux développements de l'enseignement oral. Il s'adresse aussi aux personnes plus avancées dans la vie, qui, sans avoir le loisir d'une étude plus approfondie, désirent s'initier à la connaissance d'une étude plus approfondie, désirent s'initier à la connaissance d'un Droit qui se rattache à tous : les actes de l'existence publique du citoyen, du propriétaire et du contribuable » (T. Ducrocq, Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique, 2e éd., Paris : A. Durand,1863, p.VIII). Cette optique qui vise à « à résumer et à vulgariser le vaste ensemble du Droit administratif » (*ibid*.) dicte sa méthode qu'il définit lui-même de la manière suivante : « je ne commente pas, je généralise ; je ne discute pas, j'expose. Mais jaloux par-dessus tout d'éviter l'obscurité, je recours à l'analyse lorsque la synthèse devient inconciliable avec la clarté ; et soigneux de ne pas donner comme définitivement acquises les solutions contestées, je signale les controverses. Mon livre est mon enseignement écrit et résumé » (*ibid.*).

542. *D'un côté*, les administrativistes impériaux sont unanimes pour reconnaître que l'Empereur est débiteur d'une responsabilité de nature *politique*. Ils s'appuient, tout d'abord, sur la lettre de la Constitution qui maintient, à l'instar du texte de 1848, le principe de la responsabilité du chef de l'État à l'article 5 du titre III[2584], sans en préciser néanmoins la substance. De plus, « le préambule de la Constitution explique (…) cette théorie »[2585] d'une responsabilité politique de l'Empereur. Ils en citent alors de longs passages : « dans notre pays, monarchique depuis huit cents ans, le pouvoir central a toujours été en s'augmentant. (…) Dans ce pays de centralisation, l'opinion publique a sans cesse rapporté tout au chef du gouvernement, le bien comme le mal. Aussi, écrire en tête d'une Charte que ce chef est irresponsable, c'est mentir au sentiment public, c'est vouloir établir une fiction qui s'est trois fois évanouie au bruit des révolutions »[2586]. Ils mentionnent également une partie déterminante de la proclamation du 14 janvier 1852 : « la Constitution actuelle proclame au contraire que le chef que vous avez élu est responsable devant vous ; qu'il a toujours le droit de faire appel à votre jugement souverain, afin que, dans les circonstances solennelles, vous puissiez lui continuer ou lui retirer votre confiance »[2587]. Il s'agit donc bien pour les auteurs de l'époque, dans le cadre d'un régime césariste, d'une prétendue responsabilité *plébiscitaire* devant le peuple français à l'initiative du chef de l'État[2588]. Elle est aussi, selon eux, la contre-partie de son éminente puissance et de son pouvoir actif. Comme l'affirme Firmin Laferrière, alors inspecteur des facultés de droit, « la responsabilité du chef de l'État dérive aujourd'hui de son action gouvernementale »[2589]. De même, pour Louis Cabantous, professeur de droit administratif à la faculté d'Aix, « le pouvoir exécutif a deux caractères essentiels, l'unité et la responsabilité ; l'unité comme condition, la responsabilité comme conséquence de la liberté d'action qu'il doit nécessairement avoir »[2590]. Le chef de l'État domine, en effet, nettement les autres organes sous le Second Empire, lesquelles ne

2584 Article 5 du titre III de la Constitution de 1852 : « Le président de la République est responsable devant le Peuple français, auquel il a toujours le droit de faire appel ».

2585 E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., op.cit., t.1, 1855, p.111.

2586 Cité par E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., op.cit., t.1, 1855, p.111.

2587 *Ibid*.

2588 Par exemple, pour Laferrière, « le chef du pouvoir exécutif, libre de son action, pourrait, dans les cas extraordinaires, suspendre sur certains points l'exécution de la Constitution elle-même, en demandant la ratification de la souveraineté nationale, en se présentant comme responsable devant le pays » (F. Laferrière, Cours de droit public et administratif..., op.cit., p.128). De même, pour l'avocat à la Cour de Paris et ancien conseiller d'État, Bouchené-Lefer, « la constitution de 1848 et celle du 14 janvier 1852 ont déclaré le président de la République ou le chef du Gouvernement responsable, la première devant la haute Cour, la deuxième devant le peuple français, auquel il a toujours le droit de faire appel » (A.-G.-D. Bouchené-Lefer, Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public-administratif ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour, Paris : Cosse et Marchal, 1862, p.115).

2589 *Ibid*., p.129. Pour le professeur aixois Cabantous, ancrée dans l'histoire, « la responsabilité des gouvernements devant les peuples est un fait historique si bien démontré par de nombreux et récents exemples, que les dénégations et les réticences à cet égard ne tarderont sans doute pas à être considérées comme de vaines puérilités » (L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit public et le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, Paris : Marescq, 3è éd., 1863, p.71). Il ajoute que « (…) la responsabilité du pouvoir exécutif, qui est souvent ombrageuse et tracassière sous les républiques, n'est et ne doit être sous les monarchies, et surtout sous les monarchies fortement constituées, qu'un hommage solennel à la vérité historique, qu'une loyale et explicite reconnaissance des droits de la nation » (*ibid*.).

2590 L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit public et le droit administratif..., op.cit., p.71. Cependant, l'administrativiste provençal souligne l'absence de consensus doctrinal sur la réunion de ces caractères sous le Second Empire : ils « n'ont pas toujours été reconnus au pouvoir exécutif, et ne le sont même pas aujourd'hui d'une manière unanime » (*ibid*.).

bénéficient que de compétences résiduelles[2591]. Cette domination présidentielle résulte, pour lui, de l'article 3 du titre II de la Constitution de 1852 qui dispose, de manière significative, que « le Président de la République *gouverne* au moyen des ministres, du conseil d'État, du Sénat et du Corps législatif ». Aux yeux du professeur de droit administratif poitevin, par cette disposition, « la Constitution a voulu (…) écarter bien nettement la maxime fausse ou équivoque de 1830 : *Le roi règne et ne gouverne pas*. Elle a pris le mot *gouverner* dans toutes les acceptations possibles : diriger l'État au dedans et au dehors, exercer l'action générale du pouvoir exécutif, appliquer même l'action exécutive à certains détails de l'administration par la nomination et la révocation des fonctionnaires, par la création ou la suppression des services administratifs, par la décision d'affaires administratives, par des déclarations d'utilité publique. L'empereur peut dire, sous ce rapport et dans un sens constitutionnel : *le Gouvernement, c'est moi*, car le gouvernement réside en lui »[2592]. Par conséquent, il résulte, comme en conclut Foucart citant Louis-Napoléon Bonaparte, qu'« étant responsable, il faut que son action soit libre et sans entrave »[2593].

En cela, s'appuyant sur le droit comparé, les publicistes du Second Empire soulignent la *ressemblance* de la responsabilité du Président américain et du chef de l'État français : « ici l'esprit du Gouvernement des États-Unis a passé complètement dans la Constitution de 1852 » puisque « le principe de responsabilité est fondamental dans le Gouvernement américain. *Le premier fonctionnaire du pouvoir exécutif* (…) est toujours responsable, au premier chef, de toutes les mesures qu'il ordonne et dirige »[2594]. S'inspirant des écrits des constitutionnalistes américains[2595], Laferrière observe qu'à l'instar du droit constitutionnel français, « la responsabilité, aux États-Unis, a été instituée comme la conséquence d'une action très réelle de la part du chef de l'Etat »[2596]. Toutefois, si les juristes publicistes sont unanimes pour reconnaître que l'Empereur est soumis à une responsabilité politique, il convient de noter qu'aucun professeur du Second Empire ne fait mention

2591 L'Empereur dispose non seulement de la plénitude du pouvoir exécutif, les ministres ne dépendant du chef de l'État d'après l'article 13, et il exerce en outre une compétence étendue dans le domaine législatif, ainsi que le démontre l'article 4 : « La puissance législative s'exerce collectivement par le président de la République, le Sénat et le Corps législatif ». Par ailleurs, la justice est rendue en son nom en vertu de l'article 7 et il se voit octroyer une compétence essentielle dans l'exercice du pouvoir constituant au regard de l'article 31 de la Constitution de 1852 : « (Le Sénat) peut également proposer des modifications à la Constitution. Si la proposition est adoptée par le pouvoir exécutif, il y est statué par un sénatus-consulte ».
2592 *Ibid*., p.94.
2593 Cité par E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., op.cit., t.1, 1855, p.111.
2594 F. Laferrière, Cours de droit public et administratif..., op.cit., p.129.
2595 De manière inédite, Laferrière renvoie en note de bas de page à deux ouvrages de droit constitutionnel américain : le premier est le manuel écrit par le professeur de droit à l'université de Havard, Joseph Story et traduit par Paul Odent intitulé « Commentaries of the Constitution of the United States » de 1833. Le second est celui du juriste et avocat américain William Rawle, « A view of the Constitution of the United States », 1829. (Rawle dans ses observations si exactes sur la Constitution des Etats-Unis)
2596 *Ibid*., p.130. Selon Laferrière, à l'image de la Constitution de 1852, tout le système constitutionnel américain « repose sur un principe simple et solide : la responsabilité réelle d'un chef qui exerce réellement le pouvoir exécutif et qui a toute sa liberté d'action » (*ibid*.). Cependant, il nuance cette ressemblance : si l'Empereur français assume une prétendue responsabilité politique, il ne peut pas être attrait « comme le président des États-Unis devant la justice politique du Sénat, qui est commune, d'après la Constitution américaine, au président et à tous les fonctionnaires civils » (*ibid*., p.128).

de l'étrangeté de cette responsabilité impériale[2597] puisque celle-ci n'est mise en œuvre qu'à l'initiative de son propre titulaire[2598]. Ce silence doctrinal dérive de l'orientation scientifique descriptive de la doctrine administrativiste de cette époque[2599] et du caractère autoritaire du régime.

543. Mais, *de l'autre*, si le Président de la République assume une responsabilité politique illusoire devant le peuple français, aucune disposition de la Constitution de 1852 n'instaure à son profit une quelconque protection immunitaire pour ses actes pénaux commis dans ou en dehors de l'exercice de ses fonctions. Cependant, ce mutisme textuel est interprété par les publicistes administrativistes

2597 Les auteurs soulignent surtout la singularité de cette responsabilité impériale au regard des régimes précédents : « Le principe de responsabilité établit l'une des plus grandes différences entre la monarchie constitutionnelle de 1814 et de 1830, et le Gouvernement actuel » (F. Laferrière, Cours de droit public et administratif..., op.cit., p.128). Il s'agit pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle d'une responsabilité réelle et directe du chef de l'État : « en France, sous la Constitution de 1848, nous avions passé de l'inviolabilité royale, couverte par la responsabilité ministérielle, à la responsabilité directe du président de la République, mais nous avions conservé en partie le régime ministériel de la monarchie parlementaire » (*ibid*., p.130-31).

2598 Comme l'observe Michel Bélanger, « la responsabilité du chef de l'État, telle qu'elle est organisée en 1852, est en définitive une véritable mystification. Le peuple était beaucoup plus un spectateur qu'un véritable acteur dans le système politique : il devait en quelque sorte attendre, pour manifester son opinion, le bon vouloir du Président, qui faisait appel à lui s'il le voulait, par plébiscite » (M. Bélanger, Contribution à l'étude de la responsabilité politique du chef de l'État, RDP, 1979, n°5, p.1293).

2599 Les seuls auteurs qui critiqueront courageusement la responsabilité de l'Empereur mise en place par la Constitution de 1852 ne sont d'ailleurs pas professeur de droit administratif durant le Second Empire et ne feront pas une carrière universitaire. Cette situation leur donne davantage de liberté dans leur pensée constitutionnelle. Le premier, Félix Berriat-Saint-Prix, dans son ouvrage qu'il fait republier après le coup d'État de 1851 dans lequel il ajoute un bref commentaire du nouvel texte constitutionnel, « *Théorie du droit constitutionnel français. Esprit des Constitutions de 1848 et de 1852 et des sénatus-consultes organiques précédé d'un essai sur le pouvoir constituant et d'un précis historique des Constitutions françaises* », affirme que « tout mandataire est responsable ; mais la responsabilité qui n'est pas organisée n'est qu'un vain mot. On ne dit pas quelle autorité sera compétente pour provoquer l'application de l'article 5, ni quelles formes devront être observées, ni quelles suites en résulteront. Le Sénat ou le pouvoir législatif rempliront cette lacune » (F. Berriat-Saint-Prix, *ibid.*, Videcoq, 1851-1853, p.742). De ce point de vue, son réquisitoire découle de sa pensée politique construite sur de profonds sentiments anti-monarchistes. Comme nous l'avons observé, il bâtit avec force toute sa théorie du droit constitutionnel sur le principe de la souveraineté du peuple et se montre soucieux de le défendre dans le présent ouvrage. Cela ressort de plusieurs passages de celui-ci : « les décisions du peuple entier peuvent s'appeler plébiscite. Ils sont supérieurs aux constitutions proprement dites, comme le principe est supérieur aux conséquences. Le Peuple est souverain : il est maître de sa destinée » (*ibid.*). C'est pourquoi selon lui, « l'appel au Peuple n'est assujetti à aucune forme : il suffit qu'il émane du Président, avec ou sans le concours des assemblées ou des ministres. Pour la validité du plébiscite, il faut que le suffrage soit universel et le vote entièrement libre, c'est-à-dire secret » (*ibid*., p.742-743). Le second penseur critique est le journaliste et publiciste Lucien-Anatole Prévost-Paradol. Dans son livre « la France nouvelle », il émet de vifs reproches contre la responsabilité politique concentrée sur la tête d'un souverain à l'exclusion de ses ministres, qui découle de ses convictions libérales. Il l'estime non seulement injuste et inapplicable en pratique : « si cette responsabilité unique pouvait réellement exister, on démontrerait d'abord, sans beaucoup de peine, qu'elle est injuste dans l'application ; car il est matériellement impossible à un seul homme, même avec la jouissance du pouvoir le plus absolu, de conduire les affaires du dedans et du dehors avec une vigilance assez soutenue et assez éveillée pour qu' il soit à bon droit responsable de toutes les fautes » (L.-A. Prévost-Paradol, la France Nouvelle, Paris : Michel Lévy frères, 1868, p.116-117). Il ajoute : « que la même personne exerce en même temps sur l'administration intérieure du pays une surveillance assez attentive et assez éclairée pour répondre à bon droit des fautes commises en toute matière et sur tous les points de ce vaste théâtre, c'est ce qu'il est impossible de concevoir » (*ibid*., p.117). En outre, il souligne une contradiction dans le terme même d'*Empereur héréditaire responsable* : « quand il s'agit du pouvoir suprême, les termes mêmes d'hérédité et de responsabilité s'excluent, puisque l'une de ces deux choses ne peut exister qu'aux dépens de l'autre. Qu'est-ce que l'hérédité, et que devient la stabilité qu'on y recherche, si la mise en action de la responsabilité du souverain peut à tout moment venir l'interrompre ? et comment, d'autre part, cette responsabilité pourrait-elle être appliquée sans porter atteinte au droit héréditaire ? » (*ibid*., p.118). De plus, la preuve de l'ineffectivité de la responsabilité présidentielle réside, selon lui, dans l'absence d'encadrement de la Constitution de 1852 : « cette responsabilité est si évidemment fictive, qu'il n'est jamais entré dans l'esprit de personne d'en prévoir et d'en réglementer l'exercice. Une loi pour la mise en accusation du souverain encore régnant, un accusateur, des juges, l'exécution d'un tel arrêt, quel qu'il fût, sans bouleversement dans l'État, sont de telles chimères, que nul législateur jouissant de sa raison n'y arrêtera sa pensée; et pourtant, sans ces stipulations explicites, cette responsabilité est-elle autre chose qu'une parole vide ? » (*ibid*.). Enfin, pour s'opposer à un tel mécanisme institutionnel, Prévost-Paradol tire les leçons de la pratique constitutionnelle américaine dans lequel le Président dispose d'une puissante responsabilité en

dans un sens favorable à Louis-Napoléon Bonaparte : il signifie selon eux que le chef d'État n'a à répondre d'aucune autre forme de responsabilité. Foucart affirme en ce sens : « aujourd'hui l'Empereur est responsable, mais seulement devant le peuple français »[2600]. En d'autres termes, il est le bénéficiaire d'une immunité pénale, non inscrite textuellement dans le texte constitutionnel et il ne peut être poursuivi dès lors devant aucune juridiction. Comme le soutient Anselme Batbie, professeur suppléant à la faculté de droit de Paris, « la personne des rois était inviolable, d'après les chartes de 1814 et de 1830 ; la Constitution actuelle déclare, au contraire, que le chef de l'État est responsable. A la vérité, la responsabilité de l'Empereur n'ayant été déterminée par aucune loi, il en résulte qu'il n'existe ni juridiction compétente pour le juger, ni peine à lui appliquer »[2601].

544. Les publicistes du Second Empire justifient, en vérité, ce privilège exorbitant, non plus par la responsabilité collective des ministres comme sous les régimes précédents, mais le font découler de la nature du pouvoir instauré par le régime de 1852[2602] : « la France est une monarchie impériale ; le pouvoir ne repose pas viagèrement sur la tête de l'Empereur ; il se transmet dans un ordre établi par le droit constitutionnel »[2603]. En effet, par le sénatus-consulte du 7 novembre 1852, ratifié par plébiscite les 21 et 22 novembre, la dignité impériale est rétablie au profit de Louis-Napoléon Bonaparte qui devient empereur sous le nom de Napoléon III[2604]. Celle-ci est, comme le note Foucart, « héréditaire de mâle en mâle, à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance.

dépit de faibles pouvoirs : « la responsabilité d'un Président de république, à l'exclusion de ses ministres, entraîne des inconvénients très graves que l'expérience des États-Unis nous permet déjà d'apprécier. Et pourtant le premier magistrat de la république américaine a si peu de pouvoir, que sa responsabilité, contenue, comme ce pouvoir même, dans les plus étroites limites, semble ne devoir jamais être mise en jeu » (*ibid*., p.119-120). Au vu de toutes ces carences et apories, il en conclut donc que la responsabilité politique personnelle de l'Empereur mise en place par le texte constitutionnel est inopérante. Il s'agit pour le polémiste d'« une fiction destinée à couvrir le pouvoir absolu d'une ombre d'équité en le décorant d' une apparence de garantie » (*ibid*., p.118). Mais, en tant que libéral, il considère cette ruse comme périlleuse : « déguiser le désir du pouvoir sous la revendication de la responsabilité, c'est donner habilement à l'ambition personnelle la forme la plus respectable et, par conséquent, la plus dangereuse chez un peuple très sensible à l'idée de la justice et particulièrement sensible à la générosité du caractère » (*ibid*., p.122). Il juge donc impérieux l'adoption d'une loi régissant sa responsabilité, en l'état actuel, illusoire, tout en soulignant la difficulté d'une telle tâche : « une bonne loi sur la responsabilité présidentielle est donc la plus urgente et la plus indispensable des institutions d' une république naissante; mais cette loi est difficile et délicate à faire, puisqu'elle doit distinguer soigneusement et surtout explicitement entre le genre particulier de responsabilité qui incombe au Président, et la responsabilité générale et plus efficace qui doit demeurer au ministère » (*ibid*., p.122-123). Néanmoins, Prévost-Paradol considère qu'en cas de carence du législateur, le peuple a toujours de droit de se révolter et de juger le Roi même si l'exercice de ce droit présente toutefois quelques risques : « l'opération préparatoire au jugement, c'est-à-dire la révolution elle-même et la chute du trône qui seraient alors la véritable application de la responsabilité royale; et donner expressément à un peuple, comme principale garantie contre l'abus du pouvoir, le droit de se révolter, s'il le peut, contre le souverain, et le droit de le juger ensuite, c'est arriver à une conclusion si extraordinaire, si contraire à la fois à la raison et à l'intérêt public, qu'on ne peut en faire l'objet d'une discussion sérieuse » (*ibid*., p.119).

2600 E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., op.cit., t.1, 1855, p.111. De même, Laferrière estime que « l'Empereur n'est pas soumis à une juridiction constituée, à une haute Cour de justice » (F. Laferrière, Cours de droit public et administratif..., op.cit., p.128).

2601 A. Batbie, Précis de droit public et administratif, op.cit., p.19.

2602 Les publicistes du Second Empire ne rattachent pas l'inviolabilité du roi à un fondement divin : comme le note Laferrière, « le Gouvernement impérial a remplacé le dogme politique et religieux de l'*inviolabilité* (…) » et ajoute qu' « anciennement, l'idée de l'inviolabilité du roi tenait surtout à l'idée du sacre religieux » (F. Laferrière, Cours de droit public et administratif..., op.cit., p.128). En l'espèce, Louis-Napoléon ne sera jamais sacré.

2603 E.-V. Foucart, Éléments..., op.cit., t.1, 1855, p.61.

2604 Pour une analyse détaillée du régime juridique de la dignité impériale : *cf.* L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit public et le droit administratif..., op.cit, p.32-35.

C'est la confirmation d'un vieux principe de la monarchie connu sous le nom de *loi salique*, et que les anciens publicistes formulaient en disant que *le royaume ne tombe point en quenouille* »[2605]. En d'autres termes, grâce à sa protection pénale, l'Empereur est en mesure de rester héréditaire : comme le remarque l'administrativiste aixois Cabantous, « est proclamé le principe de la responsabilité du pouvoir exécutif, de la manière et dans les limites qui sont seules compatibles avec les conditions d'une forte monarchie »[2606]. De la sorte, « aucune puissance au monde ne sera susceptible de le mettre en accusation »[2607]. Cette hérédité du pouvoir est louée par la doctrine administrative : « le pouvoir *monarchique héréditaire* est indispensable à la France »[2608]. Elle présente, selon elle des avantages tant sur le plan interne qu'externe : « la perpétuité du pouvoir dans une famille garantit l'ordre et la prospérité au dedans, la dignité et la prépondérance de l'État au dehors »[2609]. Cependant, tout en défendant un pouvoir monarchique héréditaire, elle est loin d'une apologie d'un régime arbitraire puisque, sous le Second Empire, « le pouvoir du souverain n'est point absolu »[2610]. Elle met en avant, au contraire, le respect du principe libéral de la séparation des pouvoirs par le texte constitutionnel[2611]. La préoccupation majeure des publicistes du Second Empire « tend principalement à limiter le pouvoir de l'État »[2612], à l'image du professeur Foucart[2613] et à rejeter l'absolutisme de l'Empereur[2614].

2605 *Ibid*., p.69.
2606 L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit public et le droit administratif..., op.cit., p.71.
2607 C.-M. Pimentel, La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques, thèse dactyl. Panthéon-Assas : Paris II, 2000, p.576.
2608 E.-V. Foucart, Éléments..., op.cit., t.1, 1855, p.66. Foucart rejette autant la démocratie, source de désordre et de dissensus intérieures et extérieures (cf. *ibid*., p.62-63) que la République : « l'exemple des républiques modernes n'a rien de (…) concluant ; celles de l'Europe, resserrées sur des territoires fort restreints, ne doivent leur conservation qu'à des circonstances topographiques et politiques toutes spéciales, qui leur assurent la protection des grandes puissances. Quant aux républiques qui composent les États-Unis d'Amérique, on ne peut en rien conclure d'applicable aux États de la vieille Europe » (*ibid*., p.65).
2609 *Ibid*., p.64. L'auteur insiste à plusieurs reprises dans son manuel sur cette idée : « un État ne peut être heureux à l'intérieur et respecté au dehors qu'autant qu'il est uni et paisible » (*ibid*., p.62). Il ajoute : « le prince, placé au-dessus de tous les intérêts particuliers, ne les étudie que pour les confondre dans l'intérêt général ; il peut concevoir et exécuter ces grandes mesures qui contribuent à la prospérité publique ; à l'ombre d'un pouvoir incontesté et durable, le commerce, l'industrie, l'agriculture se développent et se répandent le bien-être dans toutes les classes de la société. Tranquille au dedans, l'État est puissant au dehors, parce qu'il suit dans ses rapports avec les puissances étrangères une politique héréditaire, et que toutes les forces de la société sont toujours prêtes quand il s'agit de soutenir les intérêts nationaux et de repousser les agressions injustes » (*ibid*., p.64). Il en conclut donc qu'en consacrant un pouvoir monarchique héréditaire, « le droit public français donne à l'ordre et aux libertés publiques la plus efficace de toutes les garanties » (*ibid*., p.62).
2610 *Ibid*., p.66.
2611 « Si l'Empereur a la plénitude du *Pouvoir exécutif* qui exige l'unité d'action, il partage le *Pouvoir législatif* avec deux corps, dont l'un, le *Sénat*, est le dépositaire de la constitution et des libertés publiques ; l'autre, le *Corps législatif*, discute et vote librement les lois et l'impôt » (*ibid*., p.66-67).
2612 G. J. Guglielmi, Emile-Victor Foucart, ou le sacerdoce du droit public et administratif, op.cit., p.19.
2613 Pour le publiciste poitevin, le refus d'un monopole de la souveraineté par un homme est la condition de la limitation de l'État par le droit. Comme le note Jean-Jacques Clère, les différents développements de ce dernier « reposent sur des tendances nettement individualistes, dont le but est de restreindre, autant que possible dans une vision libérale, les droits de l'État » (J.-J. Clère, Foucart Emile-Victor, *in* P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Dictionnaire historique des juristes français XIIè-XXè siècle, op.cit., p.444).
2614 Logiquement, pour l'avocat démocrate Berriat-Saint-Prix, le gouvernement impérial « ne renferme évidemment pas la puissance absolue » (F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.740).

545. En somme, le césarisme prétendument démocratique prôné par Napoléon III « proclame exactement le contraire du parlementarisme contemporain : l'hypothèse d'un crime du chef de l'État est exclue, mais sa responsabilité politique est censée pouvoir jouer à tout moment »[2615]. Le régime de responsabilité de l'Empereur organisé par la Constitution de 1852 semble donc renfermer quelques contradictions[2616], sur lesquelles la doctrine administrative garde le silence, conformément à sa neutralité axiologique. La responsabilité des ministres du monarque est, elle aussi, tout autant équivoque et requiert une clarification doctrinale.

2. Le travail doctrinal de clarification du régime de la responsabilité ministérielle face au laconisme de la Constitution de 1852

546. Au moment d'analyser l'organisation du pouvoir exécutif mise en place par la Constitution de 1852, les publicistes impériaux sont naturellement amenés à réfléchir à la responsabilité des agents de l'Empereur, et notamment aux garanties dont ils bénéficient, étant donné qu'ils sont aussi les plus hautes autorités administratives. De ce point de vue, la responsabilité des ministres, traitée de concert avec la responsabilité de l'Empereur, suscite un certain étonnement au sein de la doctrine administrative du Second Empire. Cette dernière ne manque pas de souligner l'originalité du dispositif mise en place ainsi que son manque de clarté : les ministres sont exempts de toute responsabilité *politique* en lieu et place de l'Empereur qui singulièrement la supporte - malgré une évolution avec le le sénatus-consulte du 4 juin 1858 - mais répondent d'une responsabilité *pénale* sans que le texte de 1852 ne prévoit explicitement de quelle juridiction ils relèvent en cas de mise en accusation par le Sénat. Les auteurs essayent, dès lors, d'éclaircir les zones d'ombre et de combler les lacunes des dispositions constitutionnelles relatives au privilège de juridiction des ministres dans une optique systématique.

547. *D'une part*, chaque juriste publiciste de la période impériale pointe du doigt l'exotisme du dispositif imaginé s'agissant de la responsabilité politique du pouvoir exécutif. Foucart observe à cet effet que « le système de l'irresponsabilité du chef de l'État et de la responsabilité des ministres qui contre-signent ses actes, emprunté à la Constitution anglaise, adopté par la Constitution du 3 septembre 1791, par la Charte de 1814 et par celle de 1830, a été remplacé par un système tout

2615 C.-M. Pimentel, La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques, thèse dactyl. Panthéon-Assas : Paris II, 2000, p.576.
2616 Comme le souligne Carlos-Miguel Pimentel, « le Second Empire place la nation dans une position *nécessairement* révolutionnaire, puisqu'elle doit toujours pouvoir remettre en cause la légitimité de l'Empereur, sans pourtant avoir jamais le droit d'en tirer légalement les conséquences : elle devrait pour cela violer l'hérédité du trône, sur laquelle la Constitution ne lui reconnaît aucun droit » (*ibid.*).

opposé »[2617]. La mécanique imaginée par les constituants de 1852 se place aux antipodes du parlementarisme. Contrairement à la Constitution de 1848 qui prévoyait la responsabilité des deux parties de l'Exécutif, les auteurs sont unanimes pour reconnaître que la responsabilité des ministres sous le Second Empire n'existe ni devant l'Empereur ni devant les chambres, et qu'elle est endossée *exclusivement* par le chef de l'État. Cela ressort expressément, selon le fondateur de l'École de Poitiers, de l'article 13 du titre III de la Constitution de 1852 : « les ministres ne dépendent que du chef de l'État ; ils ne sont responsables que, chacun en ce qui le concerne, des actes de gouvernement »[2618]. Cette disposition est d'ailleurs, ajoute-t-il, « la deuxième base approuvée par le plébiscite de 1851 »[2619]. Leur absence de responsabilité politique devant l'Empereur découle, pour les administrativistes impériaux, de la place qui leur est assignée qui révèle leur infériorité hiérarchique par rapport au chef de l'État. Les ministres se trouvent placés sous l'autorité directe du Président de la République, auquel « seul appartient la nomination et la révocation de ses ministres »[2620]. En d'autres termes, dépendants totalement de lui, ils ne disposent pas d'un pouvoir politique et sont chargés sagement de mettre en exécution la volonté présidentielle. Ils constituent davantage pour les publicistes impériaux des agents administratifs que des autorités politiques, de sorte qu'il s'agit d'une relation de type hiérarchique plutôt que d'une responsabilité proprement politique. Dans ces conditions, étant donné que les ministres s'effacent derrière la prépondérance du chef de l'État, la responsabilité gouvernementale ne peut exister selon eux.

548. En outre, ils sont également convaincus que la responsabilité de type parlementaire est également écartée du texte constitutionnel de 1852. Ce rejet trouve sa justification, à leurs yeux, *d'une part*, dans le fait que le chef de l'État détenant toute l'autorité, les ministres ne sont, par suite, que les exécuteurs zélés de ses desseins. Chacun des ministres, isolé des autres, doit porter toute son attention sur les affaires techniques de son propre département et la sphère de sa compétence est celle de l'administration qu'il dirige. Comme le note l'avocat publiciste Bouchené-Lefer, « tous coopèrent, chacun de son côté, sauf les cas de réunion en conseil, à l'initiative accordée ou réservée au chef de l'État pour la préparation des lois et des sénatus-consultes »[2621]. C'est pourquoi le ministre ne répond de son administration, de sa marche et de son fonctionnement individuellement qu'uniquement devant le chef de l'État. Comme le souligne Laferrière, « les ministres, auxiliaires

2617 E.-V. Foucart, Éléments..., op.cit., t.1, 1855, p.111.
2618 L'avocat publiciste Berriat-Saint-Prix qui analyse de façon critique chacune des dispositions constitutionnelles de la Constitution de 1852 et se singularise par là même du reste de la méthodologie de la doctrine administrative, remet en cause l'originalité de l'article 13 du titre III de la norme constitutionnelle impériale au regard de la pratique sous les monarchies parlementaires antérieures : « j'ai peine à y reconnaître une innovation véritable. Les ministres n'ont jamais pu agir sans le concours du chef du pouvoir exécutif, même en vertu de décisions parlementaires ; ils n'ont jamais été responsables d'actes auxquels ils étaient demeurés étrangers » (F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.747).
2619 F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.747. Comme le mentionne l'introduction de la Constitution de 1852, « le Président de la République, considérant que le Peuple français a été appelé à se prononcer sur la résolution suivante : (…) 2° Des ministres dépendant du pouvoir exécutif seul ; ».
2620 A.-G.-D. Bouchené-Lefer, Principes et notions élémentaires…, op.cit., p.121.
2621 *Ibid*., p.125.

honorés et puissants de sa pensée, ne dépendent aux termes de la Constitution que du chef de l'État »[2622]. Dépourvus de volontés propres par rapport à l'Empereur, ils n'ont donc pas de compte à rendre au Parlement : pour Batbie, « les ministres ne sont obligés de se retirer que devant la volonté de l'empereur, et qu'ils n'ont plus à répondre de leurs actes envers le Corps législatif »[2623]. *D'autre part*, l'anéantissement recherché de la responsabilité collective des ministres en vigueur durant les monarchies précédentes[2624] représente, pour les administrativistes, un obstacle au parlementarisme. Leur responsabilité n'est désormais plus qu'individuelle. Celle-ci est le résultat de la disparition d'un conseil ministériel solidaire compte tenu de l'accaparement du pouvoir par le chef de l'État. Comme le note Laferrière, « la responsabilité, en se reportant sur le chef de l'État, a détruit toute solidarité entre les ministres et toute solidarité collective »[2625]. Et l'auteur d'expliquer : « le conseil des ministres ne forme dès lors que le comité consultatif de l'État ; il n'a plus de responsabilité collective, parce qu'aujourd'hui le Chef du gouvernement seul décide »[2626]. Il en résulte dès lors pour l'inspecteur général des facultés de droit que « la responsabilité collective a disparu devant la responsabilité morale du chef du gouvernement ; la responsabilité individuelle, qui veut que chaque ministre réponde de ses actes, est devenue le seul et vrai principe dans notre droit constitutionnel »[2627].

2622 F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.129.
2623 A. Batbie, Précis de droit public..., op.cit., p.33.
2624 Comme le souligne le professeur de droit administratif aixois Cabantous, la conception restrictive de la responsabilité des agents ministériels impériaux a été motivée « par l'état antérieur des faits. Sous les chartes de 1814 et de 1830, l'usage s'était établi dans l'opinion publique et même dans la pratique gouvernementale, de rendre les membres d'un cabinet solidaires les uns des autres. C'est cet usage, continué sous la constitution de 1848, qu'on a voulu faire cesser en déclarant la responsabilité des ministres exclusivement individuelle, et en supprimant la responsabilité collective des cabinets » (L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit public…, op.cit., 1954, p.12). Cependant, Batbie nuance ce point de vue : « La solidarité (sous les monarchies précédentes) était (…) à peu près fictive, et on n'en a jamais vu faire une sérieuse application. Lorsqu'un acte contre-signe par un ministre était blâmé, le ministère était dissous ; mais rien n'empêchait de reconstituer un cabinet avec des membres pris dans l'ancien » (A. Batbie, Précis de droit public…, op.cit., p.32).
2625 F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.129. Les auteurs sont tous d'accord sur ce point : aux termes de la Constitution de 1852, « il n'y a pas de solidarité entre (les ministres). Il n'y a plus de premier ministre » (A.-G.-D. Bouchené-Lefer, Principes et notions élémentaires…, op.cit., p.121) ; « aucun lien de solidarité n'existe aujourd'hui entre les membres du même ministère, et chacun d'eux n'est responsable que des actes faits par lui ou par les agents placés sous ses ordres » (A. Batbie, Précis de droit public..., 1869, p.57).
2626 *Ibid*. Comme le précise Laferrière, « le conseil des ministres a donné des avis, et non pris des décisions » (*ibid*., p.132). Cette situation est la confirmation de la proclamation de Louis-Napoléon Bonaparte du 14 janvier 1852 : les ministres « ne forment plus un Conseil responsable, composé de membres solidaires, obstacle journalier à l'impulsion particulière du chef de l'État, et par là même exposée à des changements fréquents, qui empêchent tout esprit de suite, toute application d'un système régulier » (Lahure Ch., Histoire populaire contemporaine de la France, Paris : Hachette, p.306). Napoléon III est en effet un farouche opposant du parlementarisme qu'il cherche à déconstruire : cf. N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.389.
2627 *Ibid*., p.132. Face à un tel système, le comparatiste Laferrière considère que la Constitution de 1852 présente une nouvelle ressemblance avec la Constitution américaine par rapport à son mécanisme de responsabilité en ce qu'elle a également institué une responsabilité individuelle des agents du Président de la République qui n'ont pas de compte à rendre au Parlement : « la Constitution de 1852 s'est beaucoup plus rapprochée du principe de la Constitution des États-Unis, en statuant que (…) (les ministres) ne dépendent que du chef de l'État (art.13) et que les ministres ne peuvent être membres du Corps législatif (art.44) » (*ibid*., p.131). En effet, à l'image des institutions américaines, la Constitution de 1852, à l'article 44, prohibe la comptabilité entre les fonctions ministérielle et parlementaire afin d'éviter que les ministres-parlementaires n'imposent la domination de l'Assemblée.

549. Cependant, il convient de remarquer que dans les dernières années du régime, même si le parlementarisme est balayé du texte constitutionnel de 1852, plusieurs auteurs qui ne sont pas des universitaires – et par suite libres de toute posture descriptive – incitent à engager le régime sur la voie du parlementarisme. C'est le cas principalement de deux penseurs, l'homme d'État et libéral Victor de Broglie[2628] et le journaliste et polémiste Lucien-Anatole Prévost-Paradol[2629], dans leurs ouvrages respectifs. « Pour tous ces intellectuels, la forme du gouvernement importe peu. Le choix n'est pas fait entre la république et la monarchie »[2630], aucune de ces deux formes n'apparaissant antinomique avec le régime parlementaire à leurs yeux[2631]. Néanmoins, en dépit de cette poussée

2628 Ministre des affaires étrangères et Président du Conseil sous la Monarchie de Juillet puis député durant la Seconde République, Victor de Broglie se retire de la vie politique après le coup d'État du 2 décembre 1851 et rédige plusieurs essais politiques, dont l'ouvrage largement diffusé et intitulé *Vues sur le gouvernement de la France*, qui date, en réalité, de l'année 1861 et qui sera publié par son fils, Albert de Broglie, en 1870 suite à des problèmes judiciaires en raison du contenu de ses propos. Comme l'explique son fils dans l'avant-propos du livre, « le public se rappelle peut-être que l'ouvrage qu'on va lire, tiré, dans l'été de 1861 à un petit nombre d'exemplaires lithographiés, fut saisi chez l'imprimeur par la police. Mon père s'étant adressé au tribunal pour obtenir la restitution des volumes saisis, une poursuite fut intentée contre lui en police correctionnelle, puis promptement terminée par un arrêt de non-lien. Le juge d'instruction, en abandonnant l'accusation, s'appuya principalement sur ce motif que l'ouvrage n'ayant reçu aucune publicité, ne pouvait être incriminé. Ce motif était mieux fondé peut-être que le magistrat lui-même ne le pensait. Car non seulement les *Vues sur le Gouvernement de la France* n'avaient pas été publiées, mais elles n'étaient pas destinées à l'être, et mon père n'avait jamais songé à en donner communication même à ses amis personnels » (A. De Broglie, Avant-propos, *in* V. De Broglie, Vues sur le gouvernement de la France, Paris : Michel Lévy frères, 1870, p.I-II). Or compte tenu de l'auditoire limité de cet écrit, son discours se veut prescriptif : son fils observe en effet qu'« on reconnaîtra ce caractère d'une pensée solitaire à la sévérité de certains jugements sur les faits ou sur les personnes, tracés sous l'impression d'événements encore récents, et que l'auteur eût certainement rectifiés ou atténués, s'il eût soupçonné que son écrit dût figurer au nombre des documents de l'histoire contemporaine » (*ibid*.).

2629 « Symbole du libéralisme dans le dernier tiers du XIXè siècle, chantre du régime parlementaire », Lucien-Anatole « est l'une des figures intellectuelles les plus marquantes du Second Empire » (J.E. Gicquel, Les idées constitutionnelles de Prévost-Paradol, La Revue administrative, n°316, 2000, p.395). Dans son écrit majeur « la France nouvelle » de 1868 « salué comme la somme de la pensée libérale au moment de sa publication » (P. Jan, Les Constitutions de la France…, t.2, op.cit., p.86), Prévost-Paradol recherche la forme de gouvernement qui convient à la France. Comme l'indique le titre de son ouvrage, son propos se veut profondément réformateur : « depuis dix ans que j'ai commencé à écrire sur les affaires publiques, j'ai proposé bien des réformes particulières que je crois utile d'introduire dans nos institutions et dans nos lois : cette fois, j'esquisse le plan d'une réforme générale qui embrasse tout l'État, depuis l'exercice du droit de suffrage, source de toute autorité, jusqu'à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir suprême » (A. Prévost-Paradol, La France nouvelle, op.cit., p.VII-VIII). Il cite alors la locution latine : « *Sit ut est*, pouvons-nous dire de la France, *et non erit*, qu'elle reste telle qu'elle est, et elle cessera d'être » (*ibid.*, p.X). Mais si son discours suit une optique critique, il veille à respecter certaines précautions pour éviter toute interdiction de publication : « on retrouvera dans ces études cette indifférence déclarée et obstinée aux questions de personnes, de dynasties et de forme extérieure du gouvernement qui m'a valu tant d'attaques et même une condamnation judiciaire, mais qui sera toujours, je l'espère, mon principal titre à l'approbation des esprits sages et des bons citoyens » (*ibid*., p.VIII). Il s'oppose effectivement au projet de sénatus-consulte interdisant toute discussion de la Constitution aux journaux, écrits périodiques et brochures de moins de dix feuilles et considère qu'il est inapplicable à son ouvrage en citant le rapport de M. Troplong lors de la séance du 12 juillet 1866 : « on a conçu des inquiétudes pour la liberté des études qui, à l'aide de la philosophie et de l'histoire, portent le flambeau de la critique sur la politique des États...Mais, en dehors des écrits périodiques, il y a les livres. Le sénatus-consulte n'atteint pas ces dépositaires des véritables richesses de l'intelligence...C'est là que s'ouvre une libre carrière pour les discussions théoriques et philosophiques d'où jaillissent les lumières durables. Si les Aristote, les Cicéron, les Montesquieu revenaient au monde, ce n'est pas le projet de sénatus-consulte qui les empêcherait de produire leurs méditations sur la politique et de rechercher la meilleure forme de gouvernement » (*ibid*., p.II-III). Dans ces conditions, la France nouvelle est « un livre d'environ quatre cents pages qui ne s'adresse évidemment qu'aux lecteurs cultivés, qui n'est certes point de nature à causer le moindre trouble, qui traite uniquement de philosophie politique et d'histoire, et qui, inspiré par le seul sentiment du patriotisme, est entièrement dégagé, on le reconnaîtra sans peine, de l'esprit de secte et de parti. En outre, un rapport célèbre du président du Sénat a garanti une immunité particulière à ce genre d'études, et il existe en ce qui touche cette province de la république des lettres une sorte de traité public entre le pouvoir actuel et les écrivains » (*ibid*., p.II).

2630 P. Jan, Les Constitutions de la France…, t.2, op.cit., p.87

2631 Appartenant à l'école doctrinaire, Victor de Broglie se rallie au régime parlementaire dans son ouvrage précité, *Vues sur le gouvernement de la France*. A l'appui des modèle anglais et américain, il y prône l'élection d'un chef de l'État (président ou monarque) par les parlementaires. Le Parlement, composé de deux chambres, représente le peuple, les notables pour l'autre. Or « la seconde chambre est centrale dans son plan de Constitution, elle est l'alliée du président

doctrinale, de plusieurs réformes mettant en place certains éléments du parlementarisme à partir des années 1860[2632] et du fameux sénatus-consulte du 21 mai 1870 qui voit l'institution d'une ébauche de la responsabilité politique des ministres devant le chef de l'État et devant les chambres [2633], le régime parlementaire ne fonctionnera pas sous le Second Empire. Car « si l'hypothèse est séduisante, (…) le maintien des mécanismes du Césarisme prive de leur plein effet les concessions (de l'Empereur), en empêchant l'émergence d'un régime de séparation souple des pouvoirs, basé sur la collaboration de l'Empereur et des chambres »[2634], ajouté à ce que les institutions mises en place

ou du monarque face à la chambre populaire dont il craint les débordements » (P. Jan, Les Constitutions de la France…, t.2, op.cit., 2016, p.87). Ses idées annonceront la Troisième République. Prévost-Paradol se joint à ces revendications de parlementarisation du régime. Recherchant un régime stable et protecteur des libertés, il aspire à un régime de nature parlementaire, indépendamment de la forme de gouvernement monarchique ou républicaine. Dans le chapitre V de la *France nouvelle* intitulé « Du ministère et de la responsabilité ministérielle », le polémiste s'interroge sur les personnes qui doivent supporter la responsabilité des choix politiques : « est-ce au souverain dans une monarchie héréditaire, au Président d'une république à l'exclusion de ses ministres, ou enfin aux ministres seuls sous la forme monarchique, ou bien encore aux ministres et au Président tout ensemble sous la forme républicaine ? » (L.-A. Prévost-Paradol, la France Nouvelle, op.cit., p.116). Après avoir écarté la responsabilité personnelle de l'Empereur qu'il critique vivement comme nous l'avons observé, il donne sa préférence à un chef de gouvernement choisi par les parlementaires et responsable devant les députés avec l'ensemble de son gouvernement. Ce système de gouvernement est, à ses yeux, le plus élémentaire : « rien de plus simple que la responsabilité ministérielle sous la monarchie constitutionnelle dont elle est le principal ressort, et ce mécanisme est devenu si familier dans notre siècle aux esprits éclairés, que l'expliquer est presque inutile » (*ibid*., p.123). Il s'agit pour lui d'un mécanisme constitutionnel dans lequel « le ministère est homogène en même temps que responsable. Il a pour chef un président du conseil qui, investi de la confiance de la majorité, a librement choisi ses collègues » (*ibid*.). Il constitue la pierre angulaire d'un régime libéral : « la responsabilité ministérielle est indispensable à l'existence d'un gouvernement libre » (*ibid*., p.115). Il ajoute en ce sens : « administrant les affaires publiques sous la direction de son chef et soumis, pour l'ensemble et le détail de sa conduite, au contrôle quotidien du Parlement, il nous semble que le ministère offrirait à la fois au pays les avantages du gouvernement le plus fort qu'on pût concevoir et toutes les garanties inséparables pour le respect de la liberté générale » (*ibid*., p.124). Néanmoins, il convient de remarquer que la contre-partie à la responsabilité des ministres « est la possible dissolution de la première chambre par le chef de l'État, Prévost-Paradol se ralliant à la théorie de l'arbitre, du pouvoir neutre cher à B. Constant » (P. Jan, Les Constitutions de la France, t.2, op.cit., 2016, p.86).

2632 Ces différentes réformes seront traitées dans le B. du §2.

2633 Un an auparavant, il est possible de citer, dans la même logique, l'article 2 du sénatus-consulte du 8 septembre 1869 adopté à la suite des élections législatives organisées en mai et juin 1869 favorables à l'opposition libérale. Ce texte modifie l'article 13 de la Constitution de 1852 et introduit des éléments propices à la reconnaissance de la responsabilité gouvernementale. Il dispose que « les ministres ne dépendent que de l'Empereur. – Ils délibèrent en conseil sous sa présidence. – Ils sont responsables. – Ils ne peuvent être mis en accusation que par le Sénat ». On constate que la disparition de la mention de l'article 13 de la Constitution de 1852 interdisant la solidarité ministérielle constitue un premier indice, comme l'article 3 du même sénatus-consulte du 8 septembre 1869 qui supprime l'article 44 prévoyant l'incompatibilité des fonctions ministérielle et parlementaire et accorde le droit d'entrée et de parole aux ministres dans les assemblées. Cependant, malgré ces évolutions, l'article 2 du sénatus-consulte ne peut pas « être interprété comme consacrant la responsabilité politique des ministres, même s'(il) les déclare expressément responsables » puisque « l'alinéa 1er de la disposition maintient en effet les ministres sous l'autorité exclusive du chef de l'État, condamnant ainsi la responsabilité ministérielle de type parlementaire » (N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.396). Ce faisant, l'année suivante, l'article 19 du sénatus-consulte du 21 mai 1870 dont le texte a été accepté par plébiscite à une large majorité semble *a priori* s'engager davantage sur la voie d'un régime parlementaire, sans préciser devant qui, ni dans quels cas, les membres du gouvernement sont réputés responsables. Il dispose : « l'Empereur nomme et révoque les ministres. – Les ministres délibèrent en Conseil sous la présidence de l'Empereur. – Ils sont responsables ». A sa lecture, on comprend que le premier et le dernier alinéa de l'article 2 du sénatus-consulte du 8 septembre 1869 ont été abrogés implicitement dans le nouveau texte, ce qui pourrait laisser penser à l'affirmation d'une responsabilité politique de type orléaniste. Cette interprétation est combattue par Nathalie Havas : cf. N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.398-400.

2634 R. Le Mestre, Le sénatus-consulte du 21 mai 1870 fixant la Constitution de l'Empire ou l'impossible Empire parlementaire, RRJ, 1998, p.1399. Comme le souligne Nathalie Havas, le sénatus-consulte du 21 mai 1870 « n'entraîne pas de remise en cause de la responsabilité plébiscitaire de l'Empereur, dont le principe est réaffirmé à l'article 13 du texte adopté le 21 mai 1870, la responsabilité gouvernementale peut difficilement fonctionner dans ce contexte » (N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.399).

en mai 1870 « n'ont pas résisté longtemps, puisque le régime a été emporté par la guerre et la capitulation de l'Empereur le 4 septembre 1870 »[2635].

550. *De l'autre*, si toute responsabilité politique ministérielle est exclue, le principe de la responsabilité pénale des ministres se trouve consacré par l'article 13 de la Constitution de 1852. De manière classique, la présente disposition accorde un privilège de juridiction au profit des autorités ministérielles pour les actes commis dans l'exercice des fonctions puisqu'elle prévoit que la mise en accusation appartient exclusivement au Sénat[2636]. Pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle française, le Sénat est chargé, non de juger, mais de décider de la mise en accusation d'un ministre. Ce choix est d'ailleurs salué par la doctrine du Second Empire étant donné que cette intervention de la chambre haute constitue une garantie procédurale identique à celle dont bénéficient les fonctionnaires, apparue lors du Consulat : « si les actes arbitraires ou les faits reprochés étaient relatifs à leurs fonctions, la garantie due aux fonctionnaires, qui, plus exposés que de simples particuliers au dépit des passions blessées, ne peuvent être poursuivis sans autorisation préalable, serait à plus forte raison étendue aux ministres ; mais alors l'autorisation de mise en jugement, au lieu d'émaner du conseil d'état, comme pour les autres agents du gouvernement, devrait émaner du Sénat, par argument de l'article 13 de la Constitution de 1852 et de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII »[2637]. Mais les constituants de 1852, guidés par un esprit de concision, font preuve d'un laconisme évident vis-à-vis des modalités d'organisation de ce privilège exorbitant. Ils ne mentionnent ni la juridiction de jugement compétente devant laquelle les ministres mis en accusation relèvent ni les incriminations spécifiques. Ils ne déterminent pas non plus dans l'acte constitutionnel le régime juridique de la responsabilité des ministres pour leurs actes commis en dehors de l'exercice de leurs fonctions. Ils renvoient, en réalité, au regard de l'article 55 de la Constitution de 1852[2638], l'organisation de cette Haute Cour à l'adoption ultérieure d'un sénatus-consulte. Or, comme le note le professeur aixois Cabantous, jusqu'en 1858, « aucune loi n'est jamais intervenue sur les conséquences pratique de la responsabilité ministérielle, et sur les droits qui en résultent pour les particuliers »[2639].

551. Face aux imprécisions et au silence du droit positif, les administrativistes de la période impériale se donnent pour tâche de préciser, dans une perspective technique et interprétative, les

2635 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.400.
2636 Article 13 de la Constitution de 1852 : « Les ministres ne dépendent que du chef de l'État ; ils ne sont responsables que, chacun en ce qui le concerne, des actes du gouvernement ; il n'y a point de solidarité entre eux ; ils ne peuvent être mis en accusation que par le Sénat ». En outre, Laferrière, auteur pluridisciplinaire, est le seul à faire état d'un second privilège de juridiction reconnu aux ministres en matière de finances publiques : « la loi du budget de 1850 (art.10) a établi la responsabilité personnelle des ministres, en cas d'excédant des dépenses sur les crédits légalement établis : c'est la Cour des comptes qui, en constatant l'infraction, appliquerait la peine civile de responsabilité » (F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.132).
2637 F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.133.
2638 Article 55 de la Constitution de 1852 : « Un sénatus-consulte déterminera l'organisation de cette Haute Cour ».
2639 L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit administratif…, 1854, p.12.

contours de la responsabilité pénale ministérielle dans les différentes hypothèses précitées. *Concernant le premier point*, les juristes publicistes jugent de manière unanime qu'il appartient, non à un tribunal ordinaire, mais à une juridiction spécifique de connaître de la responsabilité pénale des ministres en cas d'application de l'article 13 de la Constitution de 1852. Il s'agit, selon eux, de la Haute Cour de justice prévue à l'article 54 de la Constitution[2640] même si les agents ministériels ne sont pas expressément visés au sein de cette disposition : « ce serait devant la haute cour, saisie par un décret impérial, que les ministres seraient traduits pour des faits relatifs à leurs fonctions, après la mise en accusation prononcée par le Sénat »[2641]. Plusieurs raisons sont avancées. À travers ce choix, les auteurs entendent, à la fois, protéger la dignité de la charge ministérielle et garantir l'aptitude des magistrats à juger ce type d'affaires : « si les ministres sont formellement exceptés par l'article (13) de la Constitution, c'est qu'à raison de l'éminence de leurs fonctions, la garantie doit être placée pour eux plus haut que pour les autres agents de l'administration ; (et) (…) à cause de la nature des questions à juger, les ministres ne doivent pas être traduits devant les tribunaux ordinaires »[2642]. En outre, la dernière justification doctrinale est historique. L'existence d'une juridiction d'exception constitue une tradition constitutionnelle française puisqu'ils observent que tous les régimes constitutionnels français, depuis la Constitution de 1791, ont prévu une juridiction spéciale, généralement appelée Haute Cour de justice, destinée à connaître des crimes et délits « politiques »[2643]. Les auteurs impériaux ont d'ailleurs une conception *large* de la protection juridictionnelle spécifique des ministres puisqu'ils l'étendent aux actes ministériels de nature civile commis dans l'exercice de leurs missions : « les particuliers ne peuvent (...) exercer aucune action contre les ministres, même à fin civile, pour les faits relatifs à leurs fonctions ; ils ne peuvent que dénoncer le fait dont ils se plaignent au Sénat »[2644]. Cependant, ce privilège de juridiction ne manque pas de susciter des critiques chez un penseur en particulier : en tant que fervent démocrate, Berriat-Saint-Prix condamne cette dérogation qu'il juge inutile au regard de la place de *subordonnés* des ministres dans les institutions du Second Empire qui ne sont pas des agents actifs du gouvernement : « puisque les rédacteurs voulaient réduire les ministres au rôle d'agents secondaires et d'instruments passifs, ils n'avaient pas besoin de les investir d'un privilège exorbitant, refusé aux sénateurs et aux députés »[2645]. Mais, rapidement, cette interprétation doctrinale donnant compétence

2640 Article 54 de la Constitution de 1852 : « une Haute Cour de justice juge, sans appel ni recours en cassation, toutes personnes qui ont été renvoyées devant elle comme prévenues de crimes, attentats ou complots contre le président de la République et contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État. - Elle ne peut être saisie qu'en vertu d'un décret du président de la République ».

2641 E.-V. Foucart, Éléments de droit public…, op.cit., p.210. De même, pour Berriat-Saint-Prix, « le Sénat renvoie les ministres qu'il accuse (…) en cas d'attentat contre la sûreté nationale, devant la haute cour, que le Président est tenu de saisir (art.54) » (F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.748).

2642 E.-V. Foucart, Éléments de droit public…, op.cit., p.210.

2643 Cf. *ibid*.

2644 *Ibid*. Adoptant une perspective contentieuse, Cabantous confirme cette interprétation extensive : « en l'absence de tout texte à cet égard, la jurisprudence refuse aux particuliers toute action contre les ministres, même à fins purement civiles, pour des faits relatifs à leurs fonctions. Dans l'ordre gouvernemental, l'article 13 de la constitution actuelle se borne à dire que les ministres ne peuvent être mis en accusation que par le sénat » (L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit administratif…, op.cit., 1854, p.12).

2645 F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.748.

à la Haute Cour de justice pour juger les actes pénaux des ministres est validée puisque le fameux sénatus-consulte du 4 juin 1858, dans son article 1er, confère *explicitement* la compétence de cette juridiction d'exception pour se prononcer sur la mise en accusation des ministres, sans restreindre cette compétence à des incriminations particulières[2646]. L'adoption de cet acte juridique clôt toute discussion doctrinale vis-à-vis de cette question[2647]. Cependant, il est significatif de noter qu'en raison d'une méthodologie différente, tous les publicistes du Second Empire n'ont pas la même conception de la juridiction compétente, bien que le législateur ait tranché de manière impérative. Alors que les professeurs administrativistes se plient aux prescriptions du droit positif - en l'espèce le sénatus-consulte du 4 juin 1858 - et se contentent de le décrire, certains penseurs politiques, du fait de leur position, s'en écartent et proposent leur propre solution. Par exemple, le polémiste Prévost-Paradol soutient en 1868 que « c'est la chute des cabinets bien plutôt que leur mise en accusation qui est la véritable sanction de la responsabilité ministérielle et le principal ressort du gouvernement parlementaire. Toutefois, il peut être nécessaire et salutaire de mettre des ministres en accusation, et alors on pourrait choisir sans inconvénient pour tribunal suprême, soit la haute Cour telle qu'on l'avait constituée en 1848, soit la Chambre haute (…) car elle est composée à peu près des mêmes éléments que la haute Cour républicaine »[2648]. Se plaçant dans une position d'acteur par rapport à l'objet étudié, ce discours réformateur contraste avec le discours dogmatique de la science du droit public du Second Empire.

552. Mais un second problème persiste et occupe l'esprit de la doctrine administrativiste tout au long du Second Empire : *la juridiction compétente pour les délits de droit commun des ministres*. Comme le souligne Foucart, « il n'en est pas question dans la Constitution de 1852 »[2649]. Les publicistes impériaux viennent donc seconder le constituant. Mais, sur ce point, ces derniers n'apportent pas la même solution. Certains entourent davantage de garanties les poursuites contre les ministres pour les faits extérieurs à leurs fonctions. Par exemple, pour le professeur poitevin Foucart, en fonction du type d'infraction pénale, « les ministres ne peuvent être poursuivis pour délits de droit privé emportant peine afflictive ou infamante (aujourd'hui qualifiés *crimes* par

2646 Article 1er du sénatus-consulte du 4 juin 1858 : « la haute Cour de justice, organisée par le sénatus-consulte du 10 juillet 1852, connaît des crimes et des délits commis par les Princes de la famille impériale et de la famille de l'Empereur, *par des ministres*, par des grands officiers de la Couronne, par des grands-croix de la Légion d'honneur, par des ambassadeurs, par des sénateurs, par des conseillers d'État (…) » (*nous soulignons*).

2647 Comme l'affirme Anselme Batbie dans son ouvrage en 1860, « si un ministre prévariquait, il pourrait être décrété d'accusation par le Sénat. La Constitution nous dit par qui serait décrétée la mise en accusation, sans ajouter devant quel tribunal l'accusation serait portée ? Le Sénat n'a pas été constitué en Cour de justice comme l'ancienne chambre des pairs, et d'après un sénatus-consulte du 4 juin 1858, c'est devant la haute Cour que l'accusation devrait être suivie » (A. Batbie, Précis..., op.cit., p.33). De même, pour Louis Cabantous, « l'article 3 du sénatus-consulte du 4 juin 1858 ajoute que s'ils ont été mis en accusation par le Sénat, un décret impérial les traduit directement devant la chambre de jugement de la haute cour de justice » (L. Cabantous, Répétitions écrites sur le droit administratif…, op.cit., 3ème éd., 1863, p.104). Enfin, pour Laferrière, pour les actes « qui constitueraient des crimes, attentats ou complots contre le chef du pouvoir ou contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, ils seraient de la compétence de la haute cour de justice, et les ministres ne pourraient être mis en accusation que par le Sénat » (F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.132).

2648 A. Prévost-Paradol, La France nouvelle, op.cit., p.126-127.

2649 E.-V. Foucart, Éléments de droit public…, op.cit., p.210.

l'article 1 du Code pénal), sans une autorisation du Conseil d'État »[2650]. On constate que Foucart, en sa qualité d'administrativiste, transpose *ici* la garantie offerte aux fonctionnaires à l'égard des ministres qui sont aussi des agents supérieurs de l'administration, étant donné qu'il considère que la Constitution de 1852 trouve son inspiration dans la Constitution de l'an VIII[2651]. Il s'agit également par cet avantage d'appliquer, selon lui, aux ministres la procédure protectrice dont bénéficient le reste des autorités constituées : « les membres du Sénat, du Corps législatif et du Conseil d'État sont irresponsables pour tous les actes de leurs fonctions ; mais ils peuvent, dans le cas de crimes, être poursuivis, ainsi que les ministres, avec l'autorisation du corps auquel ils appartiennent »[2652]. Cette autorisation protège de l'immixtion injustifiée d'un pouvoir dans un autre. En cas d'obtention de celle-ci, Foucart considère que « la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires »[2653]. Pour le reste des infractions pénales qui constituent des peines plus légères, la poursuite peut se dérouler sans autorisation puisque « l'article 71 de la Constitution de l'an VIII ne parle en effet que de délits emportant peine afflictive et infamante, délits qui ont reçu le nom de crimes de l'article 1 du Code pénal »[2654]. Mais tous les professeurs publicistes n'adhèrent pas à cette distinction et quelques-uns n'attribuent aucune protection aux ministres en cas d'engagement de leur responsabilité de droit commun. Contrairement à l'hypothèse d'une mise en jeu de la responsabilité ministérielle pour des faits relatifs à l'exercice des fonctions, Laferrière écarte ici toute nécessité d'une autorisation interne préalable : « quant aux actes de la vie privée, aux faits préjudiciables qui n'auraient aucun rapport avec les attributions des ministres, ces hauts fonctionnaires rentreraient dans la classe des citoyens et devraient être justiciables des tribunaux ordinaires »[2655].

553. On observe, en définitive, que la doctrine administrative se livre, dans une démarche dogmatique, à une mise en ordre et à une rationalisation du régime juridique de la responsabilité des ministres. Elle leur reconnaît, en cas de jugement, un privilège de juridiction devant la Haute Cour de justice. Cependant, un léger embarras règne parmi la doctrine par rapport à l'effectivité de ce mécanisme juridique en raison de la mainmise du chef de l'État sur cette juridiction.

2650 *Ibid.*
2651 « Quant aux délits de droit commun, (…) nous pensons qu'on doit remontrer à la Constitution de l'an VIII, dont les articles 70 et 71 combinés (...) » (*ibid.*, p.210). Ces derniers disposent : article 70 de la Constitution de 1799 : « Les délits personnels emportant peine afflictive ou infamante, commis par un membre soit du Sénat, soit du Tribunat, soit du Corps législatif, soit du Conseil d'État, sont poursuivis devant les tribunaux ordinaires, après qu'une délibération du Corps auquel le prévenu appartient, a autorisé cette poursuite ». Article 71 de la Constitution de 1799 : « Les ministres prévenus de délits privés emportant peine afflictive ou infamante, sont considérés comme membres du Conseil d'État ».
2652 E.-V. Foucart, Éléments de droit public…, op.cit., p.210-211.
2653 *Ibid.*, p.211.
2654 *Ibid.*
2655 F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.132-133.

3. La Haute Cour de justice : un discours constitutionnel purement technique occultant son manque d'indépendance vis-à-vis de l'Empereur

554. Le traitement de la question de la Haute Cour de justice dans les manuels de droit public du Second Empire est l'exemple-type des usages méthodologiques observés par la science du droit public de cette époque. Durant cette période, l'activité scientifique consiste en une simple exposition synthétique de la législation. Loin de toute perspective critique, ses auteurs manifestent un véritable penchant pour la systématisation, entendue non au sens de théorisation, mais d'une recherche constante de faire apparaître les logiques et les carences du droit positif. Cette démarche descriptive trouve sa raison d'être dans le public visé par ces ouvrages. Celui-ci est d'un prisme large : il comprend autant les étudiants en droit, les futurs agents de l'administration, les penseurs que les professionnels du droit et, plus largement, les citoyens curieux. La doctrine impériale suit, par conséquent, à travers leurs livres, une démarche pédagogique et de vulgarisation scientifique. Il s'agit d'abrégés destinés à transmettre les connaissances élémentaires en matière constitutionnelle aux apprentis-juristes, tout en étant également appropriés aux besoins de la pratique administrative et judiciaire. Comme le résume de manière significative Laferrière, les publicistes du Second Empire cherchent à « simplifier pour les étudiants en droit et les aspirants à l'administration publique, à généraliser, pour les hommes instruits, les principes du droit public et administratif et à en faciliter l'application devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ou administratif »[2656]. Cette optique méthodologique s'illustre dans leur analyse de la juridiction d'exception mise en place par l'article 54 de la Constitution de 1852. Sur cet objet comme sur d'autres, leur discours est, en l'état de la science, purement technique. Les publicistes impériaux se focalisent, en ce sens, sur les aspects historiques, organisationnels, procéduraux, téléologiques de la Haute Cour de justice et délaissent totalement ses implications politiques. Cela signifie qu'à aucun moment, ils ne mettent en perspective cette institution autoritaire par rapport à l'équilibre et à l'agencement des pouvoirs de la Constitution de 1852. En d'autres termes, ils gardent le silence sur la dépendance de celle-ci à l'égard du chef de l'État, l'ensemble du dispositif ayant pour finalité implicite la défense de la prééminence de l'Empereur : comme le note l'avocat démocrate Berriat-Saint-Prix, « un tribunal exceptionnel connaît des crimes contre le Président ou contre l'État (…). Les crimes contre le Corps législatif ou contre le Sénat conservateur sont oubliés ; on n'a pas cru que la sûreté publique fût compromise par un attentat contre l'assemblée des députés de la nation, ou contre cet autre corps appelé à jouer le rôle indépendant et conservateur des anciens parlements »[2657]. Loin de constituer un contre-pouvoir comme sous la Seconde République, la Haute Cour de 1852 semble avoir pour

2656 F. Laferrière, Cours de droit public et administratif…, op.cit., p.IV-V.
2657 F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel..., op.cit., 1851-1853, p.774

fonction essentielle d'assurer la protection de l'Empereur, sur laquelle les publicistes impériaux ne s'appesantissent pas[2658].

555. À cet égard, dans leur examen de ce mécanisme qu'ils désignent comme une tradition constitutionnelle française et en droit comparé[2659], les administrativistes s'accordent sur le mouvement de normalisation de la justice politique dans la Constitution de 1852. Certes, à première vue, la Haute Cour de justice impériale constitue un privilège de juridiction - et par conséquent une dérogation au droit commun - : comme le souligne Firmin Laferrière, « sans porter atteinte, pour le fond des choses, à l'égalité devant la loi, (la compétence de la Haut cour) est *privilégiée*, puisqu'elle donne des garanties spéciales à des personnes de rang élevée »[2660]. De manière classique, Cabantous légitime ce privilège de juridiction par le fait que les crimes et délits contre la chose publique, « soit par la qualité de leurs auteurs ou complices, soit à raison de l'atteinte directe et profonde qu'ils porteraient au pacte fondamental, demandent à être jugés avec plus de solennité et par une magistrature en quelque sorte politique »[2661]. Mais la majorité des auteurs prend acte surtout du rapprochement de la Haute Cour impériale des juridictions de droit commun, entourée, contrairement aux autres juridictions d'exception dans notre histoire constitutionnelle, de réelles garanties contre l'arbitraire grâce à une soumission aux règles pénales de droit commun. De ce point de vue, ils observent que son origine même est, tout d'abord, la manifestation de la volonté des autorités d'empêcher la mise en place d'une juridiction de nature politique. Les constituants ont en effet refusé « au Sénat les attributions judiciaires de la Chambre des Pairs »[2662] qui faisait office de

2658 Ce net changement d'esprit de la Haute Cour de justice de 1852 par rapport à celle de la IIème République s'illustre de manière flagrante, tant à travers l'autorité compétente pour saisir la juridiction exceptionnelle qu'à travers ses chefs de compétence dirigés non plus contre mais en faveur du chef de l'État. Cabantous, qui compare ces deux institutions, déclare en effet : « d'après l'article 91 de la constitution de 1848, la haute cour de justice, relativement aux crimes, attentats ou complots contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, avait exactement la même compétence qu'aujourd'hui, sauf que le pouvoir législatif était alors substitué au pouvoir exécutif pour examiner et résoudre la question de savoir si elle devait ou non être saisie ». Il ajoute : « quant à sa compétence, à raison de la qualité des personnes, elle ne s'étendait qu'aux accusations portées contre les ministres ou contre le président de la république » (L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit., p.90). Au regard de leur régime juridique respectif, leur objet est donc différent : « celle de 1848 protégeait la République et les libertés contre tous ceux qui pouvaient y attenter, au premier rang desquels elle plaçait le président et ses ministres. Celle de 1852 protégeait aussi le régime, mais, au même titre que lui, elle protégeait le président de la République qui en était l'incarnation

2659 « Dans tout gouvernement, sous forme de république ou de monarchie représentative, il existe nécessairement une justice politique, exercée par une cour nationale ou un sénat » (F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.148). L'inspecteur cite alors l'exemple de plusieurs droits étrangers : « Dans les chartes de 1814 et de 1830, c'était, comme en Angleterre, la chambre haute qui formait la cour de justice politique, sous le nom de Chambre des pairs ; – aux États-Unis, c'est le Sénat ; – en Belgique, c'est la Cour de cassation, chambres réunies, qui seule a le droit de juger les ministres accusés par la Chambre des représentants » (*ibid*.).

2660 F. Laferrière, Cours de droit public et administratif…, op.cit., p.149.

2661 L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit., 1863, p.87. La Haute Cour de justice a, en effet, deux chefs de compétence : « sa compétence est déterminée, tantôt par la dignité des personnes (*ratione dignitatis*), tantôt par la nature des faits répressibles (*ratione delicti*). Au premier point de vue, le sénatus-consulte du 4 juin 1858 dispose que la haute Cour connaîtra des crimes et délits commis par les princes français, les ministres, les grands-croix de la Légion d'honneur, les ambassadeurs, les sénateurs et les conseillers d'État. En second lieu, la haute Cour est compétente à l'égard de toutes personnes, pour certains crimes qu'énumère l'art. 54 de la Constitution : ce sont les attentats contre l'empereur et les complots contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État. Dans tous les cas, elle ne peut être saisie qu'en vertu d'un décret impérial » (A. Batbie, Précis de droit public…, op.cit., p.33).

2662 E.-V. Foucart, Éléments de droit public…, t.1, op.cit., 1855, p.174.

Haute Cour de justice sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, et ont préféré instituer une juridiction spécialisée. Les publicistes impériaux citent alors le Préambule de la Constitution dans lequel Louis-Napoléon Bonaparte, se souvenant de son expérience d'accusé[2663], dénonce la partialité politique de la chambre haute lorsqu'elle se constitue en instance juridictionnelle : « Le Sénat, dit le préambule de la Constitution, ne sera pas transformé en cour de justice : il conservera son caractère de modérateur suprême, car la défaveur atteint toujours les corps politiques, lorsque le sanctuaire des législateurs devient un tribunal criminel. L'impartialité du juge est trop souvent mise en doute, et il perd de son prestige devant l'opinion, qui va quelquefois jusqu'à l'accuser d'être l'instrument de la passion ou de la haine »[2664].

556. En ce sens, afin de parer à ce risque, l'organisation et le fonctionnement de la Haute de justice de 1852 sont, comme l'expose la doctrine administrativiste du Second Empire, le reflet de la nature étroitement judiciaire de cet organe. Concernant le premier point, ses membres, au nombre de cinq juges et de deux suppléants, sont choisis, non parmi les parlementaires, mais « dans la haute magistrature »[2665]. Divisée entre une chambre de jugement et une chambre de mise en accusation, elle est composée dans chacune « de membres de la Cour de cassation qui sont nommés chaque année par l'Empereur »[2666]. Elle comprend également un haut jury pris parmi les membres des conseils généraux de département de toute la France, par la voie du tirage au sort et pour chaque affaire, et siégeant au nombre de trente-six jurés titulaires et quatre jurés supplémentaires. La doctrine ajoute, sur un ton neutre, que « le procureur général près la haute Cour et les autres magistrats du ministère public sont nommés pour chaque affaire par décret impérial qui saisit la haute cour de justice »[2667]. Au vu du système d'ensemble, la doctrine impériale se réjouit de la composition de la Haute Cour de justice dans la mesure où elle représente une « institution mixte »[2668], puisqu'elle comprend à la fois des juges professionnels et des jurés issus de la représentation départementale[2669]. Elle permet non seulement un professionnalisme mais également

2663 Comme le note Francis Choisel, « Louis-Napoléon Bonaparte fut déféré en 1840 (devant la Cour des pairs) lorsqu'il fut arrêté après son complot manqué de Boulogne. Le prétendant bonapartiste, dès l'ouverture de son procès, récusa solennellement et fermement cette juridiction car, à ses yeux, elle ne pouvait être impartiale » (F. Choisel, La Haute Cour de justice du Second Empire, *in* Étude collective organisée par l'Association française pour l'histoire de la justice, Les ministres devant la justice, op.cit., p.117). Ce dernier déclara : « représentant d'une cause politique, je ne puis accepter comme juge de mes volontés et de mes actes une juridiction politique. Vos formes n'abusent personne. Dans la lutte qui s'ouvre, il n'y a qu'un vainqueur et un vaincu. Si vous êtes les hommes du vainqueur, je n'ai pas de justice à attendre de vous, et je ne veux pas de votre générosité » (cité par F. Choisel, *ibid*.)

2664 Cité par E.-V. Foucart, Éléments de droit public…, t.1, op.cit., 1855, p.174-175. Comme le souligne Berriat-Saint-Prix, le refus des constituants de transformer le Sénat en Haute Cour de justice provient aussi du fait qu'ils ont « craint de le rendre impopulaire » (F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel..., op.cit., 1851-1853, p.774).

2665 E.-V. Foucart, Éléments de droit public…, t.1, op.cit., 1855, p.79.

2666 *Ibid*., p.174.

2667 *Ibid*., p.174-175.

2668 F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.149.

2669 Le professeur Cabantous juge *classique* cette division de la haute cour en juges et en jurés : « les premiers pour appliquer la loi et prononcer la peine, les seconds pour reconnaître le fait et déclarer le prévenu coupable ou non coupable » puis cette distinction n'est que « la reproduction de ce qui avait déjà existé sous toutes celles des constitutions antérieures qui ne plaçaient pas le siège de la haute cour, soit au Sénat, soit à la chambre des pairs. En cela l'organisation actuelle ressemble beaucoup à celles qui l'avaient précédée » (L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit.,

une représentation « toute entière de la France dans le jury national de la haute cour »[2670]. Ce caractère hybride constitue, dès lors, « une forme supérieure pour la garantie des accusés et de la société »[2671]. Mais, nonobstant ces points positifs, il convient de noter que le mode de désignation de cette cour choisi par les constituants peut aussi susciter quelques reproches, sur lesquels la doctrine ne dit mot. Elle laisse de côté le poids du Président dans le choix de ses membres. Alors que dans le régime de la Seconde République, la Cour de cassation nommait elle-même les juges de la Haute Cour parmi ses membres au scrutin secret à la majorité absolue, les juges de la chambre de jugement, comme ceux de la chambre des mises en accusation, sont, en 1852, choisis, toujours au sein de la Cour de cassation, mais cette fois-ci par le président de la République. L'emprise de l'Empereur sur ce tribunal est d'autant plus renforcée que le président de chaque chambre est nommé par le chef d'État, contrairement au système de 1848 dans lequel les cinq juges appelés à siéger faisaient choix de leur président. Cette désignation s'inscrit dans « l'esprit de toutes les dispositions concernant le choix des magistrats (c)ar le président d'un tribunal mène les débats et pèse donc sur leur issue ainsi que sur leur répercussion dans l'opinion publique »[2672]. Or il est frappant de constater qu'aucun publiciste du Second Empire ne soulève ces imperfections s'agissant de la désignation des membres de la juridiction d'exception qui restreignent son indépendance. Ils observent plutôt *scrupuleusement* la ligne méthodologique descriptive fixée par la science juridique impériale.

557. Concernant son fonctionnement, il est également la démonstration de la soumission de la Haute Cour de justice au droit ordinaire. Comme le remarquent les publicistes - qui peuvent s'appuyer pour la première fois au regard de notre histoire constitutionnelle sur des législations expresses régissant cette institution issues du pouvoir exécutif[2673] que sont les sénatus-consultes du 10 juillet 1852 relatif à sa marche et du 4 juin 1858 portant sur ses attributions conformément à l'article 55 de la Constitution[2674] -, la procédure obéit à une logique judiciaire. « Réglée avec le plus

p.90).

2670 *Ibid*. La représentation nationale de la Haute Cour de justice est, pour Firmin Laferrière, logique puisque « les crimes déférés à sa justice sont des attentats dirigés contre le chef de l'État ou contre la sûreté intérieure ou extérieure du pays » (*ibid*.).

2671 *Ibid*. Pour Francis Choisel, les sénatus-consultes de 1852 et de 1858 mettent en place clairement « la théorie du jugement « par les pairs » puisque sur un plan personnel, « les quasi-pairs, en l'occurrence les conseillers généraux, (jugent notamment) les hauts dignitaires politiques et administratifs du pays accusés de crimes et délits de droit commun » (F. Choisel, La Haute Cour de justice du Second Empire, op.cit., p.130).

2672 *Ibid*., p.125.

2673 Le projet de sénatus-consulte fut déposé par le gouvernement au Sénat le 5 juin 1852. L'examen des motifs fut confié à Eugène Rouher, alors président de la section de législation du Conseil d'État, par ailleurs, ancien ministre de la Justice de Louis-Napoléon Bonaparte, et l'un des rédacteurs de la Constitution. Après amendement, il fut adopté à l'unanimité le 5 juillet et promulgué le 10 juillet 1852.

2674 Article 55 de la Constitution du 14 janvier 1852 : « Un sénatus-consulte déterminera l'organisation de cette Haute Cour ». Berriat-Saint-Prix note d'ailleurs à propos de cet article que le pouvoir constituant a « craint de faire approuver par les députés de la Nation les règles qui constitueront la haute Cour » (F. Berriat-Saint-Prix, Théorie..., op.cit., 1851-1853, p.775). Or, pour lui qui écrit en 1851 soit un an avant l'adoption du premier sénatus-consulte du 10 juillet 1852, « on a sans doute oublié qu'il serait impossible de modifier, sans eux, le Code d'instruction criminelle et le Code pénal » (*ibid*.). A cet effet, en tant que fervent démocrate, il est opposé à un quelconque pouvoir discrétionnaire de la Haute Cour et il considère que « le retour au droit commun est toujours favorable » (*ibid*.) que ce soit pour la procédure ou la

grand soin par le sénatus-consulte du 10 juillet 1852 »[2675], l'instruction de l'affaire est, tout d'abord, conduite par des officiers de justice ordinaire qui recueillent les plaintes et les indices sur l'existence de l'un des crimes désignés par l'article 54 de la Constitution. Si, dans les quinze jours, un décret de l'empereur n'a pas saisi la haute cour, les pièces sont renvoyées au procureur général, et la cour d'appel statue conformément au Code d'instruction criminelle. Tant qu'elle n'a pas statué, la haute cour de justice peut toujours être saisie. Dans ce cas, lorsqu'un décret du président de la République saisit la Haute Cour de justice de la connaissance d'une affaire, le sénatus-consulte du 10 juillet 1852 a prévu *une chambre des mises en accusation* à la Haute Cour de justice[2676] qui entre immédiatement en fonctions. De ce point de vue, « l'institution d'une Chambre d'accusation rapproche la Haute Cour des juridictions de droit commun »[2677], d'autant plus que celle-ci a l'obligation de procéder « selon les dispositions du code d'instruction criminelle »[2678]. Si le fait ne constitue pas un crime de la compétence de la Haute Cour, elle ordonne le renvoi devant le juge compétent qu'elle désigne[2679]. Mais si la chambre d'accusation prononce le renvoi de l'accusé devant la chambre de jugement, il faut qu'un nouveau décret impérial convoque cette chambre et fixe le lieu où elle se réunira, ainsi que le jour de l'ouverture des débats. Par ailleurs, si un ministre est en cause, l'accusation appartient au Sénat et un décret impérial fixant le lieu des séances et le jour de l'ouverture des débats saisit directement la Chambre de jugement[2680]. Par la suite, le déroulement du procès devant la chambre de jugement de la Haute Cour est, une nouvelle fois, régi par le droit commun. La doctrine observe effectivement que la juridiction de 1852 - pourtant d'exception - doit respecter « les dispositions, formes et délais prescrits par le code d'instruction criminelle non contraires à la Constitution et à la présente loi »[2681]. Comme le note le professeur de droit administratif Cabantous, « en vertu du sénatus-consulte (du 10 juillet 1852), (…) toutes les règles de droit commun, concernant la comparution des accusés, le serment des jurés, les droits et les

peine applicables devant elle (cf. *ibid*., p.637). Il réclame en outre qu'un recours des arrêts de la Haute Cour soit possible étant donné que cette institution constitue une juridiction placée en-dessous de la Cour de cassation dans la hiérarchie judiciaire (cf. *ibid*.). Finalement, il sera décidé dans la version définitive de 1852 que la juridiction d'exception statue en premier et dernier ressort. Cependant, comme le note Laferrière, si « les arrêts de la haute cour sont attributifs de juridiction et ne sont susceptibles d'aucun recours ou pourvoi (sénatus-consulte du 10 juillet 1852, art.13), le droit de grâce seul conserve son inviolable prérogative » (F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.150).

2675 L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit., p.92. Pour une présentation détaillée de la procédure : cf. *ibid*., p.93.

2676 Cabantous estime novateur la répartition des juges de la haute cour en deux chambres, l'une d'accusation et l'autre de jugement. Auparavant, sous la Constitution de 1848, la mise en accusation était prononcée par les cours d'appel conformément aux règles du droit commun, et c'était en l'état d'accusation que les prévenus étaient renvoyés, s'il y avait lieu, devant la haute cour de justice, qui n'était, par conséquent, et ne pouvait être qu'un tribunal de jugement. Cette innovation de la Constitution de 1852 a pour but de « prévenir la difficulté qu'il y avait à concilier le respect dû à un arrêt de cour d'appel avec la prérogative du pouvoir chargé de saisir la haute cour de justice, et avec le droit absolu de cette cour elle-même, quant à la qualification des faits qui lui étaient déférés » (L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit., p.91).

2677 R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.152.

2678 Article 12 du sénatus-consulte du 10 juillet 1852.

2679 Comme le précise Batbie, la décision de la chambre de mise en accusation est « attributive de juridiction, alors même que le tribunal auquel elle a ordonné le renvoi serait incompétent ; car, le pourvoi en cassation n'étant pas recevable contre les arrêts de la haute Cour, il n'existe aucun moyen de faire réformer l'arrêt de renvoi » (A. Batbie, Précis de droit public…, op.cit., p.34).

2680 Article 3 du sénatus-consulte du 4 juin 1858.

2681 Article 17 du sénatus-consulte du 10 juillet 1852.

devoirs de la défense, l'audition des témoins, la publicité des débats, le résumé du président et la position des questions, sont applicables devant la haute cour de justice comme devant les cours d'assises »[2682]. De même, l'administrativiste républicain Batbie met en avant que « le ministère public et l'accusé exercent les récusations, conformément au droit commun »[2683]. Enfin, dans la même logique, il est mis en lumière que les peines sont prononcées conformément aux dispositions du Code pénal en vertu de l'article 4 du sénatus-consulte du 4 juin 1858 qui dispose que « lorsque l'accusé ou le prévenu a été reconnu coupable, la haute cour applique la peine prononcée par la loi »[2684]. Les publicistes impériaux expliquent cette disposition par le précédent de 1840 par lequel les pairs avaient inventé pour la condamnation de Louis-Napoléon, une peine nouvelle[2685] : « cet article important a été fait pour refuser à la haute cour le droit que s'était arrogé auparavant la chambre des pairs d'atténuer la peine, sans observer les limites légales, ou de la créer, sans tenir compte des principes »[2686]. Il s'agit de la sorte de limiter l'arbitraire de la sentence qui doit, désormais, être juridique et prévisible compte tenu de l'essence juridictionnelle de la Haute Cour. En outre, Laferrière met en avant un second motif tiré de l'esprit de cette cour : « lorsque le prévenu ou l'accusé a été reconnu coupable, la haute cour applique la peine prononcée par la loi. Là se retrouve le principe d'égalité, qui n'a reçu d'exception que pour les formes de juridictions, appropriées, dans l'intérêt public, à l'importance et à la dignité des situations politiques ou des fonctions »[2687].

558. Par conséquent, au vu de l'ensemble du dispositif mis en place par les deux sénatus-consultes, les publicistes impériaux se félicitent de ce cadre légal précis et complet. Le système bâti permet de répondre, selon eux, à plusieurs finalités : « tout cet ensemble de dispositions (…) satisfait d'une manière si complète et si simple au quadruple besoin de la prompte constatation des crimes, du libre exercice de la prérogative impériale, de la pleine indépendance de la haute cour et des égards dus à certaines situations exceptionnelles »[2688]. À noter que le professeur Cabantous, à travers cette affirmation, entérine la mainmise présidentielle sur cette institution, en principe, indépendante. En outre, par cet arsenal juridique achevé, les auteurs observent que le système de la Haute Cour de justice de 1852 se distingue *positivement* du reste des autres juridictions exceptionnelles : celui-ci, observe Cabantous, est « sans précédents d'aucun genre avant les sénatus-consultes du 10 juillet 1852 et du 4 juin 1858. Aucune des constitutions ou lois antérieures ne contenait rien de précis sur

2682 L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit., p.95.
2683 A. Batbie, Précis…, op.cit., p.35.
2684 Cabantous affirme effectivement que devant la Haute Cour, « il ne peut être prononcé d'autres peines que celles formellement prévues, pour chaque cas, par les dispositions du Code pénal ou des autres lois en vigueur » (L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit., p.96).
2685 Louis-Napoléon avait été condamné par la Cour des Pairs à « l'emprisonnement perpétuel dans une forteresse située sur le territoire continental du royaume » (F. Choisel, La Haute Cour de justice du Second Empire, op.cit., p.121).
2686 A. Batbie, Précis…, op.cit., p.35.
2687 F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.150.
2688 L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit., p.94.

l'instruction des affaires préalablement à leur renvoi devant la haute cour »[2689]. Cet encadrement juridique est d'autant plus loué par la doctrine impériale que ce corps de règles a été conçu, selon eux, dans le souci honorable de respecter la liberté des accusés : « tout était à faire sous ce rapport, et tout a été fait dans l'esprit à la fois le plus prévoyant et le plus libéral »[2690]. Grâce aux solennelles formalités de la loi commune qui structurent chaque étape de la procédure et qui tendent à la normaliser[2691], la Haute Cour de justice obéit, à leurs yeux, à une procédure protectrice[2692] sans pour autant entraver la répression des crimes. Néanmoins, la symétrie de la Haute Cour avec le droit commun n'est pas non plus parfaite, point sur lequel les publicistes de la période impériale se taisent : en prévoyant que la culpabilité de l'accusé en Haute Cour ne pouvait être reconnue qu'à la majorité des deux tiers des voix[2693], la Haute Cour se sépare de la loi commune. Or cette disposition peut sembler regrettable puisque par cette majorité plus contraignante, « il serait plus difficile de déclarer la culpabilité d'un accusé politique en Haute Cour que celle d'un accusé de droit commun devant une cour d'assise »[2694]. On s'aperçoit ainsi que la doctrine impériale masque certaines carences du dispositif de la Haute Cour afin de le légitimer, conformément à l'esprit général visant à renforcer de manière significative le pouvoir du chef de l'État et à abaisser celui des assemblées.

559. Mais il est vrai que si la doctrine publiciste du Second Empire ne se donne pas pour mission d'observer le droit positif de l'extérieur, de façon critique, il est possible de détecter, de sa part, *subrepticement* quelques rares jugements négatifs sur les modalités de fonctionnement de la Haute Cour. En l'espèce, elle met en exergue, de façon discrète, une anomalie du sénatus-consulte du 4 juin 1858, principalement s'agissant du mode de saisine de la Haute Cour de justice de 1852. Comme le prévoit son article 3, « si des ministres sont mis en accusation, par le Sénat, en vertu de l'article 13 de la Constitution, la chambre de jugement de la haute Cour est convoquée par un décret impérial qui fixe le lieu des séances et le jour de l'ouverture des débats ». Cet article complète l'article 54 de la Constitution de 1852 qui dispose que la Haute Cour de justice « ne peut être saisie qu'en vertu d'un décret du président de la République ». Or, sur ce point, alors que dans le système de 1848 seule l'Assemblée nationale pouvait saisir la Haute Cour, quelques publicistes impériaux dénoncent, avec une grande prudence, le risque potentiel de transformation du filtre du chef de

2689 *Ibid*.
2690 *Ibid*.
2691 Cette normalisation du fonctionnement de la Haute Cour est délibérée : selon Robert Charvin, « le rapprochement organique et fonctionnel de la Haute Cour vers le droit commun n'est admis que parce que la Constitution prévoit en contrepartie le contrôle du pouvoir exécutif sur sa composition et sa saisine » (R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.153).
2692 Pour Charvin, « les garanties apportées aux accusés par la normalisation de la Haute Cour peuvent s'expliquer (…) par la qualité des justiciables énumérés dans le sénatus-consulte de 1858 ». En effet, comme le note Choisel, « son organisation et son mode de fonctionnement visaient à protéger contre l'arbitraire les futurs accusés – accusés politiques dans un procès politique, situation dans laquelle s'était trouvé Louis Napoléon en 1840 - (…). Avec la réforme de 1858, ce sont les délits de droit commun dont la Haute Cour pourrait avoir à connaître, commis par de hauts personnages de l'Etat » (F. Choisel, La Haute Cour de justice du Second Empire, op.cit., p.130) qu'il convient également de protéger, d'autant plus que c'est l'Empereur qui les a nommés ou qu'ils font partie de la sa famille.
2693 Cf. F. Choisel, La Haute Cour de justice du Second Empire, op.cit., p.122.
2694 *Ibid*., p.123.

l'État en verrou puisque celui-ci a le pouvoir de décider *discrétionnairement* de saisir ou non la Haute Cour de justice après la mise en accusation décidée par le Sénat[2695]. Anselme Batbie estime ainsi que « la mise en accusation prononcée par le Sénat pourrait être paralysée par le chef de l'État, puisque la haute Cour ne peut être saisie que par un décret impérial »[2696]. De même, Firmin Laferrière constate que « la haute cour n'est saisie de la connaissance d'une affaire que par décret de l'Empereur ; et même si des ministres étaient mis en accusation par le Sénat en vertu de l'article 13 de la Constitution, la chambre de jugement de la haute cour ne pourrait être convoquée que par un décret de l'Empereur »[2697]. Ce système peut donc conduire à des mises en accusation abusives[2698] ou, au contraire, à des obstructions arbitraires de la part du chef de l'État qui empêcheraient la réunion de la Haute Cour contre certaines hautes autorités[2699]. Ce faisant, à travers ces affirmations doctrinales, on peut remarquer que les juristes du Second Empire dissimulent leurs quelques critiques furtives et éparses, derrière un ton le plus sobre possible[2700]. D'ailleurs, les publicistes, à l'image du professeur Batbie, nuancent *derechef* ce défaut soulevé[2701]. En réalité, la plus forte remise en cause du dispositif de la Haute Cour établi par la Constitution de 1852 est l'œuvre, une nouvelle fois, de l'écrivain libéral Victor de Broglie. Du fait de son statut de penseur politique

2695 Comme le souligne Cabantous, « dans tous les cas, le pouvoir exécutif est le seul et souverain appréciateur des motifs qui peuvent provoquer le renvoi devant la haute cour de justice. C'est par décret impérial qu'elle est saisie des affaires qui rentrent dans sa compétence » (L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit., p.90). En outre, les publicistes auraient pu mettre en évidence une seconde carence s'agissant du mode de saisine de la Haute Cour de justice : comme l'affirme très justement Nathalie Havas, « si le Sénat dispose de l'initiative, les membres de cette Assemblée sont désignés par le plus haut personnage de l'État lui-même (article 20 de la Constitution), ce qui conduit à penser qu'il existe potentiellement un risque pour que les sénateurs exercent ou, au contraire, n'exercent pas cette prérogative à la demande du chef de l'État. (…) Le Sénat ne fera sans doute application de son droit qu'avec l'avis, ou même sur le désir de l'Empereur (N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.388).

2696 A. Batbie, Précis de droit public..., op.cit., p.33.

2697 F. Laferrière, Cours de droit public…, op.cit., p.150.

2698 Ce danger d'un filtre présidentiel poussé, soulevé par la doctrine impériale, peut être nuancé : comme l'observe Francis Choisel, « le renvoi en Haute Cour par le président de la République n'était (...) pas discrétionnaire (car) il était encadré et garanti en amont par le filtre de la hiérarchie judiciaire, et en aval par celui de la chambre des mises en accusation » de telle sorte que « le système donnait (…) de bonnes garanties contre les mises en accusation abusives » (F. Choisel, La Haute Cour..., op.cit., p.123).

2699 Comme le remarque l'administrativiste républicain Anselme Batbie, en cas de crimes ou délits commis par les princes français, les ministres, les grands-croix de la Légion d'honneur, les ambassadeurs, les sénateurs ou les conseillers d'État, « la Haute Cour est le seul tribunal compétent, de telle sorte que si l'empereur ne juge pas opportun de la réunir, toute poursuite est paralysée » (A. Batbie, Précis de droit public…, op.cit., p.33).

2700 Les inquiétudes des publicistes ne sont pas infondées puisque la pratique confirmera leur crainte : « aucun ministre, au cours du Second Empire, ne fut déféré en Haute Cour. Quant à Orsini et à ses complices, qui avaient attenté à la vie de l'Empereur, ils furent traduits devant la juridiction ordinaire, alors qu'ils étaient passibles de la Haute Cour. En revanche, dans l'affaire Victor Noir, en mars 1870, elle fut appelée à siéger. Napoléon III ne s'opposa pas au jugement de son cousin Pierre Bonaparte, qui, il est vrai, était tenu éloigné de la cour depuis le début du régime » (F. Choisel, La Haute Cour de justice du Second Empire, op.cit., p.130-131). D'ailleurs, dans cette affaire, la Haute Cour prononça l'acquittement de Pierre Bonaparte. Ce jugement ne fut pas accepté par l'opinion publique qui attribua cette décision, « non à son innocence, mais à son appartenance à la famille de l'Empereur » (*ibid*., p.131). Au final, il est possible de considérer que l'expérience de la Haute Cour de justice ne fut guère probante. La doctrine constitutionnelle moderne confirme ce point de vue : « on ne peut nier que la juridiction de 1852 était, par son mode de nomination, moins indépendante du chef de l'État que celle de 1848, et que son mode de saisine mettait l'exécutif à peu près hors d'atteinte de toute poursuite. L'empire est un système « gouvernemental » et non pas parlementaire » (*ibid*., p.132).

2701 Au contraire, compétente à l'égard de toutes personnes en cas d'attentats contre l'empereur ou de complot contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, « si le chef de l'État ne convoque pas la Cour, les tribunaux de droit commun pourront être saisis conformément aux règles ordinaires. C'est ce qui a eu lieu dans les affaires Pianori, Orsini et autres » (A. Batbie, Précis de droit public…, op.cit., p.33-34). En d'autres termes, les poursuites ne sont pas paralysées, dans ce cas, par le chef de l'État.

durant le Second Empire, il dispose d'une plus grande liberté d'expression. Dans son essai « Vues sur le gouvernement », il conteste l'instauration d'une juridiction spéciale et lui préfère le modèle anglais de justice politique qu'il convient d'emprunter en France selon lui[2702]. Ambassadeur à Londres en 1847[2703], il connaît parfaitement les institutions d'Outre-Manche. Il soutient donc que « sous une monarchie représentative, la Chambre haute, sous quelque nom qu'on la désigne, doit être, en matière d'État, la haute cour de justice criminelle. Ce n'est pas trop des deux Chambres, l'une comme accusatrice, l'autre comme juge, pour avoir, au besoin, raison du pouvoir exécutif, dans la personne de ses agents »[2704]. En d'autres termes, il appartiendrait à « la Chambre des représentants de se porter accusatrice à l'égard de tout crime ou délit commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions »[2705] tandis que « le Sénat, régulièrement investi par la constitution d'une autorité mi-partie législative et judiciaire, (…) premier corps de l'État, (jouerait le rôle de) haute cour de justice politique »[2706]. Il précise, à cet égard, que la chambre haute se constituant en juridiction d'exception, aurait la nature d'un tribunal puisqu'il déclare que « le Sénat serait lié par la loi pénale »[2707]. En définitive, en confiant la justice politique exclusivement aux assemblées politiques représentatives, le système de De Broglie, d'inspiration anglaise, est somme toute classique et se rapproche également de la tradition monarchiste parlementaire empruntée au régime des Chartes françaises.

560. Au terme de cette étude, il apparaît qu'à part quelques critiques furtives en nombre extrêmement restreint, tous les publicistes universitaires du régime impérial offrent dans leurs manuels soit un résumé synthétique[2708] soit une analyse technique d'une grande précision[2709] sur le

2702 Évoquant le système politique de l'Angleterre, il affirme : « Si nous sommes entrés dans ces détails (…), ce n'est point avec le dessein de proposer à la France, comme un modèle à imiter de point en point, le mécanisme juridique de l'Angleterre ; c'est simplement afin d'indiquer quelle place occupent dans ce mécanisme, les deux ou trois ressorts qu'il nous paraîtrait bon de lui emprunter » (V. de Broglie, Vues sur le gouvernement de la France, op.cit., p.316).
2703 L. de Lavergne, Le duc de Broglie, sa vie politique et ses écrits, Revue des Deux Mondes, 2è période, tome 48, 1863, p. 335.
2704 V. de Broglie, Vues sur le gouvernement de la France, op.cit., p.322.
2705 *Ibid*., p.323.
2706 *Ibid*., p.319.
2707 *Ibid*., p.325.
2708 L'exemple-type est le manuel du professeur agrégé à la faculté de droit de Poitiers et avocat à la cour impériale, Théophile Ducrocq, qui, conformément à sa conception du droit public et du droit administratif, traite la question de la Haute Cour en une demi-page en se contentant de reproduire l'article 54 de la Constitution de 1852 et quelques articles des sénatus-consultes de 1852 et de 1858. *Cf.* T. Ducrocq, Cours de droit administratif…, op.cit., p.292.
2709 Le professeur qui consacre le plus de pages à cette institution est Louis Cabantous. A ce sujet, il essaye de dégager des critères communs à l'ensemble des Hautes Cours prévues dans nos Constitutions. Il en dégage cinq : la saisine de la Haute Cour uniquement par un décret du pouvoir exécutif, l'impossibilité de tout recours en appel ou en cassation contre son arrêt, sa compétence nationale, une soumission aux dispositions légales pour son organisation et l'application du Code pénal pour les peines qu'elle afflige. De ces cinq règles, il en déduit comme enseignement que « les quatre premières ont été en général appliquées sous toutes les constitutions antérieures, sauf que la cour des pairs avait cru pouvoir quelquefois arbitrer les peines, sans se rattacher vigoureusement aux textes du Code pénal. Quant à la première, elle n'a été en vigueur que sous l'empire du sénatus-consulte de l'an XII, de la charte de 1814 et celle de 1830. La constitution de 1791, celle de l'an III, celle de l'an VIII et celle de 1848 attribuaient au pouvoir législatif, à l'exclusion du pouvoir exécutif, le droit de saisir la haute cour de justice » (L. Cabantous, Répétitions écrites…, op.cit., p.89). A la lecture d'une telle affirmation, deux remarques se dégagent : d'une part, ces cinq principes connaissent de nombreuses exceptions au point qu'il est possible de s'interroger s'ils constituent véritablement des principes, d'autre part, il existe des règles communes pour, d'un côté, les Hautes Cours en période républicaine et, de l'autre, pour celles en période

mécanisme de la Haute Cour, indépendamment de ses répercussions sur l'équilibre constitutionnel du régime[2710]. C'est d'ailleurs par cette même méthode descriptive et didactique que la doctrine du Second Empire abordera la garantie des fonctionnaires impériaux[2711].

561. À l'issue de cette analyse, il est frappant de constater que les écrits des publicistes impériaux s'agissant des privilèges du pouvoir exécutif sous le Second Empire est un parfait témoignage des impératifs qui guident et - *a fortiori* conditionnent - la nature de leur discours. Dans le but conjoint de construire un savoir présentant les mêmes gages de rigueur et de scientificité que celui des civilistes et d'établir l'autonomie institutionnelle et scientifique de la science du droit administratif, la plupart des juristes universitaires de la seconde moitié du XIXème siècle obéissent à une orientation dogmatique qui se résume à décrire et systématiser le droit. En cela, ce travail dogmatique se démarque des travaux des penseurs politiques de la fin du Second Empire qui s'engagent, pour leur part, dans l'évaluation, la prescription ou la proposition de réformation de l'acte constitutionnel autoritaire, cette orientation critique étant profondément rejetée par la doctrine universitaire. La question des immunités parlementaires est une nouvelle manifestation de ces structurations méthodologiques.

monarchique.

2710 Francis Choisel explique le rôle prépondérant de l'Empereur dans cette procédure en raison de sa mission de « chef de la magistrature (article 7 de la Constitution de 1852), comme régulateur suprême » (F. Choisel, La Haute Cour…, op.cit., p.124).

2711 Cette question qui est propre au droit administratif ne sera pas examinée profondément dans le cadre de cette thèse. En effet, dérogation au droit commun spécifique à une catégorie de personnes, la doctrine impériale la distingue clairement des autres statuts exorbitants du droit commun : « cette garantie administrative des agents du gouvernement ne doit pas être confondue avec la garantie politique et personnelle qui protège les ministres (Constitution, art. 13), les sénateurs (sénatus-consulte du 4 juin 1858, art. 6), les députés au Corps législatif (Dec. organ. du 2 février 1852, art. 9, 10 et 11), et les conseillers d'État (Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 70 ; Code pénal, art. 121) » (T. Ducrocq, Cours de droit administratif, 2è éd., op.cit., p.248). À cet égard, l'expression « garantie des fonctionnaires » désigne la protection particulière dont les « agents du gouvernement » jouissent, à l'encontre des poursuites pénales et des actions civiles, jusqu'au décret-loi du 19 septembre 1870, sur le fondement de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII qui dispose que « les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires » (cf. L. Cabantous, Répétitions écrites…, 3è éd., op.cit., p.593-594.). L'examen du thème relatif à « la garantie constitutionnelle accordée aux fonctionnaires pour les faits relatifs à leurs fonctions » dans les manuels du Second Empire illustre *à nouveau* à merveilles l'esprit didactique qui gouverne les professeurs administrativistes impériaux. Malgré les nombreuses attaques dont a été l'objet ce privilège sous les régimes précédents de la part de la pensée libérale ainsi que son absence de reconnaissance juridique dans la Constitution de 1852, ces derniers s'en tiennent uniquement à une définition de la notion et à une exposition de son régime juridique et de ses modalités d'application, mais, en aucun cas, ne soulignent l'arbitraire que recèle cette protection héritée d'un régime autoritaire. Leur discours qui se veut scientifique est exempt de tout jugement de valeur. Il n'en reste pas moins que cette thématique représente un sujet de réflexion *singulier* puisque les constitutionnalistes des époques précédentes n'y ont jamais vraiment consacré de développements, étant donné que ce sujet de réflexion n'était pas considéré comme relevant de la sphère du droit constitutionnel. Or, du fait de la nouvelle configuration professorale de la discipline du droit public sous le Second Empire à présent dominée par les administrativistes, cette question intègre naturellement dans leur manuel de droit public le champ théorique du droit constitutionnel. D'ailleurs, on ressent que ce thème touche au droit administratif et est traité par des professeurs spécialisés dans cette branche puisqu'ils lui accordent une attention toute particulière, en lui vouant d'importants approfondissements qui contrastent avec ceux, plus réduits, relatifs aux autres privilèges des autorités publiques. Par exemple, le professeur de droit administratif Foucart dédie pas moins de vingt pages à la question de la garantie constitutionnelle des fonctionnaires dans son traité tandis que le professeur agrégé Ducrocq y consacre une dizaine de pages. À cet effet, chacun d'eux citent énormément la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Voir en ce sens : E.-V. Foucart, Éléments de droit public..., op.cit., p.211-231 ; T. Ducrocq, Cours de droit administratif, 2è éd., op.cit., p.246-252.

B. L'appréhension des immunités parlementaires, nouvelle illustration des méthodologies divergentes de la doctrine publiciste impériale

562. La réflexion menée par les administrativistes impériaux au sein de leurs manuels, s'agissant de la problématique des immunités parlementaires, s'inscrit dans un contexte institutionnel particulier vis-à-vis du pouvoir législatif. Dans le cadre du régime de 1852, le rôle législatif de l'Empereur est essentiel. En effet, « s'il partage avec le Corps législatif et le Sénat la puissance législative, (il) dispose cependant de celle-ci. Il est maître de la loi comme naguère le roi dans la Monarchie limitée, c'est-à-dire qu'il a, au départ, l'initiative et, à l'arrivée, la « promulgation » »[2712]. En d'autres termes, l'Empereur décide seul si un projet sera préparé ou non, soumis ou non au vote du Corps législatif[2713] et, enfin, le promulgue[2714].

563. Face à la prépondérance de l'Empereur dans le domaine législatif, le pouvoir parlementaire est, organiquement et matériellement, morcelé dans les institutions du Second Empire. Faible, il est divisé en trois corps, le Corps législatif, le Sénat et le Conseil d'État. Ce dernier devient « le pivot et la clé de voûte d'un système dominé par le chef de l'État »[2715]. Composé de membres nommés exclusivement par le président de la République qui désigne aussi son vice-président pour en assurer la présidence en son absence[2716], il est chargé de rédiger, en vertu de l'article 50 de la Constitution de 1852, les projets de loi et de les soutenir devant les assemblées, ce qui lui donne un rôle politique réel. Le Conseil d'État collabore ainsi à l'œuvre de la puissance exécutive et au pouvoir législatif. Au contraire, les compétences du Corps législatif et du Sénat en matière législative sont beaucoup plus réduites. Faisant figure d'organes subordonnés et de simples instruments de règne conformément à l'article 3 de la Constitution de 1852, la position respective des deux assemblées est très différente de celle des Chambres dans le bicamérisme parlementaire. *D'un côté*, le Corps législatif est « entourée de défiance et de prévention, car la grande préoccupation est de l'empêcher d'accroître son autorité et de redevenir une Chambre des députés »[2717]. À cet effet, leur indépendance fonctionnelle et personnelle est étroitement contrôlée. *Fonctionnellement*, les députés, élus pour six ans au suffrage universel direct, discutent et votent les textes de loi au titre de l'article 39 de la Constitution mais l'initiative appartient exclusivement à l'empereur et leurs éventuels amendements adoptés en commission ne sont discutés que s'ils sont

2712 M. Prélot, La signification constitutionnelle du Second Empire, RFSP, n°1, 1953, p.38.
2713 Article 8de la Constitution du 14 janvier 1852 : le Président de la République « a seul l'initiative des lois ».
2714 Article 10 de la Constitution du 14 janvier 1852 : le Président de la République « sanctionne et promulgue les lois et les sénatus-consultes ».
2715 P. Jan, Les Constitutions de la France, t.2, op.cit., 2016, p.83-84. Selon la proclamation du 14 janvier 1852, le Conseil d'État devient « le premier rouage de l'organisation nouvelle » (cité par M. Prélot, La signification constitutionnelle du Second Empire, op.cit., p.39).
2716 Article 48 de la Constitution du 14 janvier 1852 : « Les conseillers d'État sont nommés par le président de la République, et révocables par lui » ; article 49 de la Constitution de 1852 : « Le Conseil d'État est présidé par le président de la République, et, en son absence, par la personne qu'il désigne comme vice-président du Conseil d'État ».
2717 M. Prélot, La signification constitutionnelle du Second Empire, op.cit., p.40.

retenus par le Conseil d'État. En outre, *organiquement*, leur statut constitutionnel est restreint : privés d'indemnité, les membres du Corps législatif n'ont pas intérieurement de liberté. Son bureau, nommé par l'Empereur, non seulement dirige les débats, mais encore surveille les députés. Dans le même sens, le Corps législatif ne se réunit que sur convocation du président qui peut, à sa guise, l'ajourner, voire le dissoudre[2718]. Enfin, leur liberté d'expression est réduite puisqu'ils ne disposent plus de la tribune pour faire valoir leur éloquence.

564. À côté du Corps législatif qui n'est en tout état de cause qu'une chambre d'enregistrement, le Sénat est également un instrument au service du président au regard de ses fonctions. Composé de quatre-vingt-dix membres désignés à vie par le président, le Sénat exerce en quelque sorte une fonction législative. Sans avoir vraiment l'initiative des lois, il peut, en vertu de l'article 30 de la Constitution de 1852, « dans un rapport au président de la République poser les bases de projets de loi d'un grand intérêt national ». Mais sa mission principale est celle de gardien de la Constitution. Il statue sur la constitutionnalité des actes qui lui sont déférés soit par le gouvernement, soit par les pétitions des citoyens. Mais, à l'image du Corps législatif, l'Empereur contrôle son fonctionnement : comme le dispose l'article 24 de la Constitution autoritaire, il « convoque et proroge le Sénat. Il fixe la durée de ses sessions par un décret » et cette disposition ajoute que ses séances « ne sont pas publiques ». En tout état de cause, on s'aperçoit que le Corps législatif et le Sénat participent, *sous un extrême contrôle,* à l'exercice de la puissance législative, la chambre Haute remplissant également une fonction constituante. Les institutions du Second Empire mettent en place ce que Henry Berton appelle « le régime des chambres muettes »[2719]. Victor Hugo déclare d'ailleurs à l'égard de cette situation dans son livre « Napoléon le Petit » : « Il y a dans la boutique où se fabriquent les lois du budget, un maître de maison, le conseil d'État et un domestique, le Corps législatif »[2720].

565. Naturellement, devant un tel agencement des pouvoirs, le statut protecteur des parlementaires est considérablement restreint. Comme le notent les spécialistes du droit parlementaire Eugène Pierre et Jules Poudra, « contrairement à tous les précédents, les auteurs de la Constitution du 14 janvier 1852 ne voulurent pas faire de l'inviolabilité parlementaire un principe constitutionnel ; ils se contentèrent de l'insérer dans le décret organique du 2 février 1852 »[2721]. Création du pouvoir exécutif, ce texte édicté dès les débuts du Second Empire reconnaît effectivement une irresponsabilité et une inviolabilité à l'égard *uniquement* des députés[2722]. Contrairement à ces

2718 Article 46 de la Constitution du 14 janvier 1852 : « Le président de la République convoque, ajourne, proroge et dissout le Corps législatif. En cas de dissolution, le président de la République doit en convoquer un nouveau dans le délai de six mois ».
2719 H. Berton, L'évolution constitutionnelle du Second Empire..., op.cit., p.416.
2720 Cité par P. Jan, Les Constitutions de la France, t.2, op.cit., 2016, p.84.
2721 J. Poudra, E. Pierre,Traité pratique de droit parlementaire, vol. 1, Versailles : Cerf et fils, 1878, 18, p.65.
2722 En vertu des articles 9, 10 et 11 du décret organique du 2 février 1852, « les députés ne pourront être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps pour les opinions qu'ils auront émises dans le sein du Corps législatif. Aucune

derniers, les sénateurs sont privés de tout statut exorbitant. Or, à l'occasion de l'examen de la loi portant Code de justice militaire par le Sénat en juin 1857 pour en apprécier la constitutionnalité, la question de l'immunité sénatoriale est posée de manière incidente[2723]. Il faudra attendre l'année suivante pour que le sénatus-consulte du 4 juin 1858 répare cette omission[2724]. En vérité, cette situation, c'est-à-dire l'inscription des immunités des députés dans une norme externe à l'acte constitutionnel, l'absence de formalisation puis une reconnaissance tardive de celles des sénateurs, trouve sa raison d'être dans le rôle réduit des chambres dans les institutions du Second Régime jusqu'à partir des années 1860. Face à cet état du droit positif en matière d'immunités parlementaires, il est significatif de noter que les publicistes du Second Empire ne réagissent pas de la même manière. De ce point de vue, leurs positions sont un révélateur particulièrement éclairant - à nouveau – de leurs postures méthodologiques durant ce régime. Dans une visée scientifique, la majorité des juristes universitaires du Second Empire font œuvre dogmatique, c'est-à-dire comblent les lacunes du texte constitutionnel vis-à-vis des privilèges immunitaires avant 1858 sans exprimer aucun jugement de valeur contre cette carence de la norme constitutionnelle, puis les systématisent après 1858[2725] (**1**). Par opposition, outre le silence de quelques administrativistes qui se concentrent uniquement sur les autorités exécutives en tant qu'organe administratif[2726], la démarche de certains penseurs politiques est clairement prescriptive, ceux-ci recommandant une réforme de la Constitution de 1852 quant au statut exorbitant des parlementaires (**2**).

contrainte par corps ne peut être exercée contre un député durant la session et pendant les six semaines qui l'auront précédée ou suivie. Aucun membre du Corps législatif ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ni arrêté en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, qu'après que le Corps législatif a autorisé la poursuite » (art.9, 10, 11) (cité par J. Poudra, E. Pierre, Traité…, vol.1, op.cit., p.65-66). En outre, ce même décret, en son article 10, reproduit la disposition des Chartes de 1814 et de 1830 sur la suspension de la contrainte par corps : « aucune contrainte par corps ne peut être exercée contre un député durant la session et pendant les six semaines qui l'aurait précédée ou suivie » (cité par F. Laferrière, Cours de droit public, t.1, 5è éd., op.cit., p.101).

2723 « Les sénateurs s'interrogèrent sur la compétence des conseils de guerre et demandèrent si les maréchaux de France pourraient être soustraits à la juridiction militaire, à raison de leur dignité de sénateur, ce qui conduirait à admettre la même exception en faveur des généraux revêtus de cette dignité » (F. Choisel, La Haute Cour…, op.cit., p.126). Il est décidé que le futur sénatus-consulte devra s'occuper non seulement des maréchaux, membres de droit du Sénat mais encore de tous les autres membres de ce grand corps.

2724 Son article 1er décide que la Haute Cour de justice, établie par le sénatus-consulte du 10 juillet 1852, connaîtrait des crimes et délits commis par les sénateurs. L'article 6 du même sénatus-consulte ajoute qu'« aucun membre du Sénat ne peut être poursuivi ni arrêté pour crime ou délit, ou pour contravention entraînant la peine de l'emprisonnement, qu'après que le Sénat a autorisé la poursuite. En cas d'arrestation pour crime flagrant, le procès-verbal est immédiatement transmis par le ministre de la Justice au Sénat, qui statue sur la demande d'autorisation de poursuite. Cette autorisation n'est pas nécessaire lorsqu'un sénateur est poursuivi pour faits relatifs au service militaire » (cité par J. Poudra, E. Pierre, Traité…, vol.1, op.cit., p.66).

2725 Les immunités dont bénéficient les membres du Conseil d'État en tant qu'acteurs du pouvoir législatif ne seront pas étudiées car les auteurs du Second Empire ne les traitent pas. Ne les appréciant que sous la seule qualité d'agent de l'administration, ils mentionnent seulement que les conseillers d'État disposent soit de la garantie de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, soit celle de l'article 70 du même texte, selon lequel « les délits personnels emportant peine afflictive ou infamante, commis par un membre (…) du Conseil d'État, sont poursuivis devant les tribunaux ordinaires, après qu'une délibération du Corps auquel le prévenu appartient, a autorisé cette poursuite ».

2726 Un grand nombre de publicistes du Second Empire, parmi lesquels Anselme Batbie, Adèle-Gabriel-Denis Bouchené-Lefer ou encore Théophile Ducrocq, abandonnent la question des statuts exorbitants du pouvoir législatif malgré le progrès de ses pouvoirs à partir de 1860. Leurs manuels ne contiennent aucun passage sur cette problématique ni aucune entrée dans leur table des matières. Leur silence s'explique par leur choix, en qualité d'administrativiste, de se concentrer davantage sur les autorités exécutives et administratives. Bouchené-Lefer affirme par exemple : « nous ne parlerons (…) des autorités centrales que comme exerçant le gouvernement et l'administration ou la gestion des intérêts du pays, c'est-à-dire de l'État, de ses dépendances et de ses fractions, et des différentes personnes publiques, centrales ou locales (…) » (A.-G.-D. Bouchené-Lefer, Principes et notions…, op.cit., p.76).

1. La systématisation des immunités parlementaires par la science du droit public dans le contexte paradoxal des chambres muettes

566. Baisse drastique du nombre de parlementaires, diminution du temps législatif, encadrement de ses sessions, tribune et droit d'amendement supprimés...les constituants manifestent la volonté très nette de contenir le rôle représentatif du Corps législatif qui est préféré au lien mystique unissant directement le peuple à l'Empereur[2727]. Face à cette organisation constitutionnelle singulière qui muselle le pouvoir législatif dans l'exercice de ses missions, quelques administrativistes du Second Empire, dans une posture d'externalité par rapport à l'objet étudié, tentent de justifier *très brièvement* l'institution ambiguë de privilèges immunitaires au profit des députés destinés à leur garantir une certaine indépendance. Sur ce point, ils expriment des conceptions différentes des « immunités » parlementaires – sans en utiliser le terme - en raison de leurs propres présupposés théoriques (**a**). En outre, face au silence de la Constitution de 1852 vis-à-vis des immunités sénatoriales, il est notable de remarquer que les publicistes impériaux, de sensibilité libérale, soutiennent la nécessité de cette protection avant même le sénatus-consulte du 4 juin 1858 puis intègrent cette garantie dans l'économie générale du régime de 1852 après sa consécration juridique. A cet égard, ils attribuent au statut exorbitant des sénateurs un fondement distinct de celui des députés compte tenu de la fonction particulière des deux assemblées étrangères à toute forme de bicamérisme[2728] (**b**).

a. Une incertitude doctrinale à propos des fondements immunitaires des députés

567. La doctrine publiciste du Second Empire conçoit les statuts dérogatoires des députés dans un environnement constitutionnel fermement hostile à leur encontre dont la qualité de représentant de la Nation est plus qu'incertaine, ou du moins de pure façade. Pour empêcher l'émancipation de la chambre basse et l'apparition du parlementarisme, les constituants de 1852 ont bâti un système permettant au pouvoir exécutif d'encadrer strictement ses prérogatives et son fonctionnement à travers un arsenal de dispositions constitutionnelles. Le cœur de sa mission, la discussion et le vote de la loi[2729], est clairement exercé sous le contrôle de l'Empereur. Est exclu en effet ce qui constitue

2727 Parmi ces mesures, la restriction de la publicité des débats parlementaires est révélatrice de la nature du régime de 1852. Comme le note Bernard Gaudillère, « la publicité des débats parlementaires est un élément fondamental de la démocratie représentative : elle place sous le contrôle de l'opinion publique le vote de la loi et le contrôle du gouvernement. Le Second Empire est le seul régime politique français qui ait entravé cette transparence » (B. Gaudillère, La publicité des débats parlementaires…, op.cit., p.27).

2728 Comme l'affirme Marcel Prélot, « les lois constitutionnelles sont réservées à l'une et les lois ordinaires à l'autre, en sorte qu'il existe une Constituante et une Législative juxtaposées, plutôt que deux Chambres législatives » (M. Prélot, La signification constitutionnelle..., op.cit., p.40).

2729 Comme le rappelle la Constitution du 14 janvier 1852, « les bases proposées à l'acceptation du Peuple étaient :

l'essence de la fonction parlementaire puisqu'elle est privée de toute initiative législative et ne peut amender un texte que sous le contrôle du Conseil d'État[2730]. En conséquence, « elle ne décide pas de qu'elle discutera »[2731]. De surcroît, dans son processus délibératif, la liberté de discussion de ses membres est clairement atténuée par la suppression de la tribune. Désormais, « les députés parlent de leur place après y avoir été autorisés par le président »[2732]. Cette abolition a pour but et pour effet d'éviter la passion politique et l'éloquence dont se méfie Louis-Napoléon Bonaparte[2733]. En outre, affaiblissant encore un peu plus l'énergie du Parlement et sa dignité, leur délibération perdent toute publicité puisque le Comité secret est de droit à la demande de cinq membres[2734], à quoi s'ajoute l'absence de reproduction exacte des discussions de l'Assemblée[2735]. Les débats ne sont plus sténographiés, seul un communiqué officiel incolore dressé par les soins du président de l'Assemblée et d'une commission de surveillance est distribué de façon à être publié intégralement ou pas du tout en vertu de l'article 42 de la Constitution[2736]. Au surplus, ses délibérations présentent

(…) 4° Un Corps législatif discutant et votant les lois, nommé par le suffrage Universel sans scrutin de liste qui fausse l'élection ».

2730 Article 40 de la Constitution de 1852 : « Tout amendement adopté par la commission chargée d'examiner un projet de loi sera renvoyé, sans discussion, au Conseil d'État par le président du Corps législatif. - Si l'amendement n'est pas adopté par le Conseil d'État, il ne pourra pas être soumis à la délibération du Corps législatif ». Dans sa proclamation du 14 janvier 1852, Louis-Napoléon Bonaparte justifie une telle disposition afin de lutter contre le rallongement du débat parlementaire et l'opportunisme de certains amendements : « Le corps législatif discute librement la loi, l'adopte ou la repousse, mais il n'y introduit pas à l'improviste de ces amendements qui dérangent souvent toute l'économie d'un système et l'ensemble du projet primitif. À plus forte raison n'a-t-il pas cette initiative parlementaire qui était la source de si graves abus et qui permettait à chaque député de se substituer à tout propos au gouvernement en présentant les projets les moins étudiés, les moins approfondis ».

2731 M. Prélot, La signification constitutionnelle..., op.cit., p.40.

2732 E. Anceau, Les députés du Second Empire…, op.cit., p.32 ; *v.* également: B. Gaudillère, La publicité des débats parlementaires…, op.cit., p. 27-49.

2733 Dans le même esprit, le Corps législatif passe de 750 à 260 membres en 1852 qui est « un chiffre assez bas pour délibérer calmement » (M. Prélot, La signification constitutionnelle du Second Empire, op.cit., p.40). Louis Napoléon Bonaparte affirme en effet dans sa proclamation du 14 janvier 1852 que cette situation est « une première garantie du calme des délibérations, car trop souvent on a vu dans les assemblées la mobilité et l'ardeur des passions croître en raison du nombre ».

2734 En vertu de l'article 41 de la Constitution du 14 janvier 1852, les séances du Corps législatif « sont publiques, mais la demande de cinq membres suffit pour qu'il se forme en Comité secret ». Pourtant, pour Laferrière qui considère les députés investis d'un mandat représentatif, « la publicité des séances tient à la nature même du gouvernement représentatif ; il faut que le pays assiste à la discussion de ses intérêts » (F. Laferrière, Cours de droit public, t.1, 5è éd., op.cit., p.100).

2735 Louis-Napoléon Bonaparte déclare effectivement en 1852 : « (vous avez compris) que le temps des discours passionnés et stériles était passé, que celui des affaires étaient venues » (cité par B. Gaudillère, La publicité des débats parlementaires…, op.cit., p.29). Ainsi, en limitant de manière draconienne la publicité des débats, il vise à décourager l'art oratoire. Sa conviction est établie de longue date puisqu'il reproche en 1839 aux Assemblées du Premier Empire d'être « une foule de gens qui s'acharnaient à discuter sur les nuances avant d'avoir été assuré le triomphe de la couleur » (*ibid.*). Sa défiance s'amplifie encore en 1843 : « Avec une tribune, les avocats seuls remportent, en général, tous les triomphes. Sans tribune, tout homme de bon sens peut exercer l'influence que donne (…) l'expression d'un sentiment vrai, d'une idée juste, dépouillée de toute ostentation et de tout luxe de paroles » (*ibid.*). En outre, son rejet de l'éloquence parlementaire provient aussi de sa propre personne : comme le note Bernard Gaudillère, « sa propre expérience d'orateur parlementaire de 1848 est décevante : il parle peu et – de l'avis général – assez maladroitement. Cette malhabileté contribue d'ailleurs aux erreurs de jugement commises sur lui à cette période » (*ibid.*).

2736 Pour Laferrière, la loi du 25 mars 1822 qui donnait aux anciennes Assemblées le droit de traduire à leur barre l'écrivain infidèle ou injurieux dans son compte-rendu représentait « la garantie pénale du respect et de l'inviolabilité morale qui devaient les entourer » mais il constate que « cette garantie, d'ailleurs insuffisante, n'a plus d'application possible aujourd'hui » (F. Laferrière, Cours de droit public, t.1, 5è éd., op.cit., p.100). Cette situation qu'il regrette résulte de l'article 42 de la Constitution de 1852 qui dispose que « le compte rendu des séances du Corps législatif par les journaux ou tout autre moyen de publication, ne consistera que dans la reproduction du procès-verbal, dressé, à l'issue de chaque séance, par les soins du président du Corps législatif ». Le publiciste précise que « les procès-verbaux contiennent le nom des membres qui ont pris la parole et le résumé de leurs opinions. La rédaction en est confiée à des rédacteurs spéciaux, nommés par le président. Ils sont signés par le président et lues par un des secrétaires à la séance

peu d'intérêt puisque les députés n'ont en fait le choix qu'entre tout accepter ou tout rejeter. De l'ensemble de ces dispositions drastiques, il ressort que les constituants de 1852 ont manifestement pour objectif de modérer la parole parlementaire mais surtout de contenir l'échange d'opinions au sein de l'assemblée voire de l'étouffer et de le rendre secret[2737], empêchant ainsi la naissance d'un régime libéral et parlementaire[2738]. En définitive, le Corps législatif « ressemble à une manière de grand conseil général »[2739], plutôt qu'à une véritable chambre législative[2740]. Dans ce cadre juridique rigoureux à l'égard des députés, une minorité d'administrativistes impériaux s'efforcent d'expliquer le mécanisme des immunités parlementaires qui apparaît contraire à l'esprit du régime puisque leur vocation principale est de leur garantir paradoxalement une certaine indépendance personnelle et fonctionnelle[2741]. La preuve de cet embarras doctrinal ressort du fait que chaque auteur, en fonction de ses propres postulats théoriques et de l'évolution du régime impérial, avance un fondement divergent de celui des autres pour parvenir à un semblant de justification.

568. Le premier auteur qui entreprend de défendre une certaine liberté matérielle à l'égard des députés est le docteur en droit libéral, Félix Berriat-Saint-Prix, dans son manuel datant des années 1851-1853. Cependant, compte tenu de sa méthodologie littérale qui se singularise de celle la doctrine publiciste du Second Empire davantage systématique, le publiciste parisien ne raisonne pas à proprement dit sur la question des immunités parlementaires. En effet, sa méthode consiste à étudier, de façon critique, la constitution, article par article. Dès lors, les protections exorbitantes étant absentes du texte constitutionnel, son propos vis-à-vis de cet instrument juridique est

suivante » (*ibid*.). En outre, le mode de communication du procès-verbal aux journaux est réglé par un décret du 22 mars 1852. Cependant, en vertu de l'article 74 du présent décret, tout membre peut faire imprimer et distribuer à ses frais le discours qu'il a prononcé mais il doit en obtenir l'autorisation de l'Assemblée elle-même qui est juge de l'opportunité de la publication. Les imprimeurs et distributeurs seraient soumis à une amende en cas d'infraction, et s'exposeraient au retrait de leur brevet, contrairement au député qui serait couvert par son inviolabilité.

2737 Pour l'historien Charles de Montalembert, « l'histoire dira (…) quelle fut l'infatigable complaisance et l'incommensurable abaissement de cette première assemblée du second Empire. L'étouffement de la parole le disputait à la prestesse du vote : *Mutum et turpe pecus* » (cité par E. Anceau, Les députés du Second Empire…, op.cit., p.15, note 9). De même, très critique à l'égard du Corps législatif, Victor Hugo énumère ses traits significatifs de manière imagée dans son ouvrage « Napoléon le Petit »: « il y a aussi (…) le corps législatif (…) pâle, maigre, triste, brodé en argent (…) (il) marche sur la pointe du pied, roule son chapeau dans ses mains, met le doigt sur sa bouche, sourit humblement, s'assied sur le coin de sa chaise, et ne parle que quand on l'interroge. Ses paroles étant naturellement obscènes, défense aux journaux d'y faire la moindre allusion » (cité par E. Anceau, Les députés du Second Empire…, op.cit., p.15, note 8).

2738 Comme le souligne Victor Hugo, « aujourd'hui (…) l'herbe pousse au palais de Bourbon (…), plus de tapage, plus de vacarme, plus de parlage, de parlement et de parlementarisme (…) » (*ibid*., note 8).

2739 M. Prélot, La signification constitutionnelle du Second Empire, op.cit., p.40.

2740 Toutefois, le travail législatif semble s'améliorer à partir du Second Empire. Comme l'observe le député de la Moselle de 1867 à 1870, Stéphen Liégeard, « proclamons bien haut que le Corps législatif valait mieux que les récriminations acerbes dont ses adversaires l'ont poursuivi. Nos séances, pour faire un bruit moindre que celles de Versailles, n'en offraient guère moins d'intérêt : elles étaient plus fructueuses assurément. Les applaudissements n'y éclataient point pour une phrase, pour un mot : la passion politique n'y déchaînait pas, à chaque instant la tempête. Mais, si l'approbation contenue de collègues éclairés n'était jamais le prix d'un hasard heureux, en revanche, le succès n'en semblait que plus flatteur, une fois conquis » (cité par E. Anceau, Les députés du Second Empire…, op.cit., p.15, note 9).

2741 Louis-Napoléon Bonaparte explique lui-même dans sa proclamation du 14 janvier 1852, l'ambiguïté de cette situation : « Les délibérations du Corps législatif seront indépendantes ; mais les causes d'agitations stériles auront été supprimées, des lenteurs salutaires apportées à toute modification de la loi. Les mandataires de la nation feront mûrement les choses sérieuses ».

nécessairement inexistant. Toutefois, ses commentaires des dispositions constitutionnelles relatives au statut des députés, en particulier celui de l'article 39 de la Constitution, montrent son souci de protéger une libre discussion au sein de la chambre basse malgré la suppression de la tribune. Ses conceptions démocratiques et libérales ressortent de ses propos. Pour lui, la discussion parlementaire, qui n'est qu'« un échange d'opinions »[2742], doit être libre. Cette liberté d'expression est inhérente à une assemblée délibérante : comme il l'affirme, « c'est un devoir pour l'assemblée de l'ouvrir »[2743]. De surcroît, le débat parlementaire n'est pas seulement le lieu d'expression des opinions individuelles mais un procédé décisionnel de rationalisation des opinions en raison de l'indétermination des volontés : « c'est un droit de prolonger (la discussion) tant que les législateurs ne sont pas éclairés »[2744]. C'est pourquoi, pour lui, afin de favoriser un libre débat parlementaire, l'Assemblée doit être maîtresse de ses règles de fonctionnement internes, notamment réglementer elle-même la discussion en son sein et décider souverainement si elle doit disposer d'une tribune : « le mode doit être réglé par eux ; ils peuvent donc se donner une tribune s'ils le jugent ensemble »[2745]. Il condamne ainsi la réglementation du pouvoir exécutif qui constitue une intrusion anormale : « le Sénat et le Corps législatif jouissent-ils, dans sa plénitude, du droit de délibérer librement, s'ils sont forcés de se soumettre à des règles qu'ils n'ont pas adoptées de leur plein gré ? »[2746]. Etant donné qu'elle est une condition nécessaire à la sincérité du débat parlementaire, il semble donc que Berriat-Saint-Prix soit favorable en quelque sorte au procédé juridique de l'irresponsabilité parlementaire sur la base du *principe démocratique,* qui fonde avec force toute sa théorie du droit constitutionnel[2747],

569. Néanmoins, le postulat proposé par Berriat-Saint-Prix afin de rendre compte des privilèges parlementaires n'est pas partagé par ses successeurs publicistes. Pour le premier professeur de droit administratif de province Emile-Victor Foucart, ce point est laissé en suspens. Son propos, ou plus exactement, son silence, est dicté par sa méthode. Son activité consiste à rationaliser et à

2742 F. Berriat-Saint-Prix, Théorie du droit constitutionnel français…, op.cit., p.765.

2743 *Ibid*. Logiquement, Berriat-Saint-Prix regrette l'article 40 de la Constitution de 1852 qui restreint la liberté d'amendement des députés : « l'article 40 déroge au principe de la liberté du vote, et il faut le dire, aux saines idées sur la confection des lois. Son interprétation doit être restrictive » (*ibid*., p.766).

2744 *Ibid*. Le publiciste libéral défend par là-même la publicité des délibérations parlementaires qui permet une connaissance des discussions par l'ensemble des citoyens français et condamne donc l'article 42 de la Constitution de 1852. La seule reproduction du procès-verbal, dressé, à l'issue de chaque séance, par les soins du président du Corps législatif est, selon lui, une « innovation peu rationnelle, qui aboutirait à la suppression indirecte de la publicité entre les mains d'un président moins jaloux de satisfaire les besoins nationaux que de servir le Gouvernement qui le nomme. L'interprétation doit donc être restrictive » (*ibid*., p.767).

2745 *Ibid*.

2746 *Ibid*., note 2. C'est pourquoi Berriat-Saint-Prix dénonce, par exemple, le décret du 22 mars 1852 qui réglemente les conditions de vote des projets de loi : « le décret du 22 mars 1852 est susceptible de critique. L'article 55-4° de ce décret reproduit l'article 40 de la Constitution de 1848 (*ibid*.). Cette dernière dispose : « La présence de la moitié plus un des membres de l'Assemblée est nécessaire pour la validité du vote des lois ».

2747 Pour Berriat-Saint-Prix, la liberté de discussion est d'autant plus cruciale au sein de l'Assemblée que celle-ci a pour rôle de voter le budget au titre de l'article 39 de la Constitution. En exprimant leurs points de vue par rapport aux orientations budgétaires, il considère en effet que « le refus de subsides est le moyen naturel de provoquer des réformes populaires, d'empêcher une paix honteuse ou une guerre injuste ; en un mot, de faire prévaloir l'opinion publique » (*ibid*.).

systématiser le droit positif constitutionnel. Contrairement aux immunités sénatoriales – qui ne sont pas encore consacrées -, il ne détermine aucun fondement de légitimation des avantages des députés et se concentre rapidement - en une demi-page - sur les modalités de la protection prévues par le droit ordinaire[2748]. Il note, à cet égard, que l'article 121 du Code pénal de l'époque protège aussi bien les députés que les sénateurs et implique l'obligation d'une autorisation pour qu'un député soit renvoyé devant les tribunaux ordinaires[2749]. Cependant, son propos manque quelque peu de précision étant donné qu'il ne distingue pas les deux volets de l'immunité parlementaire dont il préfère le terme d'« inviolabilité »[2750].

570. Par la suite, le fondement doctrinal des immunités parlementaires évolue encore, étant donné la modification du contexte institutionnel à partir des années 1860. Sous la poussée des libéraux[2751] et affaibli par les élections législatives de 1863 et de 1869, l'Empereur édicte certains textes au cours des dix dernières années du régime, visant à rééquilibrer, dans une certaine mesure, les pouvoirs exécutif et législatif. Napoléon III souhaite, dans le préambule du décret adopté le 24 novembre 1860, « donner aux grands corps de l'État une participation plus directe à la politique générale de son gouvernement et un témoignage éclatant de sa confiance »[2752]. Ces réformes conduisent à revaloriser le rôle des parlementaires dans la confection de la loi[2753] et le contrôle de l'activité gouvernementale[2754]. Petit à petit, le régime des chambres muettes semble disparaître. La

2748 E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., t.1, 1855, op.cit., p.81-82.
2749 *Ibid*.
2750 Foucart affirme que « les membres du Corps législatif jouissent, comme ceux du Sénat, d'une certaine inviolabilité » (*ibid*., p.81).
2751 *v*. P. Jan, Les Constitutions de la France, t.2, op.cit., p.85-86.
2752 Décret impérial du 24 novembre 1860 concernant le Sénat et le Corps législatif, et portant création des ministres sans portefeuille, *in* J.-B. Duvergier, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État, op.cit., 1860, t.60, p.592-593.
2753 Le Corps législatif subit une profonde mutation de son implication dans la fabrique de la loi à compter des années 1860. Un premier pas vers la reconnaissance du rôle des parlementaires se manifeste à travers le sénatus-consulte du 2 février 1861 qui autorise la production intégrale de la sténographie des débats parlementaires. A cela s'ajoute, plus tardivement, un décret du 5 février 1867 qui annonce le rétablissement de la tribune au Corps législatif. L'historien Jean Tulard observe d'ailleurs que « progressivement le Corps législatif est devenu, avec le rétablissement de la tribune, un champ de bataille où s'affrontent à armes égales le gouvernement et l'opposition » (J. Tulard, Préface, in E. Anceau, Les députés du Second Empire…, op.cit.). Concernant le vote du budget, par décret du 31 décembre 1861, l'Empereur interdit au gouvernement d'ouvrir des crédits extraordinaires hors session. Le vote du budget s'opérant par chapitre, l'efficacité du contrôle du budget se trouve renforcée. En outre, par un sénatus-consulte du 18 juillet 1866, les députés bénéficient d'un assouplissement des conditions de recevabilité de leurs amendements et débattent des textes de loi au cours d'une session qui n'est plus limitée à trois mois, sans pour autant être permanente. Le sénatus-consulte du 10 décembre 1869 amplifie encore la compétence législative du Corps législatif qui engage le Second Empire sur la voie d'un régime parlementaire. Dorénavant, grâce à ce décret impérial, les députés partagent l'initiative des lois avec l'Empereur. Le droit d'amendement du Corps législatif ne connaît plus de contraintes. De plus, son autonomie est renforcée puisqu'il élit lui-même ses organes directeurs (bureau) et il rédige librement son règlement intérieur.
2754 Plusieurs réformes prises après les années 1860 permettent aux parlementaires de discuter et de juger dans une certaine mesure la politique générale du Gouvernement par lesquelles le Second Empire tend vers un régime parlementaire de type *orléaniste*. La première initiative réside dans le rétablissement, par le décret du 24 novembre 1860, de l'adresse parlementaire pratiquée à la fin de la Restauration et pendant la Monarchie de Juillet. Le Gouvernement est alors obligé de répondre aux questions posées par les députés. Supprimée par le décret du 19 décembre 1867, elle est remplacée par le droit d'interpellation apparue sous le règne de Louis-Philippe qui présente l'avantage d'entraîner un débat au sein des chambres sur les choix gouvernementaux. Cependant, si ce procédé accentue le contrôle des assemblées sur le ministère, les ministres n'engagent pas pour autant leur responsabilité et leur démission par contestation parlementaire n'est pas d'actualité. Le sénatus-consulte du 10 décembre 1869 autorise, à la fin du régime, les députés à interpeller les ministres sans restriction particulière et à les inviter à défendre devant eux leurs

pensée constitutionnelle en matière d'immunités parlementaires accompagne alors les progrès de l'autonomie progressive des représentants. Cette situation conduit les publicistes du Second Empire à rattacher les immunités à leur axiome historique : ils établissent un lien consubstantiel entre les immunités parlementaires dans leur ensemble et le principe du régime représentatif.

Pour Firmin Laferrière, la liberté des discussions - qui fait référence à cette époque à la notion d'irresponsabilité - et l'inviolabilité parlementaire au sens moderne[2755], « qui constitue(nt) une garantie nécessaire à l'indépendance de la personne et de la tribune, dérive(nt) de la souveraineté nationale déléguée au pouvoir délibérant »[2756]. Le publiciste accorde donc aux deux immunités une justification identique résidant dans la nécessaire indépendance des parlementaires qui découle des exigences du régime représentatif[2757]. Sur ce point, la liaison entre régime représentatif et immunités parlementaires dans leur totalité trouve, à ses yeux, sa lointaine origine dans les circonstances particulières des premiers mois de la Révolution française. Il considère que l'auteur du décret du 23 juin 1789, Mirabeau, cherchait à sauvegarder non seulement la liberté d'opinion des parlementaires liée au récent mandat représentatif mais également la liberté personnelle du député contre les représailles du pouvoir exécutif qui aurait menacé par là-même l'exercice de cette liberté d'expression : « c'est Mirabeau qui, en 1789, a fait prévaloir, dans les institutions nouvelles, la souveraineté des représentants contre l'usage du mandat local et impératif, et l'inviolabilité personnelle contre la possibilité des réactions dont la crainte aurait enchaîné l'indépendance de la tribune »[2758]. Après avoir opéré cette clarification du fondement des privilèges exorbitants des députés qu'il appuie sur un postulat théorique solide en raison de son ancienneté, Laferrière distingue ensuite les deux catégories d'immunités. Concernant *l'irresponsabilité*, il répète à nouveau son assise juridique. La liberté de discussion, inhérente à « la vie même d'une Assemblée délibérante »[2759], découle, à ses yeux, de la nature représentative du mandat des députés : « (…) les députés au Corps législatif, qui sont les représentants non de la circonscription ou du département qui les a nommés, mais de la France entière, ne peuvent recevoir de *mandat impératif* : ils ne relèvent que de leur conscience »[2760]. Toutefois, il observe que si cette protection est très large, elle

textes. Enfin, le sénatus-consulte du 21 mai 1870 semble consacrer une ébauche de la responsabilité politique des ministres devant le chef de l'État et devant les chambres sans pour autant que le régime parlementaire ne soit instauré. Comme le note Nathalie Havas, « même si le rôle des chambres s'est progressivement élargi au cours du Second Empire et que les assemblées bénéficient désormais d'un droit de regard sur l'activité gouvernementale, les ministres apparaissent encore comme étant avant tout les hommes de l'Empereur » (N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.400).

2755 Laferrière emploie le terme d'*inviolabilité* à la place de celui d'immunité : il affirme effectivement que « l'inviolabilité ne couvre pas seulement les opinions, elle couvre même les actes du député » (F. Laferrière, Cours de droit public, t.1, op.cit., p.102).

2756 *Ibid*.

2757 Laferrière affirme effectivement que « le gouvernement actuel, *par sa nature*, est (…) à la fois monarchique et représentatif » (*ibid*., p.92). Il précise, à cet égard, que « la part de la souveraineté, déléguée au Corps législatif par les suffrages de la Nation, lui donne, pour premier et principal attribut, le droit de concourir à la confection des lois, et pour second, le droit d'en contrôler l'exécution » (*ibid*., p.135).

2758 *Ibid*., p.102.

2759 *Ibid*.

2760 *Ibid*.

n'entraîne pas d'immunité totale puisque, pour leurs interventions en séance publique, les députés restent toujours soumis au régime disciplinaire qui, à ses yeux, fait l'objet d'un *durcissement* sous le Second Empire à cause du Président de l'Assemblée nommé par l'Empereur : « la liberté de la tribune, la dignité des discussions ont fait attribuer, depuis 1848, au président de l'Assemblée un droit de police, à l'Assemblée elle-même un droit de discipline d'un caractère plus répressif que par le passé »[2761]. Limité au rappel à l'ordre dans les régimes antérieurs, le décret du 22 mars 1852 ajoute, en son article 4, l'exclusion temporaire de la salle des séances d'une durée maximum de cinq jours[2762]. Mais cette sévérité n'atteint pas, pour Laferrière, celle de la Constitution américaine qui prévoit que « chaque Chambre peut exclure définitivement un membre, à la majorité des deux tiers des votants »[2763]. Cependant, l'inspecteur général parisien ne souligne pas que cette fermeté est confirmée par la réduction du champ d'application matériel de l'irresponsabilité. La protection de la liberté de conscience des députés est en effet moins étendue durant le Second Empire que sous les régimes précédents puisque le décret organique du 2 février 1852 ne prévoit pas que les députés ne pourront pas être recherchés, accusés, ni jugés en aucun temps pour les *votes* qu'ils auront émis dans le sein du Corps législatif.

Pour ce qui est de *l'inviolabilité*, il remarque que cet instrument juridique qui protège les actes du député a une portée temporelle réduite puisqu'« elle n'est pas absolue »[2764]. Liée au mandat représentatif, elle tend également, selon lui, de manière classique, à éviter que l'exercice du mandat parlementaire ne soit entravé par certaines actions pénales malveillantes visant des actes accomplis par les députés en tant que simples citoyens : « elle n'est, *dit-il*, qu'une garantie contre la passion des citoyens ou la prévention des magistrats »[2765]. D'après la méthodologie dominante dans la science du droit public de cette époque, son travail scientifique repose sur la description scrupuleuse de la réglementation en vigueur et les conditions dans lesquelles s'exerce l'action pénale pour les actes étrangers à leur fonction. Rappelant la nécessité d'une autorisation de l'assemblée pour lever la protection des députés sauf en cas de flagrant délit, il estime que le rôle de la chambre n'est pas judiciaire lors de l'examen de cette demande : « L'Assemblée apprécie les charges de l'instruction comme *corps politique*, et non comme *corps judiciaire*, pour savoir seulement s'il y a lieu de suspendre le privilège de l'inviolabilité »[2766]. Il apparaît ainsi que la pensée de Laferrière manifeste une volonté, à travers son étude des immunités des députés et du fondement qu'il leur fixe, de

2761 *Ibid*., p.101.
2762 « Si donc un membre du Corps législatif troublait l'ordre, il y serait rappelé nominativement par le président ; s'il persistait, le président ordonnerait d'inscrire au procès-verbal le rappel à l'ordre. En cas de résistance, l'Assemblée, sur la proposition du président, prononce sans débat l'exclusion de la salle des séances, pendant un temps qui ne peut excéder cinq jours. L'Assemblée même, dans les cas les plus graves, peut ordonner l'affiche de cette décision dans le département qui a élu le député » (cité par F. Laferrière, Cours de droit public, t.1, op.cit., p.101).
2763 *Ibid*., p.101, note 3.
2764 *Ibid*.
2765 *Ibid*., p.102.
2766 *Ibid*.

préserver l'indépendance des députés qu'il continue de présenter, de manière originale par rapport aux autres publicistes, comme des représentants de la Nation. Néanmoins, une telle thèse ne semble guère recevable compte tenu de la nature autoritaire du régime. Comme le note Eric Anceau, dans les institutions du Second Empire, « les parlementaires ne sont plus appelés « représentants du peuple » mais « députés » car un seul homme représente la France : le chef de l'État »[2767]. Malgré les concessions précitées reconnues au pouvoir législatif après 1860, la persistance des mécanismes du césarisme, tels que la « responsabilité » plébiscitaire, les prive de leur plein effet. Il continue d'exister tout au long du régime « un contact direct et permanent maintenu entre l'empereur et le peuple : aucun organe ne peut prétendre se mettre en travers et servir d'écran, ni même d'intermédiaire »[2768]. Dégager la volonté de la Nation demeure l'affaire du souverain, et non du « député d'arrondissement [qui] apporte son autorité de notable et ses compétences honnête mais limitées »[2769].

D'ailleurs, quelques années plus tard, le professeur aixois Cabantous, dans son manuel de 1863[2770], ne se place pas totalement dans les pas de Firmin Laferrière puisqu'il ne joint pas, de manière explicite, les immunités au régime représentatif. Dans une partie intitulée « Garanties personnelles des députés au Corps législatif », dissociant les deux sortes d'immunité, il estime que l'irresponsabilité – sans employer l'expression[2771] – est destinée à assurer « l'indépendance du député »[2772] en empêchant que toute « crainte de responsabilité ultérieure ne pèse sur la liberté de leurs votes »[2773], tandis que l'inviolabilité garantit « la liberté personnelle des membres du Corps législatif »[2774] dans la mesure où, selon lui, « il importe à la sincérité du contrôle législatif que les députés ne puissent pas être légèrement distraits de l'accomplissement du mandat qui leur est confiée »[2775]. Ainsi, à aucun moment, Cabantous n'explique la source de cette indépendance des députés qu'il convient de sauvegarder et semble plutôt considérer les immunités parlementaires dans une optique complémentaire comme une *condition nécessaire à l'efficacité et au bon*

2767 E. Anceau, Les députés du Second Empire…, op.cit., p.33.
2768 La Constitution indiquant dans son préambule que « le peuple choisissant isolément chaque candidat peut plus facilement apprécier le mérite de chacun d'eux », Marcel Prélot considère que « les membres du Corps législatif sont les représentants non de la nation mais d'intérêts particuliers, des « arrondissementiers » au sens non seulement psychologique, mais juridique du terme » (M. Prélot, La signification constitutionnelle…, op.cit., p.44-45). En outre, la réduction du nombre d'élus par la Constitution de 1852 affaiblit le lien des députés avec les citoyens et les territoires. Cette distance a pour but et pour effet de diminuer la légitimité de l'élu et *a fortiori* de le réduire au silence.
2769 *Ibid*., p.45. Certes, par façade, Louis Napoléon Bonaparte reconnaît clairement dans sa proclamation du 14 janvier 1854 la qualité de représentants de la Nation des députés puisqu'il déclare en évoquant les membres du Corps législatif que « les mandataires de la Nation feront mûrement les choses sérieuses ».
2770 Dans son ouvrage de 1854 qui constitue la première édition de ses Répétitions écrites sur le droit administratif, Cabantous, qui ne traite que des autorités exécutives, n'examine pas la question des statuts exorbitants des membres du pouvoir législatif.
2771 La table des matières de la troisième édition des Répétitions en date de 1863 ne contient aucune entrée à « Immunités parlementaires », « inviolabilité » ou encore « irresponsabilité ».
2772 L. Cabantous, Répétitions écrites…, 3è éd., op.cit., p.60.
2773 *Ibid*.
2774 *Ibid*.
2775 *Ibid*.

accomplissement des fonctions des députés, à savoir le vote de la loi et le contrôle du gouvernement[2776]. Loin de découler du mandat représentatif, elles représentent également pour l'administraviste, une tradition constitutionnelle française qui justifie leur maintien puisqu'il observe que « des dispositions analogues se rencontraient dans la plupart des constitutions ou des lois électorales antérieures »[2777].

571. Il apparaît dès lors que, lors du régime des chambres muettes jusqu'en 1860, quelques publicistes du Second Empire effectuent une systématisation des régimes dérogatoires des députés, loin de tout jugement de valeur apparent. Leurs conceptions des fondements des immunités parlementaires se révèlent *évolutives* dans la mesure où elles s'insèrent étroitement dans les circonstances institutionnelles des années 1852-1870 qui tendent à reconnaître une plus grande indépendance fonctionnelle et personnelle aux « arrondissementiers ». La réflexion doctrinale vis-à-vis des privilèges sénatoriaux suit la même trajectoire.

b. Le travail de rationalisation des immunités sénatoriales par la doctrine publiciste

572. Dans les institutions du Second Empire, le pouvoir législatif est également composé d'une seconde chambre, le Sénat, qui « redevient, conformément à la tradition napoléonienne, une pièce essentielle du régime »[2778]. Mais la chambre haute n'est plus selon l'Empereur, « comme la Chambre des pairs, le pâle reflet de la Chambre des députés, répétant à quelques jours d'intervalle les mêmes discussions sur un autre ton »[2779]. Si elle dispose certes d'attributions législatives, son attribution principale est celle de gardienne de la Constitution. Elle est, selon les termes de Napoléon III, « le dépositaire du pacte fondamental et des libertés compatibles avec la Constitution »[2780]. Elle en est à la fois l'interprète[2781] et la gardienne[2782]. Mais, en dépit de son rôle central, les constituants ne

2776 Comme il a été démontré précédemment, le Corps législatif connaît une profonde évolution à partir des années 1860 de sa participation à la confection de la loi et au contrôle de la politique gouvernementale, impliquant dès lors un approfondissement de son indépendance pour des raisons fonctionnelles.
2777 *Ibid*.
2778 P. Bodineau, M. Verpeaux, Histoire constitutionnelle de la France, op.cit., p.70.
2779 Cité par E.-V. Foucart, Éléments de droit public, t.1, 4ème éd., op.cit., p.76.
2780 *Ibid*.
2781 Le Sénat peut « à condition de respecter les « cinq bases » (…) modifier les règles constitutionnelles par sénatus-consulte, en interpréter le sens et décider de tout ce qui est nécessaire à leur bonne marche » (M. Prélot, La signification constitutionnelle…, op.cit., p.41). Comme l'affirme l'article 31de la Constitution de 1852, « il peut (...) proposer des modifications à la Constitution. Si la proposition est adoptée par le pouvoir exécutif, il y est statué par un sénatus-consulte ». L'article 32 ajoute : « néanmoins, sera soumise au suffrage universel toute modification aux bases fondamentales de la Constitution, telles qu'elles ont été posées dans la proclamation du 2 décembre et adoptées par le Peuple français ».
2782 Article 26 de la Constitution de 1852 : « Le Sénat s'oppose à la promulgation. - 1° Des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature ; 2° De celles qui pourraient compromettre la défense du territoire » ; Article 29 : « Le Sénat maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le gouvernement, ou dénoncés, pour la même cause, par les

parent les membres de cette institution d'aucune protection dérogatoire au droit commun. Or il est significatif de noter la double attitude de la doctrine publiciste face à ce silence. *Dans un premier temps*, même en l'absence de toute reconnaissance formelle, quelques publicistes impériaux soutiennent la nécessité de tels avantages dans un souci de cohérence de l'ordre constitutionnel. *Dans un second temps*, c'est-à-dire après leur consécration juridique par le sénatus-consulte du 4 juin 1858, leur conduite consiste, de manière plus classique, à systématiser leur fondement et leur régime juridique.

573. *Avant 1858*, le silence du droit constitutionnel positif vis-à-vis des immunités sénatoriales n'empêche pas les quelques publicistes qui se penchent sur cette question de défendre leur utilité. Parmi ceux-ci, Foucart se démarque. Le professeur de droit administratif poitevin construit son propos dans une perspective de description et de mise en cohérence avec l'esprit des lois constitutionnelles de 1852. Pour cela, il cherche à se fonder sur des principes pour mettre en ordre, combler et coordonner une législation constitutionnelle lacunaire afin d'en faire sentir l'harmonie. A ce titre, dans le cas présent, le mutisme du texte doit être comblé, selon lui, par des impératifs constitutionnels supérieurs. Il en fait valoir plusieurs pour asseoir la reconnaissance *informelle* des privilèges exorbitants à l'égard des sénateurs : « la dignité du Sénat, la gravité d'une semblable mesure, l'intérêt de l'État exigent encore aujourd'hui, comme autrefois pour la Chambre des pairs, (une) dérogation au droit commun »[2783]. Les asseyant sur les agencements du régime, Foucart fait donc découler les immunités sénatoriales des attributions exceptionnelles fixées par la Constitution au Sénat pour assurer leur bon exercice[2784]. Le Sénat est effectivement conçu dans les institutions de 1852 comme « un modérateur suprême » selon les termes de Louis-Napoléon Bonaparte destiné à protéger l'acte d'organisation de l'État et sa continuité[2785]. Les protections dérogatoires au droit commun sauvegardent ainsi la grandeur de ses membres et par là-même celle de sa mission extraordinaire[2786]. De surcroît, compte tenu de son rôle, on observe que, le professeur poitevin n'établit aucun lien entre les avantages sénatoriaux et la théorie de la souveraineté nationale. Contrairement au Corps législatif, le Sénat de 1852 ressemble davantage, à cette date, à une

pétitions des citoyens ».

2783 E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., t.1, 1855, op.cit., p.77.

2784 Foucart s'inspire ici des débats parlementaires relatifs au projet de sénatus-consulte portant sur la compétence de la Haute Cour. Analysant la question de l'immunité sénatoriale, l'orateur du gouvernement en tant que président du Conseil d'État, Jules Baroche, déclare : « je suis de ceux qui ont toujours pensé qu'une pareille garantie était dans la force des choses, qu'elle était inhérente à la dignité du Sénat, et que si elle n'était pas écrite, c'est probablement parce qu'on a trouvé qu'une pareille garantie existait naturellement et de plein droit » (cité par F. Choisel, La Haute Cour de justice..., op.cit., p.126).

2785 Article 33 de la Constitution du 14 janvier 1852 : « En cas de dissolution du Corps législatif, et jusqu'à une nouvelle convocation, le Sénat, sur la proposition du président de la République, pourvoit, par des mesures d'urgence, à tout ce qui est nécessaire à la marche du gouvernement ».

2786 La stature morale du Sénat se manifeste par sa composition. Comme l'explique la proclamation du 14 janvier 1852, le Sénat est « composée des éléments qui dans tout pays créent les influences légitimes : le nom illustre, la fortune, le talent, les services rendus ». Il s'agit en somme d'« une galerie des personnalités nationales » (M. Prélot, La signification constitutionnelle… , op.cit., p.41). Comme l'indique l'article 20 de la Constitution de 1852, sont sénateurs de droit les princes de la famille impériale, les cardinaux, les maréchaux, les amiraux, alors que le reste est nommé librement par l'Empereur qu'il juge convenable d'élever à la dignité de sénateur dans une limite de 150 membres.

juridiction constitutionnelle qu'à une véritable assemblée législative. Il « n'est pas une deuxième chambre chargée de discuter la loi au fond ; il ne peut l'examiner qu'au point de vue spécial de la constitutionnalité »[2787]. Il ne s'agit donc pas, en l'espèce, de garantir par ces privilèges une délibération libre et sereine inhérente au mandat représentatif. En outre, le professeur poitevin fait valoir d'autres arguments pour défendre son point de vue. Il se déclare favorable à une telle disposition car il convient de la transposer par « analogie des dispositions édictées en faveur des députés »[2788]. Par la transposition du décret du 2 février 1852 aux sénateurs, il s'agit d'établir un statut similaire entre les deux assemblées. Cependant, un tel argument ne semble guère recevable puisque les deux chambres ne remplissent pas les mêmes fonctions. Enfin, il soutient que cette disposition est conforme à la tradition constitutionnelle française. « L'autorité des précédents »[2789], et surtout celui de la Constitution consulaire[2790] en son article 70, ont organisé une inviolabilité pour les crimes de droit commun commis par les sénateurs qui ne peuvent être poursuivis devant les tribunaux ordinaires qu'avec l'autorisation du corps auquel ils appartiennent. L'emprunt de Foucart aux bases principales de la Constitution napoléonienne de 1799 n'est pas terminé puisqu'il considère, par parenté avec l'article 70 du texte de l'an VIII, l'inutilité d'une autorisation pour les poursuites contre un simple délit ou une contravention commis par les sénateurs[2791].

Pour l'ensemble de ces raisons, Foucart accorde au profit des sénateurs une inviolabilité au sens moderne, sans utiliser cette expression : « malgré le silence des lois nouvelles sur les prérogatives des sénateurs, [il est permis] de penser qu'aucun membre du Sénat ne peut être arrêté ni poursuivi criminellement sans l'autorisation du corps auquel il appartient »[2792]. Il note que la violation de l'obligation d'une autorisation préalable expose son auteur à la peine sévère de la dégradation civique prévue à l'article 121 du Code pénal[2793]. Logiquement, il ne fait mention d'aucune irresponsabilité qu'il conviendrait d'instituer à l'égard des membres du Sénat. Néanmoins, se pliant à la volonté de l'Empereur[2794], il observe qu'à l'image de la Constitution de l'an VIII[2795], aucun

2787 A. Batbie, Précis de droit public..., op.cit., 1860, p.26.
2788 *Ibid*.
2789 *Ibid*.
2790 « Quant aux délits de droit commun, il n'en est pas question dans la Constitution de 1852; nous pensons qu'on doit remonter à la Constitution de l'an VIII » (*ibid*., p.210).
2791 Selon Foucart, « s'il ne s'agit que d'un simple délit ou d'une contravention, la poursuite peut avoir lieu sans autorisation » puisque l'article 70 de la Constitution de l'an VIII « ne parle en effet que de délits emportant peine afflictive et infamante, délits qui ont reçu le nom de crimes de l'article 1 du Code pénal de 1810 » (*ibid*., p.211).
2792 E.-V. Foucart, Éléments de droit public et administratif..., t.1, 1855, op.cit., p.77.
2793 Foucart affirme effectivement qu'« il convient (…) d'appliquer l'article 121 du Code pénal et la peine de la dégradation civique qu'il prononce aux officiers de police judiciaire et aux magistrats qui auraient provoqué, donné ou signé un jugement, une ordonnance ou un mandat tendant à la poursuite ou à la condamnation d'un sénateur (…) sans l'autorisation du Sénat, ainsi qu'aux officiers de police judiciaire et aux magistrats qui, hors le cas de flagrant délit, auraient, sans la même autorisation, donné ou signé l'ordre ou le mandat d'arrêter un sénateur » (*ibid*., p.77-78).
2794 Dans sa proclamation du 14 janvier 1852, Louis-Napoléon Bonaparte affirme que « le Sénat ne sera pas, comme la chambre des pairs, transformé en cour de justice (…) car la défaveur atteint toujours les corps politiques lorsque le sanctuaire des législateurs devient un tribunal criminel » (cité par E.-V. Foucart, Éléments..., t.1, 1855, op.cit., p.78-79).
2795 Article 70 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII : « Les délits personnels emportant peine afflictive ou infamante, commis par un membre soit du Sénat (...) sont poursuivis devant les tribunaux ordinaires, après qu'une délibération du Corps auquel le prévenu appartient, a autorisé cette poursuite ».

privilège de juridiction ne doit leur être reconnu suite à la levée de leur immunité : « le Sénat ne pouvant être transformé en corps politique, les crimes des sénateurs seraient poursuivis devant les tribunaux ordinaires, après que le Sénat en aurait autorisé la poursuite »[2796]. Par conséquent, même si aucune disposition de la Constitution de 1852 ne les institue, l'unité, la cohérence et la complétude sont les produits de l'activité scientifique de Foucart. Sa description du régime constitutionnel de 1852 manifeste une représentation unitaire de l'ordre juridique. Il postule l'absence de contradiction logique et de lacune du système juridique.

574. Après la formalisation des privilèges sénatoriaux par l'intermédiaire du *sénatus-consulte du 4 juin 1858*, la doctrine publiciste du Second Empire adopte une attitude plus traditionnelle de rationalisation vis-à-vis de cet objet d'étude. Alors que Laferrière y consacre quelques lignes purement descriptives[2797], Cabantous approfondit brièvement cette question sans qu'il y manifeste un grand intérêt dans son manuel. Il s'inspire, à cet effet, grandement des motifs de Foucart. Les immunités sénatoriales trouvent leur justification, *tout d'abord*, dans la fonction d'arbitre suprême du Sénat, garant des intérêts supérieurs de l'État, illustrée par l'article 25 de la Constitution de 1852 dont elles permettent le bon accomplissement. Comme le note Cabantous, « l'indépendance personnelle des sénateurs garantit et rehausse l'autorité morale du Sénat »[2798]. L'éminence des fonctions assignée à la Chambre haute justifie ainsi son statut dérogatoire qui participe à la renforcer. *En outre*, la seconde raison est tirée banalement de notre histoire constitutionnelle. La garantie de l'article 6 du sénatus-consulte du 4 juin 1858 qui est une « garantie personnelle, attachée à la qualité de sénateur, est, *affirme-t-il*, un emprunt fait aux chartes de 1814 et de 1830 »[2799].

Toutefois, le professeur de droit administratif aixois modère son propre argument. Il remarque que celui-ci est partiellement exact puisque l'article 6 précité n'est pas la transposition parfaite des articles 34 de la Charte de 1814 et 29 de la Charte de 1830[2800], en ce qu'il connaît une double modification par rapport aux Chartes constitutionnelles. Premièrement, l'organe chargé de juger les sénateurs poursuivis a changé puisque « ce n'est pas le Sénat qui est appelé à juger les sénateurs ; mais bien la haute cour de justice »[2801]. En outre, il aurait pu également noter la plus grande

2796 *Ibid*., p.77.
2797 Laferrière se contente de préciser qu'« aucun membre du Sénat ne peut être poursuivi ni arrêté pour crime ou délit ou pour contravention entraînant la peine de l'emprisonnement qu'après que le Sénat a autorisé la poursuite. L'autorisation ne sera pas nécessaire si un sénateur était poursuivi pour faits relatifs au service militaire » (F. Laferrière, Cours de droit public, t.1, 1860, op.cit., p.116).
2798 L. Cabantous, Répétitions écrites…, 3è éd., op.cit., p.61. Cabantous ajoute que « c'est aussi le motif pour lequel ses membres sont inamovibles et à vie, aux termes exprès de l'article 21 de la Constitution » (*ibid*.).
2799 *Ibid*., p.94.
2800 Les article 34 de la Charte du 4 juin 1814 et 29 de la Charte du 14 août 1830 sont rédigés de manière parfaitement identique : « Aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la Chambre, et jugé que par elle en matière criminelle ».
2801 L. Cabantous, Répétitions écrites…, 3ème éd., op.cit., p.94. Lors des débats parlementaires, le sénateur Joseph-Marie Portalis justifie ce privilège de juridiction par le fait qu'il s'agit de protéger la dignité des sénateurs : « Ce n'est point à cause de la qualité de sa personne qu'un (…) sénateur sera jugé par la Haute Cour ; c'est en raison de la fonction dont il sera revêtu. Cette fonction doit être respectée » (cité par F. Choisel, La Haute Cour…, op.cit., p.129). Le sénateur Ladoucette, ancien maître des requêtes au Conseil d'État, confirme cette idée : « La France veut un gouvernement fort,

précision de l'article 6 du sénatus-consulte du 4 juin 1858 qui protège les sénateurs à la fois pour leurs contraventions, délits et crimes qu'ils commettraient, tandis que les deux dispositions des Chartes constitutionnelles ne semblent se cantonner qu'à la matière criminelle. La pensée de Cabantous ne présente donc pas d'originalité par rapport à celle de Foucart, ce qui s'explique par la continuité de la conception du Sénat tout au long du Second Empire perçue comme une cour constitutionnelle. Cette institution ne change de nature que quelques années avant la fin du régime. Celle-ci profite également du mouvement progressif de libéralisation du régime et voit croître ses pouvoirs en matière législative. Elle acquiert petit à petit les missions consubstantielles au pouvoir législatif, c'est-à-dire la discussion et le vote de la loi[2802]. Cependant, cette évolution qui conduit à transformer le Sénat en Chambre législative n'a pas de répercussion sur la manière dont les publicistes impériaux conçoivent leurs protections immunitaires puisqu'on ne recense plus aucun manuel de droit public à partir de 1867.

575. À travers la problématique des immunités du pouvoir législatif, il apparaît ainsi que la quasi-totalité des ouvrages de la doctrine publiciste du Second Empire sont voués à une étude descriptive de la Constitution du 14 janvier 1852 qui constitue l'activité scientifique dominante dans la science du droit public de la moitié du XIXème siècle. Dans cette optique, le juriste est amené nécessairement, dans sa description du droit positif, à procéder à une interprétation des normes - le plus souvent de type *systémique* -, comme le montre l'exemple des immunités sénatoriales qui, malgré leur absence dans le texte impérial jusqu'en 1858, conduit à leur reconnaissance par la doctrine. Ces auteurs présupposent, dès lors, une représentation *linéaire* et *idéale* de l'ordre constitutionnel. En outre, leur travail scientifique de description implique une parfaite objectivité sur les réalités qu'elle étudie, ou du moins en donne l'illusion par lâcheté, servilité, prudence ou habileté. Cependant, la fin du régime connaît un renouveau du discours prescriptif assumé par les penseurs politiques.

un monarque puissant et respecté, environné de tout ce qui constitue l'éclat du trône, entouré de corps dont la situation et la dignité commandent aussi le respect. La France aime la grandeur, la force et l'éclat » (*ibid*.). La deuxième idée réside dans la théorie du jugement par les pairs : comme le note Portalis, « le droit commun, en fait de justice, c'est que chacun soit jugé par ses pairs. Sans cela, il y aurait un contresens, et le droit commun serait violé, s'il était possible qu'un sénateur fût traîné au gré des passions devant la justice ordinaire » (*ibid*.).

2802 A partir des années 1860, plusieurs sénatus-consultes ont permis au Sénat de participer pleinement à la fonction législative. Une première mesure consiste à assurer, grâce au sénatus-consulte du 2 février 1861, une meilleure publicité des débats du Sénat. Le droit d'interpellation donné aux deux assemblées par le décret impérial du 19 janvier 1867 est confirmé. En outre, par l'adoption notable du sénatus-consulte du 14 mars 1867, il peut examiner une loi au fond et décider de la renvoyer au Corps législatif avant de se prononcer sur sa légalité constitutionnelle. Le sénatus-consulte du 8 septembre 1869 accroît encore la parlementarisation du régime puisqu'il établit notamment un partage de l'initiative des lois avec l'Empereur. Cette évolution est définitivement consolidée par le sénatus-consulte du 20 avril 1870 qui transforme le Sénat en seconde chambre législative, associée à l'initiative des lois.

2. Une approche divergente des immunités parlementaires : le discours prescriptif des penseurs politiques

À la fin du régime du Second Empire, le discours relatif aux immunités parlementaires connaît une profonde modification dans la mesure où il prend un tournant méthodologique nouveau. Il s'engage dans une démarche d'évaluation et de réformation. Cet esprit de changement est initié par des penseurs politiques libéraux confortés par des succès électoraux qui exposent leur propre projet constitutionnel, notamment en ce qui concerne le pouvoir législatif. La pensée constitutionnelle d'Anatole Prévost-Paradol et Victor de Broglie sont le reflet de cette orientation nouvelle.

576. Prévost-Paradol livre sa vision du pouvoir législatif dans « La France nouvelle » paru en 1868. Son propos se veut prescriptif comme il le déclare lui-même : « nous examinerons maintenant ce que *doit être* ce Parlement en lui-même »[2803]. De ce point de vue, le publiciste libéral est partisan d'un Parlement bicaméral[2804]. Selon lui, la première chambre, dont les membres doivent « être élu(s) directement par le suffrage populaire »[2805], doit être freinée dans ses volontés législatives par une seconde chambre, assemblée de réflexion et de modération[2806]. Son système de gouvernement qui repose sur le suffrage universel conduit à conférer à la Chambre basse une place centrale dans l'exercice du pouvoir. Dérivant de son origine, la Chambre « qui représente plus directement le peuple exerce ordinairement une action prépondérante sur la conduite générale des affaires »[2807]. Cela signifie à ses yeux qu'elle est « investie de la sorte d'un pouvoir (…) universel sur les affaires intérieures et extérieures de la nation, sur la composition et sur la marche du pouvoir exécutif »[2808]. La contrepartie consiste dans la possible dissolution de la première chambre[2809]. Dès lors, de sa participation à l'exercice de la souveraineté, Prévost-Paradol en fait découler l'obligation de placer la chambre basse dans une situation de forte autonomie. Pour cela, elle doit être maîtresse, pour lui, de son fonctionnement interne. Il déclare effectivement de manière symptomatique : « devrait-il être nécessaire de dire, même en passant, qu'une assemblée qui a la haute main sur les affaires du pays doit avoir la haute main sur les siennes, et par conséquent disposer avec la même souveraineté que la Chambre des communes d'Angleterre de son ordre intérieur, de son règlement, du choix de son

2803 A. Prévost-Paradol, La France nouvelle, op.cit., p.85 [Nous soulignons].
2804 « L'expérience est d'accord avec la raison pour recommander aux nations qui veulent se gouverner avec ordre et en liberté l'établissement de deux Chambres, entre lesquelles se partage le pouvoir législatif » (*ibid*., p.105).
2805 *Ibid*., p.85.
2806 « Si le gouvernement parlementaire est formé de deux Assemblées, (…) l'accord des deux Assemblées (est) indispensable à l'établissement de la loi » (*ibid*., p.97).
2807 *Ibid*., p.105.
2808 *Ibid*., p.104.
2809 « Cette puissante Assemblée doit être elle-même contenue de deux manières : 1° par l'existence d'une autre Assemblée dont le concours serait nécessaire pour la confection des lois, et qui exprimerait aussi son avis sur la politique générale; 2° par le droit indispensable de dissolution, déposé soit entre les mains du souverain, soit (ce qui est plus difficile) entre les mains du Président de la république, soit entre les mains du Président du conseil, qui pourraient sur le champ rendre à la nation son libre arbitre et la mettre en demeure de se prononcer avec une souveraine indépendance sur la conduite de ses représentants » (*ibid*., p.104).

président et de toutes les matières qui touchent directement à sa sûreté, à sa liberté d'action ou à sa dignité ? »[2810]. Il reconnaît donc au corps législatif une pleine compétence pour fixer ses propres règles d'organisation matérielle et organique, laquelle apparaît comme une manifestation de son autonomie. Parmi celles-ci, le statut de ses membres doit être régi par la Chambre elle-même contrairement à la Constitution de 1852, étant donné que, selon lui, celui-ci met en jeu leur indépendance personnelle et intellectuelle. À cette fin, sans l'affirmer expressément, le publiciste aurait été certainement favorable à la mise en place d'une autorisation parlementaire pour lever l'immunité des députés puisque cet outil libéral participe à la protection de leur sécurité, de leur liberté individuelle ainsi que de leur prestige. Les immunités parlementaires sont donc comprises par Prévost-Paradol comme des instruments juridiques qui, à la fois, *garantissent* la souveraineté des assemblées législatives en empêchant la mise en jeu de la responsabilité de ses membres par des pouvoirs externes et *manifestent* leur indépendance étant donné qu'elles en sont les seuls administrateurs[2811]. Cependant, le polémiste ne développe pas véritablement ce point et préfère se concentrer sur la description de son organisation politique. Sa conception du statut des parlementaires reste dictée par son adhésion au libéralisme et au régime parlementaire.

577. Sur un même ton prescriptif, le libéral doctrinaire Victor e Broglie milite en faveur d'un équilibre entre le pouvoir exécutif et le pouvoir parlementaire dans son ouvrage « Vues sur le gouvernement de la France » de 1870. Le régime constitutionnel britannique représente, à ses yeux, le modèle d'organisation des pouvoirs. Dans sa pensée constitutionnelle, le Parlement, composé de deux chambres, représente le peuple pour l'une, les notables pour l'autre[2812]. Sa réflexion se penche, plus particulièrement, sur le fonctionnement des assemblées. À cet égard, il manifeste sa volonté de protéger la liberté de parole des parlementaires[2813], tout en l'encadrant. Il cherche, par l'instauration

2810 *Ibid*., p.88-89.

2811 De même, pour assurer l'indépendance des députés et leur liberté d'expression, il prône de transposer la conception anglaise du Président de l'Assemblée qui lui confère un rôle primordial et neutre. Il rejette la conception française qui repose sur « l'idée (…) fausse et (…) fâcheuse (selon laquelle) on le considère généralement comme l'instrument de la majorité de l'Assemblée, comme un représentant de cette majorité, spécialement chargé de contenir ou de gêner l'expression des sentiments de la minorité, de frapper d'une désapprobation immédiate tout ce qui blesse vivement l'opinion dominante, d'empêcher ou de blâmer toute parole trop désagréable à ceux qui l'ont choisi » (*ibid*., p.89). Au contraire, dans les institutions anglaises, il demeure une autorité experte et objective. Il observe effectivement que « le président de la Chambre des communes d'Angleterre est ordinairement choisi en raison de sa connaissance particulière du règlement de l'Assemblée, de ses droits et prérogatives, de ses précédents, de ses usages, et non point parce qu'il partage et représente les passions de la majorité, mais plutôt parce qu'il leur est notoirement étranger et que l'ordre à suivre dans les travaux de la Chambre est son unique affaire. Il ouvre rarement la bouche et n'intervient guère que si l'Assemblée le consulte comme l'interprète compétent, impartial et respecté de sa constitution intérieure. Mais le plus souvent, sa présence peut paraître inutile et elle serait oubliée si, par une fiction qui n'est pas sans avantage pour la dignité de l'Assemblée et pour le calme de ses débats, chaque orateur n'était tenu de diriger vers lui sa parole et de lui adresser ses discours » (*ibid*., p.90-91).

2812 « Selon l'ordre de nos idées, le Corps législatif — c'est le nom que nous adoptons, celui de parlement n'ayant plus de sens — sera composé : (…) Du Sénat; c'est le nom que nous préférons, celui de Chambre des pairs n'ayant plus de sens, et celui de Chambre haute courant risque d'être pris en mauvaise part; De la Chambre des représentants; c'est également le nom que nous préférons, comme le plus simple et le plus vrai » (*ibid*., p.273).

2813 De Broglie défend également la nécessité de reconnaître aux *sénateurs* un privilège de juridiction pour leurs actes uniquement criminels : « le Sénat (…) doit entourer ses propres membres d'un certain degré de protection. Il doit être leur juge en matière criminelle, mais uniquement en matière criminelle » (*ibid*., p.325). A contrario, pour les actes correctionnels et contraventionnels, les sénateurs relèvent des juridictions de droit commun puisqu'« en matière

de grade-fous, à canaliser l'énergie des assemblées et apaiser les débats, afin d'aboutir à la même situation que dans les parlements étrangers[2814]. Il établit deux limites principales tirées du modèle anglais. *D'une part*, réfléchissant à la disposition et à l'architecture des locaux législatifs, le parlementaire ne doit plus s'exprimer pour lui depuis une tribune mais de son propre siège : « point de tribune, *affirme-t-il*, une salle disposée de telle sorte que chacun parlant de sa place, soit entendu de toute l'assemblée »[2815]. Cette suppression trouve sa raison d'être, selon lui, dans la nature même d'une assemblée parlementaire qui n'est pas un stade ou un endroit folklorique : « une tribune aux harangues est faite pour la place publique, pour l'Agora, pour le Forum ; c'est un anachronisme, c'est un épouvantail pour les esprits droits et simples; c'est un théâtre pour les docteurs et les déclamateurs de profession »[2816]. *D'autre part*, une garantie supplémentaire à la modération des discours réside, pour Broglie, dans l'interdiction des discours écrits. Cette dernière évite le bavardage et elle privilégie l'art oratoire[2817].

578. En définitive, la pensée de ces deux auteurs annonce en partie les institutions de la Troisième République. Mais leur intérêt est autre : ces deux témoignages constitutionnels permettent de mesurer l'écart de méthode durant le Second Empire concernant le thème des immunités

correctionnelle, il n'y a nulle raison pour dessaisir la justice ordinaire » (*ibid*.). Si ce dispositif a déjà été appliqué en France dans les Constitutions précédentes, De Broglie puise cette « idée » dans le modèle anglais qui prévoit la compétence du Sénat pour juger ses propres membres en matière criminelle : « il en est ainsi en Angleterre. (…) La Chambre des lords, en Angleterre, est saisie par la déclaration d'un grand jury, contre l'un de ses membres. L'aristocratie élective ne doit pas se montrer plus exigeante que l'aristocratie héréditaire » (*ibid*.). Néanmoins, même dans ce cas, les juridictions de droit commun ne sont pas totalement exclues de la procédure : « même (...) en matière criminelle l'instruction doit être faite, et l'accusation dressée par la justice ordinaire ». Par ailleurs, De Broglie ne fait pas mention d'un tel privilège à l'égard des députés.

2814 « Le simple bon sens, l'expérience de l'Angleterre et des États-Unis prouvent, sans qu'il soit besoin d'y insister, la sagesse de cette règle, et notre propre expérience, l'interminable confusion de nos débats dans les deux Chambres, le prouve, s'il se peut, encore davantage » (V. de Broglie, Vues sur le gouvernement de la France, op.cit., p.306).

2815 *Ibid*., p.306.

2816 *Ibid*. Contre cela, e Broglie enjoint que le discours oral du parlementaire soit adressé au Président de l'Assemblée afin de le dépersonnaliser et de permettre ainsi une parole parlementaire plus libérée, et non plus au reste de l'hémicycle pour éviter de susciter de vives réactions et de le transformer en combat politique : « en parlant de sa place, on doit s'adresser à l'assemblée dans la personne de son président. Cela importe à la liberté de la discussion ; en s'adressant au président, on peut tout dire sans offenser; en s'adressant directement à l'assemblée, on s'adresse bon gré mal gré à son adversaire, et l'on se trouve bientôt placé entre la réticence et la personnalité » (propos cité par E. Anceau, Les députés…, op.cit., p.34). De Broglie s'inspire ici du décret du 22 mars 1852 qui interdisait en séance « toute personnalité, tout signe d'approbation ou d'improbation » (*ibid*.) mais, à l'inverse, il prend le contre-pied du décret du 5 février 1867 par lequel la tribune a été rétablie dans les chambres.

2817 Comme il l'affirme, « point (...) de discours écrits. Une assemblée n'est pas une académie ; elle n'a que faire d'entendre des dissertations et des mémoires. Que ceux qui n'ont point le don de la parole composent des brochures ou des articles de journaux. Parle qui peut parler » (V. de Broglie, Vues sur le gouvernement de la France, op.cit., p.306). Cependant, cette mesure a eu tendance plutôt à favoriser, au contraire, les propos démagogiques et les formules frappantes de la part des parlementaires et, au-delà, l'agitation et la virulence au sein des assemblées. D'ailleurs c'est précisément contre les dangers de l'éloquence parlementaire que Louis-Napoléon Bonaparte a mis en place le système des chambres muettes lors du Second Empire. En réalité, à travers cette prohibition, Broglie s'inspire une nouvelle fois de l'expérience d'Outre-Manche puisqu'il déclare que « jamais le parlement d'Angleterre n'a été plus grand, et la nation plus puissante qu'à l'époque où la pléiade de ses orateurs n'en comptait pas quinze en possession d'être écoutés » (*ibid*., p.307). En somme, par cette double contrainte, le penseur politique libéral vise ainsi à garantir une parole parlementaire qui soit, à la fois, libre, mais également sereine et rationnelle, exercée sous l'égide du Président de l'Assemblée. Il s'avère donc que sa représentation de la liberté des débats parlementaires est largement déterminée par son ralliement aux pratiques du système britannique dont Broglie est un fervent admirateur et qu'il cherche à acclimater dans les institutions françaises.

constitutionnelles, entre un discours *réformateur* provenant de la pensée politique et un discours majoritairement *descriptif* assumé par la science du droit public de la moitié du XIXème siècle.

*
* *

Conclusion du chapitre 2

La période 1830-1870 se caractérise par une double rupture fondamentale influençant directement la pensée constitutionnelle relative aux immunités constitutionnelles. Celle-ci révolutionne, non seulement, la méthodologie scientifique de la doctrine constitutionnelle du XIXème siècle mais également les thèmes de réflexion liés à cette problématique.

579. *D'une part*, la monarchie de Juillet se singularise par le fait qu'elle marque les débuts de l'organisation scientifique du droit constitutionnel. Grâce à la création d'une chaire de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris par l'ordonnance royale du 22 août 1834, les premières systématisations doctrinales par rapport au questionnement des régimes exorbitants du droit commun se font jour à travers les manuels, ouvrages et traités des constitutionnalistes professionnels et universitaires, dont le nombre ne cesse d'augmenter. En effet, même s'il se perpétue durant cette période de vifs dissensus vis-à-vis de la question de la protection des pouvoirs supérieurs qui découlent de la divergence des options théoriques et épistémologiques entre les juristes publicistes, leurs pensées se démarquent plus amplement d'une politique constitutionnelle, contrairement au régime précédent caractérisé par une forte politisation des représentations constitutionnelles déguisées sous un habillage juridique. Ce tournant scientifique débuté lors de la Monarchie de Juillet qui traduit un effort de juridicisation de la discipline tout en écartant plus fortement sa dimension polémique, se prolongera jusqu'au Second Empire et se traduira par la théorisation croissante de la problématique des privilèges constitutionnels, mise en perspective avec la tradition constitutionnelle française et les institutions étrangères.

À cet égard, il a pu être observé que la construction de la science du droit public français à partir de cette période s'est accomplie selon des approches plurielles qui ont conditionné directement le discours sur les immunités constitutionnelles. En ce sens, les premiers constitutionnalistes de la Monarchie de Juillet, se tournant vers le modèle méthodologique dominant de la science juridique à leur époque – à savoir la codification du droit civil et l'exégèse soucieuse de respecter la volonté des législateurs -, se livrent, en majorité, à un commentaire linéaire, commandé et descriptif des

dispositions constitutionnelles relatives aux immunités constitutionnelles. Mais à compter des années 1840, ils orientent leur travail vers la découverte de principes généraux supposés sous-tendre l'ensemble des règles constitutionnelles applicables aux pouvoirs publics dans un souci de marquer leur différence avec la science du droit privé. L'intégration totale du droit constitutionnel dans l'objet d'étude des administrativistes par le truchement du décret du 8 décembre 1852 assoit cette orientation épistémologique. Les méthodes utilisées par les administrativistes impériaux servent clairement d'horizon pour la construction d'une science du droit constitutionnel. Sous le prisme du paradigme administrativiste, l'office des juristes publicistes du Second Empire consiste alors à remplir une fonction descriptive, c'est-à-dire une mise en ordre et une pratique interprétative du droit positif dans une posture d'externalité par rapport à l'objet étudié, de manière à accéder au statut de science. Elle s'ajoute à une dimension à la fois pédagogique et pratique assumée de la part de ses membres.

Ce faisant, cette triple orientation se reflète dans leur étude des privilèges exorbitants du droit commun. *D'un côté*, les publicistes impériaux offrent objectivement – parfois par peur, lâcheté ou servilité - un travail de rationalisation technique des immunités constitutionnelles, loin de toute exégèse linaire des dispositions constitutionnelles. Ils comblent, dans cette optique, selon une représentation idéalisée de l'ordre juridique, les lacunes du court texte constitutionnel de 1852, comme l'atteste leur traitement des immunités parlementaires pourtant absentes du texte constitutionnel. *De l'autre*, leur travail doctrinal relatif aux immunités constitutionnelles se caractérise par une faible théorisation, privilégiant plutôt un discours synthétique, précis et accessible même aux non-juristes. Firmin Laferrière résume parfaitement cet esprit de la science publiciste du Second Empire : il s'agit de « ramener la science à ses véritables bases, [de] simplifier les choses et les détails par une méthode rigoureuse et cependant appropriée aux besoins de la pratique administrative et judiciaire »[2818]. Il se maintient, néanmoins, durant cette période un discours prescriptif tenu par les penseurs politiques par rapport à cette question.

580. *D'autre part*, ce tournant scientifique à partir de la Monarchie de Juillet s'ajoute à celui des champs d'investigation de la doctrine constitutionnelle. Cette époque voit, en effet, l'apparition d'objets d'étude inédits, tels que la question de la responsabilité d'un Président de la République. La substitution de la forme républicaine du régime à la forme monarchique lors de la Seconde République provoque un changement de statut du plus haut personnage de l'État. Si le Roi devait être couvert par son irresponsabilité, cette qualité est considérée comme inconciliable avec la forme

2818 F. Laferrière, Cours de droit public et administratif…, op.cit., 1860, p.IV. Décrivant son ouvrage, il ajoute : « il fallait présenter la substance même des idées, et toutefois y rattacher les détails nécessaires pour éclairer les principes, pour montrer les liens entre la théorie et la pratique : en un mot, j'ai cherché à simplifier la méthode pour les étudiants en droit et les aspirants à l'administration publique, à généraliser, pour les hommes instruits, les principes du droit public et administratif et a en faciliter l'application devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et administratif » (*ibid*., p.IV-V).

républicaine du régime. Cette mutation pousse, dès lors, les quelques constitutionnalistes restants de la Seconde République - en raison de la vacance de la chaire de droit constitutionnel déclarée par le gouvernement républicain en 1848 - à réfléchir, sans l'aide de précédents constitutionnels français, à sa responsabilité, et spécialement à son privilège de juridiction. Ils expriment, sur ce point, un rejet quasi-unanime de toute reconnaissance de privilège à son égard, sauf devant la Haute Cour de justice.

Pour autant, au-delà de ce renouveau de la réflexion, il demeure, dans la continuité de la Restauration, une constante scientifique durant la période 1830-1870 : dans une époque d'acclimatation du parlementarisme, la responsabilité de l'exécutif reste le domaine de prédilection de la réflexion de la doctrine constitutionnelle. Lié à un contexte institutionnel dont le trait commun dominant est la prééminence de fait et de droit du pouvoir exécutif dans les trois Constitutions successives, la doctrine publiciste tend à réfléchir prioritairement aux statuts immunitaires du pouvoir exécutif. De ce point de vue, outre l'analyse de la question de l'inviolabilité du roi et du chef de l'Etat, il clarifie le régime ambigu de responsabilité des ministres prévu par les différents textes constitutionnels dans la mesure où il est au centre des enjeux de l'équilibre des monarchies constitutionnelles du XIXème siècle. En ce sens, deux objets solidaires monopolisent leur attention : celui, classique, de la nécessité ou non d'une loi réglant la responsabilité pénale des ministres dont la solution est la clé d'entrée à l'apparition d'une responsabilité de nature politique, et un second qui en est le prolongement, relatif à la nature et au fonctionnement de la juridiction d'exception chargée de les juger. Leurs réponses font apparaître le retour de deux courants classiques ancrés au sein de la doctrine constitutionnelle française, scindée entre une branche politique et une branche pénale. Leur compréhension de la juridiction d'exception traduit également les conceptions qui fondent les institutions politiques, étant donné qu'elle est appréhendée, d'un point de vue doctrinal, soit comme un contre-pouvoir à l'exécutif en période de souveraineté nationale soit comme un instrument de protection de l'exécutif en période d'autoritarisme.

581. Par ailleurs, bien que la problématique de la responsabilité de l'exécutif constitue le cœur des préoccupations de la pensée constitutionnelle durant cette période, celle de la *protection immunitaire des parlementaires* n'en est pas pour autant rejetée sans être prédominante. La relégation relative de ce thème s'explique par un double phénomène. *D'une part*, compte tenu de la conjoncture institutionnelle dont le trait distinctif est la soumission constante des assemblées législatives afin d'asseoir la domination du pouvoir exécutif – dans une moindre mesure sous la Deuxième République -, ces trois régimes successifs ont pour point commun de manifester une certaine hostilité à l'égard des privilèges parlementaires. Cette défaveur se traduit par leur inscription limitée dans le corps même du texte constitutionnel puisque la Charte de 1830 ne

garantit que l'inviolabilité, la Constitution de 1852 ne proclame aucun privilège exorbitant tandis que la Seconde République consacre les deux volets. En cela, ce thème tend à perdre un certain intérêt intellectuel aux yeux de la doctrine. *D'autre part*, à ce facteur exogène s'ajoutent des facteurs endogènes propres à chaque auteur. En raison de présupposés *méthodologiques* et *théoriques* divergents, chaque publiciste a une représentation particulière des immunités parlementaires qui conditionne le degré d'intérêt qu'il confère à cette question. Il est effectivement intéressant d'observer l'attitude divergente de la doctrine constitutionnelle face au silence ou à la suppression des privilèges parlementaires dans les différentes normes constitutionnelles de cette période. Leur approche personnelle est tributaire, tout d'abord, de leur conception du mode de production de savoirs cognitifs. Deux positionnements épistémologiques principaux se distinguent au cours de la période 1830-1870 : pour certains, l'activité du juriste publiciste se doit d'être descriptive, loin de tout discours prescriptif. Il s'ensuit que les partisans de cette posture méthodologique se bornent à une présentation exhaustive des normes constitutionnelles garantissant des privilèges exorbitants aux parlementaires, et peuvent *soit* garder le silence en cas de leur absence *soit*, au regard d'une conception unitaire du système juridique, révéler leur existence informelle. De l'autre, à l'opposé, la forme du discours scientifique se veut, de manière plus minoritaire, prescriptive et se confond avec l'expression de jugements de valeur, souvent en faveur de la reconnaissance d'avantages aux membres des assemblées. En outre, la représentation des privilèges parlementaires de chacun des publicistes est également dépendante de son approche de la théorie de la représentation. En ce sens, malgré un environnement institutionnel oscillant entre des phases de souveraineté nationale et de souveraineté royale ou impériale entre 1830 et 1870, la doctrine publiciste tend, en majorité, dans les traces du tropisme révolutionnaire, à fonder les immunités parlementaires dans leur ensemble sur le tronc commun du régime représentatif et, de manière plus rare, sur celui de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, en période de souveraineté monarchique, il arrive également que certains d'entre eux recourent plutôt à un argument de type historique pour les justifier aux dépens de la théorie de la souveraineté nationale, en les concevant comme un élément fondamental tiré de notre patrimoine constitutionnel. En fin de compte, il est significatif de noter que se confirme l'idée que la conception de chacun des auteurs de la doctrine constitutionnelle française vis-à-vis des statuts immunitaires des autorités publiques est le produit de l'association de données externes et internes.

Néanmoins, l'instabilité et la variabilité des régimes politiques, couplées à celles de l'enseignement du droit constitutionnel durant la phase 1830-1870, n'est pas propice à une synthèse véritablement apaisée et durable de la problématique des statuts exorbitants des pouvoirs publics, à laquelle va remédier incontestablement la période de la IIIème République.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

À partir de la Restauration jusqu'à la fin du Second Empire, il est permis de constater, à bien des égards, une évolution sensible de la pensée juridique s'intéressant à la question des immunités constitutionnelles. Au regard de la période révolutionnaire, l'étude des écrits doctrinaux entre 1814 et 1870 met en lumière un saut, à la fois, *qualitatif* et *quantitatif*. Qualitativement, elle est marquée, tout d'abord, par un fait décisif majeur : l'apparition d'un discours pré-scientifique sur ce sujet. Cette lente évolution est le résultat du développement majeur de l'enseignement du droit à compter de la Restauration, initiés par l'ordonnance du 24 mars 1819. Cependant, les idéologies politiques qui structurent les débats en droit constitutionnel, ajoutées aux nombreuses contradictions et ambiguïtés de cette discipline encore naissante, sont un frein à une systématisation véritablement scientifique vis-à-vis de la problématique des statuts dérogatoires. C'est l'époque de ce que l'on a appelé les professeurs ouvertement « *politiques* ». Contre cette inclination d'un droit constitutionnel politisé, la Monarchie de Juillet et les régimes suivants vont tenter de faire sortir le débat constitutionnel de la discussion politique pour l'asseoir sur la connaissance. Dans la voie tracée par Guizot qui cherche à légitimer le nouveau régime, l'ordonnance royale du 22 août 1834 marque le point de départ d'une science officielle du droit constitutionnel, qui se répercute indubitablement sur le discours doctrinal en matière d'immunités constitutionnelles. Elle a pour effet, sur un plan *quantitatif*, de produire une littérature riche vis-à-vis des sources puisqu'elle entraîne un fleurissement des manuels, traités et commentaires consacrés au droit constitutionnel émanant de professeurs ou d'acteurs politiques. Cette réforme conduit également la doctrine constitutionnelle à transformer petit à petit le thème des privilèges exorbitants des pouvoirs supérieurs en une construction davantage ordonnée, logique et cohérente.

Dans cet optique, tout au long de la période 1814-1870, la doctrine publiciste *lato sensu* - les juristes et les hommes politiques – va tenter, par ses écrits, de rationaliser la question des régimes exorbitants à la française, en essayant de donner une assise théorique au compromis entre les principes révolutionnaires et les principes conservateurs des monarchies parlementaires. Pour cela, il a pu être constaté qu'elle observe une méthodologie plurielle. Dans des contextes académiques très différents, le discours doctrinal sur les immunités constitutionnelles est effectivement pris dans des enjeux méthodologiques dans la construction du droit public français. À cet égard, l'exégèse, inspirée du modèle privatiste, constitue, tout d'abord, la méthodologie scientifique dominante de la science publiciste pour analyser les dispositions constitutionnelles garantissant des privilèges constitutionnels. Par la suite, leur travail vis-à-vis de cet objet s'oriente vers un horizon plus

systématique au cours de la Monarchie de Juillet, en dégageant les principes supérieurs structurant ces avantages constitutionnels. Il apparaît également qu'au cours de cette période, le droit comparé tend à occuper une place essentielle au sein de la science publiciste française. Le rattachement officieux de l'enseignement du droit constitutionnel à celui du droit administratif à partir de la Seconde République, puis de manière officielle sous le Second Empire qui est désormais étudié de manière succincte dans les prolégomènes du droit administratif, conduit, en pratique, à imposer la méthode des administrativistes en droit constitutionnel : selon des perspectives et des intensités variables, les auteurs se livrent dès lors à un travail descriptif. Au final, ces diverses conceptions du savoir scientifique sur le droit conditionnent directement la forme et le fond des propos de la doctrine relatifs aux statuts dérogatoires, suivant une démarche plus ou moins descriptive.

582. Or ce bouleversement scientifique accompagne un second bouleversement d'ordre matériel que connaît la problématique des immunités constitutionnelles. La pensée constitutionnelle en la matière connaît effectivement, au cours de la phase 1814-1870, un chamboulement substantiel au regard de la période révolutionnaire à cause d'un facteur externe : la transformation profonde du contexte institutionnel. La période qui s'ouvre avec la Restauration et qui se poursuit avec la monarchie de Juillet voit la réhabilitation de la légitimité monarchique et jette les bases d'un possible régime parlementaire. Dès lors, la reconfiguration des rapports de force matérialisée par le primat du pouvoir exécutif au détriment du pouvoir législatif, modifie en profondeur le cadre de réflexion de la doctrine constitutionnelle vis-à-vis de la problématique des statuts dérogatoires constitutionnels. Ce « retour de l'exécutif », qui constitue une rupture avec la tradition révolutionnaire caractérisée par un rapport de force inverse, a un double effet quant au questionnement des statuts exorbitants de droit commun. *D'une part*, elle conduit à modifier les centres d'intérêts de la doctrine. Lors de ces périodes de restauration monarchique, leurs domaines de réflexion ne se concentrent plus en priorité sur les privilèges des parlementaires comme durant la période révolutionnaire, mais se déplacent vers les thèmes de l'inviolabilité du roi et de la responsabilité des ministres, étant donné que ce double objet détermine l'équilibre et le bon fonctionnement d'une monarchie parlementaire, dont on a pu constater que les modalités occasionnent de vifs dissensus doctrinaux. En outre, lors du régime républicain de 1848, la question de la responsabilité du Président de la République et celle de son privilège de juridiction devant la Haute Cour de justice concentrent toute l'attention des publicistes.

D'autre part, la prédominance de l'exécutif laisse supposer une modification de la façon dont ils conçoivent les avantages constitutionnels des parlementaires. La remise en cause de la souveraineté nationale au profit de la souveraineté royale affaiblit l'assise théorique historique de justification des immunités parlementaires. Néanmoins, il est significatif de noter que, malgré cette mutation, la

plupart des publicistes des monarchies parlementaires continuent de rattacher les deux volets composant les privilèges parlementaires au paradigme révolutionnaire de la souveraineté nationale, comme le feront de manière plus naturelle les quelques publicistes dans le régime de souveraineté nationale de la Seconde République. D'ailleurs, même lors du « régime des chambres muettes » du Second Empire, il apparaît que la souveraineté nationale sert encore d'élément structurant du discours doctrinal par rapport à cette question, à côté de l'argument de la tradition constitutionnelle.

583. Loin d'être un temps mort ou une simple parenthèse dans l'histoire doctrinale des immunités constitutionnelles, l'apport de la période 1814-1870 s'est avéré décisif par la naissance et l'élaboration d'un discours constitutionnel davantage savant. D'où l'appellation de « génération des constructeurs » pour caractériser cette phase. Toutefois, en dépit des nets progrès de la systématisation de la question des immunités constitutionnelles lors de cette phase, le discours de la science du droit public vis-à-vis de cet objet apparaît encore perfectible en raison de l'absence de stabilité des régimes constitutionnels et des fluctuations de l'enseignement du droit constitutionnel qui reste encore appréhendé comme « un droit séditieux, politique, (…) dangereux »[2819]. Il demeure effectivement toujours largement tributaire des circonstances, au point qu'il est possible de parler de science *pré-classique* du droit constitutionnel à son égard.

*
* *

2819 M. Touzeil-Divina, La doctrine publiciste 1800-1880, Paris : La Mémoire du Droit, 2009, p.140.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

L'étude des écrits doctrinaux entre le début de l'ère révolutionnaire et l'avènement de la Troisième République met en exergue le rôle *fondateur* de cette phase vis-à-vis de la question des fondements intellectuels de la protection des pouvoirs constitués. Celle-ci contribue à poser les bases de la réflexion en la matière, et il s'avérera qu'elle représentera, à terme, la matrice intellectuelle pour les générations futures de constitutionnalistes. C'est la période de ce que nous avons appelé « le temps des bâtisseurs ».

584. Pour autant, il a pu être observé que cette élaboration empirique est le fruit d'une construction lente, progressive et mouvementée. Le problème de la protection des pouvoirs constitués se pose, avec une intensité variable, lors de chacune des expériences constituantes entre 1789 et 1870. Deux temps se sont clairement distingués au cours de cette période pionnière, l'un purement empirique, le second davantage scientifique, qui ont, chacun à leur façon, façonné ce questionnement. *Le premier*, compris entre les prémices de la période révolutionnaire jusqu'aux années 1814, présente un double intérêt. En plus de mettre en place en pratique la technique juridique des immunités constitutionnelles, ses acteurs posent, sur un plan intellectuel, les germes de la réflexion en matière de privilèges des pouvoirs constitués.

De ce point de vue, dans un contexte révolutionnaire tumultueux durant lequel s'opère un transfert de la souveraineté du Roi vers la Nation, les statuts immunitaires établis par les constituants - qui représentent à cette époque la doctrine constitutionnelle *lato sensu* -, sont conçus comme un instrument visant à garantir la suprématie de l'organe chargé de vouloir pour la Nation. C'est pourquoi ils instituent, *concomitamment*, une protection étendue à l'égard des membres de l'Assemblée et une subordination stricte du pouvoir exécutif - suspecté d'être, par nature, nuisible à l'entreprise révolutionnaire - à l'égard de ces derniers par le truchement du statut du Roi et du privilège de juridiction des ministres. La hiérarchisation des pouvoirs est donc au cœur des idées révolutionnaires relatives à la protection des pouvoirs institués. Dès le début de la Révolution, les acteurs pensent les immunités parlementaires dans leur ensemble comme le prolongement de la souveraineté nationale, même si la doctrine contemporaine a pu remettre en cause ce lien, puisque leur but est de garantir l'indépendance des parlementaires et leur existence apparaît nécessaire au bon fonctionnement du régime représentatif. Jusqu'à la « deuxième Restauration », la pensée constitutionnelle, loin de sceller la fin de la tradition révolutionnaire, continue de se placer dans ses pas en concevant les régimes dérogatoires dans la perspective du tropisme révolutionnaire de la prééminence de l'Assemblée souveraine, à l'exception des régimes autoritaires du Consulat et du

Premier Empire tournés vers la protection du pouvoir exécutif et non du pouvoir législatif. De manière plus générale, il est significatif de noter que ce paradigme révolutionnaire marquera durablement la théorie française de la protection des pouvoirs constitués puisqu'il lui servira, tout au long de notre histoire constitutionnelle, de socle théorique majeur. Mais ce premier temps, certes fondamental, a fait jaillir, lors de son étude, certaines insuffisances du discours doctrinal relatif à cet objet. Les débats des pères fondateurs entre 1789 et 1814 présentent en effet l'inconvénient d'être dépourvus de toute dimension systématique. En raison de la carence de l'enseignement du droit et de l'absence d'une communauté juridique scientifique durant ce laps de temps, la réflexion constitutionnelle vis-à-vis de cette thématique est davantage une production intellectuelle émanant d'acteurs politiques dans le cadre des discussions constituantes que de professeurs publicistes à travers des manuels à visée théorique. Il s'ensuit, sur un plan scientifique, une certaine imprécision lexicale du discours quant à l'objet des protections immunitaires et une coloration politique du discours, ajoutée à un éparpillement des sources d'un point de vue formel.

585. À rebours de cette tendance, *le second temps* fait passer à la problématique des pouvoirs constitués un nouveau palier. La période qui s'ouvre avec la Restauration et qui se poursuit jusqu'au Second Empire représente effectivement une étape décisive par l'apparition d'une nouveauté considérable et définitive : elle voit la formation progressive d'un discours pré-scientifique sur cet objet, grâce à un perfectionnement des études de droit et à l'émergence d'une chaire spécialisée en droit constitutionnel dans le cadre de l'université. Toutefois, ce travail scientifique inédit provenant d'une majorité de professeurs universitaires dont les démarches méthodologiques ne cesseront d'évoluer tout au long du XIXème siècle, s'effectue dans un cadre de réflexion complètement différent de la période révolutionnaire. S'il s'agit de mettre fin à la Révolution et de sauvegarder ses principaux acquis, la période 1814-1870 se caractérise conjointement par un renouveau du pouvoir exécutif qui s'accapare la souveraineté nationale et par une relégation du pouvoir législatif. Elle est marquée également par les premières expériences du parlementarisme qui s'enracine progressivement dans les institutions françaises. Or ce double mouvement déporte l'attention de la doctrine vers les questions de l'inviolabilité du Roi et de la responsabilité des ministres dont il convient nécessairement d'articuler les rapports au détriment de celle des privilèges parlementaires, et réinterroge les postulats théoriques des statuts dérogatoires des pouvoirs supérieurs. Or, en dépit de la modification des rapports de force institutionnels, la majorité des ouvrages doctrinaux de la science publiciste du XIXème siècle – dont le nombre fleurit durant cette période – font apparaître une certaine continuité avec la tradition révolutionnaire. Ces derniers persistent, malgré l'affaiblissement de l'effectivité de la souveraineté nationale au cours de la phase 1814-1870, à asseoir les immunités parlementaires dans leur ensemble sur cette théorie. La souveraineté nationale demeure la ligne conductrice conceptuelle principale qui structure et oriente la pensée des auteurs

concernant la problématique de la protection des pouvoirs constitués. Sans faire table rase, la pensée constitutionnelle de la période 1814-1870 tend ainsi à ancrer l'héritage révolutionnaire au sujet de ce questionnement.

586. Néanmoins, si l'essentiel des enjeux théoriques de la question portant sur les fondements de la protection des pouvoirs constitués est esquissé par la doctrine publiciste du XIXème siècle, plusieurs facteurs contribuent à altérer le caractère *scientifique* de leur discours. Tout d'abord, parce qu'il est solidaire des changements de régime, le statut de la discipline du droit constitutionnel reste précaire tout au long du XIXème siècle. Alternant entre des périodes de suppression et de restauration durant ce siècle, l'enseignement du droit constitutionnel fait l'objet d'une appréciation ambiguë de la part du pouvoir politique en place : il est tantôt conçu comme une matière à risque, tantôt appréhendé comme un outil de fortification du régime en place. Vis-à-vis de la problématique de la protection des pouvoirs supérieurs, cette situation représente un frein non seulement à une théorisation pacifiée et pérenne, mais encore à la naissance d'un discours scientifique détaché de tout substrat politique[2820]. L'heure n'est donc pas encore à une science purement positive en droit constitutionnel. En outre, l'instabilité de cette discipline est corroborée par celle de son domaine d'étude. Malgré un corps de règles quasi-identique au fil des divers textes constitutionnels, le travail intellectuel des constituants révolutionnaires et l'œuvre dogmatique de la doctrine publiciste du XIXème siècle sur cet objet restent tout deux élaborées principalement de façon *empirique* puisque chacune d'eux, à leur façon, demeurent largement tributaires des circonstances politiques et institutionnelles troublées dont cette période fut riche. L'enchaînement rapide et multiples des types de régime politique et surtout des régimes autoritaires entre 1791 et 1870 constituent des obstacles à une rationalisation et une stabilisation théorique des privilèges constitutionnels. Il faudra attendre la IIIème République qui connaît un climat constitutionnel et universitaire stable pour que la question de la protection des pouvoirs constitués soit abordée par la doctrine constitutionnaliste classique comme un thème ouvert à un bilan synthétique.

587. En fin de compte, il est important de souligner que la forme et le contenu du discours doctrinal des publicistes français quant à la problématique de la protection des pouvoirs supérieurs, durant la période 1789-1870, n'ont eu de cesse de se redéfinir. De ce point de vue, l'analyse des travaux constituants et des ouvrages doctrinaux a permis de rendre compte des facteurs qui déterminent la manière dont la doctrine constitutionnelle française envisage ce questionnement et qui expliquent par là-même la diversité des positions en présence. Les lectures que les publicistes font des

2820 En 1864, Cournot, membre du Conseil impérial de l'Instruction publique, pourra écrire : « Quant à la portion du droit public français, désignée dans un temps sous le nom de droit constitutionnel, on a renoncé à l'enseigner autrement que de la manière la plus succincte, dans les prolégomènes du droit civil ou du droit administratif, depuis qu'on a vu qu'elle était sujette à des révolutions si fréquentes et si brusques » (cité par M. Petroff, L'éclipse du droit constitutionnel, op.cit., p.165).

dispositions constitutionnelles relatives aux statuts dérogatoires ne se recoupent pas exactement parce qu'ils l'appréhendent à l'aide de présupposés herméneutiques divergents. L'approche *hexagonale* des statuts dérogatoires se révèle, en effet, relativement évolutive étant donné qu'elle s'avère dictée par plusieurs paramètres objectifs et subjectifs fixes. En ce sens, la réflexion doctrinale relative aux régimes dérogatoires des autorités publiques est, tout d'abord, déterminée par de nombreux facteurs *externes* (historiques, institutionnels, politiques) puisqu'il est apparu que la représentation des publicistes traduisait les conceptions qui fondent les institutions politiques. En outre, il a pu être observé que des facteurs *internes* influençaient également leur vision personnelle. En d'autres termes, les présupposés théoriques subjectifs de chaque auteur sous-tendent leurs représentations mentales concurrentes. Sur ce point, la question des privilèges des pouvoirs supérieurs s'avère transversale puisqu'elle mobilise à peu près toutes les conceptions fondamentales d'un publiciste. Elle dépend d'une infinité de croyances et de représentations individuelles qu'il est possible de rassembler en trois grandes séries. Sur le plan des *principes juridiques*, les solutions doctrinales relatives à la protection des pouvoirs constitués sont dépendantes d'un double élément. La position de chaque auteur se révèle, tout d'abord, étroitement liée au type de souveraineté qu'il attribue à un régime politique, lequel ne correspond pas forcément à celui inscrit dans le texte constitutionnel même. De plus, leur vision souple ou stricte de la séparation des pouvoirs est également partie prenante de leur interprétation personnelle. En outre, à cette série d'éléments proprement juridiques, s'ajoutent les conceptions extra-juridiques des penseurs. D'une part, les *présupposés méthodologiques* personnels de chaque juriste publiciste sont un élément déterminant dans leur appréhension des immunités constitutionnelles, certains se plaçant dans une optique descriptive et d'autres, au contraire, dans une optique prescriptive. D'autre part, *leurs croyances et opinions politiques* individuelles représentent la troisième série d'éléments. L'ensemble de ces facteurs solidaires forme la matrice globale de chaque juriste publiciste vis-à-vis du questionnement des privilèges exorbitants du droit commun au cours de la période 1789-1870. Il est donc clair que la portée heuristique de cette contextualisation objective et subjective de la pensée des auteurs est substantielle, en ce qu'elle dévoile la manière dont se forment et s'opposent des visions concurrentes d'un même objet.

PARTIE 2.
LA GÉNÉRATION DES HÉRITIERS : UN CLIVAGE DOCTRINAL DANS UN CONTEXTE POLITIQUE QUASI-STABLE(1875-2020)

« *Le désir du privilège et le goût de l'égalité, passions dominantes*
et contradictoires des Français de toute époque…
trouvent là matière à d'inépuisables discussions »
(C. De Gaulle, La France et son armée, 1938).

La période de 1875 à aujourd'hui ouvre une nouvelle page de l'histoire doctrinale relative à la problématique des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués. Tout en s'inscrivant dans les schémas de pensée de la période précédente, elle marque une césure notable dans la manière d'appréhender la thématique des immunités constitutionnelles, que ce soit d'un point de vue méthodologique ou matériel. Malgré quelques intermittences entre l'avènement de la IIIème République et le régime actuel de la Cinquième République, ce questionnement ancien continue d'occuper indéniablement l'esprit de la doctrine constitutionnaliste française. Celui-ci évolue au rythme des générations de la science du droit constitutionnel en perpétuelle mutation. C'est le temps de la « génération morcelée des héritiers ».

588. Si la période révolutionnaire a vu s'échanger les arguments fondateurs de la problématique de la protection des pouvoirs constitués en France au gré des circonstances, le débat se double d'une volonté de systématisation à compter de la IIIème République. Entre la fin du XIXème siècle et le premier quart du XXème siècle, la doctrine des « grands auteurs classiques » aborde à nouveau, mais de façon synthétique et théorisée, le thème des privilèges exorbitants ouvert par les constituants de la Révolution et poursuivi par la science pré-classique du XIXème siècle. À cet égard, cette vaste entreprise de systématisation est le résultat d'un double facteur. Elle se réalise, tout d'abord, grâce à la naissance du droit constitutionnel comme discipline autonome au cours de la IIIème République. Frappée d'une instabilité chronique, la science du droit constitutionnel connaît, en effet, un essor sans précédent à compter de ce régime. Rétabli, dans un premier temps,

uniquement à la Faculté de droit de Paris en 1871[2821] après sa suppression en 1852, le ministère de l'Instruction publique réorganise l'enseignement du droit constitutionnel au cours des années 1880, dans un souci de « consolider le régime républicain naissant et fragile de la IIIème République menacé de toutes parts »[2822]. Son enseignement concerne d'abord les étudiants inscrits en doctorat, de manière optionnelle en 1878[2823] puis de manière obligatoire en 1882[2824], ce qui signifie autrement que le droit constitutionnel peut faire l'objet dorénavant de thèses de doctorat[2825]. Il est élargi ensuite aux étudiants en première année de licence de droit puisque le décret du 24 juillet 1889 fixant les matières enseignées à l'Université[2826], fait des « *Éléments du droit constitutionnel et organisation des pouvoirs publics* »[2827], un cours obligatoire au second semestre dans toutes les Universités de la République[2828]. Désormais, la totalité des étudiants en droit est interrogée sur l'organisation et le fonctionnement des institutions républicaines de la France. L'ensemble de ces réformes sont la manifestation d'une promotion et d'une émulation du droit public, et en particulier du droit constitutionnel, à la fin des années 1880[2829]. Simultanément, il est notable d'observer que « cette recomposition institutionnelle va de pair avec un dynamisme intellectuel nouveau »[2830]. Se développent en effet à la fin du XIXème siècle les publications de revues juridiques qui font une

2821 G. Richard, Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2015, 964 p.

2822 Le régime de la IIIème République est inquiété « aussi bien par une extrême gauche intransigeante et réformatrice, peu convaincue par le compromis trouvé dans les lois constitutionnelles de 1875, que par une droite conservatrice (…) (cherchant à) gagner du temps en vue d'organiser la restauration monarchique, voire impériale » (G. Sacriste, La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914), Paris : Sciences-Po. Les Presses, 2011, p.27). Sur l'ambiguïté de cette réforme : G. Richard, Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République, p.149-159.

2823 Décret du 28 décembre 1878, cité par A. Le Divellec, La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique (1894-1914), RDP, n°2, 2011, p.522.

2824 Décret du 25 juillet 1882, Journal Officiel, n°201, 25 juillet 1882, p.3996. L'article 2 du §3 du décret du 20 juillet 1882 dispose : « Le troisième examen (du Doctorat) a pour objet le Droit constitutionnel et, en outre, deux matières choisies librement par le candidat parmi celles qui font l'objet d'un cours dans la faculté, et qui n'auront pas fait partie des deux derniers examens » (*ibid.*). Ainsi « c'est après quatre-vingt-onze années que le décret de l'Assemblée constituante [du 26 septembre 1791], qui voulait que l'enseignement du droit constitutionnel fût fait dans toutes les Facultés, a pu recevoir son exécution » (V. Molinier, Cours élémentaire de droit constitutionnel. Matières du troisième examen de doctorat, Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence A. Rousseau, 1885, p.VII).

2825 On peut noter qu'« en 1896, (…) une part importante est octroyée au droit constitutionnel au sein de l'agrégation de droit public, qui est alors créée. Il est l'une des deux matières sur lesquelles peut porter la composition écrite et sert de thème à la première leçon orale » (L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontina, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, op.cit., p.17).

2826 Décret du 25 juillet 1889, Journal Officiel, n°198, 25 juillet 1889, p.3659. Le décret prévoit que l'examen de première année portera sur le droit romain, l'histoire générale du droit français et le droit constitutionnel.

2827 Une réforme de 1905 détermine un nouvel intitulé : « Éléments de droit constitutionnel et garanties des libertés individuelles » (Journal Officiel, 3 Août 1905, p. 4751).

2828 Armel Le Divellec précise que ce cours est « un temps flanqué à Paris d'un cours facultatif de « droit public » (de 1890 à 1895). A partir de 1895-96, ce dernier cours disparaît – il sera réintroduit par le décret du 1er août 1905 comme matière obligatoire en 3è année de Licence - tandis que sont instaurés en doctorat, outre le droit administratif, des cours de « Principes de droit public », de « Droit constitutionnel comparé » et d'« Histoire du droit public français » par le décret du 30 avril 1895 (A. Le Divellec, La fondation et les débuts de la Revue du droit public..., op.cit., p.522). Sur ce point : G. Richard, Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République, op.cit., p.137-149.

2829 Dans le même esprit, il est possible de citer la réforme du concours d'agrégation qui crée, par l'arrêté du 23 juillet 1896, au lieu du concours unique institué en 1855, une agrégation de droit public distincte de celles de droit privé et criminel, d'histoire du droit et de science économique. Le texte de l'arrêté est reproduit dans la RDP, t.6, 1896, p.573-575.

2830 A. Le Divellec, La fondation et les débuts de la Revue du droit public…, op.cit., p.522.

large place au droit constitutionnel : la « *Revue Politique et Parlementaire »*[2831] ainsi que la « *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'étranger »*[2832] sont notamment créées en 1894 et viennent aider à la diffusion de l'enseignement publiciste. Plus encore, c'est à cette époque qu'apparaissent les ouvrages scientifiques majeurs d'Adhémar Esmein, de Maurice Hauriou[2833], Léon Duguit[2834] ou Raymond Carré de Malberg[2835], qui auront tous une influence très importante sur la discipline du droit constitutionnel. À cet égard, une place particulière doit être réservée aux « *Éléments de droit constitutionnel français et comparé »*[2836] d'Esmein, considéré le plus souvent comme le premier véritable manuel de droit constitutionnel dans la science constitutionnaliste française[2837]. Sous l'impulsion de son ouvrage en 1896, le droit constitutionnel fait dorénavant l'objet d'une analyse doctrinale poussée et surtout, c'est à ce moment que la discipline acquiert ses caractéristiques majeures et durables[2838]. Ainsi, à compter de la IIIème République, l'enseignement public du droit constitutionnel se stabilise pour s'implanter de manière définitive jusqu'à aujourd'hui. Ce faisant, cette systématisation apaisée du questionnement des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués durant cette période est également favorisée par le large consensus qui se dessine au regard de l'organisation parlementaire des pouvoirs, de la démocratie en construction, « du régime représentatif et des mécanismes de protection que celui-ci tend, naturellement à produire au bénéfice des gouvernants »[2839]. Associés, ces deux facteurs, l'envol de la science du droit constitutionnel et la stabilité institutionnelle, vont favoriser la consolidation d'une véritable doctrine à propos de la question des privilèges des pouvoirs constitués[2840]. Toutefois, à partir des

2831 « (Dans) la Revue politique et parlementaire (RPP), chez Armand Colin, par Marcel Fournier (agrégé des facultés de droit, en poste à Caen), (…) les publicistes vont (…) fréquemment publier, du moins dans les premières décennies » (*ibid*., p.529).

2832 « La création de la RDP avait, en somme, quelque chose d'une entreprise stratégique, celle d'une auto-affirmation doublement « identitaire » de la part des juristes publicistes : à la fois au sein des facultés de droit d'une part, vis-à-vis de l'École des Sciences politiques d'autre part » (*ibid*., p. 522). Concernant le premier point, la RDP se présente comme la revue généraliste pour le droit public, afin de doter les publicistes des Facultés de droit d'une publication spécifique dans le monde du droit jusqu'alors très largement dominé par les privatistes. Son fondateur, Fernand Larnaude, loin de vouloir contribuer lui-même à fonder une science théorique du droit public, « a cherché à créer une « plate-forme » centralisée pour l'expression identitaire d'un droit public ample dans son étendue thématique et souple dans ses concepts et ses méthodes » (*ibid*., p.524 ; sur la question de la banalisation du cours de droit public général : cf. G. Richard, Enseigner le droit public à Paris..., op.cit., p.287-305). La RDP a en effet pour ambition essentielle de présenter des articles de doctrine ainsi qu'une chronique politique et parlementaire relative à la vie politique des États étrangers Dans la même optique que Larnaude, son successeur, le jeune professeur agrégé de droit public Gaston Jèze, qui privilégie l'examen de problèmes plus concrets de droit public positif, souhaite également faire de la RDP une « arène de discussion doctrinale pour les publicistes français » (*ibid*., p.528).

2833 M. Hauriou, Précis élémentaire de droit constitutionnel, Paris : Sirey, 1925, 307 p.

2834 L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Paris : Fontemoing et cie, 1921-1925, 5 vol.

2835 R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français (1920), Paris : Dalloz, 2003, 638 p.

2836 A. Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 8e éd, Paris : L. Tenin, 2 vol., 1927.

2837 Lors d'un colloque organisé à l'Université Cergy-Pontoise consacré spécialement à Adhémar Esmein et à son œuvre constitutionnelle le 26 janvier 2007, Stéphane Pinon et Pierre-Henri Prélot considèrent Esmein comme « le fondateur du droit constitutionnel républicain » (S. Pinon, P.-H. Prélot, Présentation générale, in S. Pinon, P.-H. Prélot (dir.), Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein. Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein organisé le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise, Paris : Montchrestien, 2009, p.VII).

2838 J. Lainé, Empirisme et conceptualisme en droit constitutionnel, thèse Université du Droit et de la Santé Lille II, 2011, p.78.

2839 C. Euzet, Les fondements doctrinaux…, op.cit., p.39.

2840 D'ailleurs, « dans l'exposé des motifs de la nouvelle licence, le directeur de l'enseignement supérieur n'insiste pas seulement sur la fonction politique d'instruction civique, d'éducation politique et de républicanisation de la France que

années 1930, sans l'abandonner complètement, l'intérêt des constitutionnalistes pour cette problème connaît un déclin progressif. Cette désaffection est la conséquence d'une orientation nouvelle de la méthodologie des constitutionnalistes entamée à ce moment-là, qualifiée de « tournant pragmatique, politologique »[2841]. Au regard de cette optique épistémologique nouvelle, en l'absence de responsabilité véritablement effective des gouvernants sous les IIIème et IVème République, mises à part quelques rares affaires retentissantes comme le cas Malvy en 1918 ou celui des parlementaires malgaches durant les années 1940, la doctrine constitutionnaliste française se désintéresse, de ce fait, du problème des immunités constitutionnelles, en se contentant de reproduire dans ses grands traits l'œuvre de la doctrine classique vis-à-vis de cette question. Cette tendance se maintient pendant près de quarante ans durant la Vème République puisque la neutralisation *de fait* des responsabilités présidentielle, ministérielle et parlementaire lors de ce régime, liée à un système présidentialiste, fait des immunités constitutionnelles un non-problème constitutionnel dépourvu d'intérêt aux yeux de la doctrine. C'est la génération que la présente étude a nommé « la génération des continuateurs » (**Titre 1**).

589. Mais, en dépit de l'apport substantiel de la pensée révolutionnaire à la question des fondements de des statuts dérogatoires des pouvoirs étatiques, sa réception contemporaine va se révéler ambivalente : loin de se résumer à la systématisation de l'œuvre révolutionnaire, les constitutionnalistes modernes réinterrogent, dans une large mesure, les fondements classiques des immunités constitutionnelles, sous l'influence d'un contexte politico-juridique renouvelé à compter de la fin du XXème siècle. Alors qu'il s'agissait d'une notion juridique au contenu éprouvé, polie par des générations de juristes publicistes, la réflexion doctrinale sur les immunités constitutionnelles connaît un sérieux regain d'intérêt sous l'impact d'affaires retentissantes impliquant des hommes politiques à partir des années 1990. Par l'affaire du sang contaminé, le sujet de la responsabilité pénale des ministres, notamment leur privilège de juridiction défaillant devant la Haute Cour de justice garanti à l'article 68 de la Constitution de 1958, est relancé. Sous la double pression du droit international à travers la reconnaissance de la compétence de la Cour Pénale Internationale pour juger le chef de l'État dans certains cas limitatifs et de l'action de la justice pénale symbolisée par le fameux arrêt Breisacher de la Cour de cassation du 10 octobre 2001, le régime de la responsabilité pénale du Président de la République devient également un axe de réflexion majeur de la pensée constitutionnelle moderne. Jadis négligé voire ignoré dans les manuels de droit constitutionnel, cette question s'affirme comme un enjeu constitutionnel fondamental, miroir de la place centrale occupée

les facultés de droit sont désormais chargées d'assurer pleinement dans une démocratie. Les facultés de droit doivent également assurer leurs fonctions de centres de recherche scientifique car elles sont, comme les autres facultés, des établissements d'enseignement supérieur et non des écoles professionnelles. La réforme de la licence de 1889 constitue une réponse du ministère de l'Instruction publique au déficit d'investissement scientifique plus largement constaté au sein des facultés de droit. Les professeurs chargés de nouveaux cours doivent produire des œuvres à valeur scientifique » (G. Sacriste, La République des constitutionnalistes, op.cit., p.249).

2841 O. Jouanjan, Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue français, RUDH, 2003, t.15, n°3-6, p.103.

par le chef de l'État au sein des institutions de la Vème République, et voit aussi l'apparition de nouvelles problématiques (la suppression du délit d'offense au chef de l'État, la constitution de partie civile du Président de la République, l'extension de l'immunité présidentielle aux conseillers du chef de l'État...). À l'inverse, la place secondaire des parlementaires dans la Constitution de 1958 font des immunités parlementaires un problème peu traité, mise à part la restriction de leur périmètre par l'intermédiaire de la révision constitutionnelle du 4 août 1995 à la suite de plusieurs affaires. Ce faisant, l'ensemble de ces questions deviennent des thèmes de réflexion doctrinaux de premier ordre à la fin du XXème siècle, qui n'ont jamais été autant discutés par les constitutionnalistes français, comme l'illustre la prolifération de la littérature constitutionnelle liée à ces sujets.

590. Mais si la réflexion doctrinale contemporaine menée a permis d'appréhender plus nettement les questions liées à la responsabilité des gouvernants et à leurs régimes dérogatoires, il semble pourtant que le sujet soit loin d'être épuisé. Sous l'influence de nouveaux paradigmes, deux types de discours se rencontrent actuellement en doctrine. *D'un côté*, se développe un nouveau discours constitutionnel majoritaire qui entend, sur un ton prescriptif, rapprocher les régimes dérogatoires de l'ensemble des pouvoirs constitués du droit commun, conforté par plusieurs révisions constitutionnelles en ce sens. Cette proposition est révélatrice, en réalité, d'une tendance de fond à l'œuvre dans la science du droit constitutionnel moderne, que l'on peut qualifier de « *logique démocratico-pénaliste* ». Dénonçant la crise de la démocratie représentative, cette dernière postule l'identification des gouvernants aux gouvernés suivant un modèle horizontal. Dès lors, pour ses tenants, l'État de droit, selon une lecture renouvelée, doit favoriser la soumission des dépositaires du pouvoir au droit pénal commun, illustrée en pratique par le phénomène nouveau de « la criminalisation de la responsabilité » et donc finalement la criminalisation du droit constitutionnel. Cette logique démocratico-pénaliste, validée par l'opinion publique avide de moralisation de la vie publique, esquisse un nouvel horizon de compréhension des immunités constitutionnelles, propice à leur disparition. Aux antipodes, un courant de la science constitutionnaliste française, en voie d'affirmation, fondé sur des présupposés théoriques différents, le courant du droit politique, entend proposer une défense raisonnée et raisonnable des immunités constitutionnelles, dans la mesure où celles-ci sont replacées dans une théorie de l'État que ses partisans souhaitent remettre à l'ordre du jour dans la discipline du droit constitutionnel, dans les pas de la pensée publiciste classique. Privilégiant une « *logique constitutionnelle* » plus que la défense de la démocratie représentative, les statuts exorbitants des gouvernants sont pensés, non plus comme un privilège, mais comme une institution de droit public objectif, indispensable au bon fonctionnement de l'État, participant du droit commun de la responsabilité des autorités. En d'autres termes, le traitement scientifique moderne de la question de la protection des pouvoirs constitués est tiraillé par de profondes

divisions, révélant en creux l'existence de courants au sein de la science du droit constitutionnel[2842]. C'est la génération des réformateurs. Ainsi, la problématique des immunités n'a cessé et ne cesse de se renouveler en fonction de facteurs externes et internes, la vérité d'aujourd'hui n'étant pas celle de demain. Au fil de ces déplacements, par strates de générations, ce concept se consolide, se complexifie et s'enrichit de dimensions nouvelles (**Titre 2**).

TITRE 1. LA GÉNÉRATION DES CONTINUATEURS FORTS DE L'EXPÉRIENCE CENTENAIRE DU PARLEMENTARISME ET DE LA RÉPUBLIQUE (1875-1990)

En ce qui concerne la problème de la protection exorbitante des dépositaires du pouvoir, la période qui s'étend de la IIIème République aux années 1990 voit l'apparition de la génération des « continuateurs », c'est-à-dire une génération dont ses penseurs, sans faire table rase du passé, entendent se placer dans les schémas de pensée de l'épisode révolutionnaire vis-à-vis de ce questionnement, tout en accentuant sa conceptualisation à travers de vastes ouvrages théoriques. Cependant, cette volonté est d'une inégale intensité durant ce laps de temps assez long.

591. Jusqu'aux alentours des années 1930, le questionnement relatif aux privilèges des pouvoirs constitués profite du tournant scientifique inédit de la doctrine française du droit constitutionnel. Élaboré jusqu'ici principalement de manière empirique en fonction de la conjoncture, le discours des constitutionnalistes par rapport à ce sujet s'enrichit grâce à une volonté manifeste de théorisation. Cette tendance découle de la mutation profonde à laquelle fait face la discipline du droit constitutionnel au cours des années 1880. S'il est resté « pendant longtemps l'enfant turbulent, mais aussi le parent pauvre du droit public »[2843], la création officielle et la généralisation des cours de droit constitutionnel au sein des Facultés de droit à la fin du XIXème siècle stimule la réflexion constitutionnelle. Dans un contexte académique dissemblable apparaît une nouvelle classe de juristes constitutionnalistes, appelée traditionnellement « la doctrine constitutionnelle classique »[2844], qui entend rénover la science du droit constitutionnel. Son idée est de construire un

2842 F. Bottini, La protection des décideurs publics face au droit pénal, Paris : LGDJ, 2008, 350 p.
2843 J. Chevalier, Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, op.cit., p.32.
2844 La « doctrine constitutionnelle française classique » peut être définie comme la doctrine publiciste « qui a pour objet commun, et pour ambition de fonder une science du droit public, équivalente à ce qui existe en droit privé. Cela passe par une revendication non seulement de la juridicité du droit public, mais aussi d'une spécificité de ce droit, de sa dogmatique juridique et de sa méthodologie » (O. Beaud, Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique, Droits, n°32, 2000, p.89). Voir également : O. Jouanjan, Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ?. Point de vue français, Revue universelle des droits de l'homme, n°3, 2003, p.102.

savoir juridique véritablement scientifique, que ce soit du point de vue des méthodes utilisées[2845] que des concepts généraux du droit constitutionnel mobilisés. Malgré des différences entre ses auteurs, la science du droit constitutionnel classique a, en effet, plusieurs objets et ambitions communs. Elle vise, tout d'abord, à forger « une science du droit public réellement autonome par rapport au droit privé et aux sciences sociales »[2846]. Pour cela, le droit constitutionnel est fondamentalement adossé à une théorie de l'État[2847]. Le droit constitutionnel, nommé également à cette époque « droit institutionnel »[2848] ou « droit politique »[2849], est alors conçu comme une science qui examine les institutions étatiques et leurs rapports au sein d'un régime constitutionnel. De ce point de vue, la majorité de ses auteurs proposent une approche globale de l'État qui mobilise toutes les branches du droit public. En outre, la pensée publiciste classique est encore « celle qui offre les grandes constructions doctrinales. (…) Le droit est lu à travers les concepts structurants du droit constitutionnel »[2850]. À cet égard, pour enrichir son discours sur le droit, elle intègre toutes les dimensions du droit, aussi bien politique, historique, sociale que de droit comparé, tout en faisant privilégier tout de même le point de vue normatif. En d'autres termes, « la dimension pluridisciplinaire est inhérente au discours classique »[2851]. Dès lors, dans la voie ouverte par Adhémar Esmein par la publication en 1896 de son manuel pionnier, la IIIème République marque le point de départ d'une pensée doctrinale véritablement *savante*, le droit constitutionnel étant transformé en une construction logique, cohérente, ordonnée, fort de ses grandes notions[2852], au point que cette période est considérée par certains comme « l'âge d'or »[2853] de la doctrine publiciste française. En outre, ce colossal travail théorique des auteurs classiques est d'autant plus possible

2845 « L'amélioration de la science du droit (…) est dépendante de l'amélioration des cadres d'analyses juridiques du droit positif » (R. Ponsard, Pour une épistémologie de la science du droit administratif, op.cit., p.106).
2846 O. Beaud, Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine..., op.cit., p.89 et s. Pour construire une science spécifiquement juridique du droit constitutionnel, l'ambition de la doctrine constitutionnelle classique est de « se forger une place à la fois face aux civilistes et à leur méthode exégétique qui, transposée au droit constitutionnel, serait source d'erreurs, face à ceux qui partent du droit administratif et qui tendent à ne concevoir le droit constitutionnel que comme un prolongement et, enfin, face à ceux qui captés par l'effervescence des sciences sociales engagent l'étude du droit vers l'histoire, la sociologie ou la science politique » (V. Champeil-Desplats, Méthodologies du droit et des sciences du droit, op.cit., p.97). Il faut en effet faire mention de la concurrence de l'École libre des sciences politiques, créée en 1871-1872 par l'initiative privée (avec à sa tête Laboulaye et Boutmy) que l'Université n'arrivait pas à reconnaître et à mettre en place. Celle-ci assure des enseignements publicistes dont son directeur publie en 1876 « un petit opuscule visant à démontrer l'incapacité des facultés de droit à enseigner les sciences d'État, ce qui avait contribué à tendre les relations entre l'établissement libre et les facultés d'État » (G. Sacriste, La république des constitutionnalistes, op.cit., p.65).
2847 V. en ce sens : O. Beaud, Duguit et la reconstruction du droit constitutionnel, op.cit., p.43.
2848 J. Chevallier, Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures..., op.cit., p.183.
2849 X. Magnon, A. Vidal-Naquet, Le droit constitutionnel est-il un droit politique, op.cit., p.107-128.
2850 *Ibid*., p.119.
2851 *Ibid*.
2852 Le droit constitutionnel bénéficie, à partir de la IIIème République, de « plusieurs facteurs (qui) ont contribué à la formation de la doctrine, entendue comme le droit savant, hérité des jurisconsultes romains : une science construite et un effet de nombre, c'est-à-dire des recherches collectives. On peut y ajouter deux autres éléments : la rédaction d'ouvrages et l'enseignement du droit » (P. Jestaz, C. Jamin, La doctrine, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p.88). En d'autres termes, quatre paramètres ont été indispensables à l'apparition d'une science du droit constitutionnel : les conditions politiques, l'enseignement, l'essor littéraire et scientifique.
2853 O. Beaud, Carré de Malberg, juriste alsacien : la biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle, *in* O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Actes du Colloque de Strasbourg organisé les 8-9 décembre 1995 par l'Université Robert Schuman, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p.253.

qu'il intervient dans un contexte institutionnel et politique davantage pacifié. Le cadre de réflexion a effectivement profondément changé par rapport à la période antérieure à la IIIème République. Les constitutionnalistes de l'époque classique peuvent s'appuyer désormais « sur un passé parlementaire quasi-centenaire (qui n'a jamais véritablement cessé depuis 1815 en dépit des multiples ruptures provisoires) et sur l'enracinement durable de l'expérience républicaine »[2854]. La consécration de la forme républicaine de l'État en 1875 en France assoit et pérennise le nouveau régime politique[2855]. De surcroît, « aux mains des républicains, l'histoire de la Troisième République est avant tout celle de l'enracinement d'un modèle façonné par la Révolution française. (…) Primat de la raison, défense des libertés, souveraineté nationale cimentent un régime qui allait survivre à de graves crises »[2856]. L'environnement institutionnel de la IIIème République présente donc davantage de stabilité[2857], comme le démontrera sa longévité record.

592. Dans ces conditions, grâce à un contexte scientifique et constitutionnel redéfini, la doctrine publiciste classique est en mesure de proposer la consolidation d'un véritable discours théorique à propos du questionnement des immunités constitutionnelles des pouvoirs supérieurs, inspiré des cadres conceptuels révolutionnaires. Elle offre, de manière durable, de grandes constructions doctrinales sur ce sujet qu'elle conçoit à travers les concepts fondateurs du droit public, comme la souveraineté nationale ou la séparation des pouvoirs, et qui demeureront des grilles d'analyse pertinentes pour le droit constitutionnel moderne. Obéissant à une optique pluridimensionnelle, leur lecture des immunités constitutionnelles est également abordée dans une perspective historique, sociale et comparatiste, sans s'en tenir à la seule exégèse des textes et du droit positif. Toutefois, la grille d'analyse de chaque constitutionnaliste de la période classique s'agissant de cette question ne peut se comprendre que si elle est resituée dans les présupposés théoriques, politiques et philosophiques propres à chacun d'entre eux. En outre, de manière significative, la production scientifique relative aux statuts dérogatoires des gouvernants croît remarquablement, le nombre de pages consacrés à cet objet dans chaque manuel de droit constitutionnel atteint environ une dizaine de pages, auxquels s'ajoute la rédaction de thèses spécifiquement sur ce thème. L'œuvre de la doctrine publiciste sous la IIIème République témoigne ainsi d'une profonde réflexion sur les

2854 C. Euzet, Les fondements doctrinaux de la protection…, op.cit., p.28.

2855 Le régime républicain n'existe que formellement dans les lois constitutionnelles de 1875, le Chef de l'État ayant le titre de Président de la République, même si la fonction pourrait être exercée par un Roi. C'est seulement par la loi du 14 août 1884 portant révision partielle des lois constitutionnelles qu'est décidé que son article 2 complète le paragraphe 3 de l'article 8 de la loi du 25 février 1875 comme suit : « La forme républicaine de Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision. Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la Présidence de la République » (cité par M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France…, op.cit., p.343).

2856 M. Morabito, Histoire constitutionnelle de la France…, op.cit., p.337.

2857 La doctrine constitutionnelle classique a dû jouer un rôle dans l'ancrage de la république parlementaire et démocratique en France. En effet, cet avènement « a constitué une telle innovation institutionnelle qu'il fallait en fournir les instruments *symboliques* d'intelligibilité (…). C'était là une condition de la stabilisation (…) du nouveau régime. Il est donc revenu aux légistes modernes de systématiser les théories justifiant cette nouvelle organisation du pouvoir politique, fournissant les instruments cognitifs pour se repérer dans l'ordre juridique nouveau : dans une certaine mesure, les professeurs de droit constitutionnel de la Troisième République auront joué ce rôle, systématisant en France l'attirail symbolique formalisant l'État » (G. Sacriste, La République des constitutionnalistes, op.cit., p.19).

fondements et les modalités des immunités constitutionnelles des différents pouvoirs constitués. Le profond ralliement à la souveraineté nationale, appréhendée comme le « fondement de la forme républicaine de l'État »[2858], légitime les mécanismes de protection que celui-ci produit naturellement au profit des gouvernants chargés d'incarner la Nation. Mais les aspects polémiques de la synthèse des grands auteurs classiques en matière de protection des pouvoirs constitués se révèlent à un double niveau. Ils portent sur l'étendue de la responsabilité du chef de l'État. Souhaitant élaborer une théorie générale de l'État républicain et démocratique[2859], les publicistes théoriciens veillent à forger une forme républicaine de l'inviolabilité monarchique. De même, la recherche du caractère politique ou pénal du privilège de juridiction reconnu par les lois constitutionnelles de 1875 au Président de la République et aux ministres devant le Sénat réuni en Cour de Justice occupe une large part des discussions doctrinales (**Chapitre 1**).

Mais après les années 1930 jusqu'à une grande partie de la Vème République[2860], la volonté de

2858 G. Sacriste, La république des constitutionnalistes…, op.cit., p.264.

2859 *Ibid*., p.252.

2860 En raison de son apport limité à la problématique des immunités constitutionnelles, le régime de Vichy sera exclu de l'analyse de la présente étude. La doctrine vichyste réfléchit de manière extrêmement superficielle aux mécanismes dérogatoires de l'exécutif et du législatif. L'organisation autoritaire et hiérarchique du régime qui place le chef de l'État au sommet d'une pyramide institutionnelle et le défaut d'effectivité de la responsabilité des pouvoirs publics qui en découlent, expliquent ce désintérêt doctrinal. Le chef de l'État qui remplace le Président de la République est ainsi, contrairement à la tradition républicaine, irresponsable et ses ministres qui s'apparentent en réalité à de simples agents commis avant l'Acte constitutionnel n°11 du 18 avril 1942, restent essentiellement responsables politiquement devant lui (sur ce point : *v.* N. Havas, La responsabilité ministérielle, op.cit., p.410-412). En outre, le discours de la doctrine vichyste est essentiellement positiviste et idéologiquement partisan. Il procède « plus volontiers d'une démarche de dogmatique juridique que d'une réalisation scientifique » (L. Terracol, La doctrine constitutionnelle du régime de Vichy, Jus Politicum, n° 19, p.300 [http://juspoliticum.com/article/La-doctrine-constitutionnelle-du-regime-de-Vichy-1207.html]). Par exemple, d'après l'Acte constitutionnel n°5 du 30 juillet 1940, les ministres, ainsi que les anciens ministres de la Troisième République, disposent d'un privilège de juridiction, étant donné qu'ils sont pénalement responsables devant la Cour suprême de justice, en cas de crimes ou de délits commis dans l'exercice de leurs fonctions ou en cas de trahison commise dans les devoirs de leur charge. À première vue, ces considérations appuient « l'idée, à la fois, d'une continuité en droit entre le régime précédent et celui qui se met en place, mais aussi d'un État qui cherche à promouvoir l'idée d'une certaine légalité » (*ibid*., p.360). Mais, à l'analyse, ce dispositif qui revêt un caractère judiciaire et non politique contrairement à la IIIème République (sur ce point : *v.* R. Bonnard, Précis de droit public, 6ème éd., Recueil Sirey, 1944, p.134), est entre les mains du chef de l'État. Cependant, il convient de noter que les publicistes se contentent de constater, de façon totalement neutre, cette mainmise. Comme le note Laferrière, « en matière de justice politique, les attributions que possédait le Président de la République pour la convocation du Sénat en Cour de Justice (loi du 12 juillet 1875, art.12) lui ont été conférés, élargies, par la loi du 12 juillet 1940 sur l'organisation de la Cour suprême de Justice dont il nomme les membres » (J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, Paris : Domat-Montchrestien, 1943, p.866). De la même façon, les publicistes de cette époque prennent acte de la réduction du statut des parlementaires. Certes, la Chambre des députés et le Sénat subsistent constitutionnellement provisoirement en attendant les nouvelles assemblées mais, en fait, celles-ci ne fonctionnent pas. Leur reprise d'activité dépend exclusivement de la volonté du chef de l'État qui a décidé de leur ajourner jusqu'à nouvel ordre. Mais, à l'examen, la défense des assemblées n'intéresse guère les publicistes vichystes. Pour Laferrière, « des assemblées, il est peu de chose à dire » (*ibid*., p.811). Les quelques publicistes de cette période s'accommodent de la dégradation de la situation personnelle des parlementaires et de la modification de leurs droits, comme la suppression de l'indemnité parlementaire, la déchéance parlementaire par le chef de l'État ou la suspension des incompatibilités parlementaires, qui sont pourtant des garanties fondamentales de leur indépendance. En ce sens Laferrière constate simplement qu'« il a été apporté quelques modifications au fonctionnement intérieur des assemblées et au statut de leurs membres » (*ibid*., p.816) alors que Bonnard souligne placidement que « le régime actuel prévoit bien que le Parlement n'est pas rigoureusement isolé et indépendant » (R. Bonnard, Précis de droit public, op.cit., p.63). Pour ce qui est des immunités parlementaires, celles-ci sont maintenues. Mais, signe de son indifférence, Laferrière évoque leur préservation en une seule et unique phrase : « Les membres de la Chambre et du Sénat, affirme-t-il, conservent la qualité de parlementaire avec les avantages qu'elle comporte, notamment les immunités parlementaires » (*ibid*., p.817). En définitive, les écrits de la doctrine vichyste n'auront pas d'influence sur la doctrine ultérieure et constituent une parenthèse éphémère dans la génération des continuateurs qui travaille, elle, à systématiser les régimes dérogatoires dans une République parlementaire et libérale,

conceptualisation de la doctrine constitutionnelle par rapport à cet objet s'atténue notablement. Cette situation est la manifestation, d'une part, des évolutions épistémologiques que subit la science française du droit constitutionnel et, d'autre part, des mutations institutionnelles observables au cours de cette période. Dans un premier temps, à partir des années 1930, la science du droit constitutionnel connaît « un virage pragmatique »[2861] initié par le professeur Joseph Barthélémy considéré comme le fossoyeur de la doctrine classique[2862], et dont prendra acte la réforme du 27 mars 1954 qui couple l'enseignement de droit constitutionnel de première année de licence en droit à l'étude des institutions politiques[2863]. Par cette transformation, l'analyse du droit constitutionnel repose dorénavant sur la façon dont le droit est effectivement appliqué par les pouvoirs publics et sur les facteurs, non juridiques, qui sont susceptibles néanmoins de contraindre les organes de l'État. En d'autres termes, les constitutionnalistes étudient le droit constitutionnel au prisme d'une approche empirique, qualifiée le plus souvent de « méthode de science politique »[2864], par opposition à une méthode juridique de l'État. Il ne s'agit plus d'étudier les systèmes constitutionnels par le biais des grands principes du droit constitutionnel qui ont construit cette discipline depuis la Révolution, tels que la séparation des pouvoirs ou le régime représentatif, mais leur fonctionnement effectif, même si certains juristes de cette époque rejettent ce positionnement épistémologique. Dans une telle perspective, le défaut de mise en œuvre pratique des immunités constitutionnelles dans les dix dernières années de la IIIème République et durant toute la IVème République, lié au parlementarisme absolu de ces régimes, prive, par conséquent, le thème des immunités constitutionnelles d'intérêt aux yeux de la doctrine. De même, dans un deuxième temps, la « révolution » qu'a engendrée, en France, la création du Conseil constitutionnel par la Constitution de 1958 et le développement du contrôle de constitutionnalité des lois aux environs des années 1970 entraîne un renouveau de la science du droit constitutionnel en France. S'ouvre une période de domination doctrinale du courant du « droit constitutionnel jurisprudentiel »[2865] incarné par l'école aixoise de droit constitutionnel[2866] diffusé depuis bien au-delà, signifiant que « le droit constitutionnel est désormais dominé par une approche normativiste et par l'étude du contentieux constitutionnel »[2867]. La Constitution devenant du droit, « la juridicisation du droit constitutionnel

en s'inspirant des acquis de la tradition révolutionnaire. Il apparaît en effet que « la doctrine vichyste (…) naît avec le régime éponyme et, à l'image de celui-ci, n'a gardé qu'un caractère embryonnaire et s'est éteinte avec lui » (L. Terracol, *ibid*., p.303).

2861 O. Beaud, Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel, *in* F. Melleray (dir.), Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150è anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29-30 mai 2009, Bruxelles : Bruylant, 2011, p.54.

2862 O. Beaud, Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique, Droits, n°32, 2000, p. 89-108.

2863 F. Borella, La situation actuelle du droit constitutionnelle, Revue française de Droit constitutionnel, n°89, 2012/1, p.3 ; J. Chevallier, Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel, *in* La République.Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, Paris : Montchrestien, 2001, p.183-199.

2864 B. Mirkine-Guetzévitch, Les Constitutions des Nations américaines, Paris : Librairie Delagrave, 1932, p.XII.

2865 X. Magnon. Commentaire sous « Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution » de L. Favoreu, *in* W. Mastor, J. Benetti, P. Egéa, X. Magnon (dir.), Les grands discours de la culture juridique, Paris : Dalloz, 2017, p.877.

2866 L. Favoreu, Le droit constitutionnel : droit de la Constitution et constitution du droit, RFDC, 1990, n°1, pp.71 et suivant.

2867 D. Baranger, Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français, cité par X. Magnon, A. Vidal-Naquet,

passe par l'existence d'un juge et l'analyse de ses décisions »[2868]. Ainsi, sous cet angle, l'absence de décision du Conseil Constitutionnel – et au-delà des juridictions de droit commun - relative aux immunités constitutionnelles rend la question des statuts dérogatoires accessoire, à l'égard de laquelle on constate une chute sensible de la littérature constitutionnelle. En outre, le désintérêt doctrinal quant à ce sujet est aussi révélateur d'une carence institutionnelle chronique de la Vème République frappée par une responsabilité illusoire de ses gouvernants. Dans ces conditions, l'office du constitutionnaliste durant ce laps de temps assez long (1930-1990) se limite à décrire, ou constater, sommairement le droit positif régissant les privilèges des pouvoirs constitués, loin de toute visée théorique. Sans être totalement abandonnée, la réflexion doctrinale s'agissant de ce thème se fait à la marge, ravivée au gré de quelques affaires retentissantes (**Chapitre 2**).

Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?, Les cahiers Portalis, Association de l'Institut Portalis, 2018, p.110, note 13.

2868 X. Magnon, Commentaire sous « Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution »..., op.cit., p.878.

CHAPITRE 1.

LE TOURNANT DE LA FIN DU XIXÈME SIÈCLE : LA CONSOLIDATION THÉORIQUE DE LA QUESTION DES PRIVILÈGES IMMUNITAIRES ENTRE CONSENSUS ET DISSENSUS (1875-1930)

593. Dans un contexte institutionnel et académique propice, l'aptitude à la théorisation des publicistes s'agissant du questionnement des immunités constitutionnelles s'affirme plus nettement à partir des années 1880. Cependant, il convient de noter que « tant que le droit constitutionnel n'est pas enseigné de façon autonome, il ne fait pas l'objet d'ouvrages spécifiques destinés aux étudiants »[2869]. En effet, dans la continuité du Second Empire, « c'est encore dans ceux du droit administratif que se trouve la présentation des lois constitutionnelles de 1875 »[2870], et *a fortiori* celle des articles régissant les privilèges exorbitants des pouvoirs constitués[2871]. Les ouvrages spécifiques

2869 L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontina, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, op.cit., p.17.

2870 *Ibid*.

2871 Au début de la IIIème République, le droit constitutionnel continue d'être conçu comme le prolongement du droit administratif. Au motif d'une conception *large* du droit public, plusieurs professeurs de droit administratif livrent une analyse des lois constitutionnelles dans le chapitre préliminaire ou la première partie de leurs manuels. Néanmoins, le professeur parisien Théophile Ducrocq note, à cet égard, dans son manuel au titre évocateur « Études de droit public » datant de 1887, que « des incertitudes, des équivoques, des obscurités entourent encore la notion du *droit public* et le mot lui-même » et observe « entre les auteurs (...) des dissidences sur l'emploi et le sens du terme » (T. Ducrocq, Études du droit public. Définition et notion du droit public, date et promulgation des lois, extradition, décrets et règlements, Conseil d'État, Cour des comptes, Expropriants, bans de récoltes, droit des sépultures et usages funéraires, reconnaissance d'utilité publique, adjoints, suppléance et délégation des maires, presbytères et affectations administratives à un logement, défense du barreau, Poitiers: Libraire administrative Paul Oudin, 1887, p.VII). Pour sa part, il propose une vision unitaire et particulièrement étendue du droit public - qu'il a également défendu dans un article spécifique (T. Ducrocq, Revue générale du droit, t.X, 1886, p.187) - puisqu'à ses yeux, « il n'existe pas de droit public interne, qui soit distinct du droit constitutionnel, du droit administratif, du droit pénal, des lois d'organisation judiciaire, qui sont les diverses branches du droit public interne » (T. Ducrocq, Études du droit public…, op.cit., p.XI-XII). De ce point de vue, dans le cadre d'une étude systématique des lois constitutionnelles de 1875, les professeurs de droit administratif sont amenés à traiter de la question des immunités constitutionnelles des pouvoirs constitués selon une optique qui leur est traditionnelle, c'est-à-dire à la fois *technique*, *descriptive* et *pédagogique*. Par exemple, pour ce qui est des immunités parlementaires, l'administrativiste parisien Anselme Batbie souligne, dans son chapitre consacré au pouvoir législatif, que la législation sur la presse du 29 juillet 1881 ne prévoit « aucune action (contre) les discours tenus dans le sein de l'une ou de l'autre des deux chambres, ainsi que dans les rapports ou tous les autres documents publiés par ordre de l'une des deux Chambres » (A. Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence, la comparaison de notre législation avec les principales lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique et de l'Espagne ; comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789, 2è éd., Paris : L. Larose et Forcel, t.2, 1885, p.149). Cela résulte du fait, selon lui, que la protection des corps constitués représente un intérêt de premier ordre par rapport à d'autres considérations juridiques : « le législateur a pensé qu'il fallait assurer avant tout l'indépendance de la parole devant les Chambres (…). L'intérêt général voulait que les représentants du pays pussent parler en toute liberté, sans être arrêtés par la crainte d'être recherchés » (*ibid*.). Il observe d'ailleurs que l'immunité de parole parlementaire est plus étendue que celle des discours prononcés ou écrits produits devant les cours et tribunaux (*ibid*., p.152-153). Toutefois, il met en exergue un double tempérament à l'égard de l'irresponsabilité parlementaire : d'une part, « l'immunité parlementaire ne fait pas obstacle au droit de réponse consacré à l'article 13 de la loi (du 29 juillet 1881) ». D'autre part, « la même immunité ne s'applique pas aux discours qui seraient tenus dans les séances des conseils généraux, des conseils municipaux et autres assemblées » (*ibid*.). En outre, les administrativistes du début de la IIIème République traitent rapidement des deux futures controverses qui vont diviser la doctrine constitutionnelle classique. La première porte sur le régime de responsabilité du Président de la République. Personnage ambivalent puisqu'« il tient du roi constitutionnel autant que le chef d'une république peut ressembler au représentant d'une monarchie » (*ibid.*, t.3, p.57), il « n'est pas inviolable ; car il peut être jugé et condamné par le Sénat pour cause de forfaiture ou pour crime de droit

de droit constitutionnel ne commencent à fleurir qu'à compter de l'institutionnalisation obligatoire du cours de droit constitutionnel en doctorat en 1882[2872]. À cet égard, les premiers manuels de droit constitutionnel entendent généralement « se borner à exposer l'organisation politique telle qu'elle est, à partir des règles fixant la création, l'organisation et les attributions des Pouvoirs Publics »[2873]. Cependant, le temps des constitutionnalistes cantonnés à l'exégèse des dispositions constitutionnelles de 1875, durera peu. Dans la voie ouverte par Esmein sont publiés une série de manuels qui modifie la didactique de la discipline, en fixant le cadre conceptuel qui est désormais le sien.

commun ; mais il est irresponsable devant les Chambres qui, d'après les usages des gouvernements parlementaires, peuvent renverser les ministres mais non le chef de l'État » (*ibid*., t.8, 1886, p.511). Aux yeux de l'administrativiste parisien, le Président de la République qui doit être distingué d'un monarque, reste donc responsable devant le Sénat réuni en Haute Cour de Justice, comme les ministres en vertu de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. Cependant, aucune loi spéciale ne détermine et n'organise cette responsabilité judiciaire au moment où il écrit, ce qui constitue le deuxième point de discorde doctrinale de cette époque. Le point de vue de Batbie est clair et strict : « cette loi n'ayant pas été faite, faut-il en conclure que l'article 12 n'est pas applicable ou, au contraire, que le Sénat pourrait créer la procédure et la peine ? Nous n'admettons ni l'une ni l'autre de ces deux conclusions. En attendant que la loi spéciale soit faite, la Chambre des députés et le Sénat suivront, autant que possible, le Code d'instruction criminelle et le Code pénal » (*ibid*., t.3, p.79). Toutefois, il se contredit avec sa conception de la Haute Cour de justice puisque, pour lui, elle « est un tribunal politique, et qu'à ce titre elle peut être considérée comme le couronnement de l'édifice constitutionnel. Sous tous les régimes, on a senti la nécessité d'instituer une juridiction spéciale pour juger les complots ou attentats à la sûreté de l'État et des accusés d'une haute position politique » (*ibid*., p.75). Enfin, en sa qualité d'administrativiste, Batbie est amené à examiner le privilège des fonctionnaires : « le décret du 19 septembre 1870, en abrogeant l'article 75 de la constitution de l'an VIII, n'a pas supprimé la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif. Ce principe qui était à observer, avant le décret, l'est à plus forte raison après l'abrogation de l'article 75. Quelques absolus que soient les termes employés par le décret du 19 septembre 1870, il n'a supprimé que la garantie personnelle des fonctionnaires pour les faits se rattachant à l'exercice des fonctions, mais ne constituant pas la fonction même » (A. Batbie, Supplément au traité théorique et pratique de droit public, L. Larose et Forcel, t.1, 1886, p.66-67). Au final, il est flagrant de constater que l'analyse des statuts dérogatoires provenant des professeurs de droit administratif du début de la IIIème République est loin de s'inscrire dans une construction théorique d'ensemble, contrairement à la doctrine constitutionnelle classique et elle se place sur un plan davantage normatif.

2872 La même année, le premier manuel portant particulièrement sur le droit constitutionnel qu'il est possible de recenser est l'œuvre du juriste Charles Lefebvre. Suppléant de Colmet-Daage pendant deux ans (1878-1880) et chargé du cours de doctorat à Paris, il fait paraître en 1882 ses « Études sur les lois constitutionnelles de 1875 » mais « il abandonne très vite la matière » (L. Favoreu [et al.], Droit constitutionnel, op.cit., p.17). Son ouvrage présente l'intérêt de donner « un substantiel exposé sur les traits essentiels du régime parlementaire, allié pour la première fois à la forme républicaine du gouvernement » (J.-J. Clère, Lefebvre Charles, in P. Arabeyre [et al.], Dictionnaire historique des juristes français…, op.cit., p.632). Cependant, l'ouvrage qui peut être considéré comme « le premier manuel (de droit constitutionnel) destiné aux étudiants de doctorat » (L. Favoreu [et al.], op.cit., p.17) est rédigé en 1884 par le professeur de la Faculté libre de droit de Lyon, Antoine Saint-Girons. A cet égard, ce dernier remet en cause l'attribution de l'enseignement du droit constitutionnel aux administrativistes lors du Second Empire et au début de la IIIème République : « Déjà tous les professeurs de droit administratif avaient été obligés de donner, dans leur cours, au moins quelques notions de droit constitutionnel. La matière du droit administratif est si vaste que ces notions étaient nécessairement superficielles. Le nouvel enseignement, devenu obligatoire pour les étudiants en doctorat, a donc l'avantage de fournir, tout au moins à l'élite des étudiants, l'occasion de connaître, d'une manière sérieuse, l'organisation politique de notre pays » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, Paris : L. Larose et Forcel, 1884, p.II). En ce sens, il revendique la focalisation de son ouvrage sur le droit constitutionnel et il écarte l'étude du droit administratif dans celui-ci : « nous n'avons à nous occuper ici que du droit constitutionnel » (*ibid*., p.3) qu'il définit, selon une lecture davantage stricte par rapport à Théophile Ducrocq, comme « celui qui règle la création, l'organisation et les attributions des pouvoirs publics, qui, par suite, détermine, au moins en principe, les garanties individuelles et les droits reconnus aux citoyens pour la conservation de leurs libertés » (*ibid*.). Mais il constate la carence de l'enseignement du droit constitutionnel à cette époque et cherche donc à y remédier : il est nécessaire, selon lui, de « combler une lacune dans la série des ouvrages destinés à l'enseignement du droit. Les livres qui ont été écrits sur le droit constitutionnel sont ou trop anciens, ou trop volumineux, ou vraiment insuffisants pour des étudiants en doctorat » (*ibid*., p.II). A cet effet, il énonce, dès la préface de son manuel, que c'est le régime institué par les lois constitutionnelles de 1875 qui forme son seul objet d'analyse et que le recours à l'histoire ou au droit comparé n'apparaissent que de façon incidente, pour permettre de mieux comprendre le droit positif français en vigueur : « nous avons voulu surtout exposer notre organisation politique telle qu'elle est. L'histoire et la législation comparée ont été pour nous des notions importantes, mais accessoires » (*ibid*., p.III). Cependant, Saint-Girons commence tout de même, dans un premier temps, par étudier, dans un chapitre spécifique, les principes directeurs du droit constitutionnel (la souveraineté nationale, le pouvoir

594. Néanmoins, s'ils sont unis et guidés par une démarche commune de conceptualisation des privilèges constitutionnels, l'appréhension de chaque constitutionnaliste de l'époque classique par rapport à cet objet se révèle divergente. Cela provient du fait que leurs prises de position respectives sur ce thème de réflexion restent étroitement dépendantes de leurs propres présupposés méthodologiques et théoriques. En effet, outre des interprétations opposées des principes fondamentaux du droit public, « la doctrine classique en droit constitutionnel a eu pour particularité d'être sans paradigme, à la différence de la science allemande du droit public qui se fonde sur le

constituant, les pouvoirs constitués, la séparation des pouvoirs, les formes politiques, le gouvernement représentatif et les élections, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire) puis, dans un second temps, chaque institution et leurs moyens d'action réciproques. A cet effet, il expose son programme méthodique dans sa préface et son introduction. Souhaitant « faire œuvre de jurisconsulte » (*ibid*., p.IV) et rejetant toute démarche politique puisque « le jurisconsulte se diminue quand il se transforme en politicien » (*ibid*., p.IV), Saint Girons fait le choix d'une méthode expérimentale en ce qu'elle est « la seule qui, en matière d'organisation politique et sociale, permette d'arriver à des conclusions pratiques » (*ibid*., p.IV). Il applique sa méthode à l'égard du thème des immunités constitutionnelles inscrites dans les lois constitutionnelles de 1875. Concernant les immunités parlementaires, il distingue, selon des termes guère corrects, entre « l'irresponsabilité politique » et « l'inviolabilité judiciaire ». Pour ce qui est de la première, il met en lumière sa profonde continuité dans nos institutions, surtout depuis 1814 : « depuis la Restauration, l'irresponsabilité des représentants pour leurs discours et leurs votes au Parlement a été sérieusement pratiquée. En la consacrant, la Constitution actuelle n'a fait que maintenir un principe traditionnel » (*ibid*., p.204). Il constate d'ailleurs que ce principe est inhérent au régime de nature démocratique : « tous les pouvoirs despotiques, la Convention, le Directoire, l'Empire ont méconnu ou essayé de méconnaître cette garantie, utile beaucoup au représentant qu'au pays » (*ibid*., p.205). Or il convient de noter que le professeur Saint-Girons attribue des fondements *originaux* à l'irresponsabilité parlementaire. A ses yeux, sans s'appuyer sur le mandat représentatif, ce privilège a pour but de protéger la liberté des représentants contre les exactions du Président et, *fait singulier*, de la majorité parlementaire : « il faut que, dans ses discours et dans les votes émis pour les affaires publiques, le représentant puisse n'éprouver aucune crainte, ne redouter aucune poursuite et garder complète liberté d'intelligence et sécurité absolue pour ses intérêts. Il importe que le Chef de l'État ou la majorité parlementaire ne puissent pas se venger, par la prison ou par l'amende, des discours courageux et des votes indépendants. C'est grâce à la liberté de l'intelligence que la raison humaine inspire confiance, et, si la liberté disparaît, la raison devient vacillante et suspecte » (*ibid*., p.204). En outre, le second fondement de l'irresponsabilité parlementaire réside dans l'honneur des mandataires du pays : « pour que le Parlement garde tout son prestige et soit admis comme l'interprète autorisé de la raison publique, formulant les droits et réglant les intérêts, il est indispensable que le pays crie à l'indépendance des représentants et estime que leurs discours et leurs votes procèdent de leur libre volonté » (*ibid*., p.205). Néanmoins, il n'a pas une conception absolutiste de ce privilège : « L'irresponsabilité s'applique seulement aux actes faits par les représentants dans l'exercice de leurs fonctions. Il ne faut pas, en effet, que les législateurs prennent la Chambre pour un endroit abrité, d'où l'on peut impunément calomnier et diffamer ses adversaires et donner libre cours à des ressentiments privés » (*ibid*., p.204). Cette limite est « nécessaire, surtout avec le régime parlementaire, qui favorise les abus d'influence commis par les représentants » (*ibid*.). Concernant l'« inviolabilité judiciaire », Saint-Girons avance deux raisons d'être classiques : « l'incertitude de l'accusation, la méfiance du pouvoir exécutif, tels sont les deux vrais motifs de l'inviolabilité judiciaire » (*ibid*., p.206). En ce qui concerne le premier motif, le constituant « s'est surtout méfié des excès de zèle du ministère public, qui, sous le contrôle et souvent l'inspiration du chef de l'État, a, en France, l'exercice de l'action publique. Il a voulu que, sur des présomptions peut-être mal fondées, une poursuite ne fût pas commencée, une détention préventive ordonnée, contre les représentants » (*ibid*.). Pour ce qui est du second motif, « dans les périodes de crise aiguë, le gouvernement pourrait chercher dans un simulacre de poursuites, un moyen commode de modifier la majorité parlementaire, en éloignant quelques membres de l'opposition » (*ibid*.). Toutefois, Saint-Girons observe qu'au regard de la pratique, l'inviolabilité judiciaire n'a jamais constitué un mécanisme vecteur d'impunité des parlementaires qui préfèrent voir leur immunité levée en cas d'accusation : « en fait, les Chambres accordent souvent l'autorisation, surtout si le représentant s'y oppose, ce qui arrive rarement. Comme la femme de César, le législateur ne doit pas être soupçonné ; sa considération importe à l'autorité de ses fonctions. Presque toujours le député accusé s'empresse d'appuyer la demande d'autorisation, afin de pouvoir confondre ses ennemis devant une juridiction impartiale » (*ibid*., p.207). Enfin, au moment de conclure sur l'objet des immunités parlementaires, Saint-Girons livre certaines observations instructives sur l'avenir de ces mécanismes qu'il resitue par rapport à la nature de la IIIème République qui tend vers un régime d'assemblée : « le régime parlementaire, qui se traduit par l'affaiblissement du pouvoir exécutif et la prépondérance souvent exagérée des Chambres, rend de plus en plus inutiles les privilèges parlementaires, introduits à une époque où l'on redoutait, avec raison, l'influence dominatrice du chef de l'État » (*ibid*., p.207-208). Mais il modère son propos et soutient leur utilité afin de se protéger d'un nouveau danger inhérent au régime conventionnel : « si l'on peut approuver certaines réductions de l'immunité parlementaire (…), il sera toujours nécessaire de maintenir ces privilèges. Ils protégeront les représentants, tantôt contre le Chef de l'État, tantôt, *et surtout, dans l'avenir, contre la majorité parlementaire, qui*

paradigme commun qui est le paradigme de l'école Gerber-Laband »[2874]. En d'autres termes, tous les constitutionnalistes de la période classique n'ont pas la même définition du droit constitutionnel et « chaque auteur a une manière toute personnelle de comprendre le droit constitutionnel »[2875]. Dans un premier cas, à l'image d'Adhémar Esmein, l'expression « droit constitutionnel » désigne le constitutionnalisme entendu comme la science qui examine les institutions politiques, leurs rapports au sein d'un régime constitutionnel et la garantie des droits individuels. À cet égard, le fondateur du droit constitutionnel est « tourné vers le droit positif français – l'étude des lois constitutionnelles de la Troisième République – et vers les deux sciences auxiliaires que sont, d'une part, l'histoire

chargerait les ministres de satisfaire ses haines contre la minorité » (*ibid*., p.208. [Nous soulignons]). En outre, il se penche sur la question délicate de la responsabilité du Président de la République. Il souligne l'ambivalence de son statut qui découle de la nature ambiguë du régime de la IIIème République : les constituants ont « voulu avoir, sans pouvoir bien réussir, une république parlementaire avec la royauté sans Roi » (*ibid*., p.344). C'est pourquoi il estime que « le Président est un chef du pouvoir exécutif, élu pour un temps déterminé. C'est un roi électif temporaire » (*ibid*., p.346). Il bénéficie, à ce titre, d'un double privilège. D'une part, en vertu de l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881, « le Président de la République est spécialement protégé contre les outrages dont il pourrait être l'objet par la voie de la presse et autrement. Cette protection n'existe plus, au contraire, pour le Parlement » (*ibid*., p.389). D'autre part, « c'est encore par imitation de la monarchie parlementaire que le Président a été déclarée irresponsable, sauf le cas de haute trahison, ce qui ne constitue pas une exception bien sérieuse » (*ibid*., p.357). Il s'estime favorable à la responsabilité limitée du chef de l'État organisée par les lois constitutionnelles de 1875 car le cas contraire serait périlleux à ses yeux. Elle entraînerait « soit la mise sous séquestre du pouvoir exécutif par le Parlement, qui, pour plus de sécurité, supprimera parfois le titulaire lui-même, soit des entreprises absolutistes du Président, des résistances systématiques aux meilleures lois, en un mot, un mauvais gouvernement, que le Parlement n'osera pas essayer de corriger par ce redoutable remède de la responsabilité » (*ibid*., p.358). Il prend l'exemple du régime américain dans lequel du fait que « le Président est responsable (…), le chef de l'État, en Amérique, a eu souvent des visées de pouvoir personnel et s'est engagé dans des conflits d'autant plus dangereux que l'absence de responsabilité ministérielle et de dissolution les rendait sans solution possible jusqu'à l'expiration des pouvoirs du Parlement ou du Président » (*ibid*.). C'est pourquoi il préfère faire supporter la responsabilité du Président sur celle des ministres : « la Constitution de 1875 a donc bien fait (…) de la remplacer efficacement par la responsabilité ministérielle » (*ibid*., p.359). De surcroît, il considère que la responsabilité présidentielle est d'autant plus fictive en raison de l'absence de loi organique précisant l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. Cette lacune juridique provient du fait que « cette loi est difficile à faire, peut-être parce qu'on veut qu'elle soit forte, efficace et complète et surtout claire et précise » (*ibid*., p.505). Cependant, curieusement, il exprime sa préférence en faveur d'une conception, non pas pénaliste, mais politique du Sénat constitué en Cour de justice : « le meilleur système d'accusations politiques serait celui qui, se séparant absolument du domaine judiciaire, ne viserait que des faits politiques, ne prononcerait que des peines politiques, en laissant à l'État et aux particuliers le soin de poursuivre, devant les tribunaux ordinaires, la réparation civile et pénale des préjudices causés par les coupables » (*ibid*., p.506). L'année suivante, un professeur pénaliste à la Faculté de droit de Toulouse, Victor Molinier, livre un « Cours élémentaire de droit constitutionnel » destiné également aux étudiants de doctorat dont il fut chargé pendant deux ans par le ministre de l'instruction publique. A l'image des manuels précédents, il consacre un avant-propos entier et une introduction à la présentation de sa méthode : « notre tâche eût été facile, si nous nous fussions borné à n'employer qu'une méthode exégétique et à ne présenter qu'une exposition, plus ou moins approfondie, des dispositions que consacrent les lois constitutionnelles actuellement en vigueur, et qui peuvent être modifiées » (V. Molinier, Cours élémentaire de droit constitutionnel. Matières du troisième examen de doctorat, Paris : A. Rousseau, 1885, p.VII). Au contraire, il transpose la méthode pénaliste à son étude du droit constitutionnel : « nous avons cru pouvoir, pour cet enseignement nouveau, adopter la méthode que nous avons toujours suivie pour notre cours de droit criminel. Cette méthode consiste à exposer des doctrines fondamentales, à en rechercher l'expression dans l'histoire du droit, à montrer sous quelle forme ces principes se produisent dans les textes et quelle en est la portée d'application, en examinant comment ils ont été interprétés par l'autorité judiciaire » (*ibid*., p.VII). Son cours a pour objet l'étude des doctrines publicistes sur la souveraineté et les principes du droit public tirés de la Révolution de 1789 sur lesquels repose le droit constitutionnel de la IIIème République, mises en perspective avec la législation comparée. Cependant, son analyse des principes fondamentaux proclamés dans les lois constitutionnelles de 1875 ne le conduit pas à examiner les statuts dérogatoires. Suite à l'institutionnalisation d'un cours semestriel obligatoire de droit constitutionnel en première année de licence en 1889, le premier manuel destiné à ce public est celui du professeur de droit administratif à la faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille, Félix Moreau, intitulé « Précis élémentaire de droit constitutionnel (organisation des pouvoirs publics) », datant de 1892 et réédité à plusieurs reprises jusque dans les années 1930. Dans son avertissement, il rappelle la nature didactique de son ouvrage : « cet ouvrage s'adresse aux Étudiants de première année. Il a pour but de leur donner des notions sur l'organisation des pouvoirs publics. On n'y cherchera donc pas les grandes théories, les exposés de principes, les généralisations qui semblent le domaine naturel du Droit constitutionnel » (F. Moreau, Précis élémentaire de droit constitutionnel (organisation des pouvoirs publics), 3è éd., Paris : L. Larose, 1897, p.V). Il veille à bien distinguer l'enseignement du droit administratif de celui du droit constitutionnel : ce dernier

constitutionnelle française et, d'autre part, le droit constitutionnel comparé »[2876], lesquels permettent de mettre en lumière les principes généraux du droit constitutionnel dont procèdent les systèmes positifs. Dans un second cas, le droit constitutionnel, selon la lecture large de Duguit, a pour objet d'étudier les grandes questions juridiques qui se posent pour l'organisation et le fonctionnement de l'État, incluant aussi bien les « gouvernants » que les « agents ». Cette seconde acceptation du terme de droit constitutionnel équivaut plutôt, en réalité, à une théorie générale de l'État ou du droit public général[2877]. Dans cette optique, loin de toute démarche exégétique, la méthode qu'il préconise et qui doit conduire à rénover la science juridique, est essentiellement sociologique et

doit « tout en rassemblant des notions éparses jadis en divers cours, soulager le programme surchargé des professeurs de Droit administratif et de Procédure civile » (*ibid*.). En raison de son public, son objet d'étude se distingue des manuels précédents : il est amené à « exclure absolument les *principes constitutionnels*, la théorie des *droits de l'homme et du citoyen*, (…) qui exigent une connaissance complète de notre législation, qui conviennent donc à l'enseignement supérieur du doctorat » (*ibid*.). Le professeur Moreau veille donc à se « conformer ainsi aux vues qui inspirent le nouveau programme de la licence en droit » (*ibid*.). Cependant, il a une conception singulière du droit constitutionnel puisqu'il comprend l'expression « pouvoirs publics » comme incluant les tribunaux administratifs mais excluant les autorités départementales et communales. Il intègre également le droit comparé dans la mesure où « c'est la meilleure manière d'éveiller dans les jeunes intelligences le sens critique qui garde également du conservatisme aveugle et de la manie réformatrice » (*ibid*., p.VI). Dans cette optique pédagogique, Moreau est amené à exposer les différentes immunités constitutionnelles. Pour ce qui concerne les immunités parlementaires, il reprend la distinction insatisfaisante de Saint-Girons entre l'« irresponsabilité politique » et l'« inviolabilité judiciaire ». Concernant le premier volet, l'irresponsabilité des parlementaires n'est pas seulement politique puisque Moreau affirme que le représentant « n'est responsable ni pénalement, ni civilement, devant aucune autorité, devant aucun tribunal, des opinions qu'il a exprimées et des votes qu'il a émis » (*ibid*., p.216). Cependant, il attribue un fondement plus classique que Saint-Girons à ce privilège : celui-ci « a pour but d'assurer son indépendance » (*ibid*., p.217). Il note aussi certains tempéraments à ce principe : « « l'irresponsabilité ne couvre que les actes relatifs aux fonctions, non les faits ou paroles diffamatoires qui y sont étrangers, fussent-ils commis dans l'enceinte du Parlement » (*ibid*.). Elle ne couvre pas non plus « des faits de corruption » (*ibid*.) puisque ces derniers sont étrangers à la fonction parlementaire. En ce qui concerne l'inviolabilité judiciaire, il constate que plusieurs motifs la justifient : le premier, contestable, repose sur la complétude de la chambre : « il ne faut pas qu'une circonscription soit totalement ou partiellement privée de représentation, que les lois soient votées par des Chambres incomplètes » (*ibid*., p.218). Le second est tiré de la séparation des pouvoirs : « comme le ministère public est un agent du pouvoir exécutif, celui-ci, en prescrivant des poursuites pourrait exercer une action illégitime sur les représentants et chercher à écarter momentanément un opposant habile et énergique. L'autorité judiciaire ne saurait, sans excéder ses droits, entraver l'exercice de la fonction législative » (*ibid*., p.218). Cependant, Moreau est très critique à l'égard du dispositif organisé par les lois constitutionnelles de 1875 vis-à-vis de la responsabilité du chef de l'État et de son privilège de juridiction. Il met en exergue la nécessité de trouver un équilibre entre une irresponsabilité présidentielle absolue et une responsabilité du chef de l'État de principe puisque, d'un côté, « la responsabilité implique (…) le pouvoir personnel d'un homme, exclut le rôle constitutionnel des ministres et le régime parlementaire. De telles conséquences sont redoutables et, à mon avis, inacceptables » (*ibid*., p.299). Mais, d'un autre côté, « la responsabilité du chef de l'État ne saurait être mise en jeu aussi aisément que celle des ministres. (…) L'instabilité présidentielle serait un danger. Les institutions n'auraient aucun point fixe » *(ibid*.). Loin d'être complémentaires, la responsabilité ministérielle et présidentielle sont donc, à ses yeux, exclusives l'une de l'autre : « il est clair (…) que le Président et les ministres ne peuvent pas être responsables en même temps. Il faut choisir entre les deux responsabilités » (*ibid*.). Cependant, le Président de la République reste responsable dans un seul cas : la haute trahison. Mais dans la situation du silence législatif, il défend une position pénaliste : « il n'existe aucune définition légale de la haute trahison, aucune énumération légale des actes qui la constituent ; le Sénat apprécierait ; mais les principes du droit criminel exigeant un texte précis pour la condamnation, le Sénat ne pourrait condamner que s'il trouvait, dans les faits qualifiés haute trahison, les éléments d'un délit prévu par les lois pénales » (*ibid*., p.298). Malgré tout, Moreau rejette la transformation du Sénat en cour de justice : « le système qui consiste à ériger la Chambre Haute en cour de justice a l'inconvénient de remettre à des hommes politiques le jugement d'autres hommes politiques et de faits politiques ; il est difficile que cette justice soit, et soit crue impartiale » (*ibid*., p.248). *Au final*, de cette étude se dégage plusieurs enseignements précieux. *D'une part*, le droit constitutionnel n'est plus un satellite du droit administratif à partir des années 1880. *D'autre part*, il est frappant de constater que les manuels de droit constitutionnel de la fin du XIXème siècle, dont les auteurs proviennent des différentes branches du droit public, n'ont ni la même définition du droit constitutionnel ni la même démarche épistémologique pour l'analyser. De surcroît, leurs approches se démarquent de celle de la doctrine constitutionnelle classique guidée par une visée davantage théorique.

2873 J. Chevallier, Droit constitutionnel et institutions politiques..., op.cit., p.185.

2874 O. Beaud, Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel, op.cit., p.31, note 84 ; *v.* également : O. Jouanjan, Histoire de la science du droit constitutionnel, op.cit., p.103-106.

2875 O. Beaud, Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel, op.cit., p.37.

expérimentale. Il entend « bannir du domaine juridique tous les concepts *a priori*, objets de croyance métaphysique ou religieuse, qui prêtent à des développements littéraires, mais qui n'ont rien de scientifique »[2878]. Il s'agit donc, pour lui, de « se débarrasser de ce qu'il dénomme la « méthode scolastique », laquelle prétend exclusivement raisonner sur de purs concepts *a priori*, en employant la logique formelle. Sa doctrine s'inscrit donc dans un « positivisme social » et un « réalisme juridique » qui excluent tout idéalisme »[2879]. Or, à l'opposé de Duguit, Carré de Malberg rejette « comme irrelevant pour la science du droit tout point de vue non strictement juridique et s'inscrit donc dans la lignée de pureté méthodologique de l'école classique allemande »[2880]. On comprend donc que la doctrine constitutionnelle classique est tiraillée par des conceptions plurielles divergentes de la science du droit constitutionnel qui demeure encore en gestation, que ce soit du point de vue de la méthode à suivre que du corpus d'analyse[2881]. De surcroît, leurs oppositions méthodologiques et théoriques masquent la dimension politique de leur controverse[2882]. Par conséquent, le caractère *composite* de la science classique du droit constitutionnel invite à étudier la conception de chacun des constitutionnalistes relative au questionnement des immunités constitutionnelles au prisme de ses postulats épistémologiques et conceptuels personnels. Grâce à une histoire contextualisée de la pensée juridique, la confrontation de leurs présupposés individuels et de leur prise de position juridique par rapport à cette interrogation offre un éclaircissement mutuel.

595. À cet égard, dans le large assentiment doctrinal qui se dessine au regard du régime représentatif qui apparaît comme « la thèse fondamentale des constructions théoriques et légitimatrices de la forme républicaine de l'État que (les constitutionnalistes classiques) s'ingénient à systématiser »[2883], le statut immunitaire des parlementaires, garanti par les lois constitutionnelles de 1875, est salué par la majorité des constitutionnalistes classiques. Mais, en l'absence de paradigme commun, tous les auteurs ne leur attribuent pas le même fondement, celles-ci étant resituées dans leur propre modélisation théorique d'ensemble (**Section 1**). Pourtant, au-delà de cette adhésion doctrinale collective, deux pierres d'achoppement divisent profondément la science constitutionnaliste classique au sujet de la question des immunités constitutionnelles. La première porte sur l'étendue de la responsabilité du Président de la République, qui génère une importante

2876 *Ibid*., p.32. D'ailleurs, « aujourd'hui encore, c'est ce modèle dont s'inspirent la plupart des Manuels français de droit constitutionnel » (*ibid*.).
2877 cf. *ibid*., p.36-37.
2878 Cité par J.-P. Chazal, Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique, R.I.E.J., n°65, 2010, p.87.
2879 *Ibid*.
2880 O. Jouanjan, Histoire de la science du droit constitutionnel, op.cit., p.105.
2881 Toutefois, il convient de modérer ce propos : « si cette opposition des approches méthodologiques est fréquemment formulée chez les auteurs du tournant des XIX et XXème siècle, rares sont ceux qui s'y plient radicalement » (V. Champeil-Desplats, Méthodologies du droit…, op.cit., p.102-103).
2882 G. Sacriste, Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXè siècle, Revue d'histoire des sciences humaines, n°4, 2001, p.87.
2883 G. Sacriste, La République des constitutionnalistes..., op.cit., p.271.

littérature constitutionnelle dans le cadre de manuels, de thèses de doctorat et d'articles. D'inspiration orléaniste, les lois constitutionnelles confient au chef d'État des pouvoirs importants, comme la possibilité de dissoudre la Chambre des députés[2884] ou de demander une nouvelle délibération aux chambres[2885]. Les constitutionnalistes se séparent donc entre les partisans d'un Président de la République actif, chargé de participer à la politique du pays, justifiant dès lors l'instauration d'une responsabilité effective de ce personnage, et ceux qui, cherchant à construire la théorie de l'État républicain et à éviter le retour de la monarchie, sont favorables à un Président cantonné à un rôle de simple spectateur assis sur son irresponsabilité de principe. La seconde, récurrente, concerne la nature du tribunal d'exception représenté par le Sénat constitué en Cour de Justice, apte à juger les membres du gouvernement et le chef de l'État. Les imprécisions de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875[2886] et des lois de procédure adoptées ultérieurement, comme le mettront en lumière les retentissants arrêts Malvy rendus en 1918, laissent le champ libre à une multiplicité d'interprétations. Aussi une vive controverse doctrinale éclate et manifeste l'existence de deux courants ancrés tout au long de notre histoire au sein de la science du droit constitutionnel vis-à-vis de ce problème, scindée entre les tenants de la thèse *constitutionnaliste* et ceux de la thèse *pénaliste* (**Section 2**).

SECTION 1. LES IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES : UNE APPRÉHENSION DOCTRINALE HAUTEMENT CONCEPTUELLE *EN APPARENCE* DIVERGENTE

596. La fin du XIXème siècle et le début du XXème siècle sonnent « l'heure de gloire du juriste généraliste théoricien »[2887]. L'œuvre de la doctrine constitutionnaliste classique manifeste, en effet, d'un réel investissement théorique à l'égard de la question des immunités parlementaires, qui s'illustre quantitativement par une augmentation évidente du nombre de pages scientifique qui lui est consacrée. Cependant, d'un point de vue substantiel, si un consensus doctrinal règne sur le

2884 Article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics : « Le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat. - En ce cas, les collèges électoraux sont convoqués pour de nouvelles élections dans le délai de trois mois ».

2885 Article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics.

2886 Article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 : « 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. - Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat. - Le Sénat peut être constitué en Cour de justice par un décret du Président de la République, rendu en Conseil des ministres, pour juger toute personne prévenue d'attentat contre la sûreté de l'État. - Si l'instruction est commencée par la justice ordinaire, le décret de convocation du Sénat peut être rendu jusqu'à l'arrêt de renvoi. - Une loi déterminera le mode de procéder pour l'accusation, l'instruction et le jugement ».

2887 V. Champeil-Desplats, Doctrine administrative et doctrine constitutionnaliste : question de méthodes, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, n°11, 2015, p.18 [En ligne] http://www.eumed.net/rev/rejie.

principe même de l'existence et de la reconnaissance de statuts dérogatoires au bénéfice des parlementaires contenus aux articles 13[2888] et 14[2889] de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, leurs approches par rapport à leurs fondements sont éminemment plurielles. Cette pluralité provient du fait que chaque constitutionnaliste de la période classique intègre sa conception des privilèges parlementaires dans le cadre, plus général, de sa construction théorique d'ensemble, souvent originale. La lecture des deux volets immunitaires parlementaires par chacun d'eux est effectivement au centre d'intérêts intellectuels et épistémologiques qui en façonnent leur compréhension.

597. De ce point de vue, le débat au sein de la science classique du droit constitutionnel au sujet des immunités parlementaires se structure autour de l'interprétation des principes politiques de la Révolution française qui font l'objet « d'une spéculation juridique et politique constante tout au long du XIXeme siècle »[2890]. Il apparaît qu'à compter de la IIIème République, « les formules de 1789 qui ont été à la nation un cri de ralliement dans ses entreprises d'affranchissement nécessitent en effet d'être explicitées pour qui prétend en faire les bases d'une construction juridique et institutionnelle »[2891]. Dans ce sens, la souveraineté de la Nation « constitue sans doute l'idée révolutionnaire la plus discutée par les publicistes du XIXème siècle »[2892]. Or la défense ou le rejet de ce principe, soubassement théorique doctrinal fondamental des privilèges parlementaires, marque la ligne de fracture entre les constitutionnalistes classiques dans leur appréhension des immunités parlementaires. D'un côté, certains constitutionnalistes font de la souveraineté nationale la notion fondatrice de leur modèle théorique de l'État républicain[2893] dont les régimes exorbitants des membres des assemblées sont le prolongement naturel (**§1**). De l'autre, à l'opposé, la doctrine de la souveraineté nationale devient la cible privilégiée de quelques professeurs de droit constitutionnel,

2888 Article 13 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics : « Aucun membre de l'une ou de l'autre chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». L'irresponsabilité parlementaire est également protégée par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

2889 Article 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics : « Aucun membre de l'une ou de l'autre chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ou arrêté en matière criminelle ou correctionnelle qu'avec l'autorisation de la chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit. - La détention ou la poursuite d'un membre de l'une ou de l'autre chambre est suspendue pendant la session, et pour toute sa durée, si la chambre le requiert ».

2890 A. Chopplet, Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté, thèse de doctorat, Université de Reims, 2012, p.259.

2891 *Ibid*.

2892 *Ibid*. Comme le souligne très justement Antoine Chopplet, « l'intrusion soudaine du suffrage universel dans les institutions représentatives françaises à partir de 1848 a forcé les esprits à repenser en d'autres termes la question du titulaire de la souveraineté. Dès la seconde moitié du siècle, la masse électorale nouvelle entend, au nom de ce principe de souveraineté de la nation, exercer la souveraineté dont elle se croit titulaire. L'extension du droit de suffrage emporte ainsi une confrontation entre la pratique du gouvernement représentatif telle qu'elle s'est progressivement installée en France depuis 1814 et les prétentions de la masse des citoyens. Cette opposition est forte dès les premières années de la IIIe République lorsque le gouvernement représentatif n'est plus tenu par la masse électorale comme remplissant sa mission de représentation » (*ibid*.).

2893 Comme le constate Antoine Chopplet, la majorité des publicistes de la fin du XIXe siècle « admettent (...) le principe de souveraineté de la nation exprimé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Mais admettre le principe ne renseigne pas pour autant sur son contenu et sa signification précise » (*ibid*., p.264).

« soucieux d'infirmer cette théorie dominante (...) avant de construire et de systématiser leur propre modèle théorique de la souveraineté »[2894], voire de la remplacer par le concept de service public. Ce faisant, cette tendance doctrinale lie leur compréhension des immunités constitutionnelles à leur propre ensemble juridiquement logique (**§2**).

§1. L'assise doctrinale des immunités parlementaires sur le paradigme traditionnel de la souveraineté nationale

598. Parmi les maîtres de la doctrine constitutionnelle classique, Adhémar Esmein et Raymond Carré de Malberg ont pour point commun de faire de la souveraineté nationale le fondement de l'État moderne. De surcroît, par-delà leurs différences, ils font preuve tout deux d'une grande densité théorique.

599. Père du droit constitutionnel, Esmein apporte une attention toute particulière, à travers son œuvre, à légitimer la forme républicaine de l'État[2895]. Pour cela, le professeur parisien entend « montrer qu'avec la Troisième République avait été inaugurée une nouvelle ère dont les principes juridiques formaient un tout cohérent et logique, à l'instar des modèles contre lesquels il écrivait »[2896]. Pour lui, « une étude scientifique du droit constitutionnel n'est possible que si les institutions positives peuvent être rapportées à des principes et types plus généraux qui les expliquent »[2897]. Pour mener à bien cette démonstration, Esmein recourt à une méthode typique : avant de décrire les lois constitutionnelles de 1875, il recherche les principes généraux du droit constitutionnel à la double lumière de l'histoire[2898] et du droit comparé. À cet égard, parmi les principes généraux du droit constitutionnel, « l'idée de la souveraineté nationale (constitue le) postulat de l'ensemble de son modèle théorique »[2899], vecteur principal de légitimation de l'organisation politique républicaine. Dès lors, aux yeux d'Esmein, du point de vue de la distribution des pouvoirs, le Parlement lui paraît « légitimement détenir le pouvoir suprême et constituer la seule émanation incontestable de la souveraineté nationale, elle-même conçue comme susceptible de délégation par la voie de l'élection »[2900]. Par conséquent, compte tenu de la place centrale qu'occupe

2894 G. Sacriste, La République des constitutionnalistes, op.cit., p. 496.
2895 G. Sacriste, Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République, in S. Pinon, P.-H. Prélot (dir.), Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op.cit., p.9-42.
2896 G. Sacriste, La République des constitutionnalistes, op.cit., p. 272.
2897 O. Jouanjan, Histoire de la science du droit constitutionnel, op.cit., p.93.
2898 Avec Esmein, « le rôle de la démarche historique se modifie. L'histoire n'y apparaît plus comme un répertoire d'exemples, une topique qu'il faudrait parcourir pour porter un jugement général ; elle est un moyen d'expliquer la situation présente des institutions » (G. Richard, Enseigner le droit public à Paris..., op.cit., p.432).
2899 G. Sacriste, La République des constitutionnalistes, op.cit., p.267.
2900 M. Waline, Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XXe siècle, op.cit., p.260.

la théorie de la souveraineté nationale dans sa construction logique, celle-ci lui sert naturellement de grille de lecture principale pour fonder les statuts dérogatoires des représentants institués par les lois constitutionnelles de 1875. En outre, à l'appui de sa méthode historico-comparative, Esmein légitime également ces mécanismes juridiques en les appréhendant comme le « droit commun des Constitutions françaises » (**A**).

600. De même, considéré comme « l'un des guides de la pensée juridique française »[2901], Raymond de Carré de Malberg se propose d'étudier le « droit public en général » et « le droit constitutionnel en particulier » à partir d'une théorie générale de l'État. Son œuvre entière repose sur l'idée que les révolutionnaires, en particulier les constituants de 1789 à 1791, n'ont pas seulement posé des règles de droit constitutionnel mais découvert les vrais principes de l'État moderne dont Carré de Malberg est en mesure rétrospectivement de formuler la théorie. Son maître ouvrage, « Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français »[2902], se présente effectivement comme une théorie juridique de l'État déduite des principes consacrés par le Révolution française. Pour établir une telle théorie, Carré de Malberg entend rester dans le cadre d'une approche purement positiviste qui constitue l'un des traits fondamentaux du professeur strasbourgeois[2903], même si sa méthodologie positiviste a été remise en question par de nombreux auteurs[2904]. En ce sens, sa démarche se veut d'abord inductive car elle part de l'observation et de la description des données fournies par le droit positif. Mais contrairement à Esmein, « cette part d'induction n'est pas reliée à des méthodes dites historiques, comparatives ou sociologiques »[2905]. Cette construction de la théorie juridique de la Constitution de la IIIème République à partir de l'observation du droit positif, lui permet d'entrer, dans un second temps, dans une phase déductive dégagée de toute emprise métaphysique ou de principes fixés *a priori* »[2906]. Or, il s'avère qu'au cœur des données du droit constitutionnel français, le principe de souveraineté nationale joue un rôle considérable dans la pensée constitutionnelle de Carré de Malberg puisqu'à ses yeux, ce principe « permet de penser une forme d'exercice de la puissance qui diffère aussi bien de la souveraineté monarchique que de la souveraineté populaire »[2907]. Il marque « la naissance d'un droit public institutionnalisé qui ne trouve plus son fondement dans la volonté psychologique d'un souverain physique mais dans la volonté juridique de l'État-personne, incarnation de la volonté

2901 G. Burdeau, Raymond Carré de Malberg : son œuvre, sa doctrine, RDP, 1935, p.356.
2902 R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, 2 tomes, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1920 et 1922 (réimprimés par les éditions Dalloz en 2003).
2903 *v.* P. Brunet, Les idées constitutionnelles de Carré de Malberg (1861-1935), op.cit., p.22.
2904 O. Beaud, La biographie de Carré de Malberg et sa pensée, in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de l'Université de Strasbourg, Presses Universitaire de Strasbourg, 1997, n°1 ; P. Brunet, Les idées constitutionnelles de Carré de Malberg (1861-1935), op.cit., p.25.
2905 V. Champeil-Desplats, Méthodologies du droit et des sciences du droit, op.cit., p.103.
2906 *Ibid*.
2907 E. Maulin, Carré Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française, Annales historiques de la Révolution française, n°328, 2002, p.3.

générale »[2908]. En ce sens, disciple de la pensée juridique allemande et principalement de Jellinek, Gierke et Laband, il reformule la théorie révolutionnaire de la représentation sous la forme d'une théorie de l'organe d'État. Dans ces conditions, au vu de son projet théorique, Carré de Malberg envisage les statuts dérogatoires des parlementaires de la IIIème République, et principalement leur irresponsabilité, comme dérivant de la relation d'indépendance qui s'établit entre l'électeur et l'élu en tant qu'organe d'État, même si, dans ses œuvres ultérieures, il abandonnera l'appareil conceptuel de la Contribution centrée sur la souveraineté nationale au profit de la notion rousseauiste de volonté générale et de souveraineté populaire (**B**).

A. Adhémar Esmein ou l'élaboration d'une théorie républicaine des immunités parlementaires fondée sur le principe de la souveraineté nationale

La position d'Adhémar Esmein sur la question des immunités parlementaires est d'un intérêt fondamental dans la mesure où elle représente la première systématisation scientifique au sein de la doctrine constitutionnaliste classique, ajouté au prestige de l'auteur puisqu'il est considéré comme le fondateur de la discipline du droit constitutionnel moderne[2909]. Il élève sa construction puissante sur la fondation ferme de la théorie et de plusieurs sciences auxiliaires (**2**). Mais il n'est pas possible de comprendre correctement sa conception des statuts dérogatoires des parlementaires si elle n'est pas mise en dialogue avec ses présupposés théoriques et méthodologiques qui se complètent, et son cursus universitaire (**1**).

1. Les présupposés théoriques et méthodologiques d'Esmein

À travers son œuvre constitutionnelle, l'une des ambitions premières d'Esmein est, en tant que légiste de l'État républicain, « de forger une théorie constitutionnelle susceptible de fournir aux élites républicaines un système de légitimation du type de domination spécifique sur lequel elles s'appuient »[2910]. Il défend pour cela « une conception du droit constitutionnel qui ne se conçoit pas indépendamment des gouvernements qui ont pour objet la liberté politique et les droits individuels

2908 *Ibid*., p.4.
2909 P.O. Caille, « Stéphane Pinon, Pierre-Henri Prélot (dir.), Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Montchrestien, 2009 », Jus Politicum, n° 3, [http://juspoliticum.com/article/Stephane-Pinon-Pierre-Henri-Prelot-dir-Le-droit-constitutionnel-d-Adhemar-Esmein-Montchrestien-2009-198.html.
2910 G. Sacriste, Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République, in S. Pinon, P.-H. Prélot (dir.), Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op.cit., p.29. Comme le remarque Julien Boudon, « en cette fin de XIXè siècle, défendre la République et promouvoir le droit constitutionnel, c'est le même combat tant le développement de la discipline a été voulu et encouragé par les élites républicaines » (J. Boudon, Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution, op.cit., p.94).

qui en forment le socle »[2911]. Cela le conduit, avant d'analyser les institutions de la IIIème République, à « rechercher les principes en dehors desquels il n'y a que despotisme ou anarchie »[2912], qu'il expose dans la première partie de ses Éléments, « La liberté moderne : principes et institutions »[2913], dont l'intitulé révèle le souffle libéral. Pour lui, les meilleurs exemples en sont la Constitution britannique et le droit public de la Révolution française[2914].

601. Or, à côté de la séparation des pouvoirs, c'est essentiellement sur le *principe de la souveraineté nationale* qu'Esmein fonde son modèle théorique de l'État républicain et démocratique[2915]. Il est, à ses yeux, « le plus important des principes qu'ait proclamés la Révolution française »[2916]. Celui-ci se voit consacrer un long chapitre dans son manuel pionnier « qui constitue l'épine dorsale de l'ouvrage »[2917]. Pour lui, le détenteur de la souveraineté est la Nation. Mais Esmein construit « l'ensemble de sa théorie constitutionnelle sur une conception nouvelle de la « nation » que reprendront des générations de juristes français »[2918]. Sous sa plume, la Nation devient une fiction juridique, une entité abstraite équivalente à la notion d'État[2919], mais qu'il distingue clairement du corps des électeurs. Elle désigne une collectivité transcendant les générations d'individus qui la composent, à laquelle appartient la souveraineté : comme il l'affirme, « on n'aliène, en effet, que ce qui nous appartient. Or la souveraineté nationale n'appartient pas en propriété à la génération présente, qui nécessairement et légitimement en a le libre exercice, mais simplement l'exercice : elle appartient à la nation, incarnée dans l'État, c'est-à-dire à la série des générations successives ; elle appartient aux hommes de demain comme aux hommes d'aujourd'hui. C'est un dépôt sacré que les générations se transmettent de l'une à l'autre »[2920]. En ce sens, cette définition de la Nation, telle qu'exprimée dans les Éléments de droit constitutionnel, poursuit une finalité juridique bien précise. L'idée d'une nation transgénérationnelle lui permet

2911 T. Rambaud, Adhémar Esmein et le droit comparé, op.cit., p.83.
2912 P. Malaurie, Anthologie de la pensée juridique, Paris : Ed. Cujas, 1996, p.221.
2913 A. Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et comparé (1899). Réédition : Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2001, p.61.
2914 Il suffit de relever quelques têtes de chapitre : « Titre I, ch. I : Comment la constitution anglaise est devenue l'un des éléments de la liberté moderne » (*ibid*., p.63) ; Titre II. Principes dégagés par la philosophie du XVIIIè s. et proclamés par la Révolution française » (*ibid*., p.261).
2915 Pour Esmein, la souveraineté nationale est compatible avec la forme républicaine car « la collation à temps de tous les pouvoirs irrévocables, telle paraît donc être la conséquence naturelle, presque nécessaire, de la souveraineté nationale : et pour que cette règle, simple et fondamentale, soit efficace, il faut que la durée des fonctions soit à terme fixe, inférieure dans tous les cas à la durée de la vie entière. Cela exclut même la monarchie élective » (*ibid*., p.297).
2916 Cité par G. Sacriste, Adhémar Esmein en son époque…, op.cit., p.30.
2917 J.-M. Denquin, Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein, in S. Pinon, P.-H. Prélot (dir.), Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op.cit., p.138. Dans ses Éléments, Esmein traite de la souveraineté nationale dans le chapitre 2 du titre II de la première partie, à laquelle il consacre pratiquement 180 pages (A. Esmein, Éléments…, op.cit., p.272-450).
2918 A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.264.
2919 « L'État, de sa nature, est perpétuel et son existence juridique n'admet aucune discontinuité. Personnifiant la nation, il est destiné à durer autant que la nation elle-même. Sans doute *la forme de l'État*, les personnes réelles en qui la souveraineté s'incarne momentanément, peuvent changer avec le temps et par l'effet des révolutions. Mais cela n'altère pas l'essence même de l'État, cela ne rompt pas la continuité de son existence, pas plus que la vie nationale ne se fractionne ou ne s'interrompt par le renouvellement des générations successives » (A. Esmein, Éléments…, op. cit., p. 3).
2920 A. Esmein, Éléments..., op.cit., p. 291.

d'établir la distinction entre la souveraineté d'origine et la souveraineté d'exercice[2921]. La Nation, comme entité abstraite et transcendante en est le titulaire permanent et originel, la génération présente n'en est que l'exécuteur. Un processus de dévolution s'opère dès lors : la nation - titulaire permanent de la souveraineté - délègue l'exercice de cette souveraineté à la génération présente formée des citoyens actuels et vivants. La distinction entre la communauté de générations successives et la génération présente emporte ainsi dans la pensée d'Esmein la distinction entre la « nation entière » et la « nation légale » : « La nation, en qui réside la souveraineté, étant non pas une personne réelle, mais une collectivité d'individus, ne peut avoir par elle-même de volonté. L'équivalent de cette volonté, indispensable pour l'exercice de la souveraineté, ne peut se trouver que dans les volontés concordantes d'un certain nombre d'individus pris dans le corps de la nation. La résultante de leurs voix ou votes sera considérée comme l'expression de la volonté nationale. Le droit de prendre part à cette consultation est ce que l'on appelle le droit de suffrage politique ; ceux qui le possèdent, ou électeurs politiques, constituent la nation légale »[2922].

602. Le corps formé par les titulaires du droit de vote a donc pour rôle de « représenter » la nation dans l'exercice de la souveraineté dont elle est la seule titulaire. On est ainsi face à un aspect fondamental de la pensée constitutionnelle d'Esmein : la souveraineté réside dans la nation entière et non pas seulement en ceux qui jouissent du droit électoral. Ce faisant, cette conceptualisation lui permet d'associer le principe de la souveraineté nationale avec les règles du gouvernement représentatif[2923], conformément à la finalité de son ouvrage qui tend à « construire une théorie constitutionnelle alliant les principes issus de la Révolution avec les institutions représentatives léguées par l'histoire politique anglaise »[2924]. S'il ne conteste pas le suffrage universel, l'objectif

2921 Comme le note Antoine Chopplet, « opérer une distinction entre le titulaire originaire de la souveraineté et le corps qui sera chargé de l'exercer au moyen de l'élection de représentants ne constitue pas, en soi, une originalité propre à la théorie d'Adhémar Esmein » (A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.266). Il ajoute que « la théorie esmeinienne reprend d'abord une distinction déjà établie par les doctrinaires sous la Monarchie de Juillet entre la souveraineté d'origine et la souveraineté d'exercice. Si Guizot admettait la nation ou le peuple comme titulaire originaire de la souveraineté, c'est bien « la raison » – concept abstrait s'il en est – qui devait en assurer l'exercice et qui justifiait dès lors un droit de suffrage extrêmement restreint » (*ibid*., p.265). De même, la grande majorité des publicistes de la fin du XIXe siècle envisage une différenciation entre le titulaire premier de la souveraineté – « peuple » ou « nation » – et les électeurs, c'est-à-dire les membres titulaires de droits politiques. C'est « ce qu'exprime Édouard Laboulaye dans ses Questions constitutionnelles en évoquant la représentation de la nation par les citoyens titulaires de ces droits politiques » (*ibid*., p.266).

2922 A. Esmein, Éléments..., op.cit., p. 299. Esmein le confirme à nouveau dans le chapitre consacré à la souveraineté nationale : « c'est le corps entier des électeurs qui a l'exercice de la souveraineté, et c'est le vote dans un certain sens de la majorité de ce corps électoral qui doit exprimer la volonté nationale » (*ibid*., p. 301).

2923 Comme le souligne Antoine Chopplet, « la conciliation établie dans Éléments de droit constitutionnel entre souveraineté nationale et gouvernement représentatif se fonde sur l'idée de nation, distincte du corps électoral. La nation exerce la souveraineté dont elle est titulaire par l'élection à temps de ses représentants – c'est là le critère du gouvernement représentatif (...) – au moyen des agents agissants que sont les électeurs. L'élection à temps constitue l'acte positif d'exercice de la souveraineté nationale et en devient le symbole » (A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.291).

2924 *Ibid*., p.290. Comme l'observe Antoine Chopplet, « la notion révolutionnaire de souveraineté nationale ne trouve aucune correspondance ou traduction juridique en droit anglais et n'a jamais fondé le discours constitutionnel des publicistes anglais. (…) Le droit public anglais tient pour seul détenteur légal de la souveraineté le Parlement formé du monarque et des deux chambres. Il n'y a donc aucune nécessité pour les auteurs anglais à conceptualiser juridiquement l'existence d'une entité fictive, distincte du corps des électeurs, et titulaire originel de la souveraineté » (A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.290). A l'inverse, « les Anglais ont inventé le gouvernement représentatif et le

d'Esmein est donc bien d'en limiter les effets pour préserver l'idée de représentation. Comme le reconnaît Pierre Rosanvallon, « l'œuvre d'Adhémar Esmein va jouer là un rôle décisif pour lier la tradition révolutionnaire française à la vision d'une démocratie limitée »[2925]. Son idée personnelle de la souveraineté nationale représente donc un tournant dans la pensée constitutionnelle française, à partir de laquelle il tire plusieurs conséquences juridiques, et notamment le mécanisme des immunités parlementaires.

603. En ce sens, cette dernière affirmation permet de mettre en lumière l'attitude épistémologique particulière suivie par Esmein, qui constitue un préalable indispensable et complémentaire à la compréhension de sa conception des immunités parlementaires. A l'image de ses collègues chargés du cours de droit constitutionnel, Esmein s'interroge sur la méthode à employer pour appréhender le droit, et notamment le droit constitutionnel, et établir ainsi le caractère scientifique de cette nouvelle discipline. Il distingue deux méthodes opposées, la méthode « dogmatique » d'un côté, la méthode « d'observation » de l'autre[2926]. La première méthode, « aussi vieille que le droit »[2927] est déductive et abstraite. Elle s'appuie sur des concepts définis *a priori* pour apprécier la réalité. La seconde méthode qui est « appelée à renouveler toutes les sciences juridiques »[2928] et à les ériger à la hauteur des sciences expérimentales telles que la physique ou la chimie, est inductive. Elle part de la double observation du droit comparé et de l'histoire du droit. Or, « tandis que certains estiment que seule la seconde méthode garantit la scientificité du droit constitutionnel, Adhémar Esmein pense les deux méthodes sur le mode de la complémentarité »[2929]. Autrement dit, le professeur parisien prend généralement pour point départ des principes abstraits et axiomatiques pour intégrer et modeler les données du droit positif, tout en prenant appui dans le même temps, à des degrés divers, sur les enseignements du droit comparé et de l'histoire du droit. C'est sur ce double mode complémentaire qu'Esmein analyse les statuts dérogatoires des membres des assemblées.

gouvernement parlementaire » (J.-M. Denquin, Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein, op.cit., p.138).
2925 P. Rosanvallon, La démocratie inachevée…, op.cit., p.231.
2926 *v.* J. Boudon, Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution, op.cit., p.89.
2927 Cité par J. Boudon, Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution, op.cit., p.89.
2928 *Ibid*.
2929 V. Champeil-Desplats, Doctrine administrative et doctrine constitutionnaliste : question de méthodes, op.cit., p.15 ; H. Nézard, De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel, Mélanges Carré de Malberg, Paris : Sirey, 1933, p.375. Cependant, cette idée de complémentarité des méthodes d'Esmein n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Comme l'a démontré Guillaume Sacriste, pour la majorité des juristes de son époque tels que Deslandres, Saleilles et Gény, Esmein est présenté comme le prophète de la méthode dogmatique (G. Sacriste, Droit, histoire et politique en 1900, op.cit., p.87), même si Joseph-Barthélemy pense le contraire dans la préface à la sixième édition des Éléments. Le légiste parisien est demeuré, selon eux, dans un univers conceptuel essentiellement déductif à rebours - paradoxalement - de la méthodologie inductive dominante dans la science du droit constitutionnel naissante. En effet, « Esmein, le père (légitime) du droit constitutionnel sous a IIIème République, utilise une méthode scientifique dévalorisée par les jeunes professeurs de droit, et notamment par les constitutionnalistes » (*ibid*., p.90). Il est donc possible de considérer à leurs yeux qu'Esmein se rapproche plutôt de la génération antérieure, telle que Victor Molinier comme nous l'avons examiné.

2. La conception esmeinienne des immunités parlementaires façonnée par une démarche dogmatique et historico-comparative orientée

Une méthode dogmatique basée sur le postulat central de la souveraineté nationale (**a**), corrélée avec une méthode historico-comparative (**b**), façonne toute la conception esmeinienne des immunités parlementaires.

a. Le dogme de la souveraineté nationale, vecteur d'engendrement des immunités parlementaires

604. La lecture esmeinienne des immunités parlementaires contenues dans les lois constitutionnelles de 1875 obéit largement à un processus d'auto-engendrement fondé sur le postulat central de son œuvre constitutionnelle, la souveraineté nationale. Il aborde cette question dans la section II du chapitre V de la Partie 2 de ses Éléments, intitulée « Privilèges et garanties qui appartiennent aux deux chambres prises en corps »[2930], et plus spécifiquement dans le paragraphe 2, « Droits et garanties assurées aux membres des Chambres individuellement considérés »[2931]. Conformément à sa logique inductive, avant d'aborder spécifiquement ce sujet, Esmein a *préalablement* défini rigoureusement l'idée générale de la souveraineté nationale, son sens, son fondement et les conséquences juridiques de ce principe. Il la caractérise de la manière suivante : « la souveraineté, chez un peuple, réside dans le corps entier de la nation et ne saurait résider ailleurs »[2932]. La Nation représente donc « le pivot de la théorie de la souveraineté nationale chez Esmein et permet une conciliation (…) avec le gouvernement représentatif »[2933]. Appréhendée comme une entité transcendante et abstraite, distincte de la somme des individus et des générations qui la composent comme il a été expliqué précédemment, sa conception de la Nation permet d'affirmer l'unité de la souveraineté et de contester la souveraineté supposée de l'électeur[2934]. De surcroît, de sa conception dérive la détermination du rôle de l'élu et de l'électeur et des rapports qui s'établissent entre eux, dont il fait juridiquement l'exposé dans le chapitre consacré à la souveraineté nationale. La distinction qu'il établit entre la nation et le corps électoral – c'est-à-dire entre la

2930 A. Esmein, Éléments…, op.cit., p.928.
2931 *Ibid*., p.953.
2932 *Ibid*., p.272.
2933 A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.311.
2934 Il s'agit pour le professeur parisien de « contrecarrer toutes les théories politiques inspirées de la prétendue conception rousseausiste de la souveraineté – la souveraineté « du peuple » *stricto sensu* sous la plume de Carré de Malberg – et qui tendent au fractionnement de la souveraineté entre les mains de chaque membre du corps électoral » (*Ibid*.). Pourtant, comme le souligne Antoine Chopplet, « en 1894, deux ans avant la parution des Éléments de droit constitutionnel, Esmein semble donner une première définition de la nation dans (son article doctrinal) « Deux formes de gouvernement ». La nation y est définie plusieurs fois comme l'équivalent pur et simple du « corps électoral » (A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.282).

souveraineté d'origine et la souveraineté d'exercice - emporte que « c'est le corps entier de ces électeurs qui a l'exercice de la souveraineté, et, c'est le vote dans un certain sens de la majorité de ce corps électoral qui doit exprimer la volonté nationale »[2935]. Autrement dit, à ses yeux, l'électeur est tenu comme « un agent de la nation censé exprimer, par sa participation au scrutin, la volonté de la nation, et non sa volonté propre d'individu-électeur »[2936]. Esmein le conçoit uniquement comme « un membre tiré du corps de la nation »[2937] auquel est assignée une fonction, en qualité de membre du corps électoral, celle de choisir des représentants par voie d'élection au nom de la nation[2938]. En conséquence, le représentant élu est « le représentant de la nation »[2939] et non le représentant de ses électeurs :

> « *Les représentants ne tiennent pas leurs pouvoirs, en droit, du collège électoral qui les a élus, mais de la nation tout entière. Il(s) participent, en effet, à l'exercice de la souveraineté. Or, celle-ci « appartient à la nation, aucune section du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice », ni encore moins le déléguer. Cette vérité a été traduite dans la Constitution de 1791 par une formule heureuse, répétée depuis lors par bien des Constitutions : « Les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat* » »[2940].

605. Le principe de souveraineté nationale s'oppose par là-même, dans le suffrage politique et en droit, à ce qu'Esmein désigne sous le nom de « représentation des intérêts »[2941]. Dès lors, le statut de l'élu comme représentant ou délégué de la nation dans l'exercice du pouvoir justifie et fonde, aux yeux du légiste parisien, son indépendance totale vis-à-vis des membres du corps électoral qui l'a

2935 A. Esmein, Éléments…, op. cit., p.301. Comme le souligne Antoine Chopplet, les *Éléments de droit constitutionnel* semblent avoir envisager « un véritable processus de « représentation » de la nation par les membres du corps électoral, c'est-à-dire par les individus titulaires du droit de vote » (A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.311). Il cite alors Esmein : « La souveraineté appartient en réalité à la nation elle-même, distincte des individus, comprenant le développement des générations successives. Les citoyens existants ont nécessairement l'exercice de la souveraineté, mais ils n'en ont que l'exercice : ils sont en quelque sorte les premiers et nécessaires représentants de la nation » (*ibid*., p.311).

2936 *Ibid*., p.326.

2937 A. Esmein, Éléments…, op. cit., p.299.

2938 Par conséquent, pour Esmein, « le statut de l'électeur comme mandataire ou représentant de la nation dans le choix des représentants justifie (…) la théorie de l'électorat-fonction héritée de la Révolution française » (A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.312). Elle impose que « l'électeur agisse, par l'élection, non pour lui-même et individuellement, mais au nom de l'entité collective qui lui est supérieure et qui le mandate. De sorte qu'il ne s'agit pas pour l'électeur de provoquer une représentation de lui-même et de son opinion par l'acte électoral, mais bien une représentation de la nation » (*ibid*., p.313).

2939 Il convient, cependant, de noter, comme l'a fait très justement Antoine Chopplet dans sa thèse, qu'« à de nombreuses reprises dans son ouvrage, Esmein évoque les « représentants du peuple » pour désigner les élus à propos desquels il explique qu'ils sont les représentants de la « nation tout entière » » (*ibid*., p.285). Or ce défaut de distinction des termes « emporte celle des expressions « souveraineté populaire » et « souveraineté nationale ». (Son article doctrinal) « Deux formes de gouvernement » n'établit pas la distinction et on trouve dans les Éléments de droit constitutionnel plusieurs occurrences des expressions « souveraineté du peuple », « souveraineté populaire » ou « peuple souverain » (*ibid*.). Il est donc possible d'arriver à la conclusion qu'« il n'y a (…) pas dans l'esprit d'Esmein d'opposition formelle entre le peuple et la nation, et encore moins entre la « souveraineté populaire » et la « souveraineté nationale » telle qu'elle sera exposée par Carré de Malberg en 1920 » (*ibid*.).

2940 A. Esmein, Éléments…, op. cit., p.307.

2941 « Les collèges électoraux ne sauraient être composés de personnes formant un groupe antérieurement organisé pour représenter des intérêts corporatifs ou classées et réunies par des affinités professionnelles ou économiques. (…) Mais (ce système) ne saurait se concilier avec le principe de la souveraineté nationale, d'après lequel tous les citoyens électeurs, absolument égaux entre eux, ont nécessairement le même titre et la même qualité. La souveraineté nationale c'est, en droit, la négation de tout système de classes » (*ibid*., p.183).

élu, ainsi que l'exclusivité de sa fonction de délibération et du vote de la loi indépendamment des électeurs[2942]:

> « *Ce qui caractérise les représentants du peuple souverain, c'est que dans la limite des attributions qui leur sont conférées, ils sont appelés à décider librement, arbitrairement, au nom du peuple, qui est censé vouloir par leur volonté et parler par leur bouche. Le délégué du souverain qui n'aurait en aucun cas un pouvoir de décision propre, dont tous les actes seraient déterminés d'avance par des règles légales ou par des instructions obligatoires, ou qui ne pourrait rien décider sans la ratification du souverain, celui-là ne serait pas un vrai représentant* »[2943].

En fin de compte, la théorie nouvelle de la souveraineté nationale développée par Esmein dans les *Éléments de droit constitutionnel* permet, au moyen du concept de nation, de consolider les règles du gouvernement représentatif[2944].

606. Logiquement, selon un procédé inductif, Esmein va ensuite dégager les implications du principe de la souveraineté nationale tel qu'il l'a conçu et mis en lumière. Il expose à cet effet la technique juridique, c'est-à-dire les dispositifs juridiques par lesquels les lois constitutionnelles de 1875 ont réalisé cette idée cardinale. De ce point de vue, le professeur parisien fait *des immunités parlementaires*[2945] la conséquence logique – mais non exclusive - de la souveraineté nationale. Il recense un ensemble de privilèges et garanties reconnus aux parlementaires qui présentent « tous un même objet : ils sont destinés à assurer aux deux chambres leur pleine indépendance et leur libre

2942 Sa conception de la Nation lui permet d'établir le monopole parlementaire de la loi. Dans « Deux formes de gouvernement », Esmein prônait déjà l'idée que la loi ne pouvait qu'être que « la simple expression de la volonté nationale que les députés ont pour mission de traduire » (Adhémar Esmein, Deux formes de gouvernement, op.cit., p. 38). Les Éléments de droit constitutionnel en sont la confirmation : « La loi doit nécessairement procéder de la nation, en ce sens que la nation souveraine peut seule faire les lois ou conférer le pouvoir de les faire ; mais il n'est pas vrai que la loi soit nécessairement et simplement l'expression directe et immédiate de la volonté générale, formulée d'une façon précise par la majorité des citoyens. Elle est, avant tout, une règle de justice et d'intérêt public. Si elle a nécessairement à sa base l'autorité du souverain, personne n'oserait dire que le souverain pourrait, de parti pris, édicter des lois injustes ou nuisibles ; et le système de gouvernement qui, tout en faisant de la nation la source constante de toute autorité, pourra le mieux assurer que de semblables lois ne seront pas votées de bonne foi, mais par erreur, ce système sera le meilleur et le plus légitime. Le gouvernement représentatif fournit-il plus de chances que le gouvernement direct pour obtenir une législation juste, utile, rationnelle ? Là est toute la question, et cette question ne saurait être douteuse » (A. Esmein, Éléments…, op.cit., p.400-401). Comme le souligne Antoine Chopplet, « au moyen du concept de nation souveraine, Esmein semble opposer la volonté présente et directe des électeurs politiques à la loi entendue comme règle de justice et d'intérêt général. De sorte que le lecteur doit comprendre que l'intérêt du corps électoral, c'est-à-dire de la portion du peuple actuel dotée des droits politiques, ne correspond pas toujours à l'intérêt public, entendu comme intérêt de la nation. C'est là la condamnation du gouvernement direct et la consécration du gouvernement représentatif » (A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.357). Cf. sur ce point : G. Sacriste, Adhémar Esmein…, op.cit., p.38-42.

2943 *Ibid*., p.392.

2944 Il est frappant de constater que « la rigueur scientifique avec laquelle Esmein a construit l'architecture théorique du droit constitutionnel, cache (…) en réalité, une orientation idéologique marquée » (J. Lainé, Empirisme et conceptualisme en droit constitutionnel, op.cit., p.113). Comme l'a mis en lumière Guillaume Sacriste, sa défense de la souveraineté nationale visait « à fonder en nature, sur la base de l'observation des faits, non seulement le suffrage universel mais également la prédominance du Parlement (…) ainsi que celle de la loi sur le règlement ou sur tout autre source du droit. Surtout, son agencement théorique légitimait très largement l'omnipotence de la Chambre basse en établissant une chaîne de justification reliant la souveraineté nationale à la souveraineté parlementaire, en passant par le suffrage universel » (G. Sacriste, Adhémar Esmein en son époque…, op.cit., p.33). C'était par là-même, sur le plan politique, assurer aux majorités parlementaires de la plénitude du pouvoir politique.

2945 Esmein préfère l'expression juridique d'« immunités parlementaires » à celle d'« inviolabilité parlementaire » : comme il l'affirme, « au lieu d'*immunités parlementaires*, on dit quelque fois *inviolabilité parlementaire*, les membres des assemblées représentatives étant déclarés inviolables. C'est un langage qu'ont même employé certaines Constitutions françaises. Mais c'est là une expression impropre et qui éveille des idées exagérées et fausses » (*ibid*., p.954).

fonctionnement »[2946]. Ils les divisent entre ceux appartenant aux deux chambres prises en corps[2947] et ceux assurés aux membres des chambres individuellement considérés. Rangeant les immunités parlementaires dans la seconde catégorie à côté de l'indemnité parlementaire[2948], Esmein conteste leur apparence de faveurs accordées aux membres du Parlement. Au contraire, il les fait découler directement, dans leur ensemble, de leur qualité de représentant de la Nation et de leur nécessaire liberté : les membres des assemblées législatives sont ceux, selon lui, « qui ont le plus largement le caractère représentatif (…), et qui jouissent en même temps et nécessairement de la plus large irresponsabilité »[2949]. Dès lors, ces avantages n'existent « que dans l'intérêt de l'Assemblée elle-même, à laquelle appartiennent ceux qui en profitent, et dans l'intérêt de la nation que représente cette Assemblée. Elles ont pour but d'assurer l'indépendance et le libre fonctionnement de l'Assemblée »[2950]. Elles sont donc établies « dans l'intérêt public, non dans un intérêt particulier »[2951]. Le lien étroit qu'établit Esmein entre les immunités parlementaires et la souveraineté nationale est clair et évident. En outre, il est intéressant de souligner que le légiste parisien attribue un même fondement à l'inviolabilité parlementaire – dont il n'emploie pas le terme[2952] - et à l'irresponsabilité parlementaire qui est la souveraineté nationale. Comme il le déclare, cette seconde immunité a « au fond la même raison d'être que la première. Il s'agit d'assurer aux représentants l'indépendance et la sécurité la plus complète pour l'accomplissement de leur mission »[2953].

607. Néanmoins, il convient de noter que la souveraineté nationale n'est pas pour Esmein la seule raison d'être de ces deux privilèges exorbitants. Pour lui, ces derniers trouvent également leur justification dans un autre principe axiomatique du droit constitutionnel[2954] tout aussi cardinal, *la séparation des pouvoirs*. Profondément attaché à la philosophie de Montesquieu et à ses écrits, il estime la séparation des pouvoirs « comme un véritable principe général de droit constitutionnel, principe d'organisation institutionnelle commun à l'ensemble des États libres, c'est-à-dire des constitutions ayant la liberté politique pour objet direct »[2955], sans donner cependant de définition juridique précise de ce concept dans son œuvre constitutionnelle[2956]. En ce sens, à partir de ce

2946 A. Esmein, Éléments…, op.cit., p.299.
2947 *Ibid*., p.928.
2948 Esmein ajoute un troisième privilège individuellement reconnu aux membres des deux Chambres : afin d'assurer le libre accomplissement de leur mission, ils ne peuvent, en principe, faire en temps de paix aucun service militaire pendant la durée des sessions d'après la loi du 20 juillet 1895 (art.1). Logiquement, il n'est possible d'y déroger qu'après décision favorable de l'Assemblée à laquelle il appartient et le consentement de l'intéressé, sur la demande du Ministre de la Guerre (art.2). Mais, comme le note Esmein, « cette protection ne vise que le temps de paix puisqu'en temps de guerre, les membres des Assemblées sont soumis aux mêmes obligations militaires que les autres citoyens » (*ibid*., p.967).
2949 *Ibid*., p.440.
2950 *Ibid*., p.953.
2951 *Ibid*.
2952 *Ibid*., p.956
2953 *Ibid*.
2954 Esmein le qualifie de « principe général du droit constitutionnel » (A. Esmein, Éléments…, op.cit., p.59).
2955 A. Chopplet, Adhémar Esmein…, op.cit., p.367.
2956 *Ibid*., p.368.

concept, il fonde, de manière déductive, aussi bien la protection de l'article 13 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875[2957] que celle de l'article 14 de la même loi[2958]. On remarque ainsi que par l'intermédiaire de sa méthode dogmatique, le légiste parisien établit un lien étroit entre les privilèges parlementaires et plusieurs principes fondamentaux qu'il a préalablement mis en lumière, afin de construire un système juridique logique et libéral.

b. Les immunités parlementaires, institution du droit commun constitutionnel français et étranger selon une vision engagée de l'histoire constitutionnelle

608. Le héraut de la méthode dogmatique complète son analyse des privilèges parlementaires à l'aide d'une seconde méthode auxiliaire, tout aussi importante à ses yeux, et qui participe également à leur légitimation : *la méthode d'observation*. Cette dernière comporte deux variantes, l'histoire du droit et le droit comparé, lesquels sont perçus par Esmein comme deux méthodes inductives à finalité principalement scientifique. *D'un côté*, il « revendique l'emploi de la « méthode historique » »[2959]. L'histoire du droit, et notamment celle des Constitutions françaises, « longtemps parent pauvre de la discipline »[2960], connaît un développement substantiel dans son œuvre constitutionnelle, et notamment dans son manuel de droit constitutionnel, puisque le professeur parisien ne voit « aucune contradiction à être constitutionnaliste et historien du droit »[2961]. Mais, paradoxalement, « ce juriste polyvalent (..) n'a pas laissé de texte à caractère programmatique sur l'objet et la méthode de l'histoire du droit. C'est à travers l'ensemble de son œuvre que l'on doit chercher à reconstituer les ambitions de l'historien de droit »[2962]. *De l'autre*, le droit comparé qu'il perçoit comme une méthode de rénovation de la science juridique, permet selon lui de « souligner

2957 Évoquant l'irresponsabilité parlementaire, Esmein considère que les constituants de 1875 ont « craint que le représentant, soit de la part du pouvoir exécutif, soit de la part des simples particuliers, se trouve exposé à des poursuites vexatoires, à raison de l'accomplissement de ses fonctions et sous le prétexte qu'il y aurait commis un délit. Pour garantir pleinement son indépendance, pour écarter les poursuites à raison de délits imaginaires, il a paru nécessaire de soustraire à l'action de la loi même les délits réels, qui peuvent être contenus dans l'acte par lequel il exerce sa fonction » (A. Esmein, Éléments…, op. cit., p.955).

2958 Traitant de la raison d'être de l'inviolabilité parlementaire, Esmein affirme qu'« il ne faut pas que, par des poursuites vexatoires et mal fondées, le pouvoir exécutif ou les particuliers puissent arracher le sénateur ou le député aux travaux parlementaires, ou le troubler, l'inquiéter, l'intimider » (*ibid*., p.956).

2959 J.-L. Halpérin, Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, Revue historique de droit français et étranger, vol.75, n°3, 1997, p. 422. Il s'avère qu'« historien du droit, Esmein l'a été pleinement par les chaires professorales qu'il a occupées, par son engagement décisif pour la création de l'agrégation d'histoire du droit et par son œuvre considérable dans cette discipline, comportant des dizaines d'articles et d'ouvrages, dont un manuel destiné à devenir canonique, le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (1892) » (J.-L. Halpérin, De l'histoire au droit constitutionnel, in S. Pinon, P.-H. Prélot (dir.), Le droit constitutionnel…, op.cit., p.45).

2960 A. Braun, « A. Chopplet, Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté », Paris : Mare & Martin, 2016, Civitas Europa, vol.37, n°2, 2016, p.411.

2961 J.-L. Halpérin, De l'histoire au droit constitutionnel, op.cit., p.45.

2962 J.-L. Halpérin, Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, op.cit., p.415.

que, dans plusieurs législations, on retrouve l'application des mêmes idées fondamentales ou, au contraire, comment des idées fondamentales divergentes sont à l'œuvre »[2963].

609. En ce sens, son traitement des immunités parlementaires inscrites dans les lois constitutionnelles de 1875 est l'expression de sa démarche historico-comparative puisque c'est sur ce double terrain *orienté* qu'il se place pour les examiner. Concernant l'irresponsabilité parlementaire, Esmein commence par démontrer, de manière symptomatique, que l'histoire et le droit comparé sont des sources d'explication majeures de cet outil juridique. Comme il l'affirme, « pour comprendre cette règle, il faut d'abord connaître son origine historique »[2964]. Il rappelle, à cet effet, qu'elle trouve son origine dans le droit anglais : « du XIVe au XVIe siècle, on avait vu un certain nombre de poursuites dirigées contre les membres de la Chambre des communes ; elles étaient fondées sur des propositions émises par eux et considérées comme attentatoires aux droits de la Couronne, sur des discours considérés comme injurieux, même parfois sur des votes. Les Communes avaient toujours protesté (…) Mais, après la Révolution de 1688, le *Bill of Rights* décida que « la liberté de la parole, des débats et des procédures dans le Parlement ne pourrait être l'objet d'une poursuite (*impeached*) ou être mises en question devant aucune cour ou dans aucun lieu en dehors du Parlement »[2965]. L'irresponsabilité parlementaire s'est donc imposée, comme le souligne Esmein selon les termes de Guizot, comme « un axiome du gouvernement représentatif »[2966]. Son importance, mise en exergue par l'histoire constitutionnelle anglaise, explique, selon Esmein, qu'elle fut consacrée quasiment par toutes les Constitutions françaises, et, à ses yeux, dès le décret du 23 juin 1789. À cet égard, son analyse de l'histoire constitutionnelle française lui fait dire que l'irresponsabilité parlementaire faut partie de « notre droit commun constitutionnel »[2967]. Cela signifie donc pour Esmein que ce privilège exorbitant n'est en rien une dérogation au droit commun mais une règle ordinaire de droit constitutionnel. Cependant, sur ce point, le constitutionnaliste parisien se contredit quelque peu. Son enseignement du droit criminel à Douai[2968] a laissé quelques traces dans sa conception des immunités parlementaires. Il semble privilégier une lecture pénaliste de celle-ci au détriment d'une lecture constitutionnelle, à deux reprises. Premièrement, comme il l'affirme, « on pourrait en déduire que le représentant est en principe soustrait à l'action des lois : il y est pleinement soumis au contraire, comme les autres citoyens, sauf qu'en deux points le droit commun est modifié en sa faveur »[2969]. Deuxièmement, il note que l'irresponsabilité est « en

2963 T. Rambaud, Adhémar Esmein et le droit comparé, in S. Pinon, P.-H. Prélot (dir.), Le droit constitutionnel…, op.cit., p.75.
2964 A. Esmein, Éléments…, op. cit., p.954.
2965 *Ibid*., p.954.
2966 *Ibid*.
2967 *Ibid*.
2968 J.-L. Halpérin, De l'histoire au droit constitutionnel, op.cit., p.45. Esmein est d'ailleurs primé en 1881 par l'Académie des sciences morales et politiques pour son « Histoire de la procédure criminelle en France » (*ibid*.). Cf. A. Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours, Paris : L. Larose et Forcel, 1882, p.596.
2969 A. Esmein, Éléments…, op. cit., p.955.

quelque sorte une *dispense générale* de la loi pénale, pour tous les actes que le sénateur ou député accomplit dans l'exercice même de ses fonctions, et qui peuvent contenir un délit faisant corps avec l'exercice de ces fonctions »[2970] et cite pour cela la jurisprudence judiciaire[2971]. En d'autres termes, l'irresponsabilité parlementaire est perçue par Esmein comme une exception à la loi commune et non comme une norme constitutionnelle de droit objectif.

610. En outre, il applique la même méthode historico-comparative lors de son étude de l'inviolabilité parlementaire. Mais il remarque qu' historiquement, « ce n'est pas le droit anglais qui a fourni le modèle de cette immunité, telle qu'elle se présente dans notre droit constitutionnel »[2972], dans la mesure où celui-ci protège uniquement de la contrainte par corps et non contre les arrestations ou poursuites motivées par des crimes ou délits. Comme il le souligne, le droit anglais « s'est préoccupé de bonne heure de protéger les membres du Parlement, pairs ou *commoners*, contre certaines poursuites ou arrestations, mais le privilège de *freedom from arrest*, qui en a été la conséquence, visait principalement, comme dernier objet, la contrainte par corps »[2973]. Or, en France, « c'est contre les poursuites pénales qu'on a surtout cru nécessaires (…) de protéger les représentants »[2974]. On observe, dès lors, qu'ici le droit comparé ne peut servir pour Esmein de moyen de justification de l'inviolabilité parlementaire[2975]. Il insiste donc plus sur les racines historiques de ce dispositif. A ses yeux, l'inviolabilité des membres des Assemblées est née du décret de l'Assemblée du 26 juin 1790 et non du décret du 23 juin 1789[2976]. Sans affirmer qu'elle fait partie du droit commun constitutionnel, il constate que depuis 1790, « elle a toujours figuré dans notre droit constitutionnel, passant de constitution en constitution »[2977]. Mais le légiste parisien

2970 *Ibid*.

2971 Esmein rappelle que la Cour de Cassation a pu jugé le 24 février 1893 que si le vote, considéré en lui-même, échappe à toute poursuite et à toute répression, l'immunité parlementaire ne saurait innocenter les actes antérieurs et extérieurs, d'ailleurs punissables par eux-mêmes, qui forment la chaîne de faits dont le vote est le dernier anneau : « La disposition constitutionnelle qui protège les membres du Parlement contre toute poursuite à raison de leurs votes ne paraît donc pas susceptible de recevoir aucune application, le vote ne constituant jamais par lui-même et isolément un crime ou un délit. Elle peut simplement être considérée comme ayant une portée limitative du pouvoir législatif ; elle empêcherait les deux Chambres (si jamais pareille idée pouvait les séduire) de voter aucune loi incriminant, dans tel ou tel cas, les votes dont il s'agit » (cité par *ibid*., note 2, p.955-956).

2972 *Ibid*., p.957.

2973 *Ibid*.

2974 *Ibid*., p.958. Esmein observe, cependant, que la tradition constitutionnelle française en matière d'inviolabilité parlementaire avant la Charte de 1814 avait été de protéger le député « contre l'arrestation, non contre les premières poursuites » (*ibid*., p.960). Mais, après cette Charte, le système définitif de notre droit constitutionnel fut de protéger « l'arrestation à côté de la poursuite (ce qui avait l'avantage de permettre de tenir compte du flagrant délit) » (*ibid*.). Au final, « les termes géminés : *poursuivi et arrêté* ont été repris depuis lors, comme une monnaie courante, par les diverses constitutions ou lois qui ont organisé la même immunité », à l'image de l'article 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 (*ibid*.).

2975 Esmein modère tout de même son propos par rapport à l'influence relative du droit anglais sur le droit constitutionnel français : « la préoccupation, qui a si fort influé sur le droit anglais, s'est aussi fait sentir en France, lorsque la contrainte par corps y existait encore en matière civile ; elle se retrouve dans les Chartes et dans l'Acte additionnel de 1815 » (*ibid*., p.957-958).

2976 *Ibid*. Esmein souligne que la conception de l'inviolabilité parlementaire « n'a (…) point été fixée du premier coup » et dont le système était « assez mal conçu » (*ibid*.).

2977 *Ibid*. Esmein analyse, sur ce point, toutes les Constitutions françaises successives : *ibid*., p.958-960. Il souligne cependant que sous le Second Empire, l'inviolabilité parlementaire n'avait été inscrite que dans une loi, à l'article 11 du décret organique sur l'élection des députés du 2 février 1852.

relève tout de même que la protection exorbitante de l'article 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 soulève, comme pour l'irresponsabilité, des questions de procédure pénale, tout en renonçant à les examiner dans son traité de droit constitutionnel. Comme il le déclare, « il s'agit de déterminer la nature et la portée de la suspension qui en résulte relativement à l'exercice de l'action publique. Celles-là, je ne les étudie pas, renvoyant sur ce point aux traités de procédure criminelle »[2978]. Il préfère plutôt se concentrer sur les questions proprement constitutionnelles que soulève ce texte[2979].

611. Il apparaît ainsi qu'Esmein, à travers ses écrits, se montre favorable à chacune des composantes des immunités parlementaires, qu'il légitime en les articulant autour d'assises théoriques et historiques solides. Cependant, le chef de file de l'orthodoxie représentative ne défend pas, pour autant, une totale impunité des membres de l'assemblée. Il prône, au contraire, leur devoir de rendre des comptes, que ce soit politiquement ou juridiquement. *Politiquement*, le parlementaire, en tant qu'il est un simple mandataire de la Nation, est responsable de sa gestion devant elle : comme le déclare Esmein, « la souveraineté du peuple n'implique pas seulement que tous les pouvoirs émanent de la Nation et que celle-ci en confère le simple exercice ; elle implique aussi que tous ceux qui ont reçu l'exercice de ces pouvoirs sont responsables de l'usage qu'ils en ont fait. C'est là un axiome évident : toute personne qui exerce, non pas un droit dont le principe est en elle, mais un droit qui appartient à autrui et dont l'exercice lui a été confié, en doit compte au titulaire »[2980]. Néanmoins, en raison de son caractère impraticable et nuisible[2981], la mise en œuvre concrète de la responsabilité politique du représentant ne doit pas consister, selon lui, en une « responsabilité directe et formelle par voie de poursuite ou de révocation, à l'égard de ceux qui ont reçu la délégation des attributs de la souveraineté »[2982]. Pour le constitutionnaliste parisien, une seule solution existe, permettant de concilier souveraineté nationale et gouvernement représentatif : « il n'y a pour les représentants de la Nation qu'une responsabilité véritable, indirecte il est vrai, mais effective : c'est celle qui résulte de la durée limitée de leurs pouvoirs »[2983]. La responsabilité

2978 *Ibid*., p.956.
2979 A travers l'article 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, « il s'agit alors de déterminer quelle est la raison d'être de cette immunité ; quelle en est la portée : quels actes couvre-t-elle ? Quand existe-t-elle ? Enfin quels sont les droits et les devoirs qui en résultent pour chaque assemblée » (*ibid*.).
2980 A. Esmein, Éléments…, op.cit., p.296. Cependant, cette affirmation semble contradictoire en ce qu'il laisserait penser que l'électeur est le titulaire de la souveraineté puisque le représentant de la Nation devrait se présenter devant cers derniers qui pourraient ne pas le renouveler. Pourtant, Esmein a défendu l'idée que seule la Nation était la détentrice de la souveraineté.
2981 Pour Esmein, « ce droit de révocation électorale, outre qu'il serait presque impossible à organiser dans la pratique, est directement contraires à des principes déjà établis. Il est la négation même du gouvernement représentatif, qui suppose la pleine liberté de décision et de discussion chez les membres de l'Assemblée législative. Il ne serait pas moins contraire au principe de souveraineté nationale, qui fait de chaque député le représentant de la nation entière » (*ibid*., p.441).
2982 *Ibid*.
2983 *Ibid*., p.297. Esmein ajoute : « celui dont les pouvoirs expirent à terme fixe, lorsque ce terme n'est pas trop long et qu'il doit ensuite rentrer dans la classe des simples citoyens à moins que sa délégation soit renouvelée, n'abusera pas vraisemblablement de l'autorité qui lui a été confiée. Dans tous les cas, il n'en abusera que pendant un temps limité » (*ibid*.).

politique des représentants de la Nation réside donc, aux yeux d'Esmein, dans le renouvellement ou non de leur mandat arrivé à terme.

612. En outre, *juridiquement*, il admet certaines limites à leur protection exorbitante. Envisageant les immunités parlementaires comme des dérogations au droit commun selon un mode de pensée pénaliste, il affirme logiquement que « dans certains cas, et pendant certaines périodes, le droit commun reprend sur lui tout son empire et l'action publique sa pleine liberté »[2984]. À cet égard, la façon dont il conçoit ces différents tempéraments est la manifestation de son esprit pénaliste. Tout d'abord, il montre que l'inviolabilité dont bénéficie le parlementaire ne s'applique pas en matière de contravention de simple police, lequel peut être librement poursuivi en tout temps dans ce cas. Esmein avance deux justifications à cette interprétation, dont l'une est symptomatique de sa manière de raisonner. La première, classique, est liée à la nature même d'une contravention : « ici l'infraction, consistant en un fait matériel, sans recherche de l'intention, ne peut guère donner lieu à des poursuites mal fondées et le peu de gravité des peines encourues enlève à la poursuite et à la condamnation possible toute apparence de persécution »[2985]. La seconde est issue de l'utilisation d'un principe capital du droit pénal. De manière symptomatique, le constitutionnaliste-pénaliste parisien soutient que l'article 14 doit être interprété de manière technique et étroite, autrement dit selon les rigueurs du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, corollaire direct du principe de légalité : « la solution s'impose par cette considération que, somme toute, il y a là un privilège par rapport au droit commun et que les privilèges sont d'interprétation étroite »[2986]. Esmein priorise donc une interprétation pénaliste sur une interprétation constitutionnaliste. Par ailleurs, il soulève un second tempérament à l'inviolabilité des parlementaires : celle-ci n'existe que pendant la durée des sessions et elle cesse dans leur intervalle. Cela résulte du fait que, selon lui, « la poursuite (si elle se termine avant l'ouverture de la session suivante) n'aura pas pour effet de mettre le représentant dans l'impossibilité de remplir ses fonctions parlementaires »[2987]. Il réfute l'idée selon laquelle ce type d'immunité devrait être permanente et ne devrait cesser qu'avec le mandat lui-même, afin de « rehausser et faire éclater à tous les yeux la dignité de représentant du peuple »[2988]. La motivation de son refus est une nouvelle illustration de sa matrice pénaliste. Ce dernier impératif, le prestige des représentants, doit, à ses yeux, s'incliner devant le droit pénal : « les travaux parlementaires

2984 *Ibid*., p.956.
2985 *Ibid*., p.961.
2986 *Ibid*.
2987 *Ibid*.
2988 *Ibid*. Pour Esmein, cette règle, en vigueur dans les Constitutions de 1791, de 1793, de 1795 et de 1848, répond à un motif logique : « les Assemblées législatives étaient alors permanentes ; leurs membres étaient toujours virtuellement en activité et, par suite, l'immunité ne connaissait pas de suspension, pas plus que la vie de l'Assemblée elle-même » (*ibid*., p.961-962).

étant interrompus, le droit commun reprend le dessus »[2989]. La suspension des poursuites durant l'intervalle des sessions représente indéniablement « un hommage rendu à la justice criminelle »[2990].

613. Enfin, dernière limite, l'immunité du parlementaire cesse, même au cours de la session, en cas de flagrant délit. Cependant, Esmein met en lumière un problème qui divise la doctrine constitutionnelle classique : le flagrant délit permet l'arrestation du représentant mais, une fois l'arrestation opérée, une autorisation est-elle nécessaire pour que des poursuites puissent être exercées ? Or, pour répondre à cette question, Esmein recourt à nouveau à une logique pénaliste. Pour lui, la lettre de l'article 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 doit être pris « dans son sens précis et étroit »[2991]. En rédigeant cet article, les constituants de 1875 ont « en pleine connaissance de cause choisi entre deux systèmes opposés, et le texte même est formel, la restriction « sauf en cas de flagrant délit » est placée à la fin de l'article, après la mention de l'autorisation de la Chambre exigée en principe ; elle modifie tout ce qui précède et se rapporte non seulement à l'arrestation, mais aussi aux poursuites »[2992]. Par conséquent, optant pour une lecture stricte du texte, l'arrestation et les poursuites en matière criminelle et correctionnelle en cas de flagrant délit peuvent prospérer, selon lui, sans qu'aucune autorisation de la Chambre ne soit nécessaire. Or il est significatif de noter que sa position est pourtant contraire à notre histoire constitutionnelle et au « droit commun des Constitutions françaises »[2993] en la matière. Comme l'a pourtant mis en lumière Esmein lui-même, à part dans les deux Chartes et le décret organique du 2 février 1852, aucune n'a restreint la nécessité d'obtenir l'autorisation des Assemblées politiques pour poursuivre un de leurs membres même dans l'hypothèse d'un flagrant délit[2994]. On perçoit alors une limite de la méthode historico-comparative dans l'œuvre d'Esmein. Celle-ci obéit, en réalité, à une conception instrumentale et finalisée, c'est-à-dire que ses références faites à l'histoire et aux modèles étrangers « apparaissent singulièrement sélectives, car tournées vers le développement d'une réflexion sur la définition et la portée d'un constitutionnalisme démocratique, libéral et républicain. Certaines références sont volontairement écartées ou minorées »[2995]. Or, l'obligation

2989 *Ibid*., p.961. A contrario, Esmein estime qu'« au cours de la session, la sécurité de celui-ci doit l'emporter ; car dans l'intérêt public, il a besoin de sa liberté de vues, de toute sa tranquillité d'esprit » (*ibid*., p.961).
2990 *Ibid*.
2991 *Ibid*., p.965.
2992 *Ibid*. Esmein souligne que « la règle traditionnelle figurait dans le projet de Constitution déposé par M. Dufaure en 1873 ; il y était dit, article 13 : « Ils (les sénateurs et les représentants) ne peuvent être arrêtés en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, ni poursuivis qu'après que la Chambre dont ils font partie a autorisé la poursuite » (*ibid*., p.965, note 2).
2993 *Ibid*., p.964.
2994 Sa conception est même opposée aux pratiques parlementaires et à l'interprétation constante des Présidents de la Chambre basse sous la IIIème République dont Esmein fait pourtant lui-même le rappel. A plusieurs reprises (séances du 18 février 1892, du 8 mai 1894, 19 juin 1903, du 14 novembre 1905), les Présidents de l'Assemblée des députés ont rappelé que « sil est permis à l'autorité judiciaire de procéder, en flagrant délit, à l'arrestation d'un député, elle ne pourrait continuer les poursuites sans en référer à la Chambre » (cité par A. Esmein, *ibid*., p.965). Car il s'agit de « faire respecter en toute occasion les prérogatives parlementaires, instituées pour assurer l'indépendance de la représentation nationale » (*ibid*.). Malgré cela, Esmein est fermement convaincu : « nous n'en maintenons pas moins notre interprétation. Elle est juridiquement la seule possible » (*ibid*.).
2995 T. Rambaud, Adhémar Esmein et le droit comparé, op.cit., p.82. La science constitutionnaliste moderne est

d'une autorisation de l'Assemblée pour les poursuites dirigées contre un parlementaire lors d'un flagrant délit est éminemment libérale et est ancrée dans le patrimoine constitutionnel français.

614. Néanmoins, la pensée d'Esmein vis-à-vis de la question des immunités parlementaires mérite l'attention et surprend le lecteur contemporain par sa modernité. Malgré son caractère finalisé, son travail sur ce sujet représente une étape incontournable dans la longue marche entreprise par la science classique du droit constitutionnel en faveur de la systématisation de cet objet d'étude. Il conditionne d'ailleurs encore les grilles doctrinales et les réflexes du constitutionnalisme moderne. Ses présupposés méthodologiques et théoriques sont, à cet égard, riches d'enseignements. Renouvelant la science juridique en mêlant l'histoire et le droit comparé qu'il associe à la méthode dogmatique[2996], la doctrine d'Esmein consiste à établir, théoriquement, une vision républicaine des immunités parlementaires grâce au rattachement qu'il opère avec la règle supérieure de la souveraineté nationale, tout en prônant une lecture pénaliste. C'est sur ce même paradigme fondamental de la souveraineté nationale que Raymond Carré de Malberg fonde sa pensée relative aux privilèges exorbitants des législateurs.

B. Le « positivisme républicain » de Raymond Carré de Malberg

L'œuvre constitutionnelle de Raymond Carré de Malberg occupe « en France, dans l'histoire de la science du droit constitutionnel et de la théorie générale de l'État, une place exceptionnelle »[2997]. Après une disgrâce initiale à cause des idées de Léon Duguit, elle rencontre « un vif succès auprès de toute une génération de juristes (René Capitant, Charles Eisenmann, Georges Burdeau, Paul Bastid) »[2998] au point de s'être même « transformée, suivant une pente familière aux juristes, en un dogme incontestable, en une référence indépassable »[2999]. Cependant, la pensée de Carré de Malberg en matière d'immunités parlementaires présente un intérêt moindre par rapport à celle d'Adhémar Esmein. Contrairement à lui, Carré de Malberg ne s'est pas intéressé spécifiquement à la question des privilèges parlementaires. Il ne l'aborde qu'à titre extrêmement accessoire lorsqu'il

unanime pour reconnaître que la doctrine d'Esmein « était ouvertement prescriptive : considérant l'histoire du droit constitutionnel comme un progrès dont la IIIè République était la fin, Esmein ne cachait pas ses préférences. (…) La défense de la constitution et des valeurs républicaines apparaît comme la pensée maîtresse d'Esmein qui développa une vision discrètement engagée de l'histoire » (J.-L. Halpérin, Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, op.cit., p. 423-424).

2996 Le professeur parisien le démontre lui-même avec clarté dans la préface à la première édition des Éléments de droit constitutionnel au sujet desquels il écrit : « Dans une première partie, j'ai cherché à dégager et à construire la théorie juridique des institutions fondamentales et des règles supérieures qui, au XIXe siècle, figurent nécessairement ou alternativement dans le droit constitutionnel des peuples libres d'Occident. Je les ai ramenées aux deux sources uniques d'où elles dérivent et qui sont : d'un côté, la Constitution anglaise, et, d'autre part, la Révolution française et le mouvement d'idées qui l'a préparée. Je me suis efforcé de les éclairer par l'histoire et le droit comparé » (A. Esmein, Éléments…, op. cit., p. XVII).

2997 E. Maulin, La théorie de l'État de Carré de Malberg, Paris : PUF, 2003, p.1.

2998 O. Beaud, La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg, RDP, n°5, 1994, p.1251.

2999 *Ibid*.

réfléchit à la différence entre un mandat de droit civil et la représentation en droit public. À cet égard, la compréhension de ses postulats méthodologiques et théoriques personnels est, une nouvelle fois, un impératif catégorique pour accéder à l'essence de sa doctrine sur ce sujet.

615. Carré de Malberg est reconnu « comme l'un des interprètes les plus avisés des institutions consacrées par les lois constitutionnelles de 1875 »[3000], étant donné que le professeur strasbourgeois « relie le système aux principes révolutionnaires posés par la Constitution de 1791, conférant à un dispositif historiquement incertain une signification juridique clairement républicaine »[3001]. Le projet malbergien peut ainsi se résumer de la manière suivante : « contribuer juridiquement à l'élaboration d'une théorie générale de l'État d'après les principes constitutionnels issus de la Révolution »[3002]. En effet, pour lui, le droit révolutionnaire est non seulement au fondement de l'ordre juridique français, mais également à la racine de l'État moderne. À cet égard, dans la « Contribution à la théorie générale de l'État », il discerne, au cœur du système organisé par la norme constitutionnelle de 1875, le principe révolutionnaire de la souveraineté nationale, qui lui apparaît également comme l'essence de l'État moderne. Mais si Carré de Malberg rejoint Esmein sur sa centralité, il s'en démarque quelque peu par ces contours. À ses yeux, en vertu de ce principe, seule la nation est souveraine et par nation, souligne le publiciste strasbourgeois « les fondateurs du principe ont entendu la collectivité « indivisible » des citoyens, c'est-à-dire une entité extra-individuelle, donc aussi un être abstrait, celui-là même en définitive qui trouve en l'État sa personnification »[3003]. Or affirmer que la souveraineté appartient à la nation revient à poser une règle fondamentale « au terme de laquelle nul ne peut prétendre exercer personnellement ou individuellement tout ou partie de la souveraineté »[3004]. Il juge que cette réalisation opérée par la Constituante a fait accomplir au droit public un grand progrès en ce que la souveraineté nationale s'éloigne à la fois de la souveraineté monarchique et populaire. Car, pour Carré de Malberg, ces deux types de souveraineté « souffrent d'un même défaut : celui de fonder le pouvoir du roi ou du peuple sur une compétence personnelle ou individuelle du ou des gouvernants, en sorte que le monarque comme le peuple peuvent se trouver en situation d'exercer directement le pouvoir qu'ils détiennent »[3005]. La souveraineté nationale a donc modifié le titulaire du pouvoir mais surtout la nature même de l'exercice du pouvoir. La Nation, être anonyme et abstrait, est le titulaire du pouvoir qu'elle ne peut pas exercer par elle-même, mais dont elle doit, par conséquent, « déléguer » l'exercice à un « représentant »[3006]. De ce point de vue, à l'image d'Esmein, Carré de Malberg

3000 *Ibid*.
3001 *Ibid*., p.1-2.
3002 E. Maulin, Carré de Malberg Raymond (1861-1935), in O. Cayla, J.-L. Halpérin (dir.), Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, Paris : Dalloz, 2010, p.83.
3003 R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, t.1, Paris : Librairie Recueil Sirey, 1920, p.87 (réimprimée par les éditions Dalloz en 2003).
3004 P. Brunet, Les idées constitutionnelles de Raymond Carré de Malberg (1861-1935), op.cit., p.9.
3005 *Ibid*.
3006 D'ailleurs, cet exercice indirect de la souveraineté est compatible avec le concept même d'État et représente, dès

considère que le principe de la souveraineté nationale aboutit à « une forme de régime représentatif dont la signification est précisément de ne plus re-présenter une volonté antérieure mais de la produire »[3007]. Mais si le théoricien strasbourgeois ne fait, selon lui, que retranscrire le sens que donnaient les constituants de 1791 au « régime représentatif »[3008], il le repense sous la fameuse forme d'une *théorie de l'organe d'État*[3009].

616. Comme l'estime Pierre Brunet, « la doctrine de l'organe occupe une place considérable dans la Contribution, au point que l'on peut, sans grand risque de se tromper, affirmer qu'elle constitue l'un de ses apports majeurs »[3010], même si ses matériaux semblent d'origine allemande[3011]. Elle désigne le fait que la Nation souveraine, confondue avec l'État, n'agit qu'à travers des organes constitués dont la puissance est conditionnée par la Constitution[3012]. Un organe est donc, aux yeux de Carré de Malberg, un individu qui exerce une fonction juridique spécifique, déterminée, celle de créer une volonté initiale, la volonté de l'État. Néanmoins, un individu ne peut être considéré comme un organe qu'en vertu d'une habilitation constitutionnelle. C'est pourquoi « le pouvoir dont est titulaire la nation se trouve immédiatement subordonné à la Constitution qui organise l'État et donne compétence aux organes pour formuler la volonté nationale »[3013]. Comme l'affirme le publiciste strasbourgeois, c'est à la Constitution qu'il revient de « déterminer les personnes qui seront chargées de vouloir pour le compte de l'être collectif »[3014]. En définitive, à travers ce concept d'organe, Carré

lors, le cœur de sa théorie de l'État. Le principe de souveraineté nationale permet d'instituer « le lieu de la souveraineté comme un lieu vide et découle directement de la définition de l'État comme personnification juridique de la Nation » (*Ibid*.).

3007 E. Maulin, La théorie de l'État…, op.cit., p.120. Carré de Malberg cite lui-même Esmein : « C'est dans la forme du gouvernement représentatif que s'est attestée et exercée la souveraineté nationale dans les temps modernes » (cité par R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, t.2, Paris : Librairie Recueil Sirey, 1922, p.199). De cette affirmation il en tire l'enseignement que « cet auteur marque nettement la relation qui existe entre le régime représentatif et le principe de souveraineté de la nation » (*ibid*.). Par cet argument d'autorité, il en arrive donc à la conclusion suivante : « ainsi, il est avéré que le régime représentatif prend son point de départ dans le système de la souveraineté nationale, comme aussi inversement la notion de souveraineté nationale aboutit essentiellement au gouvernement représentatif » (*ibid*.).

3008 v. *ibid*., p.200 et s.

3009 v. R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, t.2, Paris : Librairie Recueil Sirey, 1922, p.199 et s.

3010 P. Brunet, Les idées constitutionnelles..., op.cit., p.10.

3011 « Carré de Malberg prétend exposer une théorie qu'il attribue Gierke et à Jellinek et à laquelle Laband se serait rallié un peu plus tard » (*ibid*.). Mais il tient à démontrer que si la théorie de l'organe est de « construction allemande, les matériaux en ont été fournis, en bonne partie, par les travaux et les discours des constituants français de 1791 » (R. Carré de Malberg, Contribution, op.cit., t.2, p.298). Toutefois, comme le note Pierre Brunet, Carré de Malberg est « quelque peu contraint de s'éloigner tant de la théorie allemande que de la conception révolutionnaire » (P. Brunet, Les idées..., op.cit., p.11).

3012 En réalité, Carré de Malberg distingue deux sens du mot « organe », un sens large et un sens restreint : « Dans une première acceptation large, qui n'est pas, il est vrai, dénuée de tout fondement juridique, mais qui semble du moins, peu conforme aux concepts spéciaux du droit constitutionnel, ce terme désigne tous les personnages ou collèges qui ont le pouvoir de faire acte de volonté au nom et pour le compte de la collectivité (…). Ainsi entendue, la qualification d'organe devient applicable, en ce qui concerne l'État, non seulement aux autorités dirigeantes qui expriment sa volonté primordiale et supérieure, mais encore aux autorités subalternes (…). Mais le mot organe possède un second sens, bien plus étroit et plus exact. Il désigne ici [les autorités] qui expriment la volonté initiale de l'État ou plutôt qui lui fournissent sa volonté initiale par leurs propres volontés » (R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., t.2, p.386-387).

3013 E. Maulin, La théorie de l'État..., op.cit., p.119.

3014 R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., t.2, p.286.

de Malberg prend le contre-pied de la théorie réaliste de Duguit qui appréhende les actes des gouvernants comme des actes de volonté individuelle. Au contraire, la théorie de l'organe « rend compte de cette situation complexe où une volonté individuelle vaut juridiquement comme volonté d'une collectivité laquelle n'existerait pas sans l'intervention – l'imputation – de cette volonté »[3015]. S'il ne nie pas le fait social indéniable que « les décisions prises par l'organe reposent sur un acte de volonté personnelle de celui-ci »[3016], il observe qu'« en réalité, les personnes collectives n'ont point de volonté propre »[3017] et elles ne peuvent exister que par leurs organes. C'est pourquoi la théorie de l'organe de Carré de Malberg est intimement liée à la théorie moderne de l'État[3018]. Cette théorie lui permet également de rectifier une confusion faite par les auteurs hexagonaux qui, « reniant les origines françaises de la théorie de l'organe d'État, la (fait) aujourd'hui passer pour une création exclusivement germanique »[3019]. Cette approximation provient du fait que les constituants de 1791 ont employé, au premier abord, le terme de « représentant » pour désigner le concept d'organes. Or, pour Carré de Malberg, il convient d'échanger ces deux termes afin de mettre en lumière véritablement la théorie révolutionnaire de l'organe d'État telle qu'elle a été prévue par le droit positif de 1791. Comme il l'affirme, « la science juridique contemporaine est venue rectifier la qualification donnée par la Révolution aux députés élus. Analysant le rapport qui est établi par le droit public moderne entre les députés et la nation, elle a dit : Les députés ne sont pas les représentants, mais leur assemblée est l'organe, un des organes, de la nation. (…) Les volontés énoncées par le corps des députés constituent la volonté même de la nation. Il n'y a point, dans ce régime, représentation d'une volonté par une autre : une seule volonté entre en jeu, celle de la nation, qui est exprimée, réalisée, par les députés. Ceux-ci ne sont donc point les représentants d'une volonté nationale distincte de la leur »[3020]. Par conséquent, pour le constitutionnaliste strasbourgeois, sans être l'unique souverain, les députés « sont un organe par lequel la nation devient capable de vouloir. À la notion de représentation, il faut, dès lors, substituer celle d'organe national ou encore d'organe d'État »[3021]. En somme, sa théorie de la souveraineté nationale permet

3015 P. Brunet, Les idées constitutionnelles..., op.cit., p.11.
3016 R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., t.2, p.306.
3017 *Ibid*.
3018 Aux yeux de Carré de Malberg, « la caractéristique de l'État moderne, fondé sur le principe de la souveraineté nationale, est d'organiser la disparition de l'exercice souverain du pouvoir dans l'État. La souveraineté ne réside plus dans aucun organe de l'État mais seulement dans leur réunion spéculative constitutive de l'État (E. Maulin, La théorie de l'État…, op.cit., p.121).
3019 R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., t.2, p.297.
3020 *Ibid*., p.285. En réalité, lorsqu'il analyse l'organe législatif, Carré de Malberg emploie simultanément ses deux concepts d'organe : « avant d'être un organe de volonté initiale ou légale, l'organe législatif est d'abord un organe de l'État ; en d'autres termes, avant de valoir comme loi, au sens d'une volonté supérieure à toutes les autres volontés, la volonté du législateur vaut comme volonté de l'État, comme volonté imputable à une entité qui n'est pas identique à l'individu qui l'a énoncée ou aux individus qui ont procédé aux opérations matérielles ayant abouti à la « loi » » (P. Brunet, Les idées..., op.cit., p.15).
3021 R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., t.2, p.285. Comme l'affirme Carré de Malberg, « entre le représentant et l'organe, il y a une grande différence » (*ibid*., p.228). Dans sa pensée, la représentation suppose l'existence de deux sujets de droit, donc deux volontés, dont l'une comptera pour l'autre : « ce qui caractérise le représentant, c'est qu'il veut et parle pour le compte d'une personne distincte de lui. Toute représentation implique essentiellement deux personnes, dont l'une, celle du représenté, est antérieure et, en un sens, supérieure à celle du représentant. (…) De cette antériorité et supériorité du représenté il découle que le représentant est tenu de conformer la

de combiner l'unité de la souveraineté et la disparition de son exercice effectif. Du principe de la souveraineté nationale, Carré de Malberg en tire plusieurs conséquences, qui l'amènent à appréhender le mécanisme des immunités parlementaires.

617. L'une d'entre elles est évoquée dans une partie intitulée la « Nature du rapport juridique qui naît de l'élection entre électeurs et élus »[3022]. Son concept de Nation dessine indéniablement cette relation. De ce point de vue, il commence par déconstruire la conception courante pour ensuite exposer la sienne purement juridique. Il repousse, tout d'abord, l'opinion la plus répandue, qui prévaut « dans la grande masse du public et dans les milieux politiques »[3023] qui procède directement des idées de Rousseau en matière de souveraineté[3024], d'un rapport contractuel qui s'établirait entre électeurs et élus, et plus spécialement d'un contrat civil de mandat. Comme le démontre Carré de Malberg, selon cette logique, l'élection du représentant s'analyse alors en « une opération de mandat et l'on envisage l'électeur comme un mandant, l'élu comme un mandataire »[3025]. Cette approche de l'élection s'interprète, dès lors, comme « une transmission de pouvoirs, des électeurs à leurs élus »[3026]. Elle implique que « le représentant exerce sa fonction comme fondé de pouvoir du représenté, c'est-à-dire en vertu d'une délégation ou commission qui lui a été donnée par les électeurs-mandats »[3027]. Face à cette théorie répandue, Carré de Malberg s'efforce de prouver sa fausseté et sa dangerosité, écartant toute idée de *délégation de pouvoir* selon laquelle l'élection aurait pour objet de faire passer la souveraineté des citoyens aux députés : « cette théorie doit être absolument rejetée. Sans parler de ses graves inconvénients politiques, qui tiennent à ce qu'elle implique une subordination indéfinie de l'élu à ses électeurs, et en se plaçant purement sur le terrain propre de la science du droit, on constate qu'elle soulève, au point de vue juridique, des objections péremptoires. Ces objections proviennent de ce que l'on ne retrouve, dans le prétendu mandat législatif, aucun des éléments constitutifs, ni aucun des caractères spécifiques, du mandat ordinaire »[3028]. Au contraire, le constitutionnaliste strasbourgeois met en exergue la spécificité de la représentation en droit public par rapport à celle existant en droit privé en distinguant plusieurs différences[3029], dont l'une d'entre elles le conduit à évoquer directement la question des statuts

volonté qu'il exprime par représentation, à la volonté du représenté » (*ibid*.). Or dans le système mis en place en 1791, dominé par le principe de la souveraineté nationale, aucune représentation de la nation n'est possible pour Carré de Malberg « puisque cette dernière - personnifiée par l'État – ne peut exprimer sa volonté qu'à travers ses organes » (P. Brunet, Les idées..., op.cit., p.13). Comme l'énonce le publiciste strasbourgeois, « le propre de l'organe, c'est de vouloir pour le compte d'une collectivité unifiée, qui, en tant qu'entité abstraite, ne saurait par elle-même, ni vouloir, ni agir. (…) Bien loin de présupposer une personnalité ou volonté antérieure, l'organe fait, au contraire, naître cette volonté et personnalité » (R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., t.2, p.228).

3022 *Ibid*., p.209.

3023 *Ibid*.

3024 cf. *ibid*., p.210.

3025 *Ibid*.

3026 *Ibid*.

3027 *Ibid*.

3028 *Ibid*., p.212.

3029 Carré de Malberg précise que ces différences ont déjà été mises en lumière par le professeur et homme d'État italien, Vittorio Emanuele Orlando, dans son article doctrinal intitulé « Du fondement juridique de la représentation politique », publié à la Revue du droit public, t.III, 1895, p.9 et s.

dérogatoires des législateurs. Parmi les quatre disparités entre la situation d'un député et celle d'un mandataire[3030], deux nous intéressent particulièrement.

618. Pour Carré de Malberg, un des traits essentiels du mandat civil qui diverge de la représentation en droit public, provient de la responsabilité civile du mandataire envers le mandant quant à son action et à la façon dont il s'acquitte de sa mission. Or, une telle obligation est inexistante dans un régime de souveraineté nationale. Comme il le déclare, « le député n'est point responsable, vis-à-vis de ses électeurs, de sa conduite, de ses discours, de ses votes : il n'est juridiquement astreint à rendre aucun compte à ses électeurs »[3031]. Sans le nommer explicitement, Carré de Malberg fait référence ici au dispositif juridique de l'*irresponsabilité parlementaire*. Il le perçoit donc comme un vecteur de protection de l'indépendance du législateur face aux électeurs dans l'exercice de ses fonctions. N'étant pas les représentants de leur électeur, les députés n'ont donc pas à répondre de leur gestion, de leurs choix et des dommages que pourraient causer leur action. Loin de toute transmission de pouvoir, ils ne sont pas chargés d'exprimer la volonté des électeurs, mais celle de la Nation qu'ils font naître. En d'autres termes, la Nation ne commence à exister qu'au moyen du corps des représentants. Il n'est pas question de deux volontés distinctes, celle de l'électeur et de l'élu. Carré de Malberg insiste à plusieurs reprises sur la particularité du « mandat » législatif en ce qu'il est libre, comme nous le verrons. La seconde divergence « d'une importance toute spéciale »[3032], liée à la première, réside dans la soumission stricte du mandataire civil aux ordres et instructions du mandant qui, seul, peut lui conférer des pouvoirs[3033]. Transposée aux députés, cette caractéristique signifierait que les électeurs pourraient « limiter à leur gré ses pouvoirs, au moment de l'élection : ils pourront aussi lui indiquer un programme politique, lui tracer une ligne de conduite, bref lui imposer des ordres précis et obligatoires. Le député se bornerait, dès lors, à apporter à l'assemblée les votes qui lui auraient été dictés d'avance par ses électeurs-mandants. S'il votait contrairement aux prescriptions de ses commettants, son vote demeurerait de nul effet à leur égard »[3034]. Autrement dit, les législateurs seraient liés par un mandat impératif avec leur collègue électoral. Mais Carré de Malberg rejette fortement cette idée. Tout en arguant que le

3030 Carré de Malberg en signale deux autres : *tout d'abord*, en tant que convention, un mandat ne peut produire d'effet qu'entre les parties contractantes, ce qui signifierait, en droit constitutionnel, qu'il faudrait que le député, pour être considéré comme un mandataire, représentât exclusivement le collège électoral par lequel il a été nommé. Cependant, comme le note Carré de Malberg, cette conception est contraire à la tradition constitutionnelle française qui, née en réaction à la représentation corporatiste de l'Ancien Régime, a posé expressément que chaque député est le représentant, non de sa circonscription électorale, mais de la nation tout entière. En outre, Carré de Malberg ajoute que la relation entre les élus et les électeurs ne peut être assimilée à un contrat car « le collège électoral ne constitue pas, selon le droit public français, une personne juridique, capable de contracter : il ne s'analyse juridiquement qu'en un groupement de citoyens » (R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., t.2, p.212, note 11). *Enfin*, à la différence du mandat civil dans lequel la révocabilité perpétuelle du mandataire est l'essence même de ce type de contrat - même en cas de mandat à durée limitée -, les électeurs dans un régime représentatif « ne peuvent, en aucun cas, révoquer leur député avant l'expiration normale de la législature : ils ne pourraient pas même le révoquer à raison de ses fautes » (*ibid*., p.215).
3031 *Ibid*., p.215.
3032 *Ibid*.
3033 « Le mandataire, étant institué par la volonté du mandat, n'a, par là-même, d'autres pouvoirs que ceux que son mandant lui a conférés » (*ibid*.).
3034 *Ibid*.

mandat impératif est formellement répudié par le droit positif constitutionnel, le publiciste prône l'entière liberté des législateurs par rapport aux électeurs : « les instructions données au député ou les engagements pris par lui envers ses électeurs ne le lient point juridiquement, c'est-à-dire laissent subsister sa pleine liberté d'opinion, de parole et de vote »[3035]. Carré de Malberg évoque donc subrepticement, à nouveau, l'instrument de l'irresponsabilité parlementaire qui apparaît, dans la pensée de Carré de Malberg, comme le corollaire du fait que le député ne tient pas son pouvoir des électeurs mais de la Constitution. La Nation étant le sujet primitif de tous les pouvoirs dans sa conception, la fonction électorale consiste simplement en une désignation des membres du corps législatif et la compétence détenue par les législateurs ne procède donc que de l'acte constitutionnel. Par conséquent, à la différence du mandataire représentant, le député « exprimera la volonté de la personne collective avec une pleine indépendance ou spontanéité, dans les limites, du moins, de sa compétence statutaire »[3036]. Dans le concept malbergien de la souveraineté nationale, il ne préexiste pas de volonté à la sienne qui, au contraire, fait corps avec celle de la Nation en tant qu'universalité abstraite. En définitive, au vu de ses divers traits exposés, Carré de Malberg expose sa propre vision du pouvoir du député caractérisé par une entière indépendance, d'où découle directement la reconnaissance et l'existence de privilèges à son égard : « le député ne remplit pas un mandat qui l'enchaîne, mais il exerce une fonction libre. Il n'exprime pas la volonté de ses électeurs, mais il se décide par lui-même et sous sa propre appréciation. Il ne parle, ni ne vote, au nom et de la part de ses électeurs, mais il forme son opinion et émet son suffrage selon sa conscience et ses vues personnelles. En un mot, il est indépendant vis-à-vis de ses électeurs »[3037]. À ce titre, il est important de souligner que le constitutionnaliste strasbourgeois ne fait mention d'aucune limite à la liberté d'expression des parlementaires.

619. Sa brève mention de l'idée des immunités parlementaires, et uniquement de l'irresponsabilité parlementaire[3038], s'insère ainsi, dans sa pensée, dans son examen des différences observables entre un mandat de droit civil et la représentation en droit public. Elle apparaît comme la conséquence du principe de la souveraineté nationale. D'ailleurs, sa définition *positive* de la représentation en droit public permet d'éclairer, plus profondément, sa conception des privilèges parlementaires dont elles sont le résultat. De ce point de vue, au regard de leurs caractéristiques respectives, Carré de Malberg en conclut qu'il existe une « divergence absolue entre la représentation du droit public et le système du mandat »[3039]. Il condamne donc, à l'image d'Esmein, le terme usuel de « mandat législatif »[3040] et de « représentant »[3041], au sens de représentant des électeurs. Au contraire, dans le

3035 *Ibid*.
3036 *Ibid*., p.228.
3037 *Ibid*., p.217.
3038 Carré de Malberg n'évoque jamais la question de l'inviolabilité parlementaire dont le terme est absent de la table alphabétique des matières contenue dans la Contribution, comme c'est le cas de l'irresponsabilité parlementaire.
3039 *Ibid*., p.217.
3040 *Ibid*.
3041 *Ibid*.

droit public moderne, l'électorat, c'est-à-dire le peuple légal, n'étant pas souverain, ne fait qu'élire, il n'exerce qu'un pouvoir de nomination, une compétence étatique[3042]. Dès lors, la puissance exercée par le corps des députés ne provient pas des électeurs : « les députés sont institués par le suffrage des citoyens ; mais le pouvoir qu'ils acquièrent à la suite de l'élection, ne leur vient pas des citoyens »[3043]. Carré de Malberg ajoute : « le député n'est, ni le mandataire, ni le délégué, ni le représentant, de ses électeurs. Il est leur élu et non leur commissaire »[3044]. Après avoir donné une notion négative de la représentation, il en donne une solution positive : en vertu d'« un principe fort important du droit public français, principe qui était déjà consacré par la Constitution de 1791 (titre III, ch.I, sect.3, art.7) et qui, depuis lors, a été maintes fois reproduit par les Constitutions successives de la France », (…) les députés représentent, non pas leur collège électoral, mais la nation entière »[3045]. En d'autres termes, les députés « représentent, non pas la totalité des citoyens pris individuellement, mais leur collectivité indivisible et extra-individuelle »[3046]. Par là-même, puisque la Nation s'identifie avec l'État lui-même par son caractère d'universalité globale et impersonnelle, Carré de Malberg en déduit que les députés sont également les représentants de l'État, « les agents d'exercice de sa souveraineté, dans la mesure, du moins, de la compétence constitutionnelle du Corps législatif »[3047]. Il précise néanmoins que chaque député individuellement ne saurait vouloir pour la Nation, seul le corps législatif est l'organe proprement dit de la Nation[3048], même si ce dernier ne détient que la puissance que celle-ci lui reconnaît[3049] Au final, au regard de sa conception de la représentation en droit public, il apparaît que les privilèges parlementaires s'accordent parfaitement avec elle et en sont plus fondamentalement la garantie[3050].

3042 *Ibid*., p.411.
3043 *Ibid*., p.221.
3044 *Ibid*.
3045 *Ibid*., p.222.
3046 *Ibid*., p.223.
3047 *Ibid*., p.224.
3048 « Le député n'est représentant qu'en tant que membre de l'assemblée représentative, c'est-à-dire en tant que concourant à constituer cette assemblée et appelé à coopérer à la formation de la volonté qu'elle exprime. Or, l'assemblée est l'organe indivisible de la nation envisagée, elle aussi, dans son indivisibilité collective » (*ibid*., p.224).
3049 La pensée de Carré de Malberg est, sur ce point, équivoque. En principe, le Parlement est un organe constitutionnalisé. Cependant, il met en avant l'idée que l'organe législatif est l'unique véritable organe dans l'État, c'est-à-dire le seul organe capable de formuler de manière initiale la volonté nationale. Par conséquent, il estime qu'« il détient l'exercice de cette puissance dans sa plénitude souveraine » (*ibid*., p.263).
3050 Ses propos l'illustrent à merveilles : « Mais, dira-t-on, la nation, prise dans son universalité supra-individuelle, c'est un pur être de raison : comment peut-on lui prêter une volonté ? Cette objection n'est qu'apparente ; du point de vue juridique tout au moins, il est aisé d'y répondre. (…) Il a été montré (…) que, dans toute formation étatique, l'objet essentiel du droit public, c'est d'organiser le groupe national : l'organiser, c'est-à-dire lui donner des organes, chargés de vouloir d'agir pour son compte. Telle est précisément la fonction de l'assemblée des députés : elle est, spécialement dans l'ordre législatif, un organe créé par le droit public en vue de permettre à la nation de vouloir. C'est bien ainsi qu'après 1789, les fondateurs du nouveau droit public français ont envisagé et défini l'Assemblée Nationale. Barère exprimait, d'une façon saisissante, cette conception dans la séance du 8 juillet 1789, en disant : « La puissance législative ne commence qu'au moment où l'assemblée générale des représentants est formée » (A.P., 1re série, t. VIII, p. 205) ; *et par là, il entendait établir que les électeurs n'ont pas pu, au moment de l'élection, donner d'ordres législatifs à leurs députés* ; car, à ce moment là, la puissance législative n'existe pas encore, la nation ne possédant pas encore son organe législatif. Dans la séance du 7 septembre 1789, Sièyès disait de même : « Le peuple ne peut avoir qu'une voix, celle de la la Législature nationale ; les commettants ne peuvent se faire entendre que par les députés nationaux ; le peuple ne peut parler, ne peut agir, que par ses représentants » (A.P., 1er série, t. VIII, p. 595). Ainsi, en matière législative, l'assemblée des députés est, seule, l'organe par lequel la nation ou le peuple peut exprimer sa volonté plus précisément, elle est l'organe par lequel la nation va pouvoir législativement vouloir » (R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit.,

620. En outre, la méthode scientifique personnelle de Carré de Malberg dessine également son appréhension des immunités parlementaires. Il est considéré comme l'un des fondateurs du positivisme juridique, dans le sens où il entend s'en tenir à une démarche purement descriptive du droit positif sans le juger. Empruntée à l'école allemande de Gerber et de Laband, dite de l'*Isolierung* du droit[3051], il est en effet le promoteur d'une approche spécifiquement juridique de l'État, d'une théorie purement juridique qui se distingue à la fois de la théorie sociale de l'État, de la sociologie, de la science politique ou de la morale. Présentant son programme méthodologique dans son importante première note de bas de page de la Contribution, il affirme que « l'idée générale que le juriste doit se faire de l'État dépend, non pas de conceptions rationnelles ou *a priori*, mais bien des données positives fournies par le droit public en vigueur. (…) Telle est (…) la méthode qui sera suivie dans cet ouvrage pour dégager des éléments de la théorie juridique générale de l'État »[3052]. Il exclut donc du champ de sa théorie juridique toute considération extérieure au droit positif. Contrairement à Esmein, Carré de Malberg se veut un juriste théoricien et non un historien. Par conséquent, dans sa pensée, « l'objet ultime visé par l'analyse n'est pas le droit du passé mais l'ordre juridique présent »[3053] dans la mesure où « le droit qui n'est plus irisé par la volonté de l'État, n'est plus du droit, c'est-à-dire qu'il n'a plus cette autorité qui caractérise sa force obligatoire sous menace de contrainte dans l'exécution par une autorité étatique. Il n'est plus l'expression de la puissance publique »[3054]. Toutefois, à côté de sa pure analyse juridique, l'histoire constitutionnelle, essentiellement celle de la Révolution, plus particulièrement, celle de la Constitution de 1791, lui est d'un profond secours dans sa construction d'ensemble, étant donné que c'est à partir du principe constitutionnel de la souveraineté nationale issu du droit révolutionnaire qu'il bâtit sa théorie générale de l'État moderne. Mais, à l'inverse du juriste-historien Esmein qui n'hésite pas à mêler le droit constitutionnel à l'histoire pour comprendre les immunités parlementaires, l'histoire ne lui sert pas à justifier et à légitimer les avantages des législateurs. À l'histoire, Carré de Malberg ne recourt pas également à une seconde science auxiliaire, pourtant en pleine expansion durant la IIIème République, le droit comparé. Une nouvelle fois, à la différence d'Esmein, il s'en désintéresse pour analyser et fonder les statuts exorbitants des législateurs. En somme, seule la théorie purement juridique articulée autour de la souveraineté nationale lui permet de fonder leurs privilèges[3055] et leur entière liberté. Néanmoins, comme l'ont mis en lumière de nombreux commentateurs, il lui est arrivé d'élever certaines de ses descriptions au rang de dogmes incontrôlables mais non relatifs à un système juridique particulier et ne dépendant que de lui. Son concept de droit positif semble ambigu

p.227. [Nous soulignons]).

3051 O. Beaud, La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg, op.cit., p.1251-1301.

3052 R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., t.1, p.1, note 1.

3053 E. Maulin, Carré de Malberg et le droit…, op.cit., p.2.

3054 E. Maulin, La théorie…, op.cit., p.2.

3055 Contrairement à Esmein, la séparation des pouvoirs n'est pas un des fondements des immunités parlementaires. Carré de Malberg ne réfléchit qu'à l'indépendance des législateurs par rapport aux électeurs, plus que par rapport aux autres pouvoirs.

puisque, contrairement à son programme méthodologique, ce dernier l'entend « moins comme un ensemble de règles posées selon des procédures prévues par une constitution en vigueur que comme un ensemble de principes dont la valeur de vérité est indépendante de la positivité »[3056]. L'exemple-type est la souveraineté nationale qu'il appréhende comme une donnée du droit constitutionnel français alors que sa normativité fait défaut puisque ce principe ne procède pas des lois constitutionnelles de 1875[3057]. En réalité, comme l'a démontré Eric Maulin, dans son esprit, « ce n'est pas parce que ces principes sont posés qu'ils sont juridiques mais c'est parce qu'ils sont vrais qu'ils sont posés et acquièrent de ce fait une valeur juridique »[3058]. À rebours de son épistémologie positiviste et empirique, il suppose que le droit positif ne se réduit pas à la surface de sa positivité, mais, plus fondamentalement, qu'il s'ancre dans certains principes essentiels dont il n'est, en somme, que l'expression. Il se manifeste, dès lors, que Carré de Malberg a adopté une démarche davantage prescriptive et ait cédé à une forme de jusnaturalisme[3059], qui peut remettre en cause la scientificité de son approche des immunités parlementaires.

621. En dépit des réserves et critiques que suscite l'œuvre de Carré de Malberg, il faut souligner l'extraordinaire système théorique d'ensemble qu'il bâtit ainsi que la précision et la pertinence de ses analyses « qui échappent à l'emprise du temps »[3060]. Le seul regret réside dans la superficialité de son étude des statuts dérogatoires des parlementaires. Malgré tout, Carré de Malberg, comme Esmein, ont eu l'ambition scientifique de consolider, dans une optique davantage systématique, le procédé des immunités parlementaires à travers une lecture renouvelée du paradigme révolutionnaire de la souveraineté nationale. Néanmoins, leurs visions sur ce sujet ne font pas l'unanimité dans le reste de la doctrine publiciste classique.

3056 P. Brunet, Les idées..., op.cit., p.25.
3057 En outre, comme le souligne Didier Mineur, « la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 et la Constitution de 1791, auxquelles se réfère Carré de Malberg, n'ont pas valeur constitutionnelle sous la IIIème République » (D. Mineur, De la souveraineté nationale à la volonté générale. L'évolution de Carré de Malberg, du projet positiviste au parti-pris démocratique, Jus Politicum, n° 8 [http://juspoliticum.com/article/De-la-souverainete-nationale-a-la-volonte-generale-536.html]).
3058 E. Maulin, La théorie…, op.cit., p.108.
3059 Il est possible d'émettre une autre critique contre l'œuvre constitutionnelle de Carré de Malberg. Comme le note très justement Pierre Brunet, « sa démarche n'est pas non plus exempt de présupposés politiques. (…) Carré de Malberg ne se contente pas de remonter aux principes des ordres juridiques qu'il examine, il établit entre eux une hiérarchie d'ordre axiologique. Ainsi, le principe de la souveraineté nationale conduit-il au gouvernement représentatif tout en permettant l'avènement de l'État moderne. Tandis que le principe de souveraineté monarchique ou celui de la souveraineté populaire ne permettent, au mieux, que d'établir des institutions au profit soit d'un homme soit d'un groupe d'individus. La supériorité du principe de la souveraineté nationale sur les trois autres paraît dans ces conditions indiscutable (P. Brunet, Les idées..., op.cit., p.26). L'auteur ajoute que « cette démonstration s'appuie encore sur un autre présupposé, plus implicite, et qui relève d'une philosophie de l'Histoire assez répandue chez les positivistes de son temps à savoir que l'évolution historique tend au progrès et que la Révolution marque, dans cette évolution, un nouveau départ » (*ibid*., p.27). Sur ce point : O. Beaud, La biographie de Carré de Malberg et sa pensée, in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de l'Université de Strasbourg, Strasbourg : Presses Universitaire de Strasbourg, 1997, n°1.
3060 P. Brunet, Les idées…, op.cit., p.2.

§2. Des constructions théoriques *relativement* inventives vis-à-vis de la question des immunités parlementaires : entre révolution et synthèse scientifique

Durant la Troisième République, la théorie de la souveraineté nationale qui représente la grille de lecture doctrinale principale des immunités parlementaires et de leur légitimation, subit de fortes contestations de la part de certains membres de la science du droit public classique. Les protagonistes majeurs de cette remise en cause sont les deux figures publicistes emblématiques, Léon Duguit et Maurice Hauriou, qui ont « marqué de leur empreinte la doctrine de leur époque »[3061]. Pour le premier, « pourfendeur des fictions »[3062] et chef de l'école « réaliste » du droit, la souveraineté, qui appartient à la Nation, est en voie de déclin. Selon lui, « ces deux éléments, nation et souveraineté, qui constituent la souveraineté nationale, le premier, l'élément nation, apparaît de plus en plus au premier plan, tandis que le second, l'élément souveraineté, est en une décroissance continue »[3063]. Entendant substituer l'État-puissance qui repose sur la théorie de la personne morale à l'origine de ses droits de domination à l'État de collaboration, Duguit récuse la doctrine de la souveraineté qu'il veut remplacer par la doctrine du service public, reflet de ses tendances solidaristes. Comme il l'affirme, « cette notion de souveraineté, pouvoir de volonté qui ne se détermine jamais que par elle-même, quel qu'en soit le titulaire, aboutit à des contradictions insolubles, se heurte aux faits les plus certains de la politique contemporaine et fait place de plus en plus à la notion de service public »[3064].

3061 M. Millet, La doctrine juridique pendant la Guerre: à propos de Maurice Hauriou et de Léon Duguit, Jus Politicum, n°15, p.1 [http://juspoliticum.com/article/La-doctrine-juridique-pendant-la-Guerre-a-propos-de-Maurice-Hauriou-et-de-Leon-Duguit-1087.html].

3062 O. Beaud, Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français, op.cit., p.30.

3063 L. Duguit, Souveraineté et liberté. Leçons faites à l'Université Columbia (New York) 1920-1921, Paris : Librairie Félix Alcan, 1922, p.192. En sens inverse, Duguit souligne que la Nation est un concept puissant encore d'actualité réaffirmé avec la Première Guerre Mondiale : « L'élément nation prend de plus en plus la prééminence et (...), pendant la grande guerre et dans les événements qui l'ont suivie, elle s'est affirmée avec une évidence éclatante et une force irrésistible » (*ibid.*). Cependant, il rejette la doctrine métaphysique de 1789 d'une volonté de la Nation distincte de celle des individus : « Pour vous dire toute ma pensée, au risque de passer, suivant l'expression dé Renan, pour un réaliste grossier, je ne puis admettre cette personnification de la nation. En science positive, il y a là quelque chose d'absolument indémontrable. Évidemment la nation est une réalité, et tout ce que j'ai dit précédemment tendait à le démontrer. Mais on ne peut pas en conclure qu'elle soit une personnalité. Sans doute les membres d'une même nation, au même moment, pensent et veulent la même chose. Mais de ce que des millions de personnes pensent et veulent la même chose au même moment, poursuivent un même but, aspirent à un même idéal, il ne résulte pas, on ne démontrera jamais qu'il résulte que, outre les millions de volontés individuelles, il y ait une volonté générale, une et collective, distincte d'elles et supérieure à elles » (*ibid.*, p.92-93). Néanmoins, le juriste-sociologue constate que la sociologie démontre le contraire : « la sociologie contemporaine, qui prétend être scientifique et reposer exclusivement sur l'observation directe des faits, est d'accord ici avec la doctrine purement métaphysique de 1789. Elle admet, comme elle, qu'il existe une réalité sociale personnelle distincte des personnes individuelles qui composent le groupe social » (*ibid.*, p.93).

3064 *Ibid*. Duguit porte ce projet bien avant ses leçons à Columbia puisqu'il déclare dans son ouvrage Les transformations du droit public : « La notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande : il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne » (L. Duguit, Les transformations du droit public, Paris : Librairie Armand Colin, 1913, p.XIX).

622. De même, Hauriou, doyen de la faculté de Toulouse, livre une critique élaborée et systématisée de la théorie de la souveraineté nationale, particulièrement celle d'Adhémar Esmein, dans un article de plus de 150 pages en 1912 publié au Recueil de législation de Toulouse[3065], qu'il reproduit et approfondit dans la seconde édition de ses Principes de droit public en 1916[3066]. Opposé au légicentrisme et à la souveraineté parlementaire qui lui semble caractériser la IIIe République, il exprime une hostilité contre la souveraineté nationale comprise comme délégation d'un pouvoir détenu par le peuple, en raison d'une méfiance envers le suffrage universel égalitaire. Dès lors, il se préoccupe de « redéfinir le concept de représentation afin de réaffirmer la primauté de l'exécutif et le rôle du juge, garant de la constitution sociale et partant de l'État de justice »[3067].

623. C'est pourquoi, compte tenu de leur récusation du postulat prédominant de la souveraineté nationale, Duguit comme Hauriou sont amenés à repenser la notion juridique des immunités parlementaires à partir de leur propre système conceptuel. Il est significatif de noter que, d'un point de vue épistémologique, loin de se contenter de gloses sur les lois constitutionnelles de 1875, ces deux brillants publicistes proposent de véritables constructions théoriques *inventives*. Promouvant une vision large du droit constitutionnel, ils se montrent soucieux de donner une voie nouvelle au droit constitutionnel en concevant ce droit comme du droit public général, reposant dès lors sur une théorie de l'État et du droit. Ils s'opposent à « la façon qu'a eu Esmein de faire du droit constitutionnel, c'est-à-dire principalement historique et comparé »[3068].

624. Dans cette perspective scientifique, au lieu de la notion traditionnelle de droit subjectif qu'il qualifie de métaphysique, Duguit développe une théorie dite objectiviste du droit intimement liée à l'idée de solidarité sociale, autour de laquelle gravite sa conception des avantages parlementaires sous réserve de contradictions manifestes (**A**). Dans le même esprit novateur, le maître de Toulouse, « révolutionnaire conceptuel »[3069], a ceci d'original qu'il prétend se démarquer des doctrines constitutionnelles classiques et considère comme premier l'argument le moins communément utilisé pour justifier les privilèges parlementaires, celui de la séparation des pouvoirs. Mais, comme le maître de Bordeaux, la pensée de Maurice Hauriou se caractérise par une relative ambiguïté quant aux fondements qu'il emploie pour les expliquer (**B**). Il n'en reste pas moins que chacune de ces propositions d'analyse s'inscrit dans une approche axiologique du droit.

3065 M. Hauriou, La souveraineté nationale, Recueil de législation de Toulouse, t.VIII, 1912, p.1-154 ; M. Hauriou, La souveraineté nationale, Paris : Sirey, 1912.
3066 M. Hauriou, Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques, 2e éd., Paris : Recueil Sirey, 1916, p.615-676.
3067 N. Foulquier, Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929), Jus Politicum, n°2, p.1 [http://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html].
3068 O. Beaud, Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français, op.cit., p.42.
3069 N. Foulquier, Maurice Hauriou…, op.cit., p.1.

A. Une appréhension paradoxale des privilèges parlementaires dans la pensée de Duguit

Les travaux constitutionnels de Léon Duguit présentent pour particularité de penser de front les transformations sociales du début du XIXème siècle à l'aide de nouveaux concepts et avec l'utilisation des apports récents de la sociologie. Il est notable, en effet, que « ses modélisations doctrinales s'éloignent (...) des fondements établis de la discipline constitutionnelle de son temps »[3070]. À la charnière des deux siècles, Léon Duguit propose plusieurs renouvellements de la pensée juridique. Le premier, d'ordre méthodologique, consiste à rompre avec la métaphysique par l'adoption d'une démarche réputée scientifique. Sous cet angle, le réalisme duguitien se caractérise par le primat de l'observation et l'élimination des concepts hypostatiques[3071], comme celui de la souveraineté nationale. Le second est de nature politique : au cœur de sa démarche scientifique et de son enseignement se trouve la nécessité de limiter l'État grâce à sa conception objectiviste du droit (**1**). De ce point de vue, les entreprises doctrinales de Léon Duguit dessinent les contours de sa conception singulière des privilèges parlementaires, même si, en définitive, son originalité est à relativiser (**2**).

1. Une conception objectiviste du droit

Sous l'impulsion du positivisme scientifique d'Auguste Comte répandant « l'idée que la seule véritable connaissance scientifique découlait de l'observation des faits perceptibles, sans *a priori* ni postulat métaphysique »[3072], Léon Duguit est emblématique de cette génération de publicistes qui a recherché une rénovation de la science juridique et de ses méthodes par la promotion d'une épistémologie empiriste. Très influencé également par la pensée sociologique d'Emile Durkheim avec lequel il se lie d'amitié à Bordeaux[3073], il promeut l'étude de l'économie politique mais surtout celle de la sociologie et de ses méthodes dans les facultés de droit pour remettre en cause un certain nombre de méthodes traditionnellement utilisées par la doctrine[3074]. Le maître de Bordeaux appartient en effet « à une génération de juristes manifestant une attention croissante aux phénomènes sociaux »[3075]. À cet égard, en tant que « juriste sociologue », il est conduit à rejeter la

3070 S. Pinon, Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2011, vol.67, p.69.

3071 « Jusque dans ses derniers travaux, (Duguit) continuera à considérer Auguste Comte comme l'« un des plus puissants esprits du XIXe siècle ». Sur le modèle de la fameuse théorie des trois âges – « théologique », « métaphysique » et « positif » –, le professeur de droit ne cherchera qu'à accélérer le dépassement des temps premiers de la doctrine juridique, ceux des principes *a priori*, des croyances abstraites, pour entrer de plain-pied dans l'état « positif » ou scientifique » (*ibid*., p.73).

3072 J.-P. Chazal, Léon Duguit et François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2010/2, vol.65, p.86.

3073 Le sociologue Émile Durkheim enseigne à la faculté de Bordeaux de 1887 à 1902, alors que Léon Duguit y enseigne depuis 1887 et en devient doyen en 1901.

3074 Ce projet critique et constructif démarre avec un article paru en 1889 : L. Duguit, Le droit constitutionnel et la sociologie, Revue internationale de l'enseignement, t.XVIII, 1889-1892, p.484.

3075 K. Weidenfeld, Duguit Léon (1859-1928), in O. Cayla, J.-L. Halpérin (dir.), Dictionnaire de la culture juridique,

notion traditionnelle de droit subjectif et la conception purement individualiste de la société qui s'y attache. Son rejet est strictement exprimé dans le premier tome du Traité de droit constitutionnel : « La construction juridique individualiste, subjectiviste et métaphysique, qui par la révolution nous est venue de Rome et de la scolastique médiévale, a fait son temps, qu'il est impossible de plier aux vieux cadres les relations si complexes, si variées, naissant aujourd'hui entre les individus et les collectivités, et qu'il faut définitivement bannir de la jurisprudence les concepts métaphysiques de substance, de sujet de droit, de droit subjectif, sources de controverses sans fin, épuisantes et stériles »[3076]. Plusieurs facteurs justifient, selon lui, l'abandon impératif de ces concepts. Ils se révèlent incapables, tout d'abord, d'expliquer les transformations solidaristes que connaît la société française à la fin du XIXème siècle[3077]. Pire, la doctrine individualiste, dont émane le droit subjectif, est, à ses yeux, « théoriquement et pratiquement indéfendable. Outre que l'affirmation selon laquelle l'homme serait titulaire de droits à l'état de nature est purement gratuite et indémontrable, elle est contredite par les faits et les études anthropologiques et sociologiques »[3078].

625. Au contraire, par la mise en œuvre de sa méthode empirique issue des sciences sociales, le doyen bordelais met en exergue que la réalité juridique se fonde sur deux constats scientifiquement observables : « Premièrement, l'homme est un être conscient de ses actes et, secondement, l'homme est un être qui ne peut vivre isolé, qui vit et a toujours vécu en société, avec ses semblables »[3079]. Il existe donc une loi, que Duguit appelle « la norme sociale », selon laquelle les hommes sont contraints de vivre en société dans la mesure où, compte tenu de leur nature, ils ne peuvent vivre isolément. Tributaire de cette norme sociale, l'homme est néanmoins conscient, pour Duguit, « du but qui détermine son action »[3080]. De ce constat irréfutable, il soutient la thèse selon laquelle la loi à laquelle est soumis l'homme en société n'est pas une loi causale comme les lois du monde physique, mais une loi de but. La norme sociale ainsi définie est une loi inhérente au fait social qui « détermine l'attitude active ou passive que doivent prendre tous les membres du groupe pour que celui-ci et les individus qui le composent puissent vivre, se développer »[3081]. En conséquence, il ressort de l'objet de la norme sociale que le fondement de toute norme juridique n'est nullement la volonté autonome de la personne humaine, mais la règle de « solidarité ou interdépendance sociale »[3082].

op.cit., p.142.

3076 Cité par J.-P. Chazal, Léon Duguit et François Gény…, op.cit., p.87.

3077 *Ibid*., p.114.

3078 *Ibid*. Comme le met en lumière Duguit, « un certain nombre de conséquences juridiques que l'on tire habituellement de la théorie du droit subjectif et de la doctrine individualiste sont fausses (…). Ainsi, alors que ces théories accréditent l'idée d'une répartition égalitaire des droits entre les individus, de par leur seule naissance, l'observation de la réalité montre, au contraire, des inégalités flagrantes entre les êtres humains ainsi que le caractère contingent et relatif des droits dont ils sont titulaires. Il n'existe donc, pour Duguit, aucune égalité entre les hommes, ni de droit universel et absolu » (*ibid*., p.114-115).

3079 L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t.1, E. de Boccard, 1927, p.65-66.

3080 J.-P. Chazal, Léon Duguit et François Gény…, op.cit., p.99.

3081 L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t.1, op.cit., p.81-82.

3082 Pour Duguit, l'objet de cette norme sociale est « le règlement de l'activité individuelle, la détermination des actes

626. Dès lors, sur la base de ces constats sociologiques, Duguit abandonne le concept métaphysique de droit subjectif et développe à la place une théorie objectiviste du droit et des « situations juridiques ». Dans son système, le fondement du droit est la solidarité sociale, inspirée de la pensée de l'homme d'État Léon Bourgeois, qui constitue « le fait fondamental de toute société humaine »[3083]. Ni l'homme ni la collectivité n'ont de droits ; l'un et l'autre ont seulement des fonctions à remplir, pour assurer l'interdépendance sociale[3084]. La règle de droit est ainsi conçue essentiellement comme « une règle de conduite qui est déterminée par le but poursuivi (la finalité de solidarité sociale) et qui a pour particularité d'être une règle individuelle : elle est voulue par un individu et ne peut être appliquée qu'à des individus, à des êtres doués d'une conscience et d'une volonté »[3085]. A travers cette affirmation, on comprend que Duguit essaye de penser le lien entre le droit objectif, qui contraint l'individu, et la nature purement individuelle de la règle de droit. Pour ce faire, il introduit la distinction entre l'acte juridique et la notion de *situation juridique subjective.* L'acte juridique peut ainsi se définir comme « tout acte de volonté individuelle, déterminée par un but conforme à la règle de droit »[3086], alors que la situation juridique subjective est une situation créée par un pur pouvoir de vouloir qui se trouverait en conformité avec cette règle[3087]. Mais pour que l'acte produise un effet juridique, il faut du droit objectif qui transforme la volonté individuelle en droit. Ce qui est aussi valable pour les gouvernants : dans la conception duguitienne, « un ordre ne vaut pas en tant qu'ordre donné par une autorité qui commande, mais en raison de sa conformité au droit objectif »[3088]. De cette façon, grâce à cette définition de l'acte juridique, Duguit « concilie les exigences du monde moderne – l'individu est l'acteur principal du droit par ses manifestations – avec les exigences sociales – cette manifestation de volonté est encadrée par le but social »[3089].

que l'homme est obligé de faire ou de ne pas faire » (*ibid*., p.82). En d'autres termes, « l'objet de cette norme sociale réside dans l'obligation de chaque individu de collaborer, dans la mesure de ses moyens, à réaliser l'ordre social » (J.-P. Chazal, Léon Duguit…, op.cit., p.99). Toutefois, Duguit ne conteste pas l'existence d'une autonomie individuelle mais « il l'enserre dans la vie sociale sans laquelle elle ne serait rien » (*ibid*.). Comme il l'affirme, « cela a été la grande erreur du XVIIIe siècle qui ne voyait que l'homme abstrait. L'homme est un être concret qu'on ne peut détacher par la pensée du milieu, du groupe auquel il appartient, aujourd'hui la nation. L'objet de la norme sociale est donc d'obliger tout individu à agir de telle sorte qu'il respecte l'autonomie des autres et la sienne propre en tant qu'elles sont des éléments de la vie nationale » (L. Duguit, Traité..., tome 1, op.cit., p. 84).

3083 L. Duguit, L'État, le droit objectif et la loi positive, Albert Fontemoing, 1901, p.24.

3084 Pour Duguit, « l'homme n'est pas titulaire de droit en tant qu'individu, mais il est débiteur d'obligations en tant que membre du corps social » (J.-P. Chazal, Léon Duguit et François Gény…, op.cit., p.114).

3085 O. Beaud, Duguit, l'État..., op.cit., p.45. La norme sociale, pour être juridique, doit également être attachée à une sanction organisée. Duguit considère que « les règles sociales, qui ont un caractère économique et moral, deviennent en effet des règles juridiques lorsque les membres du groupe, comprenant que leur respect est nécessaire au bon fonctionnement de celui-ci, leur donnent une sanction positive » (K. Weidenfeld, Duguit Léon (1859-1928), op.cit., p.143).

3086 L. Duguit, L'État, le droit objectif et la loi positive, op. cit., p. 140.

3087 Mais, comme le souligne très justement Olivier Beaud, « « pour la situation juridique subjective, le tour de passe-passe de Duguit consiste à renverser le sens du mot de « subjectif » et à le dissocier d'un pouvoir d'un individu sur un autre individu. Le but ici poursuivi est celui qui consiste à penser un état juridique sans qu'il y ait forcément un rapport de droit, un lien, entre les deux personnes, celui qui a accompli l'acte de volonté et celui qui jouit de son résultat, la situation » (O. Beaud, Duguit, l'État..., op.cit., p.46).

3088 *Ibid*.

3089 *Ibid*.

627. En ce sens, se fait jour ici l'originalité de la pensée objectiviste du doyen de Bordeaux dans la mesure où cette règle de droit, étant issue du milieu social antérieur à l'État, assujettit avec la même rigueur aussi bien les gouvernants que les gouvernés[3090]. Elle s'applique « à toutes les manifestations externes des volontés individuelles, sans exception, quels que soient les agents de ces volontés »[3091]. Ainsi définie, la règle de droit « abolit la différence spécifique entre gouvernants et gouvernés puisque tous y sont soumis, indépendamment de leur statut dans l'État »[3092]. Par là-même, Duguit démystifie l'État : « les gouvernants qui détiennent (le) pouvoir, sont des individus comme les autres »[3093]. . Son entreprise doctrinale, menée principalement dans la seconde partie de « l'État, le droit objectif et la loi positive », vise effectivement à remplacer le concept collectif d'État, personne douteuse et dangereuse, par un pluriel, plus rassurant, « les gouvernants ». À ses yeux, « l'État est un fait immanent à la structure sociale, simplement lié à la différenciation politique entre gouvernants et gouvernés ; l'État, écrit-il n'est qu'une coquille vide, dépourvue de personnalité juridique, derrière laquelle se cachent des gouvernants »[3094]. Ce refus duguitien de toute compréhension métaphysique et personnifiée de l'État, titulaire de droits de puissance publique, empêche de concevoir le droit comme le résultat de la volonté de la puissance étatique. Dans sa pensée, la légitimité du pouvoir étatique ne s'acquiert pas donc par l'origine, mais toujours par l'exercice, qui s'éprouve par la conformité au but social. Il en découle que les gouvernants, dépourvus « d'un droit subjectif de commander »[3095], sont titulaires de droits mais également contraints à des devoirs juridiques objectifs. Comme le déclare Duguit, les gouvernants « n'ont jamais, en leur qualité de gouvernants, la puissance légitime de formuler des ordres. Comme tous les individus, ils sont soumis à la règle de droit, qui trouve son fondement dans la solidarité sociale (…). Toute manifestation de la volonté gouvernante est légitime, quand elle est conforme au droit ; les gouvernants peuvent alors légitimement mettre en jeu la plus grande force dont ils disposent parce qu'elle est alors employée à réaliser le droit »[3096]. En outre, en soumettant indifféremment les gouvernants et les gouvernés au droit objectif, on observe que la conception de la règle de droit de Duguit contribue à limiter le pouvoir de l'État. Le professeur bordelais fait donc figure de précurseur d'une théorie juridique de l'État de droit[3097]. De ce point de vue, il apparaît que c'est à

3090 L. Duguit, Traité..., tome 1, op.cit., p.97.
3091 *Ibid*., p.137.
3092 O. Beaud, Duguit, l'État..., op.cit., p.45.
3093 L. Duguit, L'État, le droit objectif et la loi positive, op.cit., p.1.
3094 K. Weidenfeld, Duguit Léon (1859-1928)…, op.cit., p.143.
3095 *Ibid*.
3096 *Ibid*. Dans le cas contraire, Duguit estime que « dès lors que la loi s'écarte de cette norme juridique antérieure, créée par la conscience de ceux auxquels elle s'adresse, elle perd sa justification et son caractère obligatoire » et reconnaît « d'une part, aux juges le pouvoir de refuser d'appliquer une norme qui contredit de manière certaine la « loi sociale » et, d'autre part, aux individus un droit de résistance à l'oppression ainsi qu'un droit d'insurrection contre les gouvernements tyranniques » (K. Weidenfeld, Duguit Léon (1859-1928), op.cit., p.143).
3097 Comme l'affirme Duguit, « si l'on conçoit l'État comme une personne, comme un sujet de droit, on doit admettre en même temps et par là-même qu'il tombe sous la prise du droit, que non seulement il est titulaire de droits subjectifs, mais encore qu'il est lié par le droit objectif, par la règle de droit, en un mot qu'il est, suivant l'expression allemande, un État de droit, un Rechtsstaat » (L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, l'organisation politique de la France , 4ème éd., 1923, p.31). Sur ce point : S. Pinon, Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante, RDP, n°2, 2010, pp. 523-548.

l'aune de ces deux objectifs, *politique* et *méthodologique*, que Duguit se saisit de la question des immunités parlementaires.

2. Le fondement contradictoire des immunités parlementaires dans la théorie duguitienne

Léon Duguit fait preuve, de prime abord, d'originalité dans sa conceptualisation des statuts dérogatoires des parlementaires : loin de tout rattachement au mandat représentatif, le juriste-théoricien les envisage comme des « situations juridiques objectives » reconnues aux députés considérés comme des fonctionnaires investis d'un pouvoir objectif (**a**). Mais, dès 1907, le maître de Bordeaux se conforme à la pensée dominante de la doctrine constitutionnelle classique sur ce sujet, consistant à articuler les privilèges des parlementaires - perçus désormais comme des organes chargés d'exprimer la volonté collective de la Nation - autour du dogme traditionnel de la souveraineté nationale (**b**).

a. La conception duguitienne des immunités parlementaires comme déclinaison de ses présupposés théoriques et méthodologique

628. La théorie du droit objectif de Duguit constitue, dans un premier temps, le pilier central de sa conception des statuts dérogatoires des parlementaires. Préalablement, le professeur bordelais élimine les obstacles théoriques encombrants que sont les idéologies constitutionnelles métaphysiques, à ses yeux, de la « représentation » et de l'« organe », qui font « florès dans l'abondante littérature juridique sur l'État, à la fin du XIXème siècle »[3098] et qui sont au cœur de la théorie politique de l'État depuis la Révolution française »[3099], au point de représenter artificiellement une sorte de « règle de notre droit public coutumier »[3100]. Il estime en effet que le droit public issu de la Révolution aurait mis en avant l'idée que « la nation est une personne titulaire du droit subjectif de puissance publique, du pouvoir de commandement ou souveraineté »[3101]. Alors qu'elle n'était qu'un produit de l'histoire, la souveraineté nationale est devenue une religion nouvelle que les constitutionnalistes contemporains ont perpétué. Comme il le souligne, « le dogme essentiel de cette religion nouvelle, que la Révolution prétendait apporter au monde, était le principe de la souveraineté nationale ; et c'est parce que nos pères y ont cru comme au credo d'une religion révélée

3098 F. Moderne, Préface, in L. Duguit, L'État, les gouvernants et les agents, Paris : A. Fontemoing, 1903, p.VII (réimprimé en 2005 aux éditions Dalloz).
3099 *Ibid.*, p.VII-VIII.
3100 L. Duguit, L'État, le droit objectif et la loi positive, op.cit., p.24.
3101 L. Duguit, Les transformations du droit public, op.cit., p.12.

que la souveraineté nationale, qui était le produit contingent de circonstances historiques, s'est imposée aux esprits et a survécu aux circonstances qui l'avaient produite »[3102]. Or Duguit conteste cette conception de la souveraineté nationale comme droit subjectif d'une personne, en raison de son artificialité[3103] et de sa dangerosité[3104]. De là dérive directement aussi son rejet des concepts de représentation et d'organe qui en sont le prolongement. Distinguant trois rapports de droit possibles entre les électeurs et le député, aucun d'eux n'est scientifiquement valable à ses yeux. Le premier, le système du député mandataire[3105], présente plusieurs contradictions internes[3106], tandis que les deux autres, le système du député organe[3107] et du député représentant[3108], sont atteints du « même vice

3102 *Ibid*., p.14.

3103 « La notion de souveraineté nationale une et indivisible, inaliénable et imprescriptible, la notion de loi expression de la volonté nationale, notions formulées dans les Déclarations et les constitutions de la période révolutionnaire. Partant, ces formules sont aussi artificielles que les notions qu'elles expriment » (L. Duguit, Les transformations du droit public, op.cit., p.11).

3104 Pour Duguit, Adhémar Esmein est le seul juriste qui « reste inébranlable au milieu des ruines du système » de la souveraineté nationale (*ibid*., p.37). Il observe en effet que « dans les nombreuses éditions de son livre sur le droit constitutionnel, M. Esmein écrit, toujours avec le même calme et forte assurance : « (…) Le fondement du droit public consiste en ce qu'il donne à la souveraineté en dehors et au-dessus des personnes qui l'exercent à tel ou tel moment, un sujet ou titulaire idéal et permanent qui personnifie la nation entière ; cette personne, c'est l'État (...) » (*ibid*.). Plus que la critique de la souveraineté nationale, Duguit récuse le concept même de souveraineté « dont la même doctrine se retrouve chez beaucoup d'auteurs allemands, notamment chez M. Laband » (*ibid*.), qui emploient plutôt le terme de puissance publique (Herrschaft). Pour le professeur bordelais, ce concept est, d'une part, une erreur scientifique d'Esmein et, d'autre part, ne poursuit qu'un but politique. Comme il l'affirme, « tandis qu'elle est déterminée chez M. Esmein par une observation des faits certainement inexacte, mais assurément consciencieuse et impartiale, elle est inspirée à beaucoup de juristes allemands par l'unique désir de donner au moins en apparence une base juridique à la toute-puissance impériale » (*ibid*.). Mais il observe que son opinion n'est pas isolée au sein de la science publiciste de son époque puisque « deux écrivains français les plus représentatifs de la doctrine publiciste française » (*ibid*., p.38), Maurice Hauriou et Joseph Berthélemy, le rejoignent sur ce point (v. *ibid*., p.38-40).

3105 Dans ce dispositif, « chaque député pris individuellement est le mandataire, au sens technique du mot, de la circonscription qui l'a nommé, qu'il se forme entre lui et ses électeurs un véritable contrat de mandat, aux termes duquel il est lié juridiquement par les promesses qu'il a faites avant l'élection » (L. Duguit, Leçons de droit public général..., op.cit., p.224). Pour que ce contrat de mandat soit respecté, « le député remet à son comité électoral, avant l'élection, sa démission signée en blanc, et, si le comité estime que le député, lié juridiquement par ses promesses, ne s'y conforme pas, il peut remplir cette démission et l'adresser à la chambre, dont le député en faute cessera par-là même de faire partie » (*ibid*., p.225-226).

3106 Trois raisons principales expliquent l'opposition de Duguit à ce système du député mandataire. Tout d'abord, dans un tel système, la compétence des circonscriptions électorales, simples divisions territoriales résultant de l'étendue du territoire et des opérations matérielles du vote, est excédée selon lui : « permettre aux circonscriptions de donner à leurs députés un mandat impératif, ce serait leur permettre d'usurper les prérogatives du corps électoral entier. La circonscription élit le député ; mais, si celui-ci reçoit un mandat, ce ne peut être que du pays tout entier » (*ibid*., p.226). En outre, ce dispositif fait face à une impossibilité matérielle : « si les députés étaient rigoureusement liés par les déclarations qu'ils ont faites avant l'élection, ils perdraient à la chambre toute indépendance ; les discussions deviendraient inutiles et la vie parlementaire serait elle-même impossible » (*ibid*.). Enfin, dernier argument de Duguit, le mandat impératif a été prohibé explicitement par la plupart des constitutions françaises (v. *ibid*.).

3107 Dans ce système, « le corps électoral est un organe d'État dont l'unique fonction est d'élire et (…) les députés constituent un organe d'État dont l'unique fonction est de légiférer. Lorsque le corps électoral a élu, il n'y a plus rien à faire. Le parlement élu et constitué va légiférer dans la plénitude de ses pouvoirs, sans avoir à s'occuper de ce que pense, de ce que veut le corps électoral. Il n'y a aucun rapport, en droit, entre l'électeur et l'élu » (*ibid*., p.224). Mais Duguit reproche à ce système son caractère factice : s'il est commode et peut être logiquement construit, « il a le grave tort de méconnaître des faits certains, d'aller contre la réalité tangible. Je suis le premier, affirme-t-il, à rechercher les constructions juridiques ; mais encore faut-il qu'elles soient une synthèse de la réalité, sinon elles sont une pure opération de l'esprit, elles ne répondent à rien, elles sont sans valeur comme sans utilité » (*ibid*.). Car il constate qu'en réalité, des liens persistent avant et durant le mandat du parlementaire : « au moment de l'élection, il existe, on ne peut le nier, des relations entre les électeurs et les candidats et ces relations se continuent après l'élection entre les électeurs et les députés » (*ibid*., p.225). Le réalisme méthodologique l'amène plutôt à penser que les électeurs qui sont informés des votes des élus, disposent d'« un droit intangible de pouvoir demander à leurs élus des explications sur la manière dont ils ont voté, dont, suivant l'expression devenue courante, ils ont rempli leur mandat » (*ibid*.). Par conséquent, « le système du député organe doit (…) être repoussé sans hésiter » (*ibid*.)

3108 Comme le précise Léon Duguit, le système représentatif, exposé par les constituants de 1791 et en particulier par Sieyès, suppose que « le mandant est la nation entière, personne juridique investie d'une volonté ; le mandataire est le

congénital, la personnification de l'État »[3109]. Le maître bordelais arrive donc à la conclusion que « l'attribution du pouvoir dans l'État à une nation souveraine et personnifiée, agissant par l'intermédiaire de ses organes ou par voie de représentation, ne répond en rien aux exigences du droit »[3110].

629. C'est pourquoi, après avoir déconstruit ces dogmes constitutionnels, le juriste-théoricien bordelais offre une définition *positive* de la représentation politique. À cet effet, pour établir une construction juridique valable, il se doit de revenir aux faits. Sous cet angle, il observe que « la situation juridique de l'électeur (…) est au premier chef une situation légale, ce qui exclut toute idée de droit subjectif, mais il dispose, dans la sphère déterminée par le droit positif, d'un « pouvoir objectif » (…) (qui) se double au demeurant d'un devoir objectif »[3111]. Cela signifie que la loi donne aux électeurs la possibilité, voire même l'obligation, d'exprimer une volonté, sans qu'il ne soit question ici d'un transfert ou d'une délégation de souveraineté. De ce point de vue, la spécificité de la pensée constitutionnelle de Duguit s'affirme précisément là, puisque les personnes élues ne sont pas « les représentants d'une personne collective souveraine qui serait la nation »[3112] mais ils sont, à ses yeux, un simple groupe d'hommes qu'il appelle « les gouvernants »[3113]. Il définit ces derniers comme « ceux qui détiennent en fait la puissance de contrainte ». En d'autres termes, ce que Duguit veut signifier à travers cette conception des législateurs, c'est qu'« il n'y a pas d'autre volonté politique que la volonté individuelle des gouvernants »[3114], éliminant par là même les idéologies mythiques et mystifiantes de la volonté collective et de la personnalité morale de l'État ou de la Nation[3115]. Il exprime clairement cette idée de démystification touchant les membres du Parlement qui ne sont plus appréhendés en corps mais individuellement : « La question du caractère juridique du parlement ne se pose point. Pour cela, il faudrait qu'il y eût une volonté parlementaire propre, et que le parlement fût une personne ; or il n'y a point de volonté parlementaire proprement dite ; le

parlement pris lui-même comme une personne ; le mandat est donné par la nation personne au parlement personne » (*ibid*., p.228). Si le maître de Bordeaux constate un rapport permanent entre le corps électoral et les députés, ces derniers ne sont pas liés envers sa circonscription par les promesses qu'il a faites (v. *ibid*.). Si ce système présente des avantages, Duguit y fait certaines objections d'ordre théorique et pratique. Théorique, d'une part, puisque Duguit doute que la nation donne par l'élection un mandat au parlement puisqu'« il faut que le mandant et le mandataire existent au moment où le mandat est donné. (…) Au moment de l'élection le mandant existe ; c'est la nation. Mais le mandataire n'existe pas encore puisque ce doit être le parlement et que celui-ci n'existera qu'après l'élection » (*ibid*., p.228-229). Pratique, d'autre part, car il est difficilement conciliable avec la représentation proportionnelle (v. *ibid*., p.229-230).

3109 F. Moderne, Préface, op.cit., p.VIII. Pour Duguit, le système représentatif repose sur « une conception vieillie et surannée, reposant sur le postulat indémontré et indémontrable et au surplus inutile de la personnalisation du titulaire de la puissance publique, elle-même au demeurant conçue sans justification aucune comme un droit subjectif » (*ibid*.).

3110 *Ibid*.

3111 *Ibid*., p.IX. Duguit affirme : « De droit de voter, de droit d'élire, il n'y en a point...l'électorat est une puissance de vouloir dans le domaine du droit (…), un pouvoir objectif d'une volonté individuelle » (L. Duguit, L'État, les gouvernants et les agents, op.cit., p.120).

3112 L. Duguit, Les transformations du droit public, op.cit., p.41.

3113 *Ibid*.

3114 L. Duguit, L'État, les gouvernants et les agents, op.cit., p.362.

3115 Avec le mandat représentatif, Duguit considère, sans l'accepter que les députés ne sont juridiquement « rien, ils sont absorbés dans le parlement ; lui seul a une volonté, lui seul une personnalité juridique, lui seul des pouvoirs, lui seul des droits ; les députés pris isolément n'ont juridiquement, en tant que députés, ni droits, ni pouvoirs, ni volonté » (*ibid*., p.194).

parlement n'est point une personne juridique. Il n'y a dans le parlement comme dans la nation que des volontés individuelles. Au point de vue du pouvoir juridique, on ne peut considérer que les députés individuellement »[3116]. Néanmoins, il convient de souligner qu'après avoir été élus, Duguit insiste sur le fait que les « représentants » ne disposent pas pour autant d'une totale indépendance vis-à-vis des électeurs. Ils se heurtent aux limites du droit objectif, c'est-à-dire aux impératifs de la solidarité sociale. Comme le souligne le théoricien bordelais, « la notion de cette solidarité permet (…) de déterminer la situation juridique du député »[3117]. En d'autres termes, la volonté individuelle des gouvernants est « investie d'un pouvoir objectif qui doit être réglementé et sanctionné par le droit »[3118], et qui appelle de ce fait un contrôle adéquat du droit positif légiféré. Les liens de solidarité qui unissent les membres du corps électoral et les membres du Parlement eux-mêmes doivent être recherchés dans la société elle-même. Ainsi définie, la représentation moderne est ancrée selon Duguit dans les relations sociales : des gouvernants « primaires » (les électeurs) désignent des gouvernants « secondaires » (les députés) auxquels ils confient les fonctions de l'État, tout en étant unis par des liens de solidarité réciproques, faits d'aspirations communes et d'une division du travail bien comprise[3119]. Sa démonstration vis-à-vis de la représentation politique éclaire sa conception des immunités parlementaires.

630. Si son système défend l'égal assujettissement au droit des gouvernés et des gouvernants dans un but de limitation du pouvoir étatique, le publiciste bordelais ne condamne pas pour autant l'existence et l'utilité d'un statut exorbitant de droit commun reconnu aux parlementaires[3120]. Au regard de leur situation juridique, il est primordial, à ses yeux, de protéger leur indépendance. En effet, de sa conception générale du droit objectif, le député est investi, non pas d'un droit subjectif,

3116 *Ibid*., p.235.
3117 L. Duguit, L'État, les gouvernants et les agents, op.cit., p.234.
3118 Cité par F. Moderne, Préface, op.cit., p.IX.
3119 Comme le précise Franck Moderne, pour Duguit, « cette solidarité vécue et agissante, véritable source de la puissance politique, ne peut que produire à son tour du « droit objectif ». De sorte que la représentation politique, au sens où l'entend le doyen de Bordeaux, est en soi un fait naturel et spontané, qui se constate objectivement et dont le législateur doit prendre acte, mais seulement pour l'organiser, en éviter les excès et pérenniser par là-même la solidarité sociale dont elle émane » (*ibid*., p.X).
3120 Il est, cependant, intéressant de noter que Duguit appréhende l'inviolabilité parlementaire, non comme une règle ordinaire du droit constitutionnel, mais comme une norme fortement *exorbitante de droit commun*. Il déclare effectivement : « l'inviolabilité parlementaire est une dérogation profonde au droit commun, une exception grave au principe primordial de l'égalité de la loi » (L. Duguit, Manuel…, 4ème éd., op.cit., p.417). Il en tire ainsi la conséquence que son interprétation doit être stricte : « on ne peut l'étendre, affirme-t-il, en dehors des termes stricts du texte » (*ibid*.). Cela se reflète dans son analyse des faits auxquels s'applique l'inviolabilité et de ses effets, ainsi que dans celle du flagrant délit. Tout d'abord, il considère que l'inviolabilité ne doit concerner que les infractions qualifiées de crime ou de délits, et non les contraventions de police car « la règle de l'article 14 (de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875) est tout à fait exceptionnelle ; il faut l'interpréter restrictivement » (*ibid*., p.416). De même, concernant les effets, il estime que l'inviolabilité judiciaire ne doit couvrir que les poursuites et les arrestations, et non les perquisitions domiciliaires « en vertu de la règle d'interprétation restrictive » (*ibid*., p.417). De plus, alors qu'il soulève la supposition d'un député qui serait poursuivi et mis en état de détention préventive pendant l'intervalle des sessions puis que la session des chambres commencée, ces poursuites n'étant pas achevées, cette détention subsiste, le professeur bordelais fait, à nouveau, une application stricte du texte en ce qu'il considère qu'il ne s'applique que lors des sessions (v. *ibid*., p.418). Enfin, il est impératif à ses yeux que la définition de la notion de flagrant délit soit tirée, selon lui, du droit commun, c'est-à-dire de l'article 41 du Code d'instruction criminelle. Par conséquent, il est évident, au vu de tous ces éléments, que Duguit opte pour une lecture *pénaliste* des immunités constitutionnelles.

mais d'un pouvoir objectif[3121], c'est-à-dire « celui d'agir comme fonctionnaire du parlement »[3122]. Cela signifie pour Duguit qu'il est chargé d'exprimer individuellement et objectivement la volonté du Parlement. Car cette compétence de fonctionnaire dont il dispose[3123] dérive, non pas d'une nomination, d'un contrat ou d'un mandat donné par la nation au corps du Parlement, mais de la loi. Le droit objectif est donc la source de son pouvoir dont il n'est pas maître. Il en découle que le député-fonctionnaire se retrouve politiquement et juridiquement dans une situation d'indépendance vis-à-vis de l'électeur. Comme le déclare Duguit, « les obligations du député et les droits de l'électeur, ne résultant point d'un contrat intervenant au moment de l'élection, électeur et député ne peuvent point déterminer librement l'étendue de la responsabilité du député »[3124]. Il ajoute dans la continuité de cette idée : « Que le député ait promis quelque chose ou n'ait rien promis, sa situation, ses pouvoirs et ses devoirs restent toujours les mêmes ; ils sont supérieurs à lui ; ils ne dérivent ni de sa volonté ni de celle des électeurs, mais de la loi, qui les constate et les sanctionne »[3125]. Par conséquent, pour le maître de Bordeaux, les immunités *dans leur ensemble* du député, « en France et dans les pays étrangers »[3126], ne sont ni des droits individuels ni le prolongement d'un quelconque mandat civil ou représentatif, mais sont un corps de normes à caractère abstrait et impersonnel instauré par le droit positif dans le but de lui permettre de remplir librement sa tâche de fonctionnaire du Parlement. Elles sont, ce qu'il appelle lui-même, une « situation objective »[3127], c'est-à-dire une situation dérivant directement du droit objectif et qui a le même caractère de généralité et de permanence que celui-ci. Ainsi définies, les immunités parlementaires sont donc, dans l'oeuvre duguitienne « simplement l'application à sa personne des règles formulées par le droit objectif pour assurer l'accomplissement des fonctions parlementaires avec une pleine et entière

3121 « De tout ce qui précède et de notre conception générale du droit objectif et du droit subjectif, il ressort bien que le député n'a point de droit subjectif, et n'a qu'un pouvoir objectif » (L. Duguit, L'État, les gouvernants et les agents, op.cit., p.234).

3122 *Ibid*., p.195. Le doyen de la faculté de Bordeaux constate qu'il n'est pas le seul parmi la science publiciste de son époque à partager cette idée. Faisant référence à Esmein et à Hauriou, il affirme effectivement qu'« il paraît bien que les auteurs français les plus autorisés considèrent le député comme un véritable fonctionnaire de l'État » (*ibid*., p.195). Mais il pointe du doigt, en même temps, la contradiction de cette solution dans le cadre d'un mandat représentatif et la personnalité du parlement (v. *ibid*.).

3123 Son appréhension du député comme un fonctionnaire de l'État est attestée, selon lui, par le droit positif à deux égards. D'une part, le député n'exerce pas cette fonction à titre gratuit. Il « reçoit légitimement un traitement » (*ibid*.) même si Duguit constate qu'on parle traditionnellement d'« indemnité parlementaire ». Mais « il y a là un simple usage suivi pour flatter l'amour-propre des députés, et l'on doit appliquer toutes les règles relatives au traitement des fonctionnaires » (*ibid*.). D'autre part, les députés doivent obéir à un pouvoir disciplinaire : « quoique exercé par l'assemblée ou son président, ce pouvoir disciplinaire est de même ordre et de même nature que celui qui appartient au supérieur hiérarchique sur son subordonnée » (*ibid*.).

3124 *Ibid*., p.235.

3125 *Ibid*.

3126 *Ibid*., p.195.

3127 L. Duguit, Leçons de droit public général…, op.cit., p.65. Duguit donne une définition claire de cette expression : « Les situations qui naissent de la loi, qui sont une conséquence immédiate de l'application de la loi, sont comme elle et dans la même mesure, générales et permanentes. J'appelle ces situations des situations juridiques objectives » (*ibid*.).

indépendance »[3128]. En ce sens, Duguit note que le caractère objectif des privilèges parlementaires est attesté par l'impossibilité pour le député d'y renoncer[3129].

631. Toutefois, Duguit ne considère pas que les députés soient totalement irresponsables juridiquement. Comme il a été observé précédemment, du fait de sa situation, le pouvoir objectif dont dispose le député-fonctionnaire a pour fondement mais également « pour limite la solidarité qui l'unit aux membres du corps électoral »[3130]. En d'autres termes, sa marge d'indépendance s'exerce dans les contraintes de l'interdépendance sociale. Comme le déclare le publiciste bordelais, « le député peut vouloir ; mais il ne peut vouloir juridiquement et efficacement qu'à la condition que son acte de volonté soit déterminé par le but de maintenir et d'accroître la solidarité qui l'unit aux membres du corps électoral »[3131]. En d'autres termes, la volonté du parlementaire ne produira un effet juridique et ne sera contraignante à l'égard de l'électeur que s'il est conforme à cette finalité. Cette affirmation de Duguit met en lumière également le lien de dépendance existant entre l'élu et l'électeur puisque le pouvoir de vouloir du premier « est limité par celui de l'électeur »[3132], comme le pouvoir de contrainte du second est encadré par celui de l'élu agissant dans le but de la solidarité sociale. Autrement dit, les pouvoirs objectifs du député et de l'électeur sont interdépendants, ils « se conditionnent et se limitent réciproquement »[3133]. C'est pourquoi le maître de Bordeaux estime que « le député est responsable »[3134] devant l'électeur vis-à-vis de ses actes. Mais il est important de souligner qu'il exclut derechef tout rapport d'obligation entre l'électeur et l'élu : « cette responsabilité n'aura point pour cause un rapport de droit volontaire né entre lui et l'électeur »[3135]. Loin de tout mandat, le but ici poursuivi par Duguit consiste à penser un état juridique sans qu'il y

3128 L. Duguit, L'État, les gouvernants et les agents, op.cit.., p.195-196. A l'inverse, dans le cadre du mandat impératif par lequel le député a un « droit subjectif d'exercer la part de souveraineté appartenant à leurs électeurs, et sous le contrôle de ceux-ci » (*ibid*., p.194), les diverses immunités parlementaires établies par le droit positif « ne sont que les garanties de ce droit » (*ibid*.) et non d'un quelconque droit objectif.

3129 Duguit note qu'il est possible de considérer que « le député peut toujours renoncer à sa qualité de député, en donnant sa démission ; n'est-ce pas la preuve que la qualité de député et toutes les immunités qui y sont attachées constituent véritablement pour lui des droits subjectifs ? » (*ibid*., p.196). Cependant, pour lui, la démission ne constitue pas la cause de la perte de qualité de député : « celui-ci peut, en effet, donner sa démission ; elle ne fait pas par elle-même perdre la qualité de député ; elle est sans effet tant qu'elle n'a pas été acceptée par l'assemblée dont fait partie le député, et jusque-là celui-ci peut toujours la retirer ; la cause efficiente de la perte de la fonction parlementaire est donc la décision du parlement et non point la démission » (*ibid*.), comme l'atteste l'article 10 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 qui dispose que : « Chacune des chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de l'élection ; elle peut, seule, recevoir leur démission ». Duguit en conclut ainsi que même si un député renonçait à son irresponsabilité, comme à son inviolabilité, « il ne pourrait pas être poursuivi pour un fait relatif à ses fonctions (…) ; il ne pourrait pas être poursuivi pour une infraction sans l'autorisation de la chambre à laquelle il appartient (…). Le tribunal saisi devrait, même d'office, et nonobstant une demande formelle du député tendant à être jugé, se déclarer incompétent jusqu'à ce que la chambre ait autorisé la poursuite. Ces solutions sont hors de toute contestation » (L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, 4ème éd., Paris : E. de Boccard, 1923, p.415-416, réimprimé aux éditions Panthéon-Assas en 2007) puisqu'elles sont établies « dans l'intérêt même de l'indépendance du parlement » (*ibid*.).

3130 *Ibid*., p.234.

3131 *Ibid*.

3132 *Ibid*., p.235.

3133 *Ibid*., p.234.

3134 *Ibid*., p.235.

3135 *Ibid*. Duguit ajoute : « Entre la théorie du mandat individuel impératif et la nôtre, il y a toute la différence qui sépare le droit objectif et la situation subjective » (*ibid*.).

ait forcément un lien de droit entre les deux personnes. Comme il l'affirme, les électeurs et l'élu « ne sont point compris dans le cadre d'une même situation subjective ; la situation du député comme celle de l'électeur est de pur droit objectif »[3136]. Par conséquent, l'étendue de la responsabilité ne peut être déterminée selon le publiciste que par une norme objective, c'est-à-dire la « loi, laquelle a pour fondement la solidarité entre électeurs et députés »[3137]. Duguit donne ainsi compétence au législateur positif le soin « de garantir ces limites et d'organiser cette dépendance »[3138]. À l'issue de ce raisonnement, il parvient à la conclusion de la *particularité* de la situation juridique du député en ce qu'il possède un statut ambivalent qui détermine, au final, son degré de responsabilité : « finalement le député est un fonctionnaire, mais un fonctionnaire dans une situation spéciale, puisque sa fonction, ses pouvoirs et ses devoirs dérivent de la solidarité spéciale qui l'unit aux gouvernants primaires »[3139].

632. Enfin, il est intéressant de noter que sa méthodologie juridique conditionne également sa doctrine des immunités parlementaires. Son épistémologie expérimentale le conduit à « constater les faits, n'affirmer comme vrai que ce l'on constate par l'observation directe et bannir du domaine juridique tous les concepts *a priori*, objets de croyance métaphysique ou religieuse, qui prêtent à des développements littéraires, mais qui n'ont rien de scientifique »[3140]. Autrement dit, vis-à-vis de la question de la protection des législateurs, il rejette la méthode dogmatique d'Esmein et de Carré de Malberg. Il ne part pas d'un principe constitutionnel métaphysique pour en déduire la technique juridique des privilèges des députés[3141]. Il forge, au contraire, des concepts *a posteriori* qui se basent sur l'expérience et l'observation des faits. Ainsi son approche des immunités parlementaires comme résultat du pouvoir objectif du député-fonctionnaire, est un constat scientifique basé sur l'observation réaliste des faits[3142]. En outre, le maître de Bordeaux bâtit une théorie principalement juridique de l'État. Dès lors, à l'opposé d'Esmein, les sciences auxiliaires que sont l'histoire constitutionnelle française et le droit comparé ne lui servent pas d'outil d'analyse et de légitimation des immunités constitutionnelles. Se voulant d'esprit scientifique, la démarche de Duguit est de

3136 *Ibid*., p.234.
3137 *Ibid*., p.235.
3138 *Ibid*., p.234. Duguit précise ce dispositif : « Cette responsabilité aura pour cause efficiente le droit objectif, pour condition un acte de volonté unilatéral de l'électeur se manifestant dans les limites de son pouvoir objectif » (*ibid*., p.235). En outre, le publiciste bordelais rattache très étroitement la discipline parlementaire à l'irresponsabilité parlementaire qui permet de suppléer à l'absence d'action judiciaire qu'entraîne l'irresponsabilité. Sur ce point : *v.* R. Bonnard, Les immunités et discipline parlementaires à l'occasion des rapports des commissions, RDP, 1911, p.561.
3139 *Ibid*.
3140 L. Duguit, Préface, Traité de droit constitutionnel, 3ème éd., E. de Boccard, 1928.
3141 Comme le souligne Stéphane Pinon, « la méthode déductive consistant à formuler des principes généraux à partir desquels sont mécaniquement dégagées des conséquences lui fait horreur » (S. Pinon, Le positivisme sociologique…, op.cit., p.75).
3142 Toutefois, des juristes de son époque, à l'image de François Gény, dénonceront que « le système de Duguit n'est pas fondé sur une observation scientifique et objective de la réalité, mais sur des postulats métaphysiques inavoués » (J.-P. Chazal, Léon Duguit et François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique, op.cit., p.106). Ils prennent l'exemple notamment de la *solidarité sociale* qui aurait pour fondement la théorie du droit naturel. *V.* la réponse de Duguit : *ibid*., p.106-113.

proposer une théorie du droit – absente dans l'œuvre d'Esmein[3143] - à laquelle s'intègre sa lecture des statuts dérogatoires des parlementaires. Leur vision divergente du droit constitutionnel explique, par conséquent, la différence de leur discours sur ce sujet. Cependant, il semble manifeste que Duguit se soit écarté, paradoxalement, de ses préceptes méthodologiques et théoriques.

b. Le rattachement* classique *des immunités parlementaires au principe de la souveraineté nationale

633. Il pouvait sembler que l'armature théorique de Duguit n'était pas bâtie pas sur la théorie de la souveraineté nationale qu'il réfutait au plus haut point. Or il est manifeste que le fondement duguitien des immunités parlementaires est frappé d'une contradiction évidente. Alors que le doyen de la faculté de Bordeaux met un point d'honneur à démanteler la théorie de la souveraineté nationale et à détacher les privilèges des législateurs de celle-ci, principalement dans son ouvrage « L'État, les gouvernants et les agents » de 1903, un passage de la première édition de son « Manuel de droit constitutionnel » rédigé quelques années plus tard en 1907, apporte un démenti formel. Il déclare curieusement que l'ensemble des immunités parlementaires, c'est-à-dire « l'inviolabilité pas plus que l'irresponsabilité, n'est établie à vrai dire dans l'intérêt du député qui en profite, mais dans l'intérêt du Parlement, *dans l'intérêt, peut-on dire, de la souveraineté nationale elle-même*, que le parlement est censé représenter »[3144]. Ce revirement intellectuel vis-à-vis de l'assise juridique des avantages parlementaires résulte, en réalité, d'un changement de conception du député, emprunté directement à la théorie du mandat représentatif. Les propos de Duguit sont étonnants par leur transfiguration : « Le membre du parlement n'est point, dans la conception française moderne, mandataire de la circonscription qui l'a élu, qu'il est simplement partie composante de cet organe appelé parlement, qui est un organe représentatif de la souveraineté nationale. Le membre du parlement n'a donc pas de pouvoir qui lui soit propre »[3145]. Duguit délaisse donc clairement sa

3143 v. O. Beaud, Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel, op.cit., p.42.
3144 L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, 1ère éd., Paris : A. Fontemoing, 1907, p.814 [Nous soulignons]. Ce même passage est reproduit dans la quatrième édition : L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, 4ème éd., op.cit., p.415 [Nous soulignons]. A cet égard, il est frappant de constater que Duguit attribue les mêmes fondements à l'inviolabilité et à l'irresponsabilité parlementaire qui résident dans la séparation des pouvoirs et le mandat représentatif. Concernant l'irresponsabilité, il note qu'« il importe d'assurer l'indépendance du député, non seulement à l'égard du gouvernement, mais encore à l'égard des particuliers. Pour que le député puisse remplir son mandat avec une entière liberté et une pleine indépendance, il faut qu'il soit soustrait à toute possibilité de poursuite pénale à l'occasion d'actes rentrant dans ses attributions parlementaires, il faut qu'il échappe à toute responsabilité pécuniaire envers les particuliers à l'occasion des actes rentrant dans lesdites attributions » (*ibid*., p.413). Pour les mêmes finalités, la règle de l'inviolabilité « se justifie amplement par la nécessité d'assurer l'indépendance du parlement, de soustraire ses membres à l'espèce de chantage que le gouvernement, qui dispose de l'action publique, pourrait exercer sur eux, et aux tracasseries que des particuliers, par le droit de citation directe, pourraient susciter à des députés dont ils croient avoir à se plaindre » (*ibid*., p.415). Il n'y a donc aucune remise en cause des statuts dérogatoires des membres des assemblées dans la pensée constitutionnelle de Duguit.
3145 L. Duguit, Manuel…, 1ère éd., op.cit., p.797.

théorie objectiviste du droit à l'égard des parlementaires en ce qu'il « re-sacralise » ces derniers[3146]. Il n'est plus question ici de volonté individuelle d'hommes ou de femmes gouvernants mais de volonté collective et de personnalité de la Nation. Ce changement significatif se répercute sur la manière dont le professeur bordelais conçoit la nature des privilèges des membres des Assemblées[3147]. Abandonnant indéniablement sa lecture objectiviste des immunités parlementaires, il se range à la conception *plus classique* d'Esmein structurée autour du paradigme de la souveraineté nationale.

En définitive, le discours de Duguit relatif aux immunités parlementaires se traduit par une oscillation intellectuelle évidente, qui résulte de l'évolution de ses présupposés méthodologique et constitutionnel. Un même balancement touche la pensée d'Hauriou sur cette question.

B. Une conception ambiguë des immunités parlementaires dans la pensée de Maurice Hauriou

Maurice Hauriou, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, est une nouvelle figure marquante de la pensée juridique du début du XXème siècle. Excellant en droit romain et en droit civil, c'est en droit public qu'il s'impose, à la fois comme un spécialiste de droit administratif[3148], comme arrêtiste et comme constitutionnaliste. Sa pensée s'étend sur près de quarante ans, les premiers éléments caractéristiques émergeant dans les années 1890 et ses dernières publications datant de la fin des années 1920. Celle-ci connaît une évolution certaine car, d'une part, le professeur toulousain se dirige davantage vers le droit politique au détriment du droit administratif, mais aussi parce qu'« attentif aux évolutions sociales et aux crises politiques, il est toujours soucieux de penser le droit réel, le droit tel qu'il se fait et s'applique, et il se montre attentif aux évolutions des sciences sociales en général et à la sociologie en particulier »[3149]. De son œuvre féconde, les deux éditions du Précis de droit constitutionnel, de 1923 et 1929, présentent la vertu de « systématiser l'expression

3146 Par la suite, Léon Duguit affirme clairement son ralliement au système du député-représentant au détriment de celui du député-organe et du député-mandataire étant donné qu'il le considère comme le moins mauvais des trois systèmes : « représentant du pays, placé sous le contrôle du pays tout entier, le député agit librement, vote suivant sa conscience, sauf à rendre compte aux électeurs quand il demandera le renouvellement de son mandat. Tel est le système auquel il faut se rallier. C'est celui qui rend le mieux compte des faits et qui écarte les inconvénients qui résultent des deux premiers » (L. Duguit, Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université égyptienne..., op.cit., p.228). Dans le même sens, il déclare : « quoi qu'il en soit de ces discussions, je persiste à penser que malgré les critiques théoriques, malgré les objections d'ordre pratique, si nous devons choisir entre l'un des trois systèmes exposés, il faut incontestablement accepter le système du mandat représentatif » (*ibid*., p.230).

3147 De manière caractéristique, Duguit affirme que chacun des volets composant l'immunité parlementaire vise à « assurer l'indépendance du parlement » (L. Duguit, Manuel…, 4ème éd., op.cit., p.414).

3148 Maurice Hauriou est considéré comme le « principal père du droit administratif » (P. Malaurie, Anthologie de la pensée juridique, op.cit., p.232).

3149 E. Maulin, Hauriou Maurice (1856-1929). Précis de droit constitutionnel, in O. Cayla, J.-L. Halperin (dir.), Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, op.cit., p.247.

d'une doctrine constitutionnelle restée longtemps en gestation »[3150]. Ces écrits témoignent clairement d'une pensée rigoureuse et originale. Cette originalité se manifeste notamment par sa réfutation, révélatrice de son approche, de la doctrine classique de la souveraineté nationale. La pensée du « révolutionnaire conceptuel » se révèle tout à fait étrangère à l'idée de délégation ou de mandat, et esquisse une nouvelle conception de la représentation articulée autour de la notion d'*investiture* (**1**). Pourtant, paradoxalement, au sein du même ouvrage, le doyen Hauriou s'écarte résolument de sa doctrine singulière au moment d'analyser les immunités parlementaires, étant donné qu'il les enracine dans la théorie classique du mandat représentatif, en plus du fondement de la séparation des pouvoirs. La conception haurioutienne des immunités parlementaires est donc traversée par une véritable tension (**2**).

1. Une doctrine singulière de la représentation loin de toute délégation ou mandat

À rebours de la conception doctrinale dominante du début du XXème siècle, Maurice Hauriou s'inscrit en faux contre la théorie classique de la représentation articulée autour de la notion de délégation et de mandat. Ce rejet s'inscrit dans un projet plus global visant à faire de l'État, dans l'idéal, « un garant de la Justice et ainsi dépasser la phase transitoire de l'État légal auquel risquait de réduire, selon lui, la République parlementaire de son époque »[3151]. Ne s'arrangeant pas de l'égalité formelle, l'État a la tâche d'assurer pour Hauriou « *l'aequum et bonum*, c'est-à-dire une égalité ou, tout au moins, une proportionnalité entre les hommes dans la jouissance du bien spirituel et matériel »[3152]. À cette fin, il est donc primordial, à ses yeux, de mettre un terme au dogme républicain de la représentation puisque c'était « la condition *sine qua non* de la restauration d'un État capable d'être équitable avec chacun, car affranchi de la contrainte d'agir par voie générale comme lui imposait le mythe de la loi »[3153]. C'est pourquoi le doyen de la Faculté de droit de Toulouse est un sérieux adversaire de la théorie de la délégation défendue par Adhémar Esmein qui se heurte à des obstacles théoriques. Il juge absurde de considérer que la souveraineté émane du peuple et que celui-ci en délègue l'exercice aux députés[3154]. Car cette notion de délégation est

3150 *Ibid*. Comme le souligne Jacky Hummel, la seconde édition du Précis, « publiée l'année de la mort de son auteur (…) apparaît comme l'ultime mouture d'une pensée juridique qui, loin de se reposer dans l'immuable perfection de ses principes, a sans cesse été au travail » (J. Hummel, Présentation, in M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, op.cit., 1929).
3151 N. Foulquier, Maurice Hauriou…, op.cit., p.14.
3152 *Ibid*.
3153 *Ibid*., p.16.
3154 Maurice Hauriou donne une définition précise de la doctrine de la délégation : « sous une forme plus juridique, qui a passé dans l'enseignement et dans la littérature politique, la doctrine de la délégation s'est exprimée en une formule saisissante : « La souveraineté réside dans la nation, celle-ci n'en a que la jouissance et est obligée d'en déléguer l'exercice ; elle le délègue par la loi aux institutions gouvernementales et, par les élections, au personnel gouvernemental » (M. Hauriou, Précis…, op.cit., p.171). A travers cette affirmation, on comprend que le professeur toulousain distingue deux opérations de délégation : « 1° la délégation faite par la nation par voie constitutionnelle des institutions représentatives telles que l'institution exécutive et le corps législatif (Const. 3 sept. 1791, titre III, art.2) ; 2°

construite sur une confusion du corps électoral et de la nation. Pour Hauriou, le corps électoral ne peut transmettre de pouvoirs car il est lui-même représentant de la Nation. Comme le déclare le professeur toulousain, « dans la réalité des choses, le prétendu gouvernement direct de la volonté nationale par le suffrage que l'on oppose au gouvernement représentatif n'a jamais été un gouvernement direct de la volonté générale ; il a été une organisation représentative du second degré car les électeurs sont déjà des représentants de la nation (…). L'assemblée des électeurs qui ne comprend point toute la nation n'est qu'un organe représentatif du premier degré qui élit le parlement, organe représentatif du second degré »[3155]. Par conséquent, Hauriou refuse toute assimilation de la nation au corps électoral ; ce dernier n'est qu'un représentant de celle-ci et un organe de gouvernement. Il est chargé de nommer « les représentants qui vont constituer l'organe exécutif. Il les nomme au nom de la Nation »[3156] sans leur transmettre de pouvoir.

634. En réalité, marqué par ses convictions religieuses, spécialement par la philosophie de Thomas D'Aquin[3157], il considère que le pouvoir existe en soi et les gouvernants l'exercent sans délégation de la Nation. A l'opposé de la théorie du contrat social de Rousseau selon laquelle tout pouvoir émane de la Nation, « la réalité institutionnelle de l'État fait apparaître plusieurs pouvoirs qui coexistent : les multiples foyers de pouvoir issus de la Nation et le pouvoir gouvernemental » qui montre que la souveraineté peut être partagée. Plus exactement, Hauriou distingue le pouvoir actif de domination qui appartient au gouvernement[3158] qui est *minoritaire* et le pouvoir passif de sujétion appartenant au peuple qui est *majoritaire*, capable de lui résister[3159]. Ce pouvoir majoritaire

La délégation faite par le corps électoral, identifié avec la nation par la voie de l'élection, au personnel gouvernemental » (*ibid.*). Or, à ses yeux, cette première délégation « ne présente pas d'inconvénients pratique : que l'on interprète comme on voudra la nationalisation des institutions gouvernementales, cela ne tire pas à conséquence » (*ibid.*). Toutefois, il conteste la deuxième forme de délégation : « si la délégation constitutionnelle aux institutions gouvernementales est sans inconvénients, il n'en est pas de même de la délégation électorale au personnel politique des représentants du peuple » (*ibid.*).

3155 Cité par J.-M. Crouzatier, La citoyenneté dans l'œuvre du doyen Maurice Hauriou, in La citoyenneté d'aujourd'hui, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p.91.

3156 *Ibid.*

3157 Voir O. Beaud, Hauriou et le droit naturel, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 1988, pp.123-138.

3158 Hauriou défend la doctrine constitutionnelle de la nationalisation du pouvoir. Selon elle, « la nation a nationalisé les pouvoirs minoritaires de gouvernement, assez pour n'avoir plus rien à craindre d'eux, mais pas assez cependant pour leur enlever leur autonomie ; ils ne deviennent pas des pouvoirs commis, ils restent des représentants autonomes de la nation, des gérants d'affaires autonomes, et non pas des mandataires » (M. Hauriou, Précis…, op.cit., 1929, p.169). Comme il le précise, « la nature des pouvoirs du gouvernement est d'être des droits de domination : il exerce le droit de légiférer, de rendre la justice, de faire de l'action directe pour réaliser ses services quand il est le plus fort, il les exerce comme des pouvoirs propres avec une autonomie entière ; s'il cesse d'être le plus fort, son autonomie peut être limitée par un contrôle de la nation, mais pourquoi le pouvoir de domination cesserait-il de lui être propre ? » (M. Hauriou, Principes de droit public, op.cit., 1916, p.429).

3159 M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, op.cit., 1929, p.135. Comme le précise le professeur toulousain, « dans l'État contemporain, la combinaison de la compétence et du pouvoir de domination se produit sous forme de combinaison du pouvoir minoritaire et du pouvoir majoritaire » (M. Hauriou, Précis…, op.cit., 1929, p.27). Ainsi, « en l'institution gouvernementale et en son personnel de fonctionnaires réside essentiellement l'autorité politique associée à la compétence, *pouvoir minoritaire*, et dans le personnel des hommes politiques, issus du suffrage, repose essentiellement le pouvoir de domination qui, sous le nom de souveraineté nationale, est *majoritaire* » (*ibid.*). Comme le note très justement Eric Maulin, « cette approche distingue la pensée d'Hauriou de celle de la plupart des publicistes attachés à la tradition révolutionnaire, qui insistent au contraire sur l'identité juridique des gouvernants et des gouvernés, les premiers ne se distinguant que fonctionnellement des seconds dont ils tirent leurs compétences,

étant inorganisé, il ne peut exprimer de volonté et ne peut donc déléguer son pouvoir. Une fois organisé en corps électoral, celui-ci devient un organe de gouvernement[3160], aux côtés du législatif et de l'exécutif. La volonté générale du peuple doit alors être distinguée de la volonté électorale, car le pays légal ne doit pas être confondu avec le pays réel[3161]. Ainsi définie, la souveraineté nationale se réduit en une « souveraineté de sujétion » : les citoyens sont souverains dans la mesure où ils détiennent le pouvoir d'accorder leur assentiment ou leur confiance, c'est-à-dire dans la mesure où ils acceptent d'être assujettis au pouvoir des gouvernants[3162]. Hauriou opère, dès lors, un renversement des concepts puisque la souveraineté n'est plus synonyme de détention du pouvoir. De plus, si le pouvoir électoral participe *in fine* au gouvernement, c'est nécessairement de manière restreinte puisqu'il forme le pouvoir majoritaire par excellence.

635. Pour atteindre l'État de justice, Hauriou propose, au contraire, une nouvelle conception de la représentation qui ne réside plus dans l'élection. Celle-ci est construite autour de sa fameuse théorie de l'Institution qui constitue le noyau central de toute sa théorie du droit public. Dans cette optique, la représentation n'a plus de lien avec une quelconque forme de délégation de compétences ou de mandat, mais repose sur la compétence et la capacité à œuvrer pour la justice. Loin d'être un rapport entre personnes - représentants et représentés -, elle désigne désormais un rapport entre des personnes et une idée représentée qui fonde le groupe. Dans cette logique, il y a représentation lorsque le gouvernement et les membres du groupe partagent la même idée d'œuvre, c'est-à-dire se font la même idée de ce qui les unit. En effet, « le pouvoir existant en vertu de l'ordre divin et le gouvernant l'exerçant au nom du groupe, pour officiellement en satisfaire les intérêts, il en (est) le représentant et détient les pouvoirs nécessaires pour ce faire, nés de l'organisation elle-même »[3163].

constitutionnellement encadrées, législativement limitées et, pour tout dire, fondamentalement subordonnées à la volonté nationale. (…) Au contraire, Hauriou soutient le principe d'une irréductibilité politique et juridique du pouvoir minoritaire (…) au pouvoir majoritaire, irréductibilité qu'il traduit par le principe de l'irréductibilité de la souveraineté de l'État à la souveraineté de la nation parce que ce sont toujours les pouvoirs de gouvernements qui incarnent les puissances de la volonté de la personne morale État » (E. Maulin, Hauriou Maurice, op.cit., p.248-249). Pour lui, le pouvoir minoritaire de gouvernement n'émane pas de la Nation mais lui préexiste et existe indépendamment d'elle puisque « sous l'Ancien Régime, alors que le principe de la souveraineté nationale est encore informe, le pouvoir et la légitimité résidaient dans la personne du monarque » (*ibid*., p.249). La souveraineté nationale n'est donc apparue qu'avec le phénomène de la nationalisation progressive évoqué ci-dessus, par l'intermédiaire de la loi qui encadre le pouvoir, le droit et l'institution. Cependant, ce phénomène n'est jamais complet en ce que le pouvoir minoritaire est toujours en mouvement. C'est pourquoi celui-ci est « toujours l'avant-garde de la nation et peut, le cas échéant, s'opposer à sa volonté » (*ibid*., p.250), ce qui démontre sa relative autonomie. Ainsi en définitive, « ce mouvement permet de bien comprendre la conception particulière que Hauriou se fait de la souveraineté nationale : ce n'est pas la nation inorganisée qui est par essence souveraine, mais c'est la nation organisée par l'État qui se voit reconnaître souveraine, de sorte que la souveraineté nationale n'est pas à l'origine mais seulement au fondement de tout pouvoir dans l'État, mais elle est un principe second en ce sens que, dans la vie du droit, la nation intervient toujours afin de ratifier les décisions gouvernementales » (*ibid*.).

3160 Dans la pensée d'Hauriou, « le suffrage est essentiel parce qu'il manifeste le consentement du groupe social sans lequel aucune institution ne peut durer » (J.-M. Crouzatier, La citoyenneté…, op.cit., p.92).

3161 M. Hauriou, La souveraineté nationale, op.cit., p.30.

3162 Chez Hauriou, « le consentement des gouvernés n'est pas la justification du pouvoir de commander ; il est la condition de la viabilité de ce pouvoir. C'est pourquoi le consentement des gouvernés n'était pas seulement passif, même si le peuple est « éminemment passif » et renfermait une force : le « pouvoir de sujétion » selon l'expression de Hauriou. D'où la concurrence des souverainetés » (N. Foulquier, Maurice Hauriou…, op.cit., p.17).

3163 *Ibid*., p.18.

Pour fonder la notion de représentation, Maurice Hauriou propose, dès lors, le concept d'*investiture* à la place de celui de délégation : « La donnée de l'investiture diffère de celle de la délégation en ce qu'elle n'implique pas une transmission de pouvoir ; *déléguer quelqu'un*, c'est l'envoyer en lui conférant un pouvoir, *investir quelqu'un*, c'est lui dire : vous exercerez votre pouvoir propre, mais vous l'exercerez en mon nom et dans mon intérêt »[3164]. Se trouve ainsi respectée l'autonomie des fonctions législative et exécutive, chacun des gouvernant qui agit au nom de la nation ne l'engageant que dans les limites de ses compétences. Ainsi le représentant veut pour la nation et non pour lui. Et en démocratie, la sanction résulte de la possibilité de non réélection du représentant de la nation.

636. Cette conception lui permet également de renverser la théorie classique de la séparation des pouvoirs. Distinguant trois formes de volonté étatique – la volonté délibérante, la volonté d'exécution et la volonté d'assentiment correspondant au pouvoir électif ou pouvoir de suffrage -, Hauriou affirme la primauté logique du pouvoir d'exécution en rejetant la conception révolutionnaire[3165]. Comme il l'affirme, « on voit (...) la hiérarchie normale des trois pouvoirs : d'abord, les deux pouvoirs de décision, qui sont l'exécutif et le délibérant, doivent passer avant le pouvoir de suffrage, qui n'est que d'assentiment, parce qu'au point de vue du degré d'importance des opérations de volonté, la décision passe avant l'assentiment. Ensuite, entre les deux pouvoirs de décision, le pouvoir exécutif ou de décision exécutoire doit passer avant le pouvoir délibérant, car une décision exécutoire par elle-même a quelque chose de plus qu'une décision, même délibérée et obligatoire, qui n'est pas exécutoire par elle-même (étant donné qu'il est de l'essence d'une décision d'être exécutoire, le premier des pouvoirs est celui qui a la vertu de rendre exécutoires les décisions) »[3166]. Il revient donc au pouvoir minoritaire, c'est-à-dire l'exécutif, d'être le représentant de l'État et de la Nation : « l'indépendance du pouvoir minoritaire du gouvernement doit demeurer la règle et la participation du pouvoir majoritaire doit être l'exception, ce qui conduit à penser que l'initiative des décisions à prendre doit demeurer au pouvoir minoritaire. Sans cette limitation nécessaire de la liberté politique et si les initiatives passaient aux assemblées imprégnées de pouvoir majoritaire, l'État se dissoudrait vite »[3167]. D'où la place éminente de l'exécutif dans la hiérarchie des pouvoirs. L'État que Hauriou veut maîtriser par l'exécutif est donc, par cette seule prédominance, un État de justice[3168].

3164 M. Hauriou, Principes de droit public, 1ère éd., op.cit., p.434.
3165 L'approche d'Hauriou va notamment à l'encontre de celle de Carré de Malberg pour lequel le canal d'expression de la Nation souveraine est le pouvoir législatif, qui est l'organe exclusif de formation de la volonté. Dans cette optique, le pouvoir exécutif n'est qu'un commis de la nation auquel il faut refuser toute autonomie car « l'autonomie, même partielle, d'un pouvoir exécutif est la négation du principe de la souveraineté nationale, l'immixtion d'un pouvoir autoritaire dans la souveraineté nationale » (E. Maulin, Hauriou Maurice, op.cit., p.249).
3166 M. Hauriou, Précis…, op.cit., 1929, p. 352.
3167 *Ibid*., p.137.
3168 Comme le note Norbert Foulquier, pour Hauriou, « restauré dans son autorité et son autonomie, l'exécutif dans l'État pouvait assumer les missions de justice du Roi de l'Ancien régime, notamment parce que ses actes individuels étaient les actes les plus à même de rendre à chacun son dû. En effet, à rebours du dogme de 1789 de l'égalité par la

637. Dans ces conditions, le pouvoir législatif, qu'il appelle « le pouvoir délibérant », occupe, dans son schéma institutionnel, une place ambivalente[3169] puisque celle-ci est à la fois « éminente et secondaire »[3170]. Le doyen toulousain précise cette position intermédiaire : « elle est éminente (…) à raison de la qualité de ce qui est délibéré ; [mais poursuit Hauriou] elle est secondaire parce que l'opération de délibération est un médiocre procédé de gouvernement »[3171], puisque le gouvernement impose l'action et non la délibération et il est importe peu, du point de vue du gouvernement, que le droit produit par le pouvoir délibérant fût de meilleure qualité, notamment démocratique[3172]. De ce point de vue, la réduction du pouvoir législatif à un simple pouvoir délibérant éloigne le péril d'une toute-puissance des assemblées[3173]. Ces dernières sont cantonnées à définir et expliciter les volontés exprimées de façon *implicite* dans le processus électoral. Cependant, il semble clair, de prime abord, comme il a été observé, que pour le publiciste toulousain, les représentants ne sont pas chargés de porter les volontés *préexistantes* de leurs électeurs[3174]. Ils n'exécutent rien par rapport à des volontés antécédentes, d'où l'impossibilité d'associer le représentant au mandataire[3175]. Au contraire, conformément à sa théorie de l'institution et du droit statutaire, les représentants de la Nation bénéficient plutôt d'une « investiture », étant donné que celle-ci « respecte, chez l'agent investi, le caractère autonome de son pouvoir et lui

généralité, Hauriou affirmait que les règles générales constituaient avant tout des instruments de l'ordre social et les actes individuels ceux de la justice. Et le rapprochement avec la figure du roi justicier était d'autant plus assumé que Hauriou estimait qu'il n'y avait pas foncièrement de différence de nature entre les actes administratifs et les actes judiciaires : l'acte administratif était tout autant un acte de justice que l'acte judiciaire » (N. Foulquier, Maurice Hauriou…, op.cit., p.14).

3169 « Les partisans de la primauté du pouvoir délibérant et de la souveraineté du Parlement, s'il en subsiste encore, doivent s'avouer à eux-mêmes qu'ils vivent sur des souvenirs révolutionnaires dont les grands peuples modernes se sont éloignés avec ensemble et rapidité » (M. Hauriou, Précis…, op.cit., 1929, p.474).

3170 *Ibid*., p.473.

3171 *Ibid*.

3172 Comme l'affirme Maurice Hauriou, dans l'État, « la première place doit être attribuée au pouvoir exécutif et la seconde seulement au pouvoir délibérant » car « elles se résument en cette constatation très simple que, si le pouvoir délibérant est une source du droit excellente en ce qu'il est la source de la loi, il est un organe de gouvernement détestable qu'on ne saurait mettre à la tête de l'État, parce que gouverner c'est agir, et non pas délibérer ; au contraire, le pouvoir exécutif est inférieur comme source de droit, mais supérieur comme organe de gouvernement, parce qu'il est organe d'action. Or, la place d'un pouvoir dans l'État ne doit pas être déterminée par le fait qu'il constitue une meilleure source du droit, mais par le fait qu'il réalise un meilleur organe de gouvernement, car il vaut mieux pour l'État vivre en utilisant un organe d'action qui est une source de droit inférieure que de succomber pour être resté fidèle à une source de droit supérieure qui n'est pas un organe d'action. Autrement dit, la place des pouvoirs dans l'État se règle dans le plan politique et non dans le plan juridique » (*ibid*.).

3173 Au contraire, comme le note Hauriou, « la doctrine de la délégation dans les élections, en prétendant faire descendre du corps électoral tout le corps politique, a tendu, par une lente dégradation, à subordonner le pouvoir exécutif au pouvoir législatif et ensuite le pouvoir législatif au pouvoir électoral » (*ibid*., p.171-172).

3174 Maurice Hauriou critique vivement la doctrine de la délégation dans sa deuxième forme : « l'idée que tout pouvoir émane de la nation et que le pouvoir de représentants est *délégué* a eu les pires répercussions » dans la mesure où « elles eût été admissible si la délégation avait été restreinte au droit pour les représentants de v*ouloir au nom de la nation*. Malheureusement elle a été étendue *au contenu de leur volonté* et à leur compétence. Ici l'idée est manifestement fausse » (*ibid*., p.171). Pour lui, cette doctrine de la délégation a failli conduire à une subordination des élus aux électeurs : « le malheur de la doctrine de la délégation est d'avoir (…) orienté le mandat électoral vers le mandat impératif. S'il n'est pas allé jusqu'au bout de cette voie en France, c'est grâce au bon sens populaire et aussi à raison de la disposition de la loi du 30 novembre 1875, qui le prohibe » (*ibid*.).

3175 Maurice Hauriou s'oppose ainsi à la tendance d'un lien de subordination entre l'élu et les électeurs renforcé à partir de la Deuxième République : « depuis que, en 1848, le suffrage est devenu universel, le régime représentatif a été interprété en ce que les représentants du peuple ne sont que les mandataires des électeurs, leurs serviteurs et, pour un peu plus, leurs commissaires et leurs valets » (*ibid*., p.174).

impose simplement l'obligation d'exercer ce pouvoir avec une certaine orientation, au nom de l'investissant »[3176]. Dès lors, s'ils peuvent être considérés comme représentatifs, c'est « parce qu'ils marchent d'après des représentations mentales qu'ils se font de la volonté du représenté. Là est l'essence du régime représentatif »[3177]. En d'autres termes, chez Hauriou, le régime est appelé représentatif, non « en vertu de la capacité des gouvernants à refléter la volonté des électeurs à qui ils seraient soumis, mais parce qu'ils sont susceptibles de former une représentation mentale, c'est-à-dire une idée, de la décision à prendre »[3178]. En définitive, Hauriou en conclut, de manière caractéristique, que « les élus sont les hommes de confiance des électeurs. Cela ne suppose aucune délégation de compétence, ni même aucun mandat si ce n'est le mandat extrêmement général que reçoit implicitement l'homme de confiance »[3179]. Autrement dit, s'il existe un mandat législatif, il n'est, dans le système conceptuel d'Hauriou, que strictement *informel* et *non juridique*.

638. Il apparaît donc que la doctrine constitutionnelle de Hauriou mène à une déconstruction des analyses classiques relatives à la souveraineté nationale et à la séparation des pouvoirs. Dans son schéma, la représentation n'est plus une question de lien entre le corps organisé et le représentant afin d'éviter de retomber dans les travers de la délégation de compétences ou du mandat. Pourtant, le révolutionnaire conceptuel toulousain semble réintroduire, curieusement, la notion de mandat représentatif pour penser et justifier les immunités parlementaires.

2. L'articulation surprenante des privilèges parlementaires autour du mandat

L'étude de la représentation haurioutienne des immunités parlementaires pose question dans la mesure où, au sein du même manuel, elle manifeste une véritable tension entre le système conceptuel développé plus haut et la réintroduction de l'idée de mandat pour expliquer les privilèges des membres des Assemblées. Dans sa pensée confuse, l'irresponsabilité et l'inviolabilité peuvent, en effet, être considérées comme découlant d'un « mandat » dont les contours restent flous et qui semblent être représentatif. L'intitulé même de la partie correspondant à son traitement de ces questions constitue un premier indice de cette orientation contradictoire : « Les immunités des députés et sénateurs qui sont pour la garantie du libre exercice de leur *mandat* »[3180].

3176 M. Hauriou, Principes de droit public,1ère éd., op.cit., p.434.
3177 *Ibid*., p.111.
3178 T. Boccon-Gibod, Aux sources du droit public : la délibération et la théorie de l'État chez Maurice Hauriou, p.8.
3179 M. Hauriou, Précis…, op.cit., 1929, p.171.
3180 *Ibid*., p.532 [Nous soulignons].

639. Concernant l'*irresponsabilité* parlementaire, Hauriou met en avant deux fondements justificatifs, le premier est logique tandis que le second surprend. Le publiciste toulousain conçoit, d'abord, l'irresponsabilité parlementaire comme le corollaire nécessaire du principe de la séparation des pouvoirs dans la mesure où elle interdit aux pouvoirs concurrents de contrôler la façon dont les députés exercent leurs fonctions. Le défaut d'immunité aurait un effet inhibant susceptible de remettre en cause le libre exercice de leur fonction parlementaire. En effet, pour Hauriou, il est des cas où certains faits doivent être dénoncés, malgré leur caractère diffamatoire pour des personnes déterminées, puisqu'il n'y a pas de liberté sans droit à l'erreur. Comme il le déclare, grâce à leur liberté de parole, « il s'agit d'éviter aux membres du Parlement les poursuites en diffamation ou les actions d'injures que, sans ces dispositions, certaines révélations faites publiquement par eux sur les choses et sur les gens auraient pu provoquer »[3181]. Par l'intermédiaire du mécanisme de l'irresponsabilité, la capacité des chambres à contrôler l'action du gouvernement et celle de l'administration est dès lors sauvegardée, et par là-même l'intérêt général est défendu. En effet, pour le publiciste toulousain, « cette immunité est dans l'intérêt du pays, parce qu'il est des occasions où il faut que toute vérité, même diffamatoire ou injurieuse pour des personnalités déterminées, puisse être dite publique »[3182]. En somme, le dispositif de l'irresponsabilité parlementaire a donc pour finalité d'assurer aux chambres leur indépendance et leur libre fonctionnement, et ce dans l'intérêt public.

640. Pour ce qui est du second fondement, il frappe d'étonnement le lecteur. Le maître de Toulouse semble établir un lien entre le régime représentatif et la liberté de parole et de vote du député. A ses yeux, l'irresponsabilité, en rendant possible la délibération inhérente aux assemblées[3183], constituerait un pilier du bon fonctionnement du régime représentatif. Pour lui, la délibération est en effet un rouage central du système juridique, sans en constituer cependant le sommet. Caractérisant chacun des pouvoirs gouvernementaux par leur processus d'expression de la volonté, il considère que le Parlement est un « pouvoir délibérant » puisque « la *délibération* est son mode d'opération de la volonté »[3184]. Même s'il est doté d'une fonction d'adoption des lois, de contrôle de l'exécutif et d'une mission juridictionnelle sous forme de Haute Cour de justice[3185], « ce qui fait l'unité de ce pouvoir, c'est qu'il procède toujours par la même opération de volonté, qui est la délibération »[3186]. Pour Hauriou, la délibération correspond, à la fois, un processus et un résultat, et doit être

3181 *Ibid*., p.533.
3182 *Ibid*.
3183 Pour Hauriou, « la délibération est le fait d'une assemblée parce qu'elle s'extériorise en une discussion et en des débats et parce qu'une délibération ainsi extériorisée ne peut avoir lieu qu'à plusieurs (*agir est le fait d'un seul ; délibérer est le fait de plusieurs*) » (*ibid*., p.470-471).
3184 *Ibid*., p.469.
3185 *Ibid*., p.472-473.
3186 *Ibid*., p.469. Cependant, Hauriou observe que la délibération n'est pas le seul mode d'expression de la volonté de l'Assemblée. Par exception, un pouvoir de suffrage est joint au pouvoir délibérant lorsque « les chambres sont transformées en assemblées électorales où alors elles ne délibèrent pas (élections du bureau ou des commissions à l'intérieur de chacune des Chambres, élection du Président de la République par l'Assemblée Nationale) » (*ibid*.).

caractérisée selon un critère matériel. Elle désigne, en effet, à ses yeux, « une résolution collective, sur un objet de gouvernement ou d'administration, prise par la majorité des voix et après discussion publique, par une assemblée formant corps et constituée en une autorité publique »[3187]. En d'autres termes, la délibération parlementaire renvoie à un procédé de discussion mais elle est également un moyen d'aboutir à une résolution car, comme le souligne Hauriou, « c'est une décision à prendre qui a été mise en délibération »[3188]. Il existe donc une nécessité de conclure le débat, avec une majorité plus ou moins grande.

641. Par conséquent, la protection de la liberté d'opinion des parlementaires est fondamentale dans la conception du pouvoir délibérant d'Hauriou. En sauvegardant la libre expression de la diversité des opinions, l'irresponsabilité, loin d'entraver le processus de convergence des volontés par la discussion et l'échange public d'arguments, apparaît, dans sa pensée constitutionnelle, comme la condition de son efficacité et la garantie de la rationalité des décisions délibérées[3189]. *D'une part*, Hauriou soutient que l'irresponsabilité permet de dépasser la pluralité des opinions et d'aboutir à un accord concerté des volontés. Comme il le déclare, « les membres des Assemblées doivent être libres dans l'expression de leur vote, afin de pouvoir se rallier, après la discussion à la détermination qui leur permettra la plus raisonnable »[3190]. Le bon fonctionnement du pouvoir délibérant exige donc, à ses yeux, une souplesse de mandat incompatible avec un caractère impératif : « si donc il s'agit d'une assemblée représentative dont les membres sont élus, il ne faut pas qu'ils aient reçu de mandat impératif »[3191]. Or l'irresponsabilité parlementaire proscrit que le non-respect de ses promesses par un député puisse être juridiquement puni. En faisant ainsi obstacle à la résurgence du mandat impératif, l'irresponsabilité se révèle comme un facteur nécessaire à l'efficacité du processus délibérant. Hauriou affirme en ce sens : « la délibération repose sur le postulat qu'elle peut servir à éclairer les votants et les faire changer d'avis avant le vote et ce postulat est incompatible avec le mandat impératif »[3192]. *D'autre part*, conséquence de ce premier élément, l'irresponsabilité ne se contente pas d'assurer le bon fonctionnement du processus de délibération, elle garantit également la qualité de la décision. Hauriou démontre effectivement qu'en soustrayant le parlementaire aux effets paralysants d'une éventuelle mise en cause de sa responsabilité, l'irresponsabilité participe à la

3187 *Ibid*., p.470.
3188 *Ibid*., p.471. Pour Hauriou, le pouvoir délibérant est effectivement « en soi le pouvoir de discuter et voter une résolution collective ». Mais il remarque que cette dernière n'est pas nécessairement exécutoire par elle-même. Il reviendra donc au pouvoir exécutif de la « rendre exécutoire et de (l') exécuter ».
3189 Hauriou établit un lien étroit entre l'irresponsabilité des membres des assemblées parlementaires et l'exercice du pouvoir délibérant : « les chambres législatives sont des institutions en qui réside le pouvoir délibérant ; c'est comme corps constitués qu'elles ont la qualité de représentants de l'État pour la délibération ; le personnel des députés et des sénateurs s'appelle représentant du peuple, mais chacun d'eux pris individuellement n'est pas représentant de l'État pour le pouvoir délibérant ; il ne fait que participer à l'exercice de ce pouvoir par l'assemblée, grâce à des prérogatives individuelles telles que l'initiative des propositions de lois, *le droit de parole*, le droit de vote, le droit de vote, le droit d'amendement, le droit d'interpellation, etc. » (*ibid*., p.494. [Nous soulignons]).
3190 *Ibid*., p.471.
3191 *Ibid*.
3192 *Ibid*.

suppression des contraintes intellectuelles et mentales sur lui : « comme la délibération suppose la réflexion et l'esprit critique, comme elle est une forme de la discussion dont est censée jaillir la lumière, les décisions prises par le pouvoir délibérant sont considérées comme présentant des qualités de fond supérieures à celles des décisions prises par le pouvoir exécutif »[3193] puisqu'elles sont « présumées plus conformes à la nature des choses et à la justice »[3194]. Ainsi, par ce double effet, Hauriou soutient *implicitement* que l'irresponsabilité est un élément indispensable au bon fonctionnement du régime représentatif, parce qu'elle protège la possibilité, pour l'assemblée, d'exercer pleinement le pouvoir délibérant[3195]. Mais le maître de Toulouse va plus loin dans cette voie en le déclarant, cette fois-ci, explicitement. Il rappelle, de manière symptomatique, que « selon le mot de Royer-Collard, « c'est un axiome du gouvernement représentatif que la Tribune ne relève que de la Chambre » »[3196]. Le mandat représentatif sert donc clairement de toile de fond à l'irresponsabilité parlementaire pour lui. Si cette connexion n'a rien de choquant ni d'original puisqu'en soustrayant l'exercice des fonctions parlementaires à l'appréciation d'un pouvoir concurrent elle protège juridiquement le libre exercice du mandat, elle suscite l'interrogation à la lumière de la doctrine constitutionnelle d'Hauriou exposée ci-dessus. Certes Hauriou n'emploie jamais la notion de souveraineté nationale pour forger le concept d'irresponsabilité parlementaire. Mais il s'était pourtant attaché à démontrer que les élus n'étaient liés par aucun mandat aux électeurs, ou plus exactement, ils étaient liés uniquement par un mandat de confiance par lequel ils devaient atteindre l'idée d'oeuvre de l'institution. Mais « ce mandat » n'avait rien de juridiquement contraignant. Au contraire, pour Hauriou, les représentants faisaient l'objet d'une investiture. Au final, le professeur toulousain se range donc à l'opinion traditionnelle de la doctrine constitutionnelle de la IIIème République vis-à-vis de la question de l'irresponsabilité parlementaire qui tend à lier intimement ce mécanisme juridique au caractère représentatif du mandat.

642. Néanmoins, malgré la reconnaissance de son utilité, Hauriou défend une conception *stricte* de l'irresponsabilité parlementaire, dans la mesure où il encadre le champ d'application spatiale de cette protection exorbitante. Pour lui, l'espace des enceintes parlementaires dessine l'étendue de cette garantie. Le maître de Toulouse établit clairement ce lien : « pour que le membre du Parlement soit couvert par l'immunité, il faut qu'il soit dans l'exercice de ses fonctions ; en dehors de ce qui est strictement nécessaire la fonction parlementaire (participation à la séance, aux travaux des commissions, aux missions parlementaires à l'extérieur), le député ou sénateur rentre dans le droit commun ; qu'il parle dans une réunion publique, dans un conseil général ou dans un conseil

3193 *Ibid*., p.471-472.
3194 *Ibid*., p.472.
3195 Puisque « pour des assemblées, dont le caractère collégial est nécessaire à l'adhésion d'un corps social hétérogène au principe représentatif, la délibération est l'unique moyen d'aboutir à une résolution. Cette dernière, prise au terme du débat parlementaire, voit donc son authenticité être subordonnée aux conditions de la délibération » (C. Guérin-Bargues, Immunités…, op.cit., p.138).
3196 M. Hauriou, Précis…, op.cit., p.533.

municipal, ou qu'il écrive dans un journal, le député n'est plus qu'un simple citoyen soumis aux responsabilités ordinaires »[3197]. Il ressort donc que, pour le professeur toulousain, le lieu fixe la qualité juridique du locuteur, simple citoyen ou parlementaire, et au-delà le bénéfice de l'irresponsabilité[3198].

643. En outre, concernant son examen de la question de *l'inviolabilité parlementaire*, ses écrits laissent également transparaître son rattachement au mandat représentatif, à côté de fondements plus traditionnels. Premièrement, elle a pour vocation de protéger la possibilité, pour chaque député

3197 *Ibid*., p.533. En réalité, cette question du champ d'application de l'irresponsabilité occupe grandement la doctrine publiciste française depuis 1911 à la suite de l'affaire du rapport du député Viollette qui « a soulevé des incidents au cours desquels a été mise en cause la question des immunités parlementaires » (R. Bonnard, Les immunités et discipline parlementaires à l'occasion des rapports des commissions, RDP, 1911, p.558). En l'espèce, ce député a violemment critiqué dans son rapport l'administration locale des colonies et porté de graves accusations contre certains fonctionnaires coloniaux. Si ce dernier s'est rétracté sur certains faits, aucune de ses affirmations formelles n'a été reconnue fausse. Se pose, dès lors, la question de savoir si *les diffamations, ou plutôt les prétendues diffamations du rapporteur, sont couvertes par l'irresponsabilité parlementaire*. Pour ceux qui considèrent ces accusations comme de véritables diffamations, cette immunité est considérée comme « un privilège exorbitant qui peut faire du membre du Parlement, s'il en abuse, un véritable diffamateur privilégié » (*ibid*., p.559). Par rapport à ce problème juridique, la doctrine publiciste de la IIIème République se divise entre les partisans d'une conception stricte et ceux d'une conception étroite de la notion d'actes commis dans l'exercice des fonctions, qui peut être déterminée notamment par le lieu où il est exercé. Duguit semble faire partie de la première catégorie (dans le même sens : E. Martin, De l'immunité des discours, des opinions et des votes émis dans les assemblées, thèse pour le doctorat, Paris : L. Boyer, 1902, p.60 et s.). Cependant, cet avis n'est pas partagé par le fonctionnaire parlementaire Eugène Pierre qui défend un champ d'application très large de l'irresponsabilité parlementaire. Pour lui, il s'étend à tous les actes accomplis dans l'exercice du mandat législatif, quelque que soit le lieu : « L'interprétation *in sensu lato* ne saurait être douteuse ; il convient d'ailleurs de remarquer combien le texte actuel est plus précis que celui de la Constitution de 1848. En 1848 on avait simplement visé « les opinions émises dans le sein de l'Assemblée nationale ». La Constitution actuelle stipule l'inviolabilité pour les opinions et les votes émis « dans l'exercice des fonctions ». (…) Par conséquent, l'immunité parlementaire doit être acquise aux paroles prononcées ou aux votes émis *hors de la salle des séances* par un membre régulièrement chargé *au nom de la Chambre* de procéder à une enquête parlementaire » (E. Pierre, Traité de politique, électoral et parlementaire, Paris : Librairies-imprimeries réunies, 5ème éd., 1924, p.1262). Dans le même sens, le professeur Roger Bonnard estime que « l'irresponsabilité parlementaire couvre les opinions émises dans un rapport parlementaire aussi énergiquement que celles émises dans un discours en séance publique » (R. Bonnard, *ibid*., p.559), puisqu'il observe que l'article 13 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 a une portée générale. En outre, il ajoute que la loi du 29 juillet 1881 sur la presse spécifie que les rapports sont couverts par l'irresponsabilité parlementaire : « Ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'une de ses deux Chambres ainsi que les *rapports* ou toutes autres pièces imprimées par ordre de l'une ou de l'autre Chambre ». Par conséquent, « aucun fait délictueux ou dommageable résultant d'un rapport parlementaire ne pourra être l'objet ni d'une poursuite pénale ni d'une poursuite civile » (*ibid*., p.560), qui exclut dès lors tout droit de réponse de l'individu lésé par une imputation calomnieuse ou diffamatoire contenue dans un rapport d'une commission (cette position a été confirmé par un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 24 janvier 1874 qui a rejeté une demande d'insertion au Journal Officiel en réponse à des documents publiés par la Commission d'enquête sur les actes du Gouvernement de la Défense nationale). Toutefois, le professeur Bonnard s'interroge dans son article doctrinal si la discipline parlementaire, rattachée très étroitement à l'irresponsabilité, permettrait de suppléer à l'absence d'action judiciaire. Il note que l'irresponsabilité parlementaire « n'a pas pour but d'assurer une impunité absolue aux membres du Parlement dans l'exercice de ses fonctions » (*ibid*., p.561) mais elle est la conséquence du caractère de « corporations autonomes » (*ibid*.) des assemblées : « c'est précisément parce qu'elles sont des corporations autonomes qu'elles possèdent et doivent posséder sur leurs membres dans l'exercice de leurs fonctions un pouvoir disciplinaire complet pour réprimer les écarts qu'ils peuvent commettre » (*ibid*.). Mais il en conclut qu'en l'état actuel du droit parlementaire, la substitution de l'action disciplinaire à l'action judiciaire à l'occasion d'un rapport parlementaire est nulle car, d'une part, les règlements des Chambres ne prévoient de sanction disciplinaire que lors de faits commis dans les discussions publiques, d'autre part, la théorie de la responsabilité personnelle du rapporteur est dénuée de sens en raison de l'indivisibilité du rapport. Il s'avère, en définitive, que « les règles qui imposent aux rapporteurs de la tenue et de la réserve, restent alors des règles de pure *morale politique*. Ainsi d'ailleurs en est-il de beaucoup de règles de conduite relatives à la vie politique tant pour les gouvernants que pour les gouvernés. La sanction est souvent impossible ou inefficace. Aussi puisqu'on doit rester sur le terrain de la morale, c'est une œuvre de moralisation qu'il faut entreprendre, si on veut mettre fin à certains abus » (*ibid*., p.565).

3198 La détermination du champ d'application de l'irresponsabilité au regard du lieu où l'on s'exprime « témoigne de son autonomie comme ordre » (O. Beaud, Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi

individuellement, de participer aux travaux des assemblées pendant la durée de la session. Hauriou soutient en effet que « cette immunité a pour but *la sauvegarde de la session* »[3199]. Ce fondement est attesté par un des effets que produit l'inviolabilité comme le constate le publiciste : l'inviolabilité « disparaît dans l'intervalle des sessions ; aucune autorisation n'est plus nécessaire »[3200]. En outre, la séparation des pouvoirs constitue également, selon le maître de Toulouse, une assise théorique centrale de l'inviolabilité puisqu'elle interdit au gouvernement d'écarter, par des actions en justice intentées pour des raisons partisanes, les opposants les plus résolus au pouvoir en place ou tout député dérangeant. Elle a pour but d'« empêcher que (…) le gouvernement lui-même, par des poursuites injustifiées, puisse éloigner des séances du Parlement un membre dont ils redouteraient l'influence »[3201]. Les conséquences de l'inviolabilité prouvent, à ses yeux, la validité de ce fondement. D'une part, « elle soumet à une autorisation préalable de la Chambre les poursuites et l'arrestation préventive pendant la durée de la session, *sauf le cas de flagrant délit* »[3202], d'autre part, « l'immunité ne protège pas le parlementaire contre les actions civiles au principal ni contre les poursuites devant le tribunal de simple police, lesquelles ne comportant aucune arrestation préventive ni aucun caractère infamant, ne risquent ni d'enlever le parlementaire à l'exercice de son mandat, ni de diminuer son autorité »[3203]. Enfin, c'est le dernier fondement mis en exergue par Hauriou qui interpelle. Il illustre sa volonté de trouver un fondement solide et cohérent à l'inviolabilité dans les exigences propres au régime représentatif. Sur cette base, il soutient effectivement que la protection reconnue aux députés pour les actes extérieurs à leurs fonctions doit reposer sur l'idée que le fonctionnement de l'Assemblée est subordonné à la présence, sinon effective, du moins potentielle, de chacun des députés. Alors qu'il s'interroge sur le régime de l'autorisation parlementaire, il considère que celle-ci est « une prérogative du Parlement qui a intérêt à être au complet de ses membres »[3204]. Le lien qu'il opère entre le mandat représentatif et l'inviolabilité est donc évident. La finalité de l'inviolabilité parlementaire serait de protéger la complétude de la chambre. Il s'agirait de sauvegarder l'intégralité de la représentation nationale, conformément à l'esprit du mandat représentatif dont la vocation est de garantir l'indépendance des représentants et le libre exercice de leurs missions[3205]. Ainsi, loin d'employer le terme de « mandat représentatif » qu'il avait banni, Hauriou conforte tout de même *subrepticement* l'articulation de

Romano, op.cit., p.90).

3199 M. Hauriou, Précis…, op.cit., 1929, p.534.

3200 *Ibid*.

3201 *Ibid*.

3202 *Ibid*.

3203 *Ibid*.

3204 *Ibid*. p.534. Hauriou constate, à cet effet, que pour sauvegarder la complétude de l'assemblée, « il est conforme aux traditions parlementaires que (l'autorisation) soit difficilement accordée ; la présomption est que l'autorisation doit être refusée à moins qu'il y ait des motifs graves de l'accorder » (*ibid*., p.534).

3205 Pourtant, comme l'a très justement démontré Cécile Guérin-Bargues dans sa thèse, « dans le cadre d'un mandat représentatif, le fonctionnement régulier de l'Assemblée n'est en rien subordonné à la présence de l'ensemble de ses membres au sein de l'hémicycle » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires…, op.cit., p.135) dans la mesure où chacun d'eux est censé représenter la Nation tout entière, d'où découle l'indivisibilité de la souveraineté.

l'inviolabilité parlementaire, et plus généralement de l'ensemble du dispositif immunitaire des membres des assemblées, à celui-ci.

644. Par conséquent, l'analyse du discours haurioutien des immunités parlementaires, loin de toute exégèse des lois constitutionnelles de la IIIème République, est le témoin d'une opposition tangible avec sa conception générale du droit et du pouvoir agencée autour d'une théorie de l'institution arrivée à maturité. L'unité de sa pensée constitutionnelle est donc remise en cause. Dès son « Précis élémentaire de droit constitutionnel » rédigé en 1925 entre les deux éditions de son manuel, Hauriou avait adressé un avertissement sur sa doctrine : « j'ai cherché, dit-il, les vérités fondamentales en matière de Droit public, ma certitude de les avoir trouvées gît dans le fait que je me suis attaché aux idées classiques, particulièrement en ce qui concerne la doctrine du pouvoir qui, seule, permet de remettre en leur aplomb les deux théories essentielles de *la souveraineté nationale* et des sources du droit »[3206]. En outre, bien que de formation historienne[3207], il est notable d'observer qu'il ne s'appuie, à la différence d'Esmein, ni sur la science de l'histoire constitutionnelle, ni sur celle du droit comparé pour faire valoir le bien-fondé des immunités parlementaires.

645. En définitive, il apparaît que la question des statuts dérogatoires des membres des assemblées traverse la pensée publiciste du début du XXème siècle[3208]. L'œuvre de la doctrine de droit public

3206 M. Hauriou, Précis élémentaire de droit constitutionnel, Paris : Sirey, 1925, p.VII. [Nous soulignons]. Hauriou confirme cette orientation dans la deuxième édition de son Précis : « j'ai poursuivi, dans cette seconde édition, l'œuvre de restauration des doctrines et positions classiques, surtout de celles, très nombreuses, qui étaient demeurées implicites, car nos devanciers ne se préoccupaient point de formuler expressément les postulats qui, de leur temps, constituaient la mentalité générale » (M. Hauriou, Précis…, op.cit., 1929, p.XIII).

3207 J.-M. Blanquer, Hauriou Maurice, *in* P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), Dictionnaire…, op.cit., p.516.

3208 Les constitutionnalistes de la IIIème République peuvent s'appuyer sur les travaux solides de Jules Poudra, secrétaire général de la présidence de la chambre des députés, et d'Eugène Pierre, secrétaire-rédacteur de la chambre des députés attaché au secrétariat général de la présidence, dans leur fameux ouvrage « Traité pratique de droit parlementaire », paru en 1878, complété par un supplément datant de 1879-1880, qui représente l'un des premiers traités complets de droit parlementaire à voir le jour en France. Par la suite, Eugène Pierre continuera seul ce travail dans son « Traité de droit politique, électoral et parlementaire » paru pour la première fois en 1893 et réédité à 5 reprises jusqu'en 1924. Il fait également paraître, en 1877, sous sa seule signature, le tome I d'un livre intitulé « Histoire des Assemblées politiques en France du 5 mai 1789 au 8 mars 1876 ». Le tome premier couvre la période 1789-1831 mais le tome II ne sera jamais publié. A travers ce corpus, ces auteurs s'attachent, dans la lignée du « Traité des lois, privilèges, procédures et usages du Parlement » de Thomas Erskine May traduit en 1909, à analyser la pratique et compiler les précédents parlementaires. Leurs ouvrages sont ainsi destinés essentiellement aux praticiens, mais il reste une source précieuse pour le chercheur. Car ces deux auteurs ont pu s'imprégner du fonctionnement tout nouveau du Parlement après une période d'autoritarisme et voir se dessiner les prémisses des grandes règles qui permettent d'organiser la séance publique, en respectant les droits de chaque élu, et en particulier les droits de l'opposition. En outre, la première édition de leur manuel coïncide et s'identifie, à quelques années près, avec l'adoption de l'amendement Wallon en 1875 qui correspond au tout début du régime républicain, qui va marquer profondément leur conception. En effet, leur sentiment est que la jeune République, attaquée à plusieurs reprises (tentative de coup d'État de Mac Mahon en 1877, l'affaire Boulanger à partir de 1885), doit être consolidée. C'est pourquoi il est primordial, à leurs yeux, de protéger la liberté des membres des chambres et celle de la minorité, ainsi que d'établir un corps de règles pour éviter toute crise républicaine et parlementaire. Comme l'estime Eugène Pierre, « les coups dirigés contre le régime parlementaire ont servi à le consolider en obligeant les Assemblées à mettre chaque jour plus d'ordre, plus de méthode dans les règles qui protègent la liberté des discussions et la sincérité des votes, qui dissipent les sophismes et préviennent les surprises…Le Parlement a besoin de routes larges et bien frayées, car il n'a point de loisirs à perdre en bagatelles ». Cette volonté se reflète dans leur analyse des immunités parlementaires dont ils tentent de codifier les nombreuses pratiques. Consacrant dans le livre 1er un chapitre IV intitulé « Des immunités parlementaires » dans leur première édition, leur optique n'est pas du tout théorique. Ils ne portent pas leur réflexion sur leurs fondements mais ils se contentent de dresser un exposé du droit positif des Constitutions depuis 1789 concernant cet objet, puis de retracer,

sous la IIIe République témoigne en effet d'une réflexion poussée sur cet objet[3209]. Chaque auteur semble défendre à première vue une conception qui lui est propre au gré de ses postulats méthodologiques, juridiques et politiques, au point de former pris dans son ensemble une constellation extrêmement disparate. Mais, en réalité, derrière cette apparente diversité, il est intéressant d'observer que se cache une profonde unité doctrinale. En analysant les privilèges parlementaires, la doctrine publiciste classique, dans son ensemble, adopte un discours traditionnel commun. En effet, en dépit d'une volonté d'originalité et de déconstruction de la théorie de la souveraineté nationale par certains de ses éminents membres, l'articulation des immunités

de manière neutre, les questions qui ont été soulevées en jurisprudence et par les rapports des assemblées (un député peut-il renoncer au privilège qui le couvre ?; l'inviolabilité qui couvre la personne des représentants s'étend-elle à leur domicile ?…), pour se concentrer, enfin, sur le régime des autorisations de poursuites, de la détention et des assignations ou actions civiles à l'encontre des parlementaires (le Supplément traite uniquement de ces trois derniers points). Par rapport à leurs assises, les deux auteurs se bornent juste à rappeler qu'« en France, les membres du Parlement n'ont que des immunités créées dans l'intérêt de la chose publique » (J. Poudra, E. Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire , Versailles : Cerf et fils ; Paris : J. Baudry, 1878 p.60). Pourtant la liaison des immunités parlementaires au mandat représentatif aurait pu être opérée puisqu'ils déclarent, dès la première page de leur ouvrage, que « le principe de la souveraineté nationale est la base de notre droit public » (*ibid*., p.1). Elle consacre « le pouvoir souverain de la nation et la nécessité, pour la nation, de *déléguer* ce pouvoir » (*ibid*.). En outre, il est manifeste qu'Eugène Pierre n'établit pas non plus lui-même ce lien dans son propre manuel. Pour ce qui est de l'irresponsabilité, aucun fondement n'est invoqué, il s'en tient à une remarque générale : « une inviolabilité plus nécessaire encore que celle qui protège la personne en cas d'accusation de crimes ou délits de droit commun est celle qui protège la salle des délibérations, qui couvre les paroles et les actes des représentants du pays » (E. Pierre, Traité de politique, électoral et parlementaire, 2e éd., Paris : Librairies-imprimeries réunies, 1902, p.1259). En ce qui concerne l'inviolabilité dont il distingue deux formes – l'inviolabilité personnelle et l'inviolabilité dans l'enceinte du Parlement -, il fait découler la première principalement de la séparation des pouvoirs : « l'inviolabilité qui couvre les membres des Chambres n'est pas, dit-il, un privilège créé au profit d'une catégorie d'individus ; c'est une mesure d'ordre public décrétée pour mettre le Pouvoir législatif au-dessus des atteintes du Pouvoir exécutif. Dans les grands conflits politiques, un Gouvernement menacé pourrait être amené à se servir de la justice au profit de sa défense ou de ses rancunes. Il importe que l'exercice du mandat conféré par le pays ne puisse être suspendu sans une décision formelle des représentants du pays » (E. Pierre, Traité de politique, électoral et parlementaire, 2e éd., Paris : Librairies-imprimeries réunies, 1902, p.1210). Il s'agit également de « protéger tout membre d'une Assemblée politique contre les poursuites qui, sous prétexte d'atteindre un crime ou un délit de droit commun, auraient pour origine (…) les animosités des citoyens engagés dans des luttes électorales » (*ibid*., p.1211). Ce fondement n'évoluera pas au fil de ses cinq éditions. En outre, il convient de noter que le traitement de cette question par Eugène Pierre connaît, d'un point de vue quantitatif, une forte progression tout au long de ses rééditions pour atteindre, dans l'édition finale, environ une centaine de pages. En définitive, malgré l'absence de système théorique, cette somme fournit aux praticiens du droit et aux chercheurs publicistes de la IIIème République un outil de réflexion et d'information pointu. Elle a durablement et profondément marqué le droit parlementaire et, plus globalement, le droit constitutionnel et institutionnel, la preuve en est les nombreuses citations de ces ouvrages dans les manuels de droit constitutionnel de la IIIème République. La pensée de ces deux auteurs a d'ailleurs été largement diffusée auprès des constitutionnalistes étrangers compte tenu des nombreuses références de droit comparé qui jalonnent leur œuvre. V. sur ce point : R. Ghevontian (dir.), Eugène Pierre, précurseur du droit parlementaire contemporain, Bruxelles : Bruylant, 2019.

3209 Outre de nombreux manuels de droit constitutionnel et de droit parlementaire traitant de la problématique des immunités parlementaires, il est notable d'observer que, pour la première fois depuis la naissance d'un enseignement de droit et d'une science du droit public en France, apparaissent les premières thèses consacrées à ce sujet. Il est possible d'en recenser plusieurs : B. Meynier de Salinelles, Droit romain : du rôle des édiles en matière de moralité publique. Droit français : des garanties d'indépendance et de liberté des membres du Parlement, thèse pour le doctorat, Poitiers : Oudin, 1892 ; Massougnes des Fontaines (Le Vicomte de), De l'immunité parlementaire et des autorisations de poursuites sous l'empire des diverses constitutions françaises, depuis la Charte de 1814 jusqu'aux lois constitutionnelles de 1875, thèse pour le doctorat, Paris, A. Rousseau, 1900 ; E. Martin, De l'immunité des discours, des opinions et des votes émis dans les assemblées, thèse pour le doctorat, Paris : L. Boyer, 1902 ; M. Chartier, Les immunités parlementaires en France dans leur développement historique, thèse de doctorat : droit, Paris, A. Pédone, 1905 ; V. C. Brémond, Essai sur l'irresponsabilité parlementaire en France, thèse pour le doctorat, Aix : Typ. Et lith. P. Pourcel, 1906 ; E. Curet, L'immunité accordée par la législation française aux discours et à la reproduction des discours tenus dans les chambres, thèse pour le doctorat, Aix : Impr.-Typ.-Lith. P. Pourcel, 1908. A cela s'ajoute un article doctrinal : R. Bonnard, Les immunités et discipline parlementaires à l'occasion des rapports des commissions, RDP, 1911, p.558. Il est donc indéniable que le corpus juridique sur le questionnement des privilèges parlementaires devient, à partir de la IIIème République, riche et varié. Toutefois, il convient de noter que les thèses précitées présentent des similarités tant formelles que substantielles. S'appuyant toutes sur l'ouvrage de Jules Poudra et d'Eugène Pierre, chacune se limite à

parlementaires dans leur totalité au caractère représentatif du mandat constitue un *trait saillant* de l'analyse de la doctrine constitutionnelle de la IIIème République concernant le questionnement des avantages parlementaires. Dans leur entreprise de fonder une science du droit constitutionnel, la doxa révolutionnaire de la souveraineté nationale fonde l'unicité des représentations constitutionnelles des publicistes de la IIIème République vis-à-vis de ce thème de réflexion[3210]. En outre, il est notable d'observer qu'avec des approches méthodologiques divergentes axées plus ou moins sur le droit comparé[3211] et l'histoire constitutionnelle comme sources de légitimation, aucun des auteurs classiques ne remet en cause l'existence même des immunités parlementaires. Ils manifestent tous un accord unanime sur leur nécessité, sous réserve de leur encadrement dans la mesure où elles sont considérées pour la plupart d'entre eux comme des dérogations au droit commun plus que comme une règle de droit constitutionnel. Ce consensus doctrinal, que ce soit sur leurs fondements que sur leur importance, s'explique par la situation politique et constitutionnelle de la IIIème République. Dès 1896, sous l'impulsion du constitutionnaliste précurseur Adhémar Esmein par l'intermédiaire de son manuel, la théorie de la souveraineté nationale joue un rôle central dans la légitimation de l'organisation politique républicaine encore fragile[3212], qui était l'un des buts de la création du cours de droit constitutionnel à la fin des années 1880. Ce triomphe du gouvernement représentatif sous la IIIème République est mis en exergue par le professeur Victor Molinier qui souligne que « le régime représentatif prend une extension des plus larges dans les

retracer l'évolution juridique des immunités parlementaires dans notre histoire constitutionnelle, à exposer les législations étrangères vis-à-vis de cette problématique ainsi qu'à se livrer à une exégèse des articles 13 et 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 en divisant leur plan entre le caractère, les effets et l'étendue d'application de l'immunité parlementaire, les conditions d'application et les exceptions. Les seules originalités matérielles se trouvent, d'une part, dans la thèse d'Édouard Martin, qui réfléchit à l'extension législative de l'immunité aux Conseils généraux, Conseils d'arrondissement et Conseils municipaux (v. E. Martin, *ibid*., p.99 et s.), d'autre part, dans la thèse d'Eugène Curet, qui examine la compatibilité entre l'irresponsabilité du représentant et le droit de dissolution (v. E. Curet, *ibid*., p.7 et s.). En outre, matériellement, elles ont pour point commun d'attribuer une raison d'être commune aux deux volets de l'immunité parlementaire. Par exemple, le Vicomte de Massougnes des Fontaines affirme que : « ces deux genres d'immunités sont intimement liés : l'un et l'autre ont en effet la même raison d'être, assurer aux représentants l'indépendance et la sécurité la plus complète pour l'accomplissement de leur mission » (*ibid*., p.2). Il ajoute que « l'immunité parlementaire apparaît donc, non pas comme un privilège, une prérogative spéciale à une classe particulière de citoyens, mais comme une garantie contre les excès même de la politique » (*ibid*., p.5). En effet, outre la séparation des pouvoirs, le mandat représentatif est l'appareil conceptuel majeur pour fonder les privilèges parlementaires. Comme l'écrit de manière symptomatique Chartier, « les immunités parlementaires se rattachent intimement aux exigences primordiales du régime représentatif et au jeu normal des institutions dans les gouvernements constitutionnels » (M. Chartier, *ibid*., p.11) car « tout notre droit constitutionnel, en effet, repose sur deux grands principes : le principe de la souveraineté nationale et celui de la séparation des pouvoirs » (E. Curet, *ibid*., p.7-8). En réalité, les docteurs en droit ne distinguent l'inviolabilité et l'irresponsabilité uniquement que par rapport à leurs caractères et à leur champ d'application. Enfin, il convient de remarquer le profond consensus des docteurs en droit par rapport aux mécanismes des avantages parlementaires qui ne font l'objet d'aucune remise en cause dans leur principe même, à condition d'être encadrés.

3210 Comme le notent les avocats Bard et Robiquet, « les députés étant, pour une fraction, dépositaires de la souveraineté nationale, ils ont évidemment droit au bénéfice de l'inviolabilité » (A. Bard et P. Robiquet, La Constitution française de 1875 étudiée dans ses rapports avec les Constitutions étrangères, Paris : E. Thorin, 1876, p.137). De même, pour Eugène Pierre, « nos diverses Constitutions ont voulu que le mandat conféré aux représentants du peuple fût général et ne contint aucune restriction de nature à entraver la liberté des délibérations » (E. Pierre, Traité de droit politique…, op.cit., p.310-311).

3211 Par exemple, les avocats Bard et Robiquet remarquent que « le principe de l'inviolabilité parlementaire n'est pas établi depuis moins longtemps qu'en France dans le plus grand nombre des États libres » (A. Bard et P. Robiquet, La Constitution française de 1875..., op.cit., p.139).

3212 Voir G. Sacriste, La République des constitutionnalistes…, op.cit., p.264 et s.

institutions de la France »[3213]. Sans être formellement consacrée par les lois constitutionnelles de 1875[3214], la souveraineté nationale devient donc le support fondamental de la forme républicaine de l'État, à partir de laquelle la génération des « publicistes continuateurs » au début de la IIIème République est contrainte de penser un droit public naissant. Elle est aussi un moyen de légitimer très largement l'omnipotence de la Chambre basse sous la IIIème République, la souveraineté de la Nation étant reliée à la souveraineté parlementaire. Cependant, si la problématique des immunités parlementaires fait l'objet d'une réelle harmonie doctrinale dans son appréhension, les aspects polémiques de la synthèse des grands auteurs classiques se manifestent à travers les privilèges reconnus à l'exécutif.

SECTION 2. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DE L'EXÉCUTIF : UN FORT DISSENSUS DE LA DOCTRINE PUBLICISTE CLASSIQUE RÉVÉLATEUR DE COURANTS EN SON SEIN

Dès l'avènement de la Troisième République, la question de la responsabilité de l'Exécutif pose des difficultés aux publicistes de la IIIème République. Au terme du Second Empire, « il n'existe pas de consensus sur le régime à mettre en place ni, par suite, sur ses éléments, telle que la responsabilité de l'Exécutif »[3215]. Après avoir posé initialement le principe de la responsabilité du chef de l'État puis la double responsabilité présidentielle et ministérielle durant la phase transitoire entre 1870 et 1875[3216], les fondateurs de la IIIème République prévoient plutôt l'irresponsabilité présidentielle corrélée à la responsabilité des ministres, pour limiter l'influence politique du chef de l'État. S'inspirant en effet « tout particulièrement des écrits du duc de Broglie, les Constituants de 1875 souhaitent calquer les nouvelles institutions sur les monarchies constitutionnelles de la première moitié du XIXème siècle en les adaptant à la forme républicaine »[3217]. En ce sens, le principe de l'inviolabilité royale se traduit par celui de l'irresponsabilité présidentielle dans le régime républicain, comme le dispose l'article 6 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics. Parallèlement, celle-ci est couverte par la responsabilité ministérielle puisque, de manière inédite dans notre histoire constitutionnelle, la IIIème République consacre expressément la

3213 V. Molinier, Cours élémentaire de droit constitutionnel…, op.cit., p.3.
3214 Comme le soulignent Eugène Pierre et Jules Poudra, « aujourd'hui, le principe de la souveraineté nationale n'est pas explicitement proclamé dans les lois constitutionnelles ; mais il y est implicitement consacré, car l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 décide que « le pouvoir législatif s'exerce par deux Assemblées : la Chambre des Députés et le Sénat » et que « la Chambre des Députés est nommée par *le suffrage universel* » » (J. Poudra, E. Pierre, Traité pratique de droit parlementaire..., op.cit., p.4).
3215 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.407.
3216 Voir sur ce point : *ibid*., p.420-428.
3217 *Ibid*., p.418.

responsabilité politique des ministres au sein des lois constitutionnelles de 1875[3218]. Celle-ci s'ajoute à leur responsabilité pénale, déjà consacrée dans les textes antérieurs, prévue à l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 qui dispose notamment que « (…) les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat ». La Constitution de la IIIème République inaugure donc la solution parlementaire en matière de responsabilité.

646. Mais, à l'analyse, les rédacteurs de 1875 n'ont pas clairement défini le régime de responsabilité pénale du Président de la République et des ministres. Le laconisme de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 et de l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 génère un certain nombre d'imprécisions sur la portée et les modalités de mise en œuvre de cette responsabilité. Or de cette « légèreté des textes » découle le travail scientifique d'interprétation de la doctrine. Face à cette situation, la génération des continuateurs tente de clarifier les modalités de mise en œuvre des responsabilités ministérielle et présidentielle, ainsi que de rationaliser ces problématiques en tirant les leçons du passé dans une optique républicaine et parlementaire afin de les consolider. Mais cette synthèse de la doctrine va susciter de nombreuses controverses et divisions parmi ses membres.

647. Par rapport à la question de la responsabilité de l'exécutif, c'est la responsabilité présidentielle qui occupe *principalement* la pensée constitutionnelle sous la IIIème République. L'œuvre de la doctrine publiciste classique rend compte d'une profonde réflexion sur cet objet, comme en témoigne l'abondante littérature juridique. A côté des nombreux manuels de droit constitutionnel qui traitent de cette problématique, il est possible de recenser, de manière symptomatique, quatre thèses de doctorat qui s'y rapportent jusque dans les années 1930[3219]. Il est vrai que cette question de la responsabilité du chef de l'État est délicate, étant donné « l'ambivalence de son statut qui découle de la nature ambiguë du régime de la IIIème République : les constituants ont voulu avoir, sans pouvoir bien réussir, une république parlementaire avec la royauté sans Roi »[3220]. Il est considéré, aux yeux de la doctrine, comme un roi électif temporaire ou encore un monarque constitutionnel. Néanmoins, l'irresponsabilité du Président n'est pas aussi absolue qu'elle n'y paraît. Si l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 prévoit son irresponsabilité politique, il reste, par

3218 L'alinéa 1er de l'article 6 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics dispose que « les ministres sont solidairement responsables devant les chambres de la politique générale du gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels ».

3219 F. Perrin, De la responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres en France depuis la chute de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours, thèse pour le doctorat, Grenoble : Impr. Allier frères, 1900, 412 pages (il est intéressant de noter que cette thèse, peut-être en raison de sa qualité, fut éditée la même année avec une légère modification de son titre : F. Perrin, De la responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres en France depuis l'Ancien Régime jusqu'à nos jours, Paris : A. Rousseau, 1900, 412 p.) ; L. Leneru, La responsabilité du Président de la République, thèse pour le doctorat, Paris : A. Rousseau, 1901, 112 p. ; A. Delaurier, De la responsabilité du Président de la République, thèse pour le doctorat, Bordeaux : Cadoret, 1902, 204 p. ; E. Gordon, La responsabilité du Chef de l'État dans la pratique constitutionnelle récente (étude de droit comparé), thèse pour le doctorat, Paris : Sirey, 1931, 280 p.

3220 A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.357.

exception, responsable en cas de « haute trahison ». Il peut alors, en vertu de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, être mis en accusation par la Chambre des députés, et peut être jugé par le Sénat réuni en Cour de justice. Toutefois, l'imprécision de ces deux dispositions soulève un certain nombre d'interrogations, telles que la nature pénale ou constitutionnelle de la notion de « haute trahison » en raison du silence du texte constitutionnel ou encore l'étendue de la compétence du Sénat pour juger les actes du Président extérieurs à ses fonctions, qui conduisent *de facto* la doctrine publiciste à faire œuvre dogmatique (**§1**).

648. Plus classique, la problématique de la responsabilité pénale des ministres connaît un intérêt décroissant parmi les travaux scientifiques des publicistes du début du XXème siècle. Les études consacrées spécifiquement à cet objet se font plus rares au début du XXème siècle[3221], au bénéfice de la responsabilité politique des agents ministériels qui devient un thème de réflexion privilégié pour la science du droit public[3222]. Cela est dû au fait que les constituants de 1875 veulent enraciner la forme parlementaire du régime. La sanction de la responsabilité ministérielle ne doit plus résider dans leur mise en accusation mais dans la chute du cabinet qui est le ressort principal du gouvernement parlementaire. En effet, par l'affirmation expresse de la responsabilité politique des ministres au sein des lois constitutionnelles de 1875, « les hommes politiques du temps souhaitent rendre effective la responsabilité gouvernementale, tout particulièrement celle qui est mise en œuvre par les assemblée parlementaires »[3223]. Il s'avère d'ailleurs, dans la pratique de la IIIème République, que « dans la mesure où elles peuvent aisément obtenir le départ du gouvernement grâce à la responsabilité politique, les assemblées parlementaires se préoccupent moins de la responsabilité pénale des ministres »[3224]. En outre, un second facteur d'ordre juridique joue un rôle crucial. Quoique la responsabilité pénale soit saisie par la norme constitutionnelle de 1875, celle-ci ne fonctionne pas véritablement dans les faits étant donné qu'elle se fonde sur un ensemble de textes fragmentaire et imprécis. Pour preuve, en plus de soixante-dix ans, la IIIème République ne connaît que deux affaires, au cours desquelles des ministres seront mis en accusation par la Chambre des députés et jugés par le Sénat constitué en Haute Cour de Justice. Il s'agit du retentissant procès de

3221 J. Clos, Droit romain : De l'hypothèque des choses incorporelles. Droit français : De la responsabilité des ministres, thèse pour le doctorat, Paris : L. Larose et Forcel, 1886, 254 p. ; P.-A. Crayssac, De la restitution de la dot en droit romain. De la responsabilité des ministres en droit français, thèse pour le doctorat, Bordeaux : Cadoret, 1890, 134-191 p. ; P.-M.-L. Inquinbert, De la juridiction du Sénat à l'égard des magistrats sous la République (droit romain). De la responsabilité pénale et civile des ministres (droit français), thèse pour le doctorat, Paris : A. Rousseau, 1891, 412 p. ; A.-G. Bel, La responsabilité pénale des ministres d'après le droit français actuellement en vigueur, thèse pour le doctorat, Paris : A. Rousseau, 1899, 115 p. ; F. Perrin, De la responsabilité du chef de l'État et des ministres en France depuis la chute de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours, op.cit. ; F. Arles, La responsabilité pénale des ministres dans le droit français moderne, thèse pour le doctorat, Montpellier : Roumégous et Déhan, 1920, 155 p.

3222 A la fin des années 1890, la question de la responsabilité politique des membres du gouvernement occupe l'esprit de la doctrine publiciste : M. Wells, La responsabilité politique des ministres devant les sénats et les Chambres hautes, thèse de doctorat, Droit, Paris, 1898 ; P. Gigout, Théorie de la responsabilité politique des ministres dans la constitution de 1875, thèse de doctorat, Science politique et économique, Dijon, 1898 ; C. Ségard, De la Responsabilité politique des ministres dans la constitution de 1875 et spécialement du droit du Sénat de renverser les ministères, thèse de doctorat, Droit, Paris : A.Rousseau, 1903.

3223 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.409.

3224 *Ibid*., p.415.

l'ancien ministre de l'intérieur Jean-Louis Malvy en 1918 et de la mise en cause du ministre des Finances Raoul Péret jugé en 1931. Certes deux lois de procédure sont bien adoptées en 1889 et 1918 afin de préciser l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, mais elles se révèlent insuffisantes dans la mesure où elles sont « l'une et l'autre votées dans l'urgence de ces deux affaires »[3225]. Dans ce contexte institutionnel particulier, il revient donc à la doctrine publiciste classique de gommer les carences textuelles de l'article 12 de loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 et de compléter le dispositif. En outre, il apparaît que les arrêts rendus dans ces deux affaires susciteront l'une des plus grandes controverses constitutionnelles de la IIIème République quant au pouvoir souverain du Sénat constitué en Cour de justice. Compte tenu de leurs positions respectives, la problématique de la responsabilité de l'exécutif est révélatrice de deux courants fort ancrés au sein de la doctrine publiciste classique (**§2**).

§1. La responsabilité pénale du Président de la République dans une république parlementaire : une question doctrinale vivement discutée

Comme le souligne l'avocat et professeur publiciste Saint-Girons, au début de la IIIème République, « la question du chef de l'État est une des plus discutées du droit constitutionnel. C'est elle surtout qui divise les monarchistes et les républicains »[3226]. Dans une volonté d'enraciner le parlementarisme en France, la doctrine de la IIIème République est unanime pour reconnaître la nécessaire irresponsabilité politique de principe du Président de la République, en laissant au Cabinet toute la responsabilité de la politique afin de lui assurer une pleine compétence. Ce système de responsabilité, dont l'inspiration provient principalement des écrits du duc de Broglie et de Prévost-Paradol, est inscrit à l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics qui dispose que : « Les ministres sont solidairement responsables devant les chambres de la politique générale du Gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels ». Il s'agit, pour la doctrine, de façonner le texte sur le modèle de la monarchie constitutionnelle.

649. Pour autant, pour éviter de faire du chef de l'État un monarque héréditaire, il est prévu par le même article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, une responsabilité juridique exceptionnelle du Président de la République en cas de « haute trahison ». Celui-ci dispose, à cet égard, d'un privilège de juridiction puisque seuls les députés peuvent le mettre en accusation et seuls les sénateurs réunis en tribunal d'exception ont le pouvoir de le juger en vertu de l'article 12 de

3225 *Ibid*.
3226 A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, 2ème édition, op.cit., 1885, p.327.

la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics. Sur ce point, dans sa volonté de construire une théorie de l'État républicain, la doctrine publiciste classique valide, en majorité, l'institution de cette responsabilité présidentielle limitée et nettement déterminée. Il s'agit, à leurs yeux, pour le chef de l'État, à travers ce mécanisme, de rendre des comptes exceptionnellement devant les représentants de la souveraineté nationale. Comme le note Esmein, « la plupart des théoriciens, républicains ou monarchistes, s'accordent pour déclarer que la responsabilité du Président est de la nature, presque de l'essence de la République »[3227]. Mais sans précision de la Constitution de 1875, la doctrine tente de fixer la nature de cette responsabilité présidentielle pour haute trahison. Certains penchent pour une responsabilité pénale, d'autres en minorité en faveur d'une responsabilité politico-pénale mettant en lumière de leur part une certaine confusion entre ces deux types de responsabilité (**A**).

650. En outre, comme le remarque Esmein, « ces textes, si nets et si précis en apparence, donnent lieu (…) à une grave difficulté juridique »[3228]. Si les auteurs sont d'accord sur le principe même de la responsabilité pénale extraordinaire du Président de la République devant les Chambres en vertu de la souveraineté nationale, ils divergent sur ses modalités et sur son étendue. Les opinions doctrinales sont fort partagées, d'une part, sur le sens même du terme de « haute trahison » du fait de l'absence de définition du droit positif français, et, d'autre part, sur la compétence des juridictions ordinaires pour juger le Président de la République pour ses actes commis en dehors de l'exercice des fonctions. A l'examen, les écrits doctrinaux relatifs à ces deux objets d'étude mettent en exergue l'existence de deux courants habituels qui se font face, un courant pénaliste et un courant constitutionnaliste, formant l'ossature des positions de la science du droit public du début du XXème siècle (**B**).

A. Le consensus doctrinal sur la responsabilité pénale limitée du chef de l'État dans un souci d'enracinement de la République

Au commencement de la IIIème République, la pensée politique et juridique s'intéresse vivement à la question du statut juridique du Président de la République dans la mesure où sa réponse conditionne, en partie, la forme du gouvernement et la nature de ce régime. Dès lors, dans un contexte de consolidation du régime parlementaire et de la République à partir des années 1875, l'enjeu majeur de la construction théorique élaborée par la doctrine publiciste classique est de parvenir à forger une forme républicaine de l'inviolabilité monarchique, puisque « plus la IIIème République se rapprochera du modèle anglais, plus on peut espérer qu'elle parviendra à lui

3227 A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.782.
3228 *Ibid*., p.784.

emprunter sa stabilité institutionnelle, et à échapper enfin au cycle des révolutions qui a marqué l'histoire constitutionnelle française »[3229]. À cet égard, les membres de la doctrine publiciste soutiennent, dans un large consensus, l'idée d'une véritable inviolabilité politique du chef de l'État, susceptible de coexister sans heurt avec une responsabilité pénale.

651. En réalité, la paternité intellectuelle de ce mode singulier de responsabilité présidentielle, retenu par les constituants de 1875, provient des écrits de deux penseurs politiques antérieurs à la naissance du régime et dont les juristes publicistes de la IIIème République ne feront que par la suite systématiser *juridiquement* les réflexions. Il s'agit de ceux de Lucien-Anatole Prévost-Paradol et Victor de Broglie. Dans la conception du premier, la responsabilité du chef de l'État n'est ni exclusive ni collective avec le gouvernement. Il remarque que la responsabilité politique du chef de l'État, ou plutôt sa revendication de responsabilité, conduirait à une concentration du pouvoir entre ses mains : « comme il paraît équitable que la responsabilité soit proportionnelle au pouvoir, on courrait le risque, avec cet arrangement, de voir le Président s'appliquer constamment à exagérer sa responsabilité, afin d'étendre son pouvoir. Au lieu d'accepter une responsabilité strictement bornée à l'exécution régulière des lois et au maintien de l'ordre public, le Président se prétendrait obstinément responsable de la direction générale des affaires et du sort même de la nation, afin d'avoir un juste sujet de plaintes contre les prudentes limites apportées à son influence »[3230]. Il est donc nécessaire, à ses yeux, d'encadrer strictement son régime de responsabilité afin d'éviter toute extension de son pouvoir politique : « le seul moyen de déjouer cette ruse périlleuse sous le régime d' une république présidentielle, *affirme-t-il*, c'est de définir avec clarté et de limiter avec rigueur la responsabilité du Président et de la borner aux devoirs qui relèvent directement de son office, en laissant au cabinet toute la responsabilité de la politique générale, afin de lui assurer tout son pouvoir ». Autrement dit, dans le but de limiter l'emprise politique du chef de l'État, le penseur libéral préconise ainsi le régime parlementaire, « en proposant de combiner une responsabilité présidentielle strictement limitée et une responsabilité collective du Cabinet quant à la politique générale »[3231]. Comme il l'explique, « la solution du problème serait plus aisée, sans être excellente, si un ministère, présent aux Chambres et investi des mêmes pouvoirs que sous la monarchie constitutionnelle (comme pendant notre seconde république), venait couvrir et diminuer d'autant la responsabilité présidentielle »[3232]. Toutefois, Prévost-Paradol constate qu'une définition législative de la responsabilité présidentielle est une entreprise difficile en raison de la complexité de concilier différents types de responsabilité : « une bonne loi sur la responsabilité présidentielle est (...) la plus

3229 C.-M. Pimentel, Le point aveugle de la théorie des régimes : Adhémar Esmein et la responsabilité du chef de l'État, in S. Pinon et P.-H. Prélot (dir.), Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op.cit., p.185.
3230 *Ibid*., p.121-122. Prévost-Paradol ajoute : « Déguiser le désir du pouvoir sous la revendication de la responsabilité, c'est donner habilement à l'ambition personnelle la forme la plus respectable et , par conséquent, la plus dangereuse chez un peuple très - sensible à l' idée de la justice et particulièrement sensible à la générosité du caractère » (*ibid*., p.122)
3231 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France…, op.cit., p.430.
3232 L.-A. Prévost-Paradol, La France nouvelle, op.cit., p.121.

urgente et la plus indispensable des institutions d'une république naissante ; mais cette loi est difficile et délicate à faire, puisqu'elle doit distinguer soigneusement et surtout explicitement entre le genre particulier de responsabilité qui incombe au Président, et la responsabilité générale et plus efficace qui doit demeurer au ministère »[3233]. Par ailleurs, la pensée politique du duc de Broglie a joué également un rôle important dans la conceptualisation de la responsabilité du chef de l'État durant la IIIème République. Il prône son irresponsabilité pendant et à l'expiration de son mandat, couverte par la responsabilité ministérielle : « ses ministres, *solidairement* et *respectivement* responsables, pour tous les actes de son administration, seraient, le cas échéant, poursuivis par la Chambre des représentants devant le Sénat, lequel prononcerait, comme aux États-Unis, la simple forfaiture, et renverrait le ministre destitué par-devant une haute Cour de justice composée ainsi qu'il était prévu par la constitution de l'an III, ou par celle de 1848 »[3234]. A l'examen, comme le note Nathalie Havas, il semble que cette responsabilité assumée par les membres du gouvernement présente « davantage une dimension pénale que politique »[3235]. Néanmoins, l'homme d'État prévoit une exception, unique, à l'irresponsabilité du Président de la République. Il s'agit de l'hypothèse d'une « tentative d'usurpation » qui renvoie implicitement à la notion future de haute trahison inscrite dans les lois constitutionnelles de 1875 : « Le président ou régent, inviolable, comme s'il était roi, inviolable même après l'expiration de sa magistrature, inviolable, quant à tous les actes de son administration, couvert, comme s'il était roi, par la responsabilité de ses ministres, ne pourrait, selon notre plan, être attaqué et pris à partie que pour tentative d'usurpation. En ce cas, mais en ce seul cas, toute autorité civile ou militaire, toute force armée serait tenue de lui refuser obéissance. Il serait déposé, lui et ses complices, par le Corps législatif délibérant dans les formes ordinaires, et non dans les formes juridiques ; il serait déporté et emprisonné, pour la vie, dans une colonie, au delà des mers »[3236]. Mais, à la différence du libéral Prévost-Paradol, cette responsabilité limitée n'a pas pour objectif d'atténuer, dans la pensée de De Broglie, le pouvoir du Président de la République mais elle doit lui permettre au contraire d'agir et de gouverner par l'intermédiaire de ses ministres responsables.

652. Dans la continuité des idées exposées par ces deux penseurs politiques avant 1875, les publicistes de la IIIème République s'efforcent de fonder doctrinalement le statut du chef de l'État institué par la Constitution de la IIIème République[3237]. Ils essayent d'adapter la monarchie

3233 *Ibid*., p.122-123.
3234 V. de Broglie, Vues sur le gouvernement de la France, op.cit., p.234.
3235 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.431. Cette orientation pénaliste s'explique par le fait que « le système préconisé par le duc de Broglie est calqué sur la monarchie constitutionnelle, tout particulièrement sur la monarchie de Juillet au cours de laquelle l'auteur a été Président du Conseil. Il est donc logique que le duc de Broglie prône l'irresponsabilité présidentielle conformément à l'inviolabilité royale, le transfert de la responsabilité du chef de l'État sur ses ministres et que cette responsabilité assumée par les membres du gouvernement présente une dimension pénale plus que politique » (*ibid*.).
3236 *Ibid*., p.233-234.
3237 Cf. F. Perrin, De la responsabilité pénale du Chef de l'État…, op.cit., p. 66-67.

constitutionnelle à la forme républicaine du régime et d'articuler rationnellement son irresponsabilité politique avec sa responsabilité restreinte[3238]. De ce point de vue, il apparaît, tout d'abord, que tous les membres de la doctrine publiciste de la IIIème République partagent le même avis sur l'impossibilité de faire marcher de front la responsabilité présidentielle et ministérielle. Comme le note Esmein[3239], prenant l'exemple de la présidence de Thiers, « il y a là une incompatibilité logique : l'une des responsabilités exclut l'autre »[3240]. Apparaît alors une alternative : *soit* proclamer la pleine responsabilité du Président de la République *soit* instituer la responsabilité exclusive du gouvernement. Mais la plupart des auteurs, encore marqués par la Deuxième République et le Second Empire, rejettent vivement la première solution dans la mesure où elle aurait pour effet d'autoriser et d'inviter forcément le chef de l'État « à avoir une politique personnelle et indépendante »[3241]. Pour éviter ce risque, la doctrine opte et défend un discours parlementaire classique en assimilant le Président de la République à un chef d'État parlementaire[3242]. Loin d'un Président en régime présidentiel, il est comparé à un roi dans une monarchie constitutionnelle. Cette assimilation ressort clairement de la pensée de Duguit : « les constituants de 1875 ont voulu faire du président de la République française un roi parlementaire de sept ans et ont établi son irresponsabilité politique »[3243]. Il en découle que le chef de l'État est

3238 La thèse de Francisque Perrin et celle de Louis Leneru traitent de toutes les combinaisons possibles entre la responsabilité présidentielle et ministérielle, en privilégiant la solution parlementaire : cf. F. Perrin, De la responsabilité pénale du Chef de l'État…, op.cit., p.47-82 ; L. Leneru, De la responsabilité…, op.cit., p.14-43.

3239 Adhémar Esmein se base à plusieurs reprises sur l'ouvrage du duc de Broglie dans ses Éléments de droit constitutionnel.

3240 Esmein ajoute : « on l'a bien vu de 1871 à 1873, sous la présidence de M.Thiers, où la responsabilité complète et politique du Président de la République absorbait et faisait disparaître celle des ministres » (A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.783). Le professeur Saint-Girons confirme ce processus : « Si le Roi est déclaré responsable, il repoussera la responsabilité ministérielle, comme faisant double emploi avec la sienne. La Constitution, même parlementaire de nom, aura organisé le pouvoir personnel, c'est-à-dire la monarchie absolue » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., 1885, p.342). Le professeur Moreau partage ce point de vue : « il est clair (…) que le Président et les ministres ne peuvent pas être responsables en même temps. Il faut choisir entre les deux responsabilités » (F. Moreau, Précis élémentaire…, op.cit., 1897, p.299).

3241 A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.783. Le professeur Saint-Girons résume la pensée commune des publicistes sur ce point : « tout pouvoir déclaré responsable réclame la liberté dans l'exercice du pouvoir. Un pouvoir irresponsable ne peut se plaindre si on lui interdit de faire personnellement un acte politique, si on exige qu'un ministre contresigne ses ordres, en prenne la responsabilité et, par suite, l'initiative. Le Roi signe, mais c'est le ministre qui agit réellement, et qui sera atteint par le vote du Parlement, ou le verdit du pays » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., 1885, p.342). Le professeur Moreau adopte une position encore plus radicale : la responsabilité du Président « implique (...) le pouvoir personnel d'un homme, exclut le rôle constitutionnel des ministres et le régime parlementaire » (F. Moreau, Précis élémentaire…, 1897, p.299). En outre, pour le professeur Saint-Girons, il s'agit également, en écartant toute responsabilité du Président de la République française, d'éviter l'apparition d'un régime présidentiel en raison de sa dérive qui est la personnalisation du pouvoir : « c'est parce que le Président est responsable que le Chef de l'État, en Amérique, a eu souvent des visées de pouvoir personnel et s'est engagé dans des conflits d'autant plus dangereux que l'absence de responsabilité ministérielle et de dissolution les rendait sans solution possible jusqu'à l'expiration des pouvoirs du Parlemente ou du Président » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., 1885, p.358).

3242 Comme le souligne le professeur Saint-Girons, « le régime parlementaire est surtout une précaution permanente contre l'hérédité royale. La royauté est devenue une dignité sans puissance » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., 1885, p.332). Pour Francisque Perrin, « proclamer la pleine responsabilité du Président, comme en 1848, c'était inévitablement autoriser, provoquer même le gouvernement personnel, alors que les constituants de 1875 entendaient appliquer franchement le gouvernement de cabinet, le régime parlementaire, à l'état républicain : c'est même le seul point sur lequel tous semblaient d'accord » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.65). Enfin, pour Hauriou, « il n'est pas dans la logique du gouvernement parlementaire que le chef de l'État dépende dans une mesure quelconque du Parlement » (M. Hauriou, Précis…, 2ème éd., op.cit., p.361).

3243 L. Duguit, Manuel…, op.cit., 1923, p.547. Dans le même sens, Gaston Jèze le compare à un « chef d'État

appréhendé par la doctrine comme un modérateur suprême en dehors des luttes partisanes[3244]. Dès lors, son statut d'autorité morale justifie le bénéfice d'une irresponsabilité politique[3245]. Celui-ci n'a pas à supporter les conséquences de ses actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions dont la charge revient aux ministres par l'intermédiaire du contre-seing[3246]. Dans ces conditions, les publicistes de la IIIème République jugent que son irresponsabilité doit le conduire à s'effacer[3247], même s'il dispose de prérogatives constitutionnelles importantes[3248]. Néanmoins, certains de ses membres émettent quelques réserves par rapport à l'effectivité de cette irrévocabilité politique du chef de l'État qui ne semble pas totale. D'une part, Duguit observe que cet obstacle juridique peut se

monarchique » (G. Jèze, La présidence de la République, Revue de droit public, 1913, p.114), ou selon Charles Lefebvre, à un « monarque constitutionnel » (C. Lefebvre, Études sur les lois constitutionnelles de 1875, op.cit., p.67). Pour le professeur parisien Batbie, le Président de la République « tient du roi constitutionnel autant que le chef d'une république peut ressembler au représentant d'une monarchie » (A. Batbie, Traité théorique..., op.cit., 1885, p.57). De même, pour le professeur Saint-Girons, « on a ainsi voulu avoir, sans pouvoir bien réussir, une république parlementaire avec la royauté sans Roi » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., 1885, p.344).

3244 « C'est (…) par imitation de la monarchie parlementaire que le Président a été déclaré irresponsable » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., 1885, p.357). Le professeur Saint-Girons précise effectivement que « le Chef de l'État, en république comme en monarchie, est l'incarnation vivante du pays. Il le personnifie d'une manière, sinon exclusive, du moins principale. C'est lui qui préside aux solennités nationales. (…) On peut faire rentrer dans les fonctions nationales, les attributions diverses et personnelles, qui constituent le pouvoir *modérateur* » (*ibid*., p.381).

3245 La doctrine publiciste classique fait également découler son irresponsabilité politique de son statut de représentant de la Nation puisqu'il est élu par le Congrès. Comme le souligne Batbie, « comme il a un droit propre en vertu de son élection, il ne pourrait pas être déposé par le Parlement avant l'expiration de ses pouvoirs » (A. Batbie, Traité théorique..., op.cit., 1885, p.57). Toutefois, Carré de Malberg rejette le caractère de représentant et d'organe au Président de la République (*v.* R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., p.399 et s.) car, par rapport au second point, il ne dispose pas de volonté indépendante comme les législateurs : « pour que le Président apparaisse réellement comme un organe d'État, il ne suffit pas, en effet, qu'il tienne ses pouvoirs directement de la Constitution, ni même qu'il ait reçu de celle-ci telle attribution ou faculté qui, prise en soi, s'analyse peut-être en un pouvoir de vouloir pour la nation. Il faudrait encore et surtout que la Constitution l'ait mis en état d'exercer ces facultés d'une façon libre et indépendante, ou plus exactement il faudrait qu'elle ait fourni à l'Exécutif le moyen d'entretenir, dans le domaine de sa compétence, une volonté qui, bien qu'inférieure en puissance à celle du Parlement, soit, du moins, capable de se déterminer par elle-même et ne puisse, dans ce domaine propre, subir, ni contrainte, ni empêchement, de la part des assemblées » (*ibid*., p.402-403). Or il constate que « c'est précisément cette indépendance de la volonté qui fait défaut à l'Exécutif, selon le droit public français actuel. Sans doute, le Président a été largement doté par la Constitution de 1875 d'attributions de toutes sortes. Mais (…) le régime parlementaire, tel qu'il a été établi en 1875, met obstacle à ce que, soit le Président, soit les ministres, n'exercent aucune de ces attributions, de leur seule et libre volonté » (*ibid*.).

3246 De cette irresponsabilité politique présidentielle découle l'obligation de contre-seing de tous ses actes qui « engage et révèle la responsabilité ministérielle » (L. Duguit, Manuel…, op.cit., 1923, p.547). Toutefois, Duguit observe qu'il existe pour lequel le Président de la République peut agir discrétionnairement : le choix du Président du Conseil. V. sur ce point : *ibid*., p.547-548.

3247 « L'irresponsabilité (…) est moins un privilège du chef de l'État, qu'une garantie prise contre lui par le pays. Ayant pour corollaire la responsabilité ministérielle, elle donne la certitude au Parlement, s'il y a une faute commise, de trouver un coupable pratiquement punissable, sans danger d'anarchie gouvernementale ou d'émeute populaire » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., 1885, p.343).

3248 Comme le rappelle Francisque Perrin, la Constitution de 1875 confère des pouvoirs étendus au Président de la République, notamment vis-à-vis du gouvernement : il « nomme les ministres ; en l'absence de toute loi, c'est lui qui détermine leur nombre, leurs titres, leurs attributions ; il peut critiquer et faire écarter quelques-uns des noms proposés par le premier ministre pour la formation du cabinet ; il préside toutes les réunions importantes du Conseil des ministres, prend part aux discussions, y exerce une influence morale considérable ; il a le droit de révoquer les ministres » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.65). Il dispose également de puissants pouvoirs en matière législative puisqu'il a « l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux Chambres (art.3, loi du 25 février) ; il peut se mêler à la discussion des lois par ses ministres, par des commissaires du Gouvernement, et surtout par des messages aux Chambres (art.6, loi du 6 juillet) ; par un droit très important, dernier vestige du droit de veto en France, il peut demander aux Chambres une nouvelle délibération sur une loi déjà votée par elle : celle deuxième délibération ne peut être refusée (art.7, loi du 16 juillet, §2) ; il promulgue les lois, en surveille et en assure l'exécution. (…) Il a le droit de convoquer, de clore, d'ajourner les sessions des Chambres, celui de dissoudre la Chambre des députés » (*ibid*.). Ses compétences exécutives sont également notables étant donné qu'« il a le droit de faire des décrets. Il dispose de la force armée, préside les séances du Conseil supérieur de la Guerre, nomme à tous les emplois civils et militaires et peut les révoquer. (…) Enfin, c'est lui qui négocie et ratifie les traités et qui représente la France vis-à-vis de l'étranger » (*ibid*.).

révéler insuffisant en pratique puisque l'exercice de cette magistrature dépend, en réalité, du tempérament de chaque titulaire et de son engagement dans la fonction présidentielle : « pure question de fait, le président peut, par son autorité personnelle, par le prestige qui s'attache à ses fonctions, par la confiance qu'il inspire, exercer une influence effective et heureuse dans la politique du pays et particulièrement dans la politique étrangère. Il y a là évidemment une question de tact et de mesure, et on ne peut formuler aucune règle »[3249]. D'autre part, pour Carré de Malberg qui reprend une idée d'Esmein, le Parlement conserve, dans les faits, un moyen politique de faire démissionner le Président de la République au terme d'un processus parlementaire : le refus d'investir un nouveau Cabinet constitué par lui. Comme il l'explique, « cette irrévocabilité (…) n'a de valeur absolue qu'en apparence. Dans une monarchie, elle constitue une garantie juridique réelle, parce que là elle se combine avec le principe monarchique. Il en serait de même dans une République non-parlementaire, où le Président est maître du choix et de la nomination des ministres. En France, M. Esmein lui-même reconnaît que « le gouvernement parlementaire fournit au pouvoir législatif un moyen de forcer le titulaire du pouvoir exécutif à se retirer. Il suffit pour cela que les Chambres soient parfaitement résolues à empêcher la formation de tout ministère »[3250], prenant à cet égard l'exemple du Président de la République Grévy. Il en ressort donc pour le maître de Strasbourg que l'irrévocabilité présidentielle « n'est pas (…) une garantie véritable de la séparation des pouvoirs »[3251].

653. Pour autant, si la doctrine publiciste fait valoir le bien-fondé de cette inviolabilité politique[3252], elle admet sans conteste la nécessité de prévoir, dans le même temps, la possibilité de

3249 L. Duguit, Manuel…, op.cit., 1923, p.547.

3250 R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., p.103. Le maître strasbourgeois ajoute vis-à-vis de ce mécanisme politique informel propre à la logique parlementaire : « Que ce soit là un moyen « extrême », et auquel la majorité ne recourra que dans des circonstances extraordinaires, cela est bien manifeste : mais, bien qu'en dise M. Esmein, ce n'est nullement un moyen « révolutionnaire », car il est pris dans la Constitution même. Qu'on n'objecte pas que l'emploi de ce moyen constitue, de la part des Chambres, un abus de leur pouvoir constitutionnel » (*ibid*., p.104).

3251 *Ibid*. Pour lui, l'irresponsabilité politique du Président ne manifeste pas une volonté constituante d'établir une égalité entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Ce mécanisme poursuit un but uniquement politique et libéral visant à étouffer son pouvoir : « L'irresponsabilité ou l'irrévocabilité du Président ne signifie nullement qu'il soit, dans sa sphère, le titulaire d'un pouvoir indépendant, l'égal des Chambres. Elle prendrait cette signification, si, par surcroît, les ministres n'étaient responsables que devant le chef de l'Exécutif. Dans le système du gouvernement de cabinet, l'irresponsabilité a une toute autre portée : (…) elle constitue, bien moins un privilège établi en faveur du Président et destiné à assurer sa stabilité ou son indépendance, qu'une garantie prise contre lui à l'effet d'exclure de sa part toute prétention ou tentation d'entretenir une action gouvernementale personnelle et indépendante » (*ibid*., p.401-402). Le professeur strasbourgeois contredit ici la pensée de certains publicistes de la IIIème République pour lesquels le Président de la République est titulaire d'un pouvoir indépendant en raison de son irrévocabilité. Par exemple, pour Charles Lefebvre, « une fois élu par les Chambres, il acquiert une situation qui ne leur est plus subordonnée, qui ne souffre point de révocation. Son pouvoir est distinct, indépendant, comme celui d'un roi ou du Président de 1848 » (C. Lefebvre, Étude sur les lois constitutionnelles de 1875, op.cit., p.67) ; voir également A. Esmein, Éléments…, op.cit., 7ème éd., t.I, p.469).

3252 Toutefois, il convient de constater une note discordante au sein de la doctrine vis-à-vis de cette règle. La critique provient du professeur Moreau. A ses yeux, le principe de l'irresponsabilité politique n'est que la transposition de l'inviolabilité du Roi, qui est incompatible avec la démocratie : « C'est, dit-on, une règle d'origine royale, égarée dans une Constitution républicaine ; une règle inconciliable avec les doctrines démocratiques qui veulent que chacun assume les conséquences de ses actes » (F. Moreau, Précis élémentaire…, op.cit., 1897, p.298). D'où son observation que plusieurs propositions tendant à préciser la responsabilité du Président de la République ont été faites depuis 1875 dont « la plus connue et la plus intéressante fut déposée en 1878, par M. Pascal Duprat, député, et, malgré un rapport

le destituer dans des circonstances rares. La mise en place de cette responsabilité exceptionnelle découle, à leurs yeux, de la forme républicaine du gouvernement de la IIIème République. Comme le souligne Louis Leneru, « on ne rencontre guère la responsabilité du Chef de l'État organisée que dans les gouvernements républicains »[3253]. Cependant, cette responsabilité reste extraordinaire dans la mesure où le chef de l'État n'est responsable que dans un cas bien précis : la haute trahison. En effet, conformément à la tournure négative de l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, Duguit remarque qu'il est responsable « des infractions commises dans l'exercice de ses fonctions, mais à la condition qu'elles constituent un crime de haute trahison »[3254]. Le caractère d'exception de sa responsabilité est justifié la doctrine par le devoir de conserver un point fixe dans un régime parlementaire[3255]. Dès lors, pour Esmein, « la responsabilité du Président est tout à fait exceptionnelle, l'irresponsabilité étant la règle »[3256]. Dans cette hypothèse précise, il bénéficie d'un privilège de juridiction puisqu'il ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés, et il ne peut être jugé que par le Sénat. Mais, pour le doyen de la Faculté de droit d'Aix-Marseille Félix Moreau, la responsabilité pénale du chef de l'État reste illusoire. Comme il l'estime, « quant à la responsabilité pénale, elle est à peu près sans application possible au chef de l'État. Le jugement d'un ministre est un scandale, le jugement du chef de l'État serait une révolution. Aussi la responsabilité du chef de l'État ne serait-elle qu'une apparence, qu'une règle sans application »[3257].

654. Enfin, à cause du silence du texte constitutionnel, une interrogation doctrinale se pose sur la nature de la responsabilité du Président en cas de haute trahison. La grande majorité des auteurs

favorable, ne fut jamais discutée » (*ibid*.). Dans le même sens, Carré de Malberg remarque que l'irrévocabilité politique du chef de l'État « est le reflet de celle du roi d'Angleterre et qui a même été critiquée parfois, sous la Constitution de 1875, comme une prérogative d'essence monarchique » (R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., p.103).

3253 L. Leneru, La responsabilité du Président de la République, op.cit., p.65. Comme le rappelle le professeur de droit criminel à la faculté de Lyon, « l'*irresponsabilité pénale* appartient, dans les pays monarchiques, au roi, duquel émane la justice. Cette irresponsabilité était inscrite dans la constitution de 1791 (art.2), dans la charte de 1814 (art.13) et dans celle de 1830 (art.12). Il en est autrement dans les pays républicains » (R. Garraud, Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux Codes, 2ème éd., Paris : L. Larose, 1885, p.137). Dans le même sens, Esmein rappelle les propos du duc de Broglie : « il semble (…) que la responsabilité de tous les magistrats sans distinction, depuis le plus humble jusqu'au plus élevé, soit la raison d'être du régime républicain » (cité par A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.782). Francisque Perrin partage cette position : « on ne pouvait laisser le président de la République absolument irresponsable, comme un monarque constitutionnel pendant toute la durée de ses pouvoirs » (F. Perrin, De la responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.61).

3254 L. Duguit, Manuel…, op.cit., 1923, p.548.

3255 « La responsabilité du Chef de l'État ne saurait être mise en jeu aussi aisément que celle des ministres. L'instabilité ministérielle est un mal ; l'instabilité présidentielle serait un danger. Les institutions n'auraient aucun point fixe ; le Gouvernement pourrait à tout instant être remis en question ; l'expédition des affaires publiques serait exposée à des fluctuations incompatibles avec une bonne administration » (F. Moreau, Précis élémentaire…, op.cit., 1921, p.367).

3256 A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.784.

3257 F. Moreau, Précis élémentaire…, op.cit., 1921, p.367. Le droit comparé confirme la rareté de la mise en application de la responsabilité pénale du chef de l'État. Même si leur rôle est différent, Esmein observe que « L'histoire des États-Unis nous apprend que cette responsabilité pénale du Président de la République, même dans un pays où il gouverne personnellement et couvre ses ministres, est une précaution presque inutile. Un seul Président des États-Unis a été mis en accusation devant le Sénat par voie d'impeachment ; le président Andrew Johnson, en 1868, et il a été acquitté faute d'une majorité des deux tiers contre lui exigée par la Constitution » (A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.788)

opte en faveur d'une responsabilité *pénale*[3258]. Ils démontrent que cette responsabilité d'exception du chef de l'État ne peut pas être politique en raison de la nature parlementaire du régime. Il n'a pas à rendre des comptes aux assemblées étant donné que « politiquement, les ministres seuls sont responsables devant les Chambres. C'est à eux seuls qu'elles peuvent demander compte des actes du gouvernement : la personne et les actes du Président ne doivent jamais être pris à partie »[3259]. Il ne fait donc aucun doute pour les publicistes de la IIIème République que la responsabilité prévue par l'article 12 est d'essence pénale[3260]. Duguit résume cette position en termes clairs : « si le président de la République est politiquement irresponsable, il est responsable pénalement »[3261].

655. Adoptant un discours résolument républicain et parlementaire, la doctrine publiciste classique approuve le système de responsabilité intermédiaire du chef de l'État organisé par les constituants et préconisé par le duc de Broglie et Prévost-Paradol, qui associe une inviolabilité politique avec « une responsabilité pénale limitée et clairement déterminée »[3262]. Néanmoins, si les publicistes sont loin d'être en désaccord sur le principe de sa responsabilité pénale résiduel, ils s'affrontent par contre sur les modalités précises de celle-ci en raison des approximations des lois constitutionnelles de 1875.

3258 On peut citer : A. Esmein, Éléments..., op.cit., 6ème éd., p.784 ; F. Moreau, Précis élémentaire…, op.cit., 1921, p.366 : « En matière criminelle, le Président de la République n'est responsable que d'un seul crime : la haute trahison » ; F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.68 ; L. Leneru, La responsabilité du Président de la République…, op.cit., p.87 ; A. Delaurier, De la responsabilité du Président de la République, op.cit., p.74.

3259 *Ibid*.

3260 Il convient, cependant, de noter une certaine confusion chez le professeur Carré de Malberg qui qualifie cette procédure de *politico-pénal*e. En effet, pour lui, la haute trahison présumée du chef de l'État est une notion *politique* qui est jugée au terme d'une procédure *pénale*. Comme il le déclare curieusement, « il subsiste toujours du système de l'article 6 cette conséquence que le Président ne peut être l'objet d'une mise en accusation, pour faits d'ordre *politique*, que dans le cas de haute trahison. Mais, en dehors de cette révocation prononcée à la suite d'une procédure *criminelle* (...) » (R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., p.104. [Nous soulignons]). Cette même combinaison originale est observable dans la pensée de Maurice Hauriou qui soutient que « le Président de la République n'a qu'une responsabilité politique criminelle devant la Haute Cour de justice pour crime de haute trahison » (M. Hauriou, Précis…, 2ème éd., op.cit., p.415). En réalité, cette association découle du fait que le professeur toulousain considère curieusement sans se justifier que « la responsabilité criminelle est une responsabilité politique » (*ibid*., p.104, note 38). C'est pourquoi il affirme que « la responsabilité politique elle-même se présente sous deux formes : 1° sous forme criminelle, lorsqu'une juridiction répressive est saisie et qu'une peine criminelle peut intervenir comme sanction ; 2° sous forme parlementaire, lorsque les Chambres en sont saisies par la voie parlementaire, et que la seule sanction est la perte de pouvoir » (*ibid*., p.104).

3261 L. Duguit, Manuel…, op.cit., 1923, p.548. Dans le même ordre d'idées, sans utiliser des termes identiques, le professeur parisien Batbie exprime cette articulation de la manière suivante : « il est *irresponsable*, c'est-à-dire qu'il n'est point, comme les ministres, tenu de se retirer devant la volonté du Parlement ; mais il n'est pas *inviolable*, car s'il se rendait coupable de forfaiture, il pourrait être mis en accusation par la Chambre des députés devant le Sénat » (A. Batbie, Traité théorique, op.cit., 1885, p.57).

3262 F. Perrin, De la responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.67.

B. Une profonde division doctrinale sur les modalités de la responsabilité pénale présidentielle ou la mise en lumière de deux écoles au sein de la science publiciste

656. Les termes de l'article 6§2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, de l'article 9 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 et de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, « fort laconiques, appellent des explications assez détaillées »[3263]. Pour connaître exactement l'étendue de la responsabilité du Président de la République, la doctrine publiciste se donne pour tâche, tout d'abord, de définir la notion floue de « haute trahison » qu'il peut commettre dans l'exercice de ses fonctions et pour lequel il bénéficie d'un privilège de juridiction (**1**). En outre, elle examine le point de savoir quel est le tribunal compétent pour ses actes fautifs lorsque le chef du pouvoir exécutif a agi comme simple particulier et elle se demande si les règles de droit commun doivent recevoir leur application (**2**). Or il est important d'observer que ces deux questions provoquent dans la doctrine publiciste classique une controverse entre les partisans de l'école pénaliste et ceux de l'école constitutionnaliste, qui repose sur une divergence relative à la nature de la responsabilité présidentielle exceptionnelle, et en dernier ressort, sur la philosophie du droit constitutionnel.

1. Un éclaircissement bienvenu de la notion mixte de « haute trahison » : entre droit pénal et droit constitutionnel

657. La doctrine publiciste classique est embarrassée par la notion de « haute trahison » qui « fait partie de ces notions floues ou indéterminées qui parsèment le droit public (ordre public, intérêt général…)[3264]. Elle doit faire face, en effet, au silence du droit positif puisqu'elle n'est définie ni par les lois constitutionnelles de 1875, ni par la loi, ni même par la jurisprudence[3265]. Néanmoins, malgré cette absence de ressource du droit positif, « la doctrine constitutionnelle sous la IIIème République éclaire utilement la notion de haute trahison »[3266]. À cet égard, compte tenu du caractère mixte du concept de haute trahison qui rend difficile son appréhension, il ressort de la littérature

3263 A. Delaurier, De la responsabilité…, op.cit., p.74.
3264 O. Beaud, Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », Revue française de droit administratif, 2001, n° 6, p.1195.
3265 cf. *ibid*., p.1195.
3266 *Ibid*.

constitutionnelle de la IIIème République que deux directions principales sont privilégiées[3267] qui découlent directement de la nature de la responsabilité exceptionnelle déterminée précédemment.

658. Selon la première direction doctrinale, qualifiée de *pénaliste*[3268], la responsabilité du Président de la République pour haute trahison devant le Sénat est de nature pénale. Par conséquent, la chambre haute qui est assimilé à un tribunal ordinaire[3269] doit respecter le « principe primordial de l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789 ; nulle peine sans une loi qui l'établit »[3270]. Dès lors, afin d'éviter toute pénalité arbitraire, la notion de « haute trahison » doit être définie, selon ses partisans, par un texte légal ou constitutionnel ou rentrée dans une incrimination contenue dans la loi pénale, et n'entraîner des peines que celles portées par les textes de loi. Cependant, la thèse pénaliste constate qu'en l'espèce, « aucune loi ne définit le crime de haute trahison »[3271]. C'est pourquoi elle soutient que « tant qu'une loi n'aura pas défini le crime de haute trahison, le sénat ne pourra pas condamner le président de la République, qu'il ne pourrait même pas prononcer sa déchéance »[3272]. Cette position minoritaire est principalement défendue notamment par Léon Duguit[3273]. De ce point de vue, sa défense de la thèse légaliste de la haute trahison est solidaire, en

3267 En réalité, Esmein distingue trois solutions possibles sur cette question : premièrement, une thèse politique selon laquelle le Sénat dispose d'une compétence discrétionnaire pour définir le concept de haute trahison ; deuxièmement, une thèse pénaliste qui conçoit la haute trahison comme une notion pénale qui doit être définie spécialement par un texte ; troisièmement, une thèse politico-pénaliste pour laquelle il exprime sa préférence, qui signifie que la responsabilité du Président pour haute trahison est non parlementaire tout en laissant au Sénat réuni en haute cour un pouvoir d'interprétation créateur dans son appréciation de la haute trahison. En réalité, la première et la troisième thèse sont très proches, ce qui justifie qu'elles soient réunies.

3268 Dans sa thèse, Francisque Perrin nomme cette direction doctrinale de « système de la loi » (F Perrin, De la responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.286).

3269 La thèse pénaliste rejette l'idée que le Sénat, lorsqu'il est réuni en tribunal d'exception, n'est pas une juridiction ordinaire mais est une assemblée législative, d'où découle en tant que telle sa compétence de faire la loi en déterminant les incriminations. Cet argument est faux pour Albert Delaurier puisqu'« il est facile de répondre, en se plaçant sur le terrain choisi par ses adversaires, qu'une loi, pour être valable, doit avoir été votée séparément par chacune des deux chambres ; le sénat ne peut, par sa seule autorité, faire une loi, il lui faut, pour cela, obtenir le concours de la chambre des députés » (A. Delaurier, De la responsabilité…, op.cit., p.80). Il estime au contraire que « le Sénat, quand il siège comme Haute Cour de justice, est (…) un tribunal ; les membres qui le composent ne sont plus des législateurs, mais bien des juges. Comme tels, ils doivent veiller à la stricte application des lois, ils n'ont pas le droit, par conséquent, de créer de toutes pièces une infraction qui ne figure dans aucun texte légal » (*ibid*., p.80-81).

3270 L. Duguit, Manuel…, op.cit., 1907, p.961.

3271 *Ibid*., 1923, p.548.

3272 *Ibid*.

3273 Il est également possible de ranger dans ce courant pénaliste plusieurs professeurs publicistes de renom. C'est le cas notamment du doyen de la Faculté de droit d'Aix-Marseille, Félix Moreau, qui après avoir rappelé la thèse constitutionnaliste, tranche en faveur de la thèse légaliste : « Il n'existe aucune définition légale de la haute trahison, aucune énumération légale des actes qui la constituent ; le Sénat apprécierait, le cas échéant. Mais les principes du droit criminel (C.P., art.4) exigeant un texte précis pour la condamnation, le Sénat ne pourrait condamner que s'il trouvait, dans les faits qualifiés haute trahison, les éléments d'une infraction prévue par les lois pénales » (F. Moreau, Précis élémentaire…, 9ème éd., op.cit., p.366) ; De même, pour le publiciste parisien Batbie, « en attendant que la loi spéciale soit faite, la Chambre des députés et le Sénat suivront, autant que possible, le Code d'instruction criminelle et le Code pénal. Le Sénat devra notamment s'inspirer de l'article 4 du sénatus-consulte du 4 juin 1858, d'après lequel « les peines devaient être prononcées conformément à la loi et de l'article 12 du sénatus-consulte du 10 juillet 1852, d'après lequel la Haute Cour procède, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle » (A. Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif…, 2ème éd., t.III, op.cit., p.79-80). Enfin, plusieurs thèses sur ce sujet rejettent la conception politique. Pour Delaurier, « nous sommes les adversaires résolus d'une pareille théorie, car elle a pour objet de légitimer tous les abus de pouvoir, c'est l'arme toujours employée du despotisme contre la liberté. Une assemblée, fût-elle issue du suffrage universel, ne peut pas, ne doit pas avoir le pouvoir exorbitant et tyrannique de déterminer le crime et de faire ensuite l'application de la peine à l'accusé. C'est là une garantie qu'on accorde au plus humble citoyen, il serait contraire à toute justice de la refuser au chef de l'État » (A. Delaurier, De la responsabilité…,

dernier ressort, de sa philosophie du droit constitutionnel pour qui « le primat de l'État de droit détermine (…) l'application à la Constitution des règles de droit pénal »[3274].

659. À l'opposé, la seconde direction, dite *constitutionnaliste*[3275], soutient que le Sénat constitué en Haute Cour n'est pas lié par le principe de la légalité des délits et des peines, dans la mesure où la haute trahison est un concept constitutionnel faute de référence à une incrimination de droit commun[3276], contrairement à la trahison qui est une notion pénale. Elle est, comme l'affirme Hauriou, « un crime essentiellement politique ; en fait, ce qui est visé, c'est la tentative de coup d'État c'est-à-dire la haute trahison vis-à-vis des institutions constitutionnelles, bien plutôt que la trahison au point de vue patriotique »[3277]. Par conséquent, étant donné que la haute trahison constitue davantage une incrimination politique qu'une infraction pénale, il en découle une double conséquence pour les partisans de cette direction. *D'une part*, sa nature même empêche toute définition juridique qui pourrait encadrer son étendue. Le professeur lyonnais de droit criminel, René Garraud estime qu'« il n'est pas possible de présenter une énumération des infractions politiques ; le nombre en est infini, comme le nombre des combinaisons politiques et sociales qui régissent l'organisation des États (...) »[3278]. Une définition matérielle est donc difficile. D'autre part, corollaire de cette première conséquence, le Sénat réuni en haute cour dispose d'une compétence discrétionnaire pour déterminer les faits qui la constituent et pour en fixer les peines[3279]. Eugène

op.cit., p.79) ; Pour Perrin, qui soulève un argument tiré de l'agencement des pouvoirs, « nous nous sommes déclarés l'adversaire résolu, affirme-t-il, du système de l'arbitraire (…). L'admettre, en l'espèce, ce serait autoriser le Sénat à créer une loi de circonstance, une loi anti-constitutionnelle, puisqu'elle serait faite en dehors du concours nécessaire de la Chambre des députés et du Président de la République » (F. Perrin, De la responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.303-304). Il remarque en outre que, textuellement, l'article 4 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, au prix d'une interprétation judicieuse, « interdit (…) au Sénat de faire œuvre législative quand il est réuni en Haute Cour de justice » (*ibid*., p.304). Enfin, Albert Chastel considère que la Haute Cour est « une juridiction et une juridiction essentiellement criminelle (...) » (A. Chastel, De la Haute Cour de justice suivant la législation et la Constitution françaises actuelles, thèse pour le doctorat, Paris : impr.V. Giard et E. Brière, 1909, p.16).

3274 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1194. Dans les pas de la pensée de Duguit, Perrin déclare que « toutes les lois civiles et pénales sont applicables à tous les citoyens, même aux ministres, même au Président de la République. Il faut un texte formel pour les soustraire au droit commun. (…) Le Président de la République doit rester soumis à l'empire du Code pénal » (F. Perrin, De la responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.304). De l'État de droit découle également l'obligation de respecter la séparation des pouvoirs. Comme le déclare Adolphe-Émile Lair, « nous sommes trop hostiles à cette confusion du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire pour reconnaître le droit [au Sénat de déterminer à la fois les caractères constitutifs de l'infraction et la peine]. A moins de trouver dans quelques-uns des crimes et délits punis par le Code pénal les éléments de haute trahison, nous estimons que le Sénat n'aurait aucun moyen de la punir. (…) Cest là une lacune qu'il appartiendrait au législateur de combler, mais à laquelle le juge, si haut placé qu'il soit, n'a pas le droit de suppléer » (A.-E. Lair, Des Hautes Cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Etude de droit constitutionnel et d'histoire politique, Paris : E. Thorin, 1889, p.289).

3275 De manière péjorative, Francisque Perrin désigne cette direction doctrinale dans sa thèse de « système de l'arbitraire » qui prédétermine, à travers cette expression, la solution vers laquelle il tend (F Perrin, De la responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.257).

3276 Comme le souligne Esmein, la difficulté pour déterminer la nature de la notion de haute trahison « provient de ce que les lois pénales françaises ne contiennent aucun crime prévu et puni sous la qualification de haute trahison » (A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.785).

3277 M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2e éd., op.cit., p. 415.Dans le même sens : R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., p.104 ; A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.787 : la loi constitutionnelle du 25 février 1875 « a eu en vue une répression politique, plutôt que légale ».

3278 R. Garraud, Précis de droit criminel..., 2ème éd., op.cit., p.97. Néanmoins, malgré cet obstacle, le professeur Garraud relève le défi et en propose une définition : cf. *ibid*., p.97-101.

3279 Comme le souligne Esmein, le Sénat réuni en haute cour a la compétence de décider d'une sanction contre le chef

Pierre met en exergue son pouvoir d'interprétation en tant qu'acte de volonté : « La loi constitutionnelle n'a pas défini les cas où le crime de haute trahison pourrait être imputé au Président de la République. S'il arrivait qu'une mise en accusation fût prononcée par la Chambre des députés, il appartiendrait au Sénat seul, constitué en Cour de justice, de qualifier les faits incriminés et de déterminer la peine d'après les lois existantes »[3280]. Autrement dit, pour les partisans de ce courant, la haute trahison est purement nominaliste : pure construction juridique, elle correspond à l'interprétation qu'en donne l'organe d'interprétation authentique, c'est-à-dire le Sénat formé en cour. Esmein synthétise cette solution en déclarant que la loi constitutionnelle du 25 février 1875, confère, dans ce cas, « à la Chambre des députés, accusatrice, et au Sénat, juge, des pouvoirs qui vont au-delà de la simple application des lois pénales »[3281]. C'est pourquoi la responsabilité du chef de l'État pour haute trahison tend, pour les défenseurs de la thèse constitutionnaliste, vers une responsabilité exceptionnelle de type *politico-pénal*, même si ce dernier terme peut prêter à confusion. Par exemple, si Esmein la qualifie de pénale, cette procédure reste principalement de nature « politique » dans un sens particulier. Il ne s'agit, à leurs yeux, ni une responsabilité de type parlementaire ni d'une responsabilité pénale de droit commun à laquelle aspire Duguit. Il conviendrait donc davantage de parler de « responsabilité institutionnelle » du chef de l'État dans ce cas pour qualifier le mode de pensée de la thèse constitutionnaliste. Il apparaît en effet à leurs yeux que la haute trahison est « l'infraction juridico-politique inventée pour se débarrasser d'un chef de l'État qui aurait gravement abusé de ses fonctions »[3282]. Comme le souligne Esmein, « il est aisé (…) de comprendre quels sont les faits qu'ont visés les auteurs de la loi constitutionnelle : il s'agit du cas où le Président abuserait de ses pouvoirs pour violer à l'intérieur les lois ou la Constitution, ou bien encore compromettrait par une faute lourde les intérêts de la France à l'égard de l'étranger »[3283]. La haute trahison désigne donc des actes accomplis en violation des devoirs résultant de la charge et contraires aux intérêts de la Nation et pour lesquels aucun encadrement légal et, au demeurant pénal, n'est possible. Il ressort en définitive que la thèse constitutionnaliste est induite d'une philosophie différente du droit constitutionnel étant donné qu'« elle autorise une dérogation à des principes de l'État de droit afin de sauvegarder l'autonomie du droit constitutionnel par rapport au droit pénal »[3284]. Elle s'oppose à l'alignement et à la soumission du droit politique au droit commun des citoyens. De ce point de vue, cette conception non pénaliste est relativement

de l'État qui n'est pas prévue par le Code pénal. Il peut effectivement « prononcer sa déchéance. C'est un pouvoir qu'il faut bien lui supposer (…) car la Constitution n'a pas dû admettre qu'un Président ainsi condamné pût rester en fonction. Ce pouvoir, le Sénat l'aura toujours, à la seule charge de relever des faits qui, pour lui, constituent une haute trahison » (A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.787).

3280 Eugène Pierre, Traité de droit politique…, 2ème éd., op.cit., p.108.

3281 A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.787. Adhémar Esmein valide la compétence discrétionnaire du Sénat constitué en organe d'exception par le recours au droit comparé en assimilant la responsabilité du Président pour haute trahison à l'impeachment anglais : « la Constitution a laissé au Sénat, juge du Président de la République, le soin et le pouvoir de déterminer les faits qui constituent le crime de haute trahison et d'en fixer les peines, en les prononçant. C'est ainsi que l'*impeachment* était pratiqué au XVIIIè siècle en Angleterre » (*ibid*., p.785).

3282 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1197.

3283 A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.785.

3284 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1194.

dominante parmi les membres de la doctrine publiciste classique tout au long de la IIIème République[3285], qui se prévalent des précédents des Hautes cours françaises[3286]. Elle sera validée dès le début de la IIIème République par la pratique puisqu'au mois de janvier 1878, le député Pascal Duprat déposera à la Chambre des députés un proposition de loi déterminant les cas de haute trahison et en fixant les peines[3287]. Si elle fut prise en considération par l'assemblée basse à travers la rédaction du rapport de M. Durand, elle ne sera jamais adoptée au cours de ce régime[3288].

660. Il apparaît ainsi que la doctrine publiciste de la IIIème République a tenté d'élucider le sens de l'expression de « haute trahison » et l'a largement commenté en se divisant en deux démarches bien distinctes. Esmein souligne d'ailleurs que, de manière concomitante, la même question « est agitée aux États-Unis où le Président est aussi déclaré responsable pour trahison, corruption et autres grands crimes ou délits » et son élucidation a conduit, de façon similaire, à l'émergence des deux mêmes courants, pénaliste et constitutionnaliste[3289]. Mais la responsabilité pénale du Président de la République française pour ses actes étrangers à ses fonctions crée également des oppositions doctrinales par rapport à la compétence ou non du Sénat.

3285 Comme le note le professeur d'Aix-Marseille Félix Moreau, « selon une doctrine fortement appuyée, la Haute Cour serait chargée d'une répression politique plutôt que pénale » (F. Moreau, Précis élémentaire de droit constitutionnel (Organisation des Pouvoirs publics et Libertés publiques), 7ème éd., Paris : Recueil Sirey, 1911, p.347). Outre les « mousquetaires » de la doctrine publiciste classique hormis Duguit, la thèse politique est notamment défendue par Antoine de Saint-Girons. Il considère que « le meilleur système d'accusations politiques serait celui qui, se séparant absolument du domaine judiciaire, ne viserait que des faits politiques, ne prononcerait que des peines politiques, en laissant à l'État et aux particuliers le soin de poursuivre, devant les tribunaux ordinaires, la réparation civile et pénale des préjudices causés par les coupables. Le Sénat, tribunal politique aussi compétent qu'autorisé, aurait simplement à juger si le Chef de l'État et les ministres, au lieu de commettre une erreur, suffisamment punie par la chute du pouvoir, se sont rendus coupables de dol, de violences, de corruption, de trahison, en un mot, s'ils ont, volontairement et de mauvaise foi, ou même par une inexcusable négligence, causé ou essayé de causer un préjudice à la patrie ou aux citoyens » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.506-507).

3286 Comme le remarque Albert Delaurier dans sa thèse, « plusieurs auteurs, et non des moindres, insistent et font valoir, (…) les précédents historiques ; la chambre des pairs, en effet, à deux reprises différentes (1815, affaire du maréchal Ney ; 1830, procès des ministres de Charles X), avait défini elle-même le crime qu'elle devait réprimer » (A. Delaurier, De la responsabilité…, p.79-80).

3287 Selon la proposition de Pascal Duprat déposée à la séance du 19 janvier 1878 qui défend une conception restrictive de la haute trahison, les éléments constitutifs du crime de haute trahison sont présents dans 5 cas : « 1° Si le président, par des moyens illégaux, met obstacle à l'exercice du Pouvoir législatif, par exemple en dissolvant illégalement les chambres ou en provoquant contre elles une insurrection ou une émeute. Si, en cas d'attaque, il ne prend pas les mesures nécessaires pour les protéger, ou s'il paralyse les mesures qu'elles ont elles-mêmes ordonnées pour leur défense ; 2° Si le président se rend coupable de crimes contre la sûreté de l'État, prévus par le code pénal ; 3° S'il entreprend une guerre sans l'assentiment des chambres ; 4° S'il introduit ou laisse introduire des troupes étrangères sur le territoire de la République ; 5° S'il se rend coupable d'actes ou de manœuvres ayant pour objet de suspendre ou de renverser la Constitution » (cité par A. Delaurier, De la responsabilité…, op.cit., p.81-82). Pour l'exposé des motifs de cette proposition : *v.* J. off., 3 février 1878, p.102.

3288 V. sur ce point : A. Esmein, Éléments…, 6e éd., op.cit., p.785, note 2.

3289 *Ibid*., p.785.

2. La responsabilité du Président de la République pour les actes extérieurs à ses fonctions : deux visions doctrinales diamétralement opposées du droit constitutionnel

661. La doctrine publiciste classique est unanimement favorable pour décider que le Président de la République bénéficie d'un privilège juridictionnel devant le Sénat en formation de tribunal exceptionnel pour ses actes qualifiés de haute trahison. À travers ce mécanisme, il s'agit, à leurs yeux, à la fois de protéger le chef de l'État du manque d'autorité des juges ordinaires[3290] mais surtout de permettre un contrôle du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif[3291]. Perrin explique effectivement que les prérogatives conférées par la Constitution de 1875 au chef de l'État sont « trop importantes et trop étendues pour lui en permettre le libre exercice sans aucun contrôle de la part du Parlement »[3292]. Par suite, le pouvoir d'accuser les membres du pouvoir exécutif et de statuer sur leur culpabilité sous la maîtrise du pouvoir législatif repose, selon eux, en dernier ressort sur l'adoption informelle par le régime républicain de la IIIème République du principe de la souveraineté nationale. Comme le souligne Delaurier, les pouvoirs étatiques sous la IIIème République « n'ont pas la même somme d'autorité. Le Parlement est souverain ; c'est lui qui nomme

3290 Pour Batbie, « à un accusé de ce rang et de cette puissance, il faut des accusateurs et des juges qui, par leur élévation et leur indépendance, offrent des garanties particulières de fermeté » (A. Batbie, Traité théorique…, t. III, 2e éd., op.cit., p.78). De même, Esmein souligne que l'« on peut craindre que les juges ordinaires se montrent timides, irrésolus et impuissants » (A. Esmein, Éléments de droit constitutionnel, t.II, op.cit., 1927, p.520). Enfin dans la même optique, Hauriou note que « la Haute-Cour de justice, sous une forme ou sous une autre, a toujours existé dans les gouvernements libres, et actuellement elle fait partie du droit commun constitutionnel. Elle répond à un besoin en ce sens qu'*une juridiction politique est seule assez puissante pour se dresser contre des factions politique*s » (M. Hauriou, Précis…, 2e éd., op.cit., p.535).

3291 Comme le note Robert Charvin, « la IIIème République a réalisé une identification profonde entre le pouvoir législatif et la justice politique assurant l'indépendance de cette dernière à l'égard du pouvoir exécutif » (R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.270).

3292 F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.66. Cependant, cette prédominance du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif grâce à ce dispositif juridique ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine publiciste. Logiquement, pour Carré de Malberg, fervent défenseur de la primauté du pouvoir législatif, « toutes les facultés qui se trouvent ainsi assurées aux Chambres touchant la formation du ministère, la direction de l'activité exécutive, la révocation des ministres ou le renversement du Président lui-même, ne sont pas seulement des pouvoirs de fait, mais de véritables pouvoirs juridiques : tout cela n'est pas simplement de la pratique, plus ou moins conforme aux principes constitutionnels ; mais, c'est bien du droit parlementaire ; car, tout cela résulte naturellement du jeu des institutions consacrées par la Constitution. Comme le dit fort justement M. Esmein, c'est le gouvernement parlementaire lui-même qui fournit aux assemblées les moyens d'action irrésistibles qui leur permettent de faire prévaloir, sous toutes ces formes si variées, leur volonté supérieure » (R. Carré de Malberg, Contribution…, op.cit., p.103-104). Il ajoute que « selon le système actuel du droit public français, (…) toute l'action exécutive dépend, en définitive, de la volonté maîtresse du Parlement ; rien ne se fait, dans l'ordre exécutif, que sous l'empire de cette volonté. Si les Chambres ne sont pas l'Exécutif, du moins elles le dominent pleinement » (*ibid*., p.105-106-107) car si « dans le régime parlementaire, le Parlement et l'Exécutif constituent deux pouvoirs distincts et sont appelés, chacun pour sa part, à représenter la nation, (…) le dualisme nominal qui ressort de la lettre des textes de 1875, n'a qu'une valeur apparente et (…) en réalité, il ne subsiste plus actuellement, en vertu de la Constitution de 1875 elle-même, qu'un seul organe doué d'une véritable puissance de « représentation », le Parlement » (*ibid*., p.403). A l'inverse, cette suprématie législative est critiquée par certains membres de la doctrine favorables à l'autorité de l'exécutif. Pour Maurice Hauriou, « le Président de la République, d'après la Constitution de 1875, dépend du Parlement de deux façons : il dépend par sa nomination de l'Assemblée Nationale, qui n'est que l'une des figures du Parlement ; il dépend par sa responsabilité politique criminelle de la Haute Cour, qui n'est encore qu'une figure du Parlement. Cette dépendance du chef du pouvoir exécutif vis-à-vis du Parlement est véritablement trop étroite » (M. Hauriou, Précis..., 2ème éd., op.cit., p.415). Il s'agissait donc de rechercher un compromis dans la construction du statut du chef de l'État : « Il fallait, d'un côté, rendre la dépendance du Chef de l'État plus étroite vis-à-vis de la nation, et de l'autre, lui laisser une large indépendance, nécessaire, inévitable, dans la sphère de ses attributions. Tel est le difficile problème à la solution duquel se soit attachés pendant plus d'un siècle les législateurs et les publicistes » (L. Leneru, La responsabilité du Président de la République, op.cit., p.3).

le président (…) »[3293]. En tant que pouvoir constitué, le chef de l'État doit rendre des compte devant la Nation dont les chambres sont l'incarnation principale. Comme l'explique Leneru, « ce principe de responsabilité est (...) conforme à l'idée de souveraineté nationale à l'égard de tous les représentants, si hautes que soient leurs attributions ; on peut même dire qu'il croît en gravité avec l'importance des fonctions dont il est revêtu le représentant. La manifestation la plus haute réside donc dans le Chef de l'État. Toutes les fois que le Chef de l'État est considéré, par la Constitution, comme un représentant de la nation, la conséquence logique qui paraît s'imposer est la responsabilité à l'égard de cette nation, de laquelle il tient ses pouvoirs »[3294]. La responsabilité pénale du chef de l'État pour haute trahison devant les chambres est ainsi reconnue par la science du droit public de la IIIème République comme une conséquence logique du principe de la souveraineté nationale[3295].

662. Mais cette unanimité de la doctrine publiciste classique n'est que partielle. En raison du silence des lois constitutionnelles de 1875, les opinions doctrinales sont divisées sur le point de savoir si le Sénat reste compétent pour les actes dont le chef de l'État se rend coupable en qualité de simple citoyen. Les propositions doctrinales vis-à-vis de ce problème sont, une nouvelle fois, la manifestation de l'existence de deux courants bien distincts aux visions opposées du droit constitutionnel. Elles se partagent classiquement entre un courant constitutionnaliste protecteur des organes étatiques et de leur autorité et un courant pénaliste guidé par une idéologie du droit commun consubstantielle au concept d'État de droit.

663. Le premier courant défend une conception *extensive* du privilège de juridiction du chef de l'État. Autrement dit, elle soutient que la haute assemblée est investie d'une façon générale, quelle que soit la nature de l'infraction commise, du droit de juger le chef de l'État. Pour soutenir ce système, elle se fonde sur un argument textuel en mettant en parallèle les deux alinéas qui composent l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. Alors que le deuxième alinéa distingue très clairement entre les crimes et les délits pouvant être commis par les ministres dans et hors l'exercice de leurs fonctions en précisant que la compétence du Sénat est expressément limitée aux crimes compris dans la première catégorie, le premier alinéa de la même disposition qui se réfère à la responsabilité pénale du président de la République est silencieuse sur une telle distinction. En d'autres termes, le chef de l'État reste redevable devant le Sénat, de manière générale et absolue, pour tous ses délits, même des simples contraventions que le président peut encourir[3296].

3293 A. Delaurier, De la responsabilité…, op.cit., p.46. Toutefois, Delaurier nuance cette primauté du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif étant donné que « grâce à la dualité des chambres, le chef de l'État n'étant pas la créature d'aucune d'elles, sera supérieur aux deux chambres, prises chacune en particulier » (*ibid*.).

3294 L. Leneru, La responsabilité du Président de la République, op.cit., p.3.

3295 De manière caractéristique, Leneru considère que « contre les abus possibles, probables même, du pouvoir, contre ses erreurs, la nation est en droit d'instituer des garanties plus fortes que celles qu'elle établissait à l'égard des autres. La responsabilité du Chef de l'État devait donc être la première et la plus grande de ses préoccupations » (*ibid*., p.3).

3296 Par exemple, Esmein souligne que « dans notre droit public, le Président de la République reste soumis, comme

Néanmoins, Esmein précise que cette solution n'est valable qu'en matière pénale et n'est pas applicable en matière civile[3297]. En outre, certains auteurs vont plus loin encore dans l'interprétation de cet alinéa. Ils prétendent que le Président de la République échappe à toute poursuite lorsqu'il a commis une simple infraction au droit commun, sa responsabilité n'existant que dans le cas de haute trahison. Ils s'appuient pour cela à nouveau sur la lettre du même article qui dispose qu'il « ne peut être jugé que par le Sénat ». L'étendue que ses partisans donnent à cette disposition est donc extrême[3298]. Cette lecture institutionnelle qui confère au Président de la République un privilège de juridiction exclusif pour tous les actes commis par lui - voire même exclut toute responsabilité présidentielle - est l'expression d'une philosophie particulière du droit constitutionnel. Elle prône un droit constitutionnel « étatiste » fondé sur la nécessaire protection des organes de l'État. Comme le souligne de manière symptomatique Garraud, « l'indépendance du pouvoir exécutif, dans ses rapports avec les autorités judiciaires, serait détruite, l'action du gouvernement se trouverait suspendue, si le chef de l'État devait être poursuivi et jugé, pour les délits politiques et communs qu'on lui reprocherait, comme tout autre citoyen »[3299]. Il s'agit ainsi de sauvegarder la continuité de l'État et de se prémunir de toute déstabilisation de ses acteurs[3300].

toute autre citoyen, à l'empire des lois civiles ou pénales. (…) Si, par suite, il commettait un acte quelconque tombant sous le coup d'une disposition de la loi pénale, il pourrait être poursuivi et frappé de la peine légale comme tout autre personne. La seule différence, c'est que, d'après les termes formels de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, article 12, il ne peut jamais être mis en accusation que par la Chambre des députés, et il ne peut jamais être jugé que par le Sénat » (A. Esmein, Éléments..., 6ème éd., op.cit., p.786). De même, pour Duguit, « la responsabilité du Président de la République pour infraction de droit commun reste (…) entière » mais il soutient que « même pour les infractions de droit commun, il ne peut être mis en accusation que par la chambre et ne peut être jugé que par le sénat » (L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t.IV, op.cit., p.476). C'est également l'opinion de Batbie pour qui « le président n'étant pas inviolable, pourrait être poursuivi pour crime de droit commun (…). Le Président ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés, et jugé par le Sénat » (A. Batbie, Traité théorique…, t. III, 2ème éd., op.cit., p.78). En outre, les thèses de Perrin, de Leneru et de Chastel rentrent dans cette catégorie. Pour le premier, « (…) le Sénat actuel est investi, à l'égard du chef de l'État, d'une compétence *ratione personae* (…). Mais il y a là simplement une attribution spéciale de juridiction : hors les cas formellement prévus par la Constitution, les lois communes restent applicables au chef de l'État devant la juridiction de la Haute Cour » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.228). Pour le second, « il est certain que le crime, le délit ou la contravention commis par le Chef de l'État en dehors de ses fonctions n'intéresse pas la conduite générale des affaires du pays, c'est alors le citoyen et non le Président de la République qui doit tomber sous le coup de la loi pénale » devant le Sénat constitué en haute cour (L. Leneru, La responsabilité…, op.cit., p.44). Cependant, il souligne la difficulté sérieuse que soulève une telle distinction entre les crimes commis dans les fonctions et celui hors les fonctions et propose une solution (cf. *ibid*., p.45-48). Pour le dernier, « on admet généralement que le Sénat doit connaître de toutes les infractions sans qu'il y ait lieu de rechercher si elles sont imputables à l'homme public ou à l'homme privé » (A. Chastel, De la Haute Cour de justice..., op.cit., p.28).

3297 Comme le note Esmein, « il faut admettre (…) qu'en matière civile le Président de la République pourrait être cité devant les tribunaux ordinaires, comme tout autre citoyen » (A. Esmein, Éléments..., 6ème éd., op.cit., p.786, note 3).

3298 Curieusement, cette position extrême est même défendue par le professeur de droit criminel à la faculté de droit de Lyon, Garraud, puisqu'il estime que « le président de la République, responsable seulement en cas de *haute trahison*, ne peut être *mis en accusation* que par la Chambre des députés et *jugé* que par le Sénat » (R. Garraud, Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux Codes, 2ème éd., Paris : L. Larose, 1885, p.137).

3299 *Ibid*. Dans le même sens, Leneru estime que « le Chef de l'État occupe la plus haute situation qu'un citoyen puisse ambitionner. (…) Il faut, de toute nécessité, que le Chef de l'État soit soumis à une juridiction exceptionnelle. Ainsi l'exige d'abord l'intérêt de l'État ; l'auteur de l'infraction est encore debout, en pleine puissance. (…) Ne convient-il pas de donner au premier magistrat du pays, au représentant de la Nation aux yeux de l'étranger, des garanties particulières que peuvent seules fournir une juridiction exceptionnelle et une procédure spéciale ? » (L. Leneru, La responsabilité…, op.cit., p.48).

3300 Comme l'affirme Esmein favorable à la thèse constitutionnaliste, « la poursuite ne peut émaner que d'une Chambre et le jugement que de l'autre, parce que, à l'égard du premier magistrat de la République, toute poursuite à des fins pénales prendrait nécessairement le caractère d'un acte politique » (A. Esmein, Éléments..., 6ème éd., op.cit., p.786). Leneru partage cet avis : ce privilège est fait dans l'intérêt du Chef de l'État puisque, dans le cas contraire, celui-ci peut

664. Face à cette lecture *large* du privilège de juridiction dont bénéficie le chef de l'État dans les lois constitutionnelles de 1875, quelques juristes publicistes s'y opposent et forment le courant pénaliste. Elle fait valoir que la position constitutionnaliste donne « un développement absolument exagéré »[3301] à ce privilège présidentiel. À leurs yeux, les conséquences qui résultent de l'application de ce système justifient à elles seules à écarter cette interprétation extensive. En ce sens, le Sénat qui demeure principalement une chambre législative n'a pas à s'occuper des litiges mineurs que pourrait causer l'action du chef de l'État en sa qualité de citoyen. Delaurier est strict sur ce point : « il n'est vraiment pas possible d'admettre que le sénat puisse interrompre le cours de ses travaux législatifs et se constituer en Haute-Cour de justice pour occuper la solennité de ses audiences à des détails si peu dignes d'intérêt »[3302]. Sur un ton volontairement polémique, il illustre son idée en reprenant une formule romaine bien connue en la modifiant légèrement selon laquelle « *De minimis non curat...Sentaus* »[3303]. Ce courant prône, au contraire, une conception stricte du privilège de juridiction du chef de l'État puisque « la loi de 1875 est une loi politique qui s'applique seulement lorsque le chef de l'État encourt la responsabilité pénale pour un fait de haute trahison »[3304]. Hormis ce cas, ses défenseurs estiment qu'il est assujetti aux juridictions de droit commun comme tout citoyen lambda : « En dehors de l'éventualité de la haute trahison, le président de la République, si haut placé qu'il soit, est considéré comme un citoyen ordinaire, et, comme tel, soumis à toutes les lois en vigueur sur la surface du territoire française »[3305]. Toutefois, sans lui reconnaître un régime dérogatoire, ils admettent qu'une juridiction de droit commun est spécialement compétente pour le juger : « Disons (...) que la loi du 20 avril 1810, qui rend certains fonctionnaires, d'un ordre très élevé, justiciables de la Cour d'appel au lieu des tribunaux ordinaires, ne nous paraît pas étrangère au cas du président »[3306]. Certains auteurs, comme Duguit, poussent à l'extrême cette thèse puisqu'ils plaident en faveur de la suppression totale du privilège de juridiction particulier du Président pour n'importe quel de ses actes. Le fervent défenseur de l'État de droit déclare en effet que « dans un pays qui se pique de pratiquer l'égalité démocratique, un pareil privilège ne devraient point exister »[3307]. Il va même plus loin dans sa critique. En raison de sa composition et de sa partialité[3308], il juge que « l'institution du sénat haute cour de justice constitue

être « en butte à la calomnie, à l'envie ou à la rancune d'adversaires politiques peu scrupuleux » (L. Leneru, La responsabilité…, op.cit., p.48).

3301 A. Delaurier, De la responsabilité…, op.cit., p.75.

3302 *Ibid*., p.76.

3303 *Ibid*.

3304 *Ibid*., p.77.

3305 *Ibid*.

3306 *Ibid*.

3307 L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t.IV, op.cit., p.476.

3308 « Que pour juger certains crimes et certaines personnes (…), l'on attribue compétence à une assemblée politique, on viole le principe de l'égalité de tous devant la loi, on crée une juridiction extraordinaire avec l'arrière-pensée qu'elle sera moins impartiale que les tribunaux de droit commun. Cela condamne le système. Cette pensée, on l'a surtout quand on confie le jugement des infractions politiques et des hommes politiques à une assemblée politique, à une assemblée qui en fait, le plus souvent, est composée d'adversaires politiques de ceux qu'elle doit juger et qui par conséquent est dans l'impossibilité absolue de juger impartialement les accusés traduits devant elle » (*ibid*., p.474). Cependant, cette idée d'une prétendue confusion entre la justice et la politique est contestée par Maurice Hauriou. Il observe que « la singulière tendance qui a sévi dans la doctrine du droit public, depuis déjà pas mal d'années, et qui a consisté à faire

une tache dans notre constitution républicaine »[3309]. Il est donc clair que le courant légaliste privilégie un droit constitutionnel libéral basé sur la défense inconditionnelle de l'État de droit qui prône, selon une lecture excessive, une égalité stricte devant la loi entre les gouvernants et les gouvernés. Le privilège de juridiction présidentiel n'est donc pas conçu comme un dispositif de droit constitutionnel mais bien plutôt comme une exception au droit commun. Un tel raisonnement pénaliste déconnecte le droit constitutionnel de la théorie de l'État et soutient un égal assujettissement au droit et à la justice des dirigeants et des dirigés[3310].

665. Il apparaît donc que la doctrine publiciste classique, dans sa grande majorité, construit la responsabilité du Président de la République devant les chambres comme la conséquence du principe de la souveraineté nationale au fondement des institutions républicaines de la IIIème République. Néanmoins il a pu être observé qu'en raison de l'imprécision des lois constitutionnelles de 1875, il perdure encore beaucoup de dissensus entre les auteurs sur sa nature et sur la façon de l'organiser. Mais la plupart, reliée au courant constitutionnaliste, sont favorables à un statut intermédiaire qui consiste à reconnaître au chef de l'État un privilège de juridiction pour ses actes qualifiés de haute trahison par la chambre haute tout en restant responsable devant la même chambre de ceux qualifiés de délits ou de crimes de droit commun, même en cours d'exercice de son mandat. La doctrine publiciste classique ne lui reconnaît ainsi aucune inviolabilité au sens moderne du terme. Ces nombreux désaccords opposant la doctrine, qui se trouve pourtant en face des mêmes dispositions constitutionnelles, s'expliquent par les représentations hétérogènes du droit constitutionnel défendues par les différents auteurs. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, une même division règne au sujet des modalités de la responsabilité des ministres et de leur privilège de juridiction.

passer la notion de fonction avant celle de pouvoir, a conduit bien des esprits à se scandaliser de l'existence de la Haute-cour de justice parlementaire. Il n'y a, dit-on, qu'une seule fonction de juger, et comme les pouvoirs sont subordonnés aux fonctions, il ne doit y avoir qu'un seul pouvoir qui juge ; toute juridiction qui dépend d'un autre pouvoir que le pouvoir judiciaire constitue une infraction au principe de la séparation des pouvoirs ; le Parlement ne devrait pas avoir d'attributions juridictionnelles, pas plus que le pouvoir exécutif » (M. Hauriou, Précis..., 2ème éd., op.cit., p.535). Or, pour le publiciste toulousain, cette logique est fausse au regard de sa conception de la séparation des pouvoirs basée sur la distinction entre le pouvoir et la fonction : « Ce raisonnement aprioristique ne tient pas devant les faits ; l'expérience démontre que les pouvoirs sont au-dessus des fonctions, que chacun des pouvoirs publics collectionne les fonctions les plus variées, que, notamment, en ce qui concerne la fonction juridictionnelle, le pouvoir exécutif y participe par la juridiction administrative, le pouvoir de suffrage par celle du jury criminel et le pouvoir délibérant par celle de la Haute-Cour de justice. Il n'y a, dans cette participation à une même fonction, rien de contraire à la séparation des pouvoirs, au contraire, le véritable principe est que les pouvoirs publics, *séparés en tant qu'opérations de la volonté*, participent aux mêmes fonctions dans une large mesure » (*ibid*.).

3309 L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t.IV, op.cit., p.476.

3310 Les partisans du courant constitutionnaliste contrent cet argument en rétorquant que « l'égalité devant la justice n'empêche pas que la loi détermine à l'avance, pour certains crimes ou délits, des tribunaux particuliers, s'il y a des motifs suffisants et que la liberté de la défense y soit pleinement assurée » (A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.736). Leneru ajoute que « choisir (…) à un degré plus élevé de la hiérarchie des juges, ce n'est pas violer l'égalité, ce n'est que rehausser la majesté et l'autorité du tribunal » (L. Leneru, La responsabilité…, op.cit., p.52). Or, dans le cas du chef de l'État, « le crime présidentiel, par son origine, revêt une gravité exceptionnelle. Il n'attaque pas seulement la morale, la sûreté ou la liberté individuelle, il met en péril le corps social tout entier, par cela même que son auteur tient dans ses mains le pouvoir. Il ne peut être assimilé à aucun autre crime. De là la triple nécessité pour le prévenu que les juges soient d'ordre supérieur ; pour la société que le coupable ne puisse échapper au châtiment par l'intrigue et le crédit ; pour le pays enfin pour que l'exemple soit solennel » (*ibid*.).

§2. Le privilège de juridiction des ministres : une problématique hautement polémique durant la IIIème République

666. Plus ancienne que la responsabilité politique, la responsabilité pénale des ministres est prévue à l'article 12 alinéa 2 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports entre les pouvoirs publics. Il dispose que : « Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat ». À cet égard, la plupart des membres de la doctrine publiciste du régime de 1875 approuvent l'institution même de cette responsabilité ministérielle devant les Chambres compte tenu du contexte politico-constitutionnel caractérisé par la prédominance des assemblées législatives à partir de mai 1877.

667. Mais si le thème de la justice politique retient l'attention de la doctrine publiciste[3311], il est surtout vecteur de divisions en son sein, notamment du point de vue de son organisation. En effet, à la lecture de l'article 12, ce texte imprécis fait naître plusieurs problèmes importants qui sont, en réalité, continuels tout au long de notre histoire constitutionnelle et sur lesquels se penchent attentivement les juristes publicistes de la IIIème République. Il s'agit de la détermination de son champ d'application matériel en l'absence de définition positive de la notion de « crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions », ainsi que de l'étendue de la compétence de la Chambre des députés en cas de mise en accusation et de celle du Sénat constitué en tribunal exceptionnel. Leur travail scientifique est alors essentiellement dogmatique. À cet égard, il apparaît que chaque proposition d'analyse des juristes publicistes du début du XXème siècle par rapport à ces thèmes s'inscrit dans une manière spécifique d'appréhender le droit constitutionnel, orientée vers une approche plus ou moins pénaliste (**A**).

668. En outre, c'est principalement l'actualité politique de la IIIème République qui va remettre au centre des interrogations de la science classique du droit public la question du privilège de juridiction des ministres en matière pénale. En l'espèce, les rédacteurs de l'article 12 alinéa 2 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 n'ont pas défini rigoureusement la procédure pénale à suivre et ils ont renvoyé le soin à une loi de la compléter en ce qui concerne l'accusation, l'instruction et le jugement. Mais l'adoption dans l'urgence de deux lois postérieures, les lois du 10 avril 1889 et du 5 janvier 1918, sont loin de régler les lacunes substantielles de l'article 12 précité en raison de leur

3311 En témoigne la profusion de thèses en droit public français sur cet objet : A.-E. Lair, Des Hautes Cours politiques en France et à l'étranger…, op.cit. ; A. Chastel, De la Haute Cour de justice suivant la législation et la Constitution française actuelles, thèse de doctorat, Paris, A. Rousseau, 1909, 204 p. ; J. Chastenet, Du Sénat constitué en Cour de justice, thèse de doctorat, Paris, A. Rousseau, 1918, 171 p.

incomplétude respective[3312]. En témoigne le procès de l'ancien ministre de l'Intérieur Jean-Louis Malvy jugé en 1918, au terme duquel le Sénat statuant comme juridiction d'exception, s'attribue de lui-même un pouvoir souverain quant à la qualification juridique des faits et à la détermination de la peine. La décision rendue, qui constitue « l'une des affaires les plus célèbres de l'histoire des hautes Cours de justice française françaises »[3313], fait naître une intense querelle au sein de la doctrine publiciste classique. Celle-ci s'oppose sur l'étendue des pouvoirs du Sénat. Chaque position est au centre d'intérêts théoriques qui en façonnent la compréhension et qui voit renaître classiquement une dualité au sein de la science publiciste entre un courant constitutionnel en faveur de la liberté du Sénat réuni en haute cour et un courant pénaliste qui conçoit cette dernière comme une juridiction ordinaire soumis, par suite, au droit commun. La pratique mettra à l'épreuve chacun de ces deux courants (**B**).

A. Le souci de clarification de la procédure pénale lacunaire persistante en matière de responsabilité pénale des ministres

669. Comme le note Saint-Girons, en matière de responsabilité pénale des ministres, « tout est discuté et discutable »[3314]. En raison des nombreuses imprécisions liées à la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, la doctrine publiciste de la IIIème République est amenée à expliciter et à détailler son sens[3315]. Tout d'abord, la première question traditionnelle, analogue à celle qui a été examinée par rapport à la responsabilité du Président de la République en cas de haute trahison, consiste à rechercher la signification du fait générateur de la responsabilité ministérielle, c'est-à-dire la notion de « crime commis dans l'exercice des fonctions ». Cette indétermination textuelle entraîne une incertitude sur l'étendue de la compétence respective des chambres et des juridictions de droit commun (**1**). Outre cette carence, l'article 12 ne se prononce pas sur l'étendue des pouvoirs des députés en matière de mise en accusation des ministres et du Président de la République, ni sur leur compétence exclusive pour les mettre en accusation (**2**).

3312 Suite à l'échec de la proposition de loi présentée par Pascal Duprat en janvier 1878 relative à la responsabilité pénale des ministres, il sera adoptée dans le contexte de l'affaire Boulanger la loi du 10 avril 1889. Mais, faite dans l'urgence, elle ne concerne pas les poursuites pénales exercées contre les membres de l'exécutif et se cantonne à déterminer la procédure à suivre en cas d'attentat commis contre la sûreté de l'État. La seconde loi, adoptée le 5 janvier 1918 est elle aussi votée dans l'urgence de l'affaire Malvy. Si celle-ci porte sur la procédure à suivre en cas de poursuites pénales dirigées contre un ministre, elle se révèle « imprécise et incomplète » (N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.478) dans la mesure où « elle évince peu ou prou les phases d'accusation et d'instruction » (*ibid*., p.475). Pour plus de précisions sur ces différentes lois : cf. *ibid*., p.475-479.

3313 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.465.

3314 A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, 2ème éd., op.cit., p.505.

3315 Comme le note J. Barthélemy, « cette loi est (…) une manifestation nouvelle de cette funeste méthode de travail législatif (…) : légiférer pour parer à un besoin immédiat, dans la mesure exacte définie par ce besoin, sous la pression et, dans une large mesure, sous l'impression des circonstances. Ainsi s'accumulent sur les « Tables de la Loi » des textes parcellaires, fragmentaires, incomplets, imparfaits. Il y a beaucoup à faire, dans le domaine des institutions et dans celui des mœurs, pour améliorer la méthode, la saine productivité et la qualité du travail législatif » (J. Barthélemy, La mise en accusation du Président de la République et des ministres, RDP, 1918, 2e art., p.636).

Enfin, la même disposition constitutionnelle laisse en suspens la question de savoir si le Sénat constitué en Cour de justice dispose d'une compétence exclusive pour juger des crimes ministériels commis dans l'exercice de leurs fonctions ou si les tribunaux ordinaires demeurent compétents et la procédure ordinaire reste admissible, le ministre pouvant être poursuivi par le ministère public et déféré devant les juridictions pénales (**3**). Sur chacune de ses interrogations, il est possible d'observer que les publicistes de la IIIème République apparaissent divisés. Si les tenants de la thèse constitutionnaliste s'avèrent relativement majoritaires parmi les auteurs, il est significatif de noter qu'il existe et surtout persiste, de manière traditionnelle, des opinions dissidentes incarnées par les tenants de la thèse pénaliste. L'appartenance à l'une ou l'autre de ces thèses est solidaire des postulats théoriques de chaque juriste publiciste.

1. La dispute des publicistes classiques quant à la définition de la notion de « crimes commis dans l'exercice des fonctions » : la prégnance des thèses pénaliste et constitutionnaliste

670. À l'image du concept de « haute trahison » dans le cadre de la responsabilité présidentielle, aucun texte ne définit la notion de « crimes » susceptible d'engager la responsabilité des ministres devant le Sénat constitué en Cour de justice. Ce faisant, les réponses de la doctrine par rapport à ce problème répétitif au regard de notre histoire constitutionnelle sont une nouvelle manifestation des tensions qui règnent au sein de la science publiciste de la IIIème République. Avec des nuances plus ou moins grandes, deux écoles traditionnelles s'affrontent, chacune étant porteuse d'une vision plus ou moins politique du droit constitutionnel.

671. La première, l'école *pénaliste*, défend une lecture stricte de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1870. Pour elle, cet article ne viserait que l'ensemble des crimes mais également les délits prévus par le Code pénal[3316]. Plus généralement, il désignerait uniquement toutes les « infractions prévues et punies par le Code pénal ou par des lois pénales spéciales »[3317]. Il

3316 Cependant, cette interprétation ne fait pas l'unanimité au sein des partisans de l'école pénaliste. Duguit a une lecture littérale du terme de « crime » ministériel. Il opère en ce sens une distinction claire entre les délits et les crimes commis dans l'exercice des fonctions : « Quant aux infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, il faut distinguer. S'il s'agit d'un simple délit, les ministres sont exclusivement justiciables des tribunaux de droit commun, sauf, bien entendu, l'application de la règle de l'inviolabilité parlementaire s'ils sont membres du parlement » puis il invoque « les crimes commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions » (L. Duguit, Manuel…, 4ème éd., op.cit., p.487).

3317 A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.839. A cet égard, Jean Clos ne regrette pas l'absence de loi spéciale adoptée par les Chambres quant à la responsabilité ministérielle. Le Code pénal est, à ses yeux, complet, une loi spécifique serait inutile car tous les faits fautifs en dehors du Code pénal sont « trop peu importants pour qu'on les frappe d'une peine et ne devant donner lieu qu'à un blâme du Parlement, et parfois à des actions civiles » (J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.136). C'est pourquoi pour Jean Clos, « le Code pénal pur et simple constitue la meilleure des lois sur la responsabilité ministérielle » (*ibid*., p.136). Cet avis est partagé par Adolphe-Emile Lair puisque, selon ce dernier, la loi spéciale ne doit que déterminer le mode de procéder pour l'accusation, l'instruction et le jugement mais

en résulte que le ministre ne pourrait être accusé et condamné que si les faits qui lui sont reprochés rentrent dans une incrimination contenue dans une loi[3318]. Cette interprétation de l'école pénaliste découle du principe de droit criminel et constitutionnel de la légalité des délits et des peines[3319]. Ses partisans défendent le bien-fondé de leur position en prenant appui sur la tradition constitutionnelle française puisque plusieurs de nos Constitutions ont régi la responsabilité pénale des ministres sous l'égide du Code pénal[3320]. Parallèlement, ils réfutent le système du pouvoir discrétionnaire laissé au Sénat pour qualifier l'acte reproché au ministre et pour déterminer la peine. Pour cela, ils avancent deux arguments principaux. *Premièrement*, une telle organisation est une double atteinte à notre droit public, plus précisément à deux piliers du constitutionnalisme moderne. D'une part, la liberté du Sénat viole un droit qui est considéré comme le plus sacré et le plus absolu des individus, c'est-à-dire le droit de n'être puni que dans les cas définis et prévus par les lois. Il s'agit de « la première règle que dicte l'idée de justice au droit criminel dès qu'il sort de la barbarie »[3321], il est « un axiome, qui ne souffre pas discussion »[3322]. Les adeptes de l'école pénaliste soulignent que ce droit

« elle doit rester étrangère au principe même, comme à l'étendue de la responsabilité » (A.-E. Lair, Des Hautes Cours politiques en France…, op.cit., p.298). Il ajoute que « la Constitution de 1875, n'ayant ni spécifié les cas où les ministres peuvent être poursuivis, ni déterminé les peines qui doivent leur être appliquées, il faut, ce semble, en conclure qu'elle a voulu laisser ces deux points sous l'empire du droit commun » (*ibid.*).

3318 Anselme Batbie, figure administrativiste de la faculté de droit de Paris, constate l'absence de loi spécifique régissant la responsabilité ministérielle sous la IIIème République : « quant à la responsabilité judiciaire [des ministres], il n'existe pas de loi spéciale qui la détermine. Cette loi, souvent annoncée, n'a jamais été faite et il n'existe contre les ministres que les dispositions pénales de droit commun ou les actions en dommages-intérêts fondées sur les règles du Code civil (art.1382) » (A. Batbie, Traité théorique et pratique…, 2ème éd., t.III, op.cit., p.72). Pour combler cette lacune, il préconise d'appliquer le droit commun, et spécialement le droit pénal : « cette loi n'ayant pas été faite, faut-il en conclure que l'article 12 n'est pas applicable ou, au contraire, que le Sénat pourrait créer la procédure et la peine ? Nous n'admettons ni l'une ni l'autre de ces deux conclusions. En attendant que la loi spéciale soit faite, la Chambre des députés et le Sénat suivront, autant que possible, le Code d'instruction criminelle et le Code pénal. Le Sénat devra notamment s'inspirer de l'article 4 du sénatus-consulte du 4 juin 1858, d'après lequel « les peines devaient être prononcées *conformément à la loi* » et de l'article 12 du sénatus-consulte du 10 juillet 1852, d'après lequel la Haute Cour procède, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle » (*ibid.*, p.79-80). Il rejette profondément les précédents de la Cour des Pairs : « nous pensons que le Sénat actuel ne devrait pas s'arroger ce droit. (…) C'est d'après la loi que le Sénat doit juger, et après avoir ramené la Haute-Cour, autant que possible, au droit commun, il ne faut pas reculer par un retour à l'ancienne pratique » (*ibid.*, p.82). Dans le même sens, Léon Duguit défend une lecture pénale du terme de « crime » ministériel dans la mesure où il appréhende le Sénat constitué en cour de justice comme une juridiction. De cette nature il en fait découler deux conséquences principales. D'une part, « le sénat haute cour de justice, n'ayant que les pouvoirs d'une juridiction, ne peut condamner un accusé que pour un fait prévu et défini par la loi pénale, et en lui donnant la qualification même de la loi » (L. Duguit, Manuel…, p.490). D'autre part, « il ne peut condamner les accusés qu'à des peines prévues par la loi pénale définissant le crime pour lequel il condamne et dans les limites du maximum et du minimum fixées par la loi pénale. Il peut d'ailleurs toujours faire application de l'article 463 du code pénal sur les circonstances atténuantes, qui s'applique en matière criminelle sans qu'il soit nécessaire qu'un texte spécial le déclare applicable » (*ibid.*, p.491). En faveur de l'école pénaliste : F. Moreau, Précis élémentaire de droit constitutionnel, 7ème éd., op.cit., 1911, p.376 ; J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.132 et p.155 ; A. Chastel, De la Haute Cour de justice…, op.cit., p.18.

3319 Comme le souligne Léon Duguit, le dispositif de l'arrêt du Sénat constitué en tribunal « doit reproduire, comme celui de toute sentence juridictionnelle de condamnation, le texte des articles de lois en vertu desquels est prononcée la condamnation. C'est l'application du principe formulé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et à l'article 4 du code pénal » (L. Duguit, Manuel…, 4ème éd., op.cit., p.490).

3320 Sous l'empire de la Constitution du 3-14 septembre 1791, article 31 de la loi du 27 avril-25 mai 1791 ; sous l'empire de la Constitution de l'an III, article 11 de la loi du 10 vendémiaire an IV sur l'organisation du ministère ; article 130 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII ; article 100 de la Constitution de 1848. Plus précisément, pour les Constitutions qui ont adopté un système légaliste, on observe plusieurs dispositifs : certaines ont prévu exactement les cas de responsabilité ministérielle soit par le texte constitutionnel lui-même, soit par une loi spéciale soit par la loi pénale de droit commun.

3321 F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.272.

3322 *Ibid.*

est d'autant plus nécessaire lorsque les ministres sont poursuivis devant le Sénat constitué en cour de justice puisque le risque que la peine soit partisane et, par suite, arbitraire, est beaucoup plus fort[3323]. Comme le note Jean Clos, « c'est justement à des hommes que leur position même expose aux plus vives attaques de l'esprit de parti, à encourir des condamnations dictées par les passions politiques, que l'on refuse cette protection jugée indispensable pour les citoyens »[3324]. Le respect de ce droit est donc la garantie d'une bonne justice. Néanmoins, il convient de noter la confusion que revêt cet argument puisque le ministre est considéré ici comme un citoyen en cas de jugement devant le Sénat alors que celui-ci est jugé, en réalité, pour ses actes commis dans l'exercice de ses fonctions, autrement dit en tant qu'agent ministériel[3325].

672. En outre, pour les défenseurs de l'école pénaliste, le système de la liberté représente une confusion du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, réunis dans les mains de la Haute Cour[3326]. Cette situation est par conséquent, une violation, à leurs yeux, des « grands principes de 1789, les tutélaires garanties de la liberté individuelle, la séparation des pouvoirs ! »[3327]. La réunion de l'autorité judiciaire et la confection des lois sont deux pouvoirs dont la réunion entre les mêmes mains est un danger pour la liberté[3328]. La preuve en est que l'article 4 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 prévoit que la Chambre haute, siégeant en Cour de justice, doit suspendre ses attributions législatives pour l'exercice unique de ses attributions juridictionnelles, jusqu'à la fin du procès qui lui est déféré[3329]. Dans une optique exégétique, ce même article affirme d'ailleurs expressément que dans cette hypothèse précise, ses fonctions sont « *judiciaires* »[3330]. C'est pourquoi, pour éviter une telle confusion des pouvoirs, les partisans de l'école pénaliste juge primordiale une loi sur la responsabilité ministérielle.

3323 Pour Perrin, « les passions qui agitent les assemblées, les intrigues qui s'y nouent, les intérêts, les ambitions qui s'y heurtent, les adversaires, les amis ardents que compte fatalement parmi les représentants du peuple tout ministre qui a occupé le pouvoir : ce sont donc là les garanties d'une bonne justice ? Ces accusateurs, ces juges, sont suspects, par leur nature même, lorsqu'ils appliquent la loi existante, un texte formel : que peut devenir dans de telles mains l'arme si dangereuse du pouvoir discrétionnaire ? » (*ibid*., p.273). Il en conclut donc la prescription suivante : « en matière politique particulièrement, il est nécessaire de rendre le juge esclave de la loi » (*ibid*., p.286).

3324 J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.146.

3325 Cette confusion ressort clairement de l'affirmation de Jean Clos qui assimile le ministre à un simple individu : le principe de la légalité des délits et des peines est, dit-il, « reconnu par tous, évoqué à chaque instant dans la vie judiciaire des peuples, dont on refuse l'application aux ministres, qu'on écarte lorsqu'ils sont en jeu, comme s'ils n'étaient pas des citoyens, et, à ce titre, n'avaient pas droit aux garanties d'une bonne justice, comme si, en acceptant ces fonctions, ils se mettaient hors la loi ! » (J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.146).

3326 Pour Perrin, « qualifier un fait crime ou délit, en l'absence de toute prescription de la la loi, c'est bien créer une loi nouvelle, c'est faire œuvre de législateur » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.276).

3327 *Ibid*.

3328 « Reconnaître au juge le droit de retenir un acte, de le qualifier crime ou délit et de le punir en même temps, c'est la formule de la tyrannie revêtue d'une étiquette trompeuse de légalité, c'est fouler aux pieds les principes essentiels de notre droit public » (*ibid*., p.276-277).

3329 Article 4 de loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 : « Toute assemblée de l'une des deux chambres qui serait tenue hors du temps de la session commune est illicite et nulle de plein droit, sauf le cas prévu par l'article précédent et celui où le Sénat est réuni comme Cour de justice ; et, dans ce dernier cas, il ne peut exercer que des fonctions judiciaires ».

3330 E. Pierre, Traité de droit politique électoral…, 2ème éd., op.cit., 1902, p.722. En outre, cette démarche exégétique à l'égard des lois constitutionnelles de 1875, valide le système légaliste pour une deuxième raison. Comme le note Jean Clos, « les Chambres n'ont nullement un pouvoir discrétionnaire pour accuser et juger les ministres, pouvoir que la constitution leur aurait sans aucun doute attribué formellement si elle avait voulu qu'elles en fussent investies, comme l'avaient déjà fait l'article 42 de l'acte additionnel » (J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.134-135).

673. À ce sujet, et cela constitue leur dernier argument, ils estiment *réalisable* une loi réglant la responsabilité ministérielle, contrairement à l'école constitutionnaliste. Constatant l'incomplétude du Code pénal[3331], ils font valoir que la rédaction de ce texte législatif est même un devoir en raison du statut particulier des ministres[3332]. Ceux-ci sont « des fonctionnaires à part, ayant une puissance particulière, spéciale, plus forte que celle de tous les autres fonctionnaires, qui appartient aux ministres seuls, et qui peut devenir par conséquent la source de délits et de crimes que seuls les ministres peuvent commettre. Le législateur doit donc édicter des règles spéciales aux infractions ministérielles »[3333]. Pour cela, les rédacteurs de cette loi peuvent s'appuyer sur les expériences passées, françaises et étrangères, qui donnent de nombreux exemples de « crimes ministériels ». Comme le souligne Francisque Perrin, « pourquoi prétendre que les actes du pouvoir ministériel sont insaisissables par une loi pénale précise, à cause de leur variété infinie ? L'histoire répond victorieusement (…) à cette prétention »[3334]. Celle-ci met en lumière une série de faits bien précis et caractérisés que sont « la concussion, la prévarication, la malversation des deniers publics, la violation des lois existantes et de la Constitution, l'irrégularité de comptabilité, l'intervention coupable dans le pouvoir judiciaire, la négligence apportée à la conduite d'opérations militaires, etc. »[3335]. L'ensemble de ces infractions « peuvent facilement être prévues et définies par une loi pénale »[3336]. Les défenseurs de l'école pénaliste rejettent donc la « théorie du crime constructif » de Pellegrino Rossi[3337] puisque s'il existe évidemment plusieurs façons de violer la Constitution et d'attenter aux libertés publiques, les différents précédents cités ci-dessus constituent bien des « infractions spéciales, distinctes, définies, des faits coupables qui ont porté atteinte aux intérêts de la nation ou de la société »[3338]. De plus, autre preuve de sa réalisation possible, ils constatent que de nombreux projets de loi ont essayé de déterminer les cas de responsabilité du pouvoir exécutif au cours de notre histoire constitutionnelle. Et leurs échecs successifs et réitérés sont dus « plutôt aux événements eux-mêmes qu'à l'impuissance du législateur »[3339]. En définitve, « la raison et

3331 « La plupart des infractions spéciales aux fonctions du pouvoir exécutif échappent aux prescriptions des lois pénales de droit commun » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.287).

3332 Par là même, l'école pénaliste se contredit puisqu'elle considérait le ministre, au départ, comme un citoyen ordinaire devant bénéficier, à ce titre, du principe de légalité des délits et des peines.

3333 F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.281.

3334 *Ibid*. Perrin cite de nombreux exemples de faits fautifs commis par des ministres dans l'exercice de leurs fonctions tirés de la vie politique française et étrangère : cf. *ibid*., p.281-284.

3335 *Ibid*., p.284.

3336 *Ibid*.

3337 Pour rappel, selon le constitutionnaliste italien Rossi, les crimes des ministres sont *constructifs*, c'est-à-dire qu'ils résultent d'une réunion de tendances, d'actes, dont chacun pris isolément ne signifie rien, et qui nécessitent l'appréciation politique de la vie ministérielle dans son ensemble.

3338 *Ibid*., p.285. Perrin ajoute en ce sens pour ces infractions précises qu'« il n'est pas besoin de faire appel à l'acte voisin ou précédent pour construire celle-ci, pour lui reconnaître un caractère de culpabilité : la théorie du délit par référence ou par comparaison est la plus dangereuse du droit pénal, un législateur éclairé doit la bannir impitoyablement de son code » (*ibid*., p.285).

3339 *Ibid*., p.285. Selon Francisque Perrin, « nous ne croyons pas qu'au cours des discussions, souvent fort élevés de pensée et de sens juridique, qui se sont produites au sujet de quelques-uns de ces projets, l'argument d'insuffisance ait jamais été invoqué contre l'un deux. Le projet de M. Farez, en 1815, fut abandonné brusquement au moment des Cent-Jours. Celui de M. Persil, en 1835, tomba devant le mauvais vouloir de la Chambre des Pairs, désireuse sans doute de

l'expérience démontrent (…) péremptoirement qu'une loi sur la responsabilité n'est pas plus impossible en théorie qu'en pratique »[3340].

674. Opposée à cette thèse, l'école constitutionnaliste, défendue par un certain nombre de juristes publicistes, ne cantonne pas la notion de « crime » ministériel à une dimension pénale. Il prône une interprétation extensive selon laquelle le Sénat bénéficie de tous pouvoirs pour déterminer si les crimes et délits sanctionnés par la loi pénale mais aussi les simples fautes du ministre relèvent de sa compétence[3341]. Les principaux arguments invoqués en faveur de cette lecture large sont tirés de l'esprit même des lois constitutionnelles de 1875, de l'expérience et de la nécessité. Concernant le premier point, les adeptes d'une telle thèse mettent en exergue que les institutions de la IIIème République présentent des similitudes avec les Chartes de 1814 et de 1830[3342]. Ils constatent que contrairement aux régimes précédents, les lois constitutionnelles de 1875 ont abandonné le système d'une Haute Cour spéciale – adopté par les Constitutions de 1848 et de 1852 – pour remettre la mise en accusation des ministres entre les mains de la Chambre basse et leur jugement à la Chambre haute, constituée en Cour de justice sur le modèle des Chartes[3343]. Autrement dit, ils ont donné compétence plutôt à une assemblée *politique* qu'une Haute Cour de justice ayant un caractère judiciaire – composée de magistrats et de jurés – le jugement des ministres. De ce fait, Esmein en conclut que les constituants ont voulu montrer que « dans ce cas, le jugement du Sénat, bien que pouvant aboutir à une condamnation pénale, devait être avant tout un jugement politique et que les actes des ministres devaient, en toute justice, bien entendu, être jugés ici comme des actes politiques »[3344]. Cependant, cet argument constitutionnel est rejeté par l'école pénaliste. Certes le

conserver son pouvoir discrétionnaire en justice politique. Enfin, celui de M. Pascal Duprat, pris en considération en 1879 (…) doit son abandon à la disparition de son auteur » (*ibid*., p.285-286). Il juge d'ailleurs que ce dernier projet « sera certainement repris quelque jour » (*ibid*., p.286). Mais ce ne sera finalement jamais le cas. En outre, l'échec des différents projets seraient aussi dues au fait que le Code pénal était complet. Comme l'estime Jean Clos, « tous les projets de loi présentés pour régler pour régler la responsabilité des ministres étaient inutiles, puisqu'ils prévoyaient ou des faits déjà punis par le Code pénal, ou des faits qui ne méritent pas d'être punis » (J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.137).

3340 *Ibid*., p.286.

3341 Par exemple, Hauriou estime que « les ministres ne seront traduits devant la Haute-Cour que pour crime politique », sans définir exactement ce terme (M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2ème éd., op.cit., p.416). Néanmoins, Esmein rappelle que certains auteurs, comme Constant, jugent que les délits proprement dits des ministres, c'est-à-dire les infractions prévues et punies par la loi pénale, doivent être déférés uniquement aux tribunaux ordinaires et non pas au Sénat réuni en Cour de justice dont l'office est simplement les crimes politiques (et pour certains, les délits politiques) commis dans l'exercice de leurs fonctions.

3342 « Ces deux chartes avaient, comme la Constitution actuelle, confié l'accusation à la Chambre des députés, et le jugement à la Chambre haute. Comme la Constitution actuelle, la Charte de 1814 annonçait une loi sur l'accusation, l'instruction et le jugement » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.505).

3343 Même s'il ne partage pas l'idée, Francisque Perrin rappelle que les constituants auraient voulu « prendre les Chartes comme modèles et admettre leur système complet de répression à l'égard des ministres, c'est-à-dire la juridiction de la Chambre haute et le pouvoir discrétionnaire laissé au juge, en cas de besoin, pour qualifier le fait incriminé et appliquer une peine » (F. Perrin, De la responsabilité..., op.cit., p.325). Il note d'ailleurs que cette présomption serait confirmée par le rapporteur de la loi du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics, M. Dufaure, qui invitait expressément le Sénat à s'inspirer des précédents de la Cour des Pairs. V. sur ce point : *ibid*.

3344 A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.843. En outre, cette similitude entre les institutions de la IIIème République et celles des Chartes en matière de justice politique peut également justifier que les constituants de 1875 s'inspirent des précédents de ces régimes. Comme le note Batbie, « les précédents de la Chambre des pairs seraient d'une grande utilité si le Sénat avait à se réunir en Cour de justice avant la promulgation de la loi qui est annoncée par

constituant de 1875 a entendu donner à la République les garanties de la monarchie constitutionnelle, mais « le système de l'arbitraire en justice politique ne figurait nullement parmi ces garanties »[3345]. À leurs yeux, les Chartes n'ont admis un tel système que par nécessité passagère. De plus, la seconde raison de l'école constitutionnaliste s'appuie sur l'expérience constitutionnelle. A l'image de la pratique anglaise[3346], il est considéré que la loi pénale ne peut seule prévoir ni définir tous les actes coupables des ministres. Selon eux, « il est impossible de déterminer toutes les infractions que peuvent commettre les ministres, même dans une loi spéciale faite avec la plus grande attention »[3347]. Pour défendre une telle position, ils font valoir non seulement les écrits d'illustres publicistes et hommes d'État, spécialement ceux de Benjamin Constant et de Pellegrino Rossi qui ont tout deux mis en lumière l'infinité de manières pour un ministre en tant qu'agent du pouvoir exécutif de commettre des atteintes aux institutions, mais également les nombreux échecs des tentatives de définitions législatives précises et détaillées des crimes ministériels[3348]. Enfin, le système de la liberté trouve sa justification, selon l'école constitutionnaliste, dans la nécessaire protection de l'intérêt supérieur de l'État. Comme l'explique Perrin, « lorsque la sûreté et la liberté du pays ont été mises en danger par ceux-là même qui doivent veiller à leur conservation, la société ne saurait souffrir d'une omission du législateur qui assurerait l'impunité au coupable »[3349]. Pour en assurer sa protection, l'intérêt de l'État mis en danger doit donc primer sur la sécurité juridique de quelques uns. L'école pénaliste rejette profondément ce raisonnement à cause de son caractère tyrannique dans la mesure où le principe libéral de la légalité des délits et des peines ne doit connaître aucun dérogation, même face à la raison d'État[3350].

---

l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875. Sa compétence est, en effet, établie par des textes analogues aux articles correspondants de l'ancienne Charte, et la même lacune se trouve dans notre Constitution que dans les chartes de 1814 et de 1830 » (A. Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif…, 2ème éd., t.III, op.cit., p.80). Cependant, Batbie écarte ces précédents et préfère une mise en œuvre du Code pénal pour qualifier les faits fautifs des ministres et déterminer les peines applicables.

3345 F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.325.

3346 Comme le remarque Francisque Perrin, le système du pouvoir discrétionnaire « laissé au juge pour qualifier l'infraction ministérielle est adopté par la Constitution anglaise depuis plusieurs siècles. Il n'existe, en Angleterre, aucune loi définissant les cas de responsabilité pénale des ministres. Le droit public se borne à poser en règle que les ministres peuvent être l'objet d'une mise en accusation par la Chambre des communes devant la Chambre des Lords, sous forme d'*impeachment*, qui donne lieu à une procédure spéciale : mais les cas d'*impeachment* ne sont pas énumérés par les lois » (*ibid*., p.257).

3347 *Ibid*., p.268.

3348 Le professeur Saint-Girons observe que durant les Chartes constitutionnelles, « cette loi n'est pas venue. Il a fallu procéder par tâtonnements et les usages sont devenus la seule loi » car, pour lui, « cette loi est difficile à faire, peut-être parce qu'on veut qu'elle soit forte, efficace et complète et surtout claire et précise. Or, à lire tout ce qui a été écrit, à comparer tout ce qui a été pratiqué, en matière d'accusations politiques contre le Chef de l'État, les ministres et les particuliers, on voit aisément combien la question est délicate » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.505).

3349 *Ibid*., p.267.

3350 Pour Perrin, une telle argumentation est, d'un point de vue juridique, « détestable et le plus dangereux des sophismes » car « un intérêt, si grand, si respectable qu'il soit, serait-ce même celui de l'État, ne peut être mis en balance avec un droit. Or, c'est un droit sacré (…) pour tout individu, citoyen ou ministre, de se réclamer du principe absolu qui est à la base de notre droit pénal : nul ne peut être poursuivi que pour des infractions antérieurement prévues par la loi. La raison d'État ne peut être élevée à la hauteur d'un principe juridique : ce serait reconnaître l'omnipotence, la tyrannie de l'État, autorisant tous les abus, rendant légales toutes les illégalités, au nom du salut commun » (*ibid*., p.275).

675. De cet argumentaire il en découle ainsi que les ministres fautifs seront livrés à la compétence discrétionnaire de leurs accusateurs et de leurs juges. C'est pourquoi l'école pénaliste qualifie péjorativement ce système des pleins-pouvoirs de « système de l'arbitraire »[3351]. Mais pour l'école constitutionnaliste, la légitimité d'un tel dispositif – qui serait intolérable pour les citoyens - réside dans la situation spéciale des ministres. Elle rappelle alors les propos de Constant pour qui ces derniers ont « accepté volontairement, dans l'espoir de la gloire, de la puissance ou de la fortune, des fonctions vastes et compliquées, qui forment un tout indivisible et compact. Aucune de leurs actions ministérielles ne peut être pris isolément »[3352]. Pour autant, l'école constitutionnaliste ne dénie pas toute protection juridique à leur égard. L'absence de définition des crimes ministériels sera suppléée par les garanties de la procédure elle-même. Celle-ci adoucira ce mécanisme discrétionnaire par « la solennité des formes, le caractère auguste des juges et la modération des peines »[3353]. Mais ces garanties procédurales dans le procès politique ne convainquent pas l'école pénaliste qui considère qu'elles ne protègent déjà pas suffisamment ceux qui en profitent, c'est-à-dire les justiciables ordinaires. Comme l'affirme Perrin, « une procédure, même lente et compliquée comme à plaisir, constitue une barrière bien fragile à la fougue et à l'entraînement des passions déchaînées. L'expérience quotidienne de la justice de droit commun le démontre pour les simples citoyens : pourquoi ces garanties deviendraient-elles efficaces envers les ministres ? »[3354]. Celles-ci n'atténuent donc pas suffisamment la nature politique de ce jugement.

676. À l'issue de cette analyse, il s'avère que la science classique du droit public est profondément divisée sur la définition de la notion de « crime » ministériel. Mais il n'en demeure pas moins que chaque publiciste fait preuve de pédagogie puisque chacun d'eux expose les thèses des deux écoles en tout objectivité en les mettant en perspective grâce au droit comparé avant de donner sa préférence au terme d'une méthode dialectique. Le choix doctrinal en faveur de l'une ou l'autre option est dicté par les axiomes théoriques de chacun d'eux, certains étant favorable à une banalisation du droit constitutionnel, d'autres attachés à la protection de l'essence exorbitante de ce droit politique. Il apparaît, à cet égard, que les publicistes administrativistes préfèrent paradoxalement la première solution.

3351 *Ibid*., p.272. A cet égard, Perrin rappelle les propos de Rossi, considéré comme « l'un des apôtres de l'arbitraire » (*ibid*., p.273) puisque le constitutionnaliste italien a lui-même condamné son propre système dans son manuel de droit pénal en 1829 : « Le juge politique, comme tout autre, se rend coupable de forfaiture quand il procède au jugement d'un acte auquel il ne peut pas appliquer un texte de loi pénale dûment publié avant le fait qu'on lui dénonce » (cité par *ibid*., p.274).
3352 Cité par *ibid*., p.271.
3353 Propos de Benjamin Constant cité par *ibid*., p.271. Perrin rappelle que Pellegrino Rossi partage la même idée que Constant puisque le juriste italien soutient que le système discrétionnaire doit être compensé « par la lenteur de la procédure, par le soin qu'il faut mettre à éviter les entraînements politiques, par le choix d'une bonne juridiction, et enfin par la défense d'appliquer aucune peine qui soit irrémédiable, parce qu'il s'agit d'actes qui, le plus souvent, peuvent induire en erreur, où le jugement résulte d'entraînements politiques » (cité par *ibid*.).
3354 *Ibid*., p.274.

2. Le désaccord doctrinal sur l'étendue de la compétence de la Chambre des députés en cas de mise en accusation d'un ministre

L'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 comporte une seconde lacune qui est une nouvelle source de discorde au sein de la génération des continuateurs. Il prévoit qu'il appartient à la Chambre des députés de prononcer le cas échéant la mise en accusation des ministres. Deux problèmes se posent.

677. Le premier est relatif à l'office réel de la chambre basse dans son rôle de mise en accusation[3355]. La loi adoptée le 5 janvier 1918 censée préciser cette disposition constitutionnelle ne résoudra pas le problème[3356]. Comme le souligne Nathalie Havas, l'expression « mise en accusation » peut être comprise dans trois sens différents. Il peut s'agir pour les députés de jouer *soit* un rôle de simple organe de transmission et de dénonciation des ministres sans même se prononcer sur l'affaire ; *soit* celui de ministère public et « lorsqu'ils renvoient un ministre devant la Haute Cour de justice, ils affirment en même temps leur conviction que le ministre poursuivi est coupable »[3357]; soit celui d'une véritable chambre des mises en accusation en matière criminelle. A nouveau, les opinions doctrinales divergent dans la mesure où les auteurs n'ont pas pour point de départ la même conception de la nature de la responsabilité des ministres. Pour ceux qui l'appréhendent dans une perspective *politique*, la mise en jeu de la responsabilité des ministres n'a pas pour objet d'enclencher une procédure pénale. Elle reste une procédure classique de type parlementaire dont l'initiative appartient traditionnellement à la chambre basse dans un tel régime. Esmein est caractéristique de ce mode de pensée. Il affirme effectivement que « cette mise en accusation n'a point du tout pour but de mettre en mouvement et d'exercer l'action pénale dérivant du droit commun ; elle a pour but essentiel de rendre efficace, par une mesure extrême, la responsabilité ministérielle »[3358]. Par conséquent, la mise en accusation de la Chambre des députés contre un ministre n'est pas, sous cet angle, un acte de procédure pénale mais un acte politique. Il s'ensuit que la chambre basse se cantonne, dès lors, ici à une fonction de transmetteur et de dénonciateur - voire de « ministère public »[3359] - dans le sens où elle défend les intérêts de la collectivité nationale comme elle le fait naturellement dans un régime parlementaire, sans procéder

3355 Comme le note Francisque Perrin, « la plupart de nos Constitutions sont peu explicites à ce sujet » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.189).

3356 Comme le juge Hauriou, « en réalité, il a été fait deux lois organiques, celles du 10 avril 1889, complétée par la loi du 6 janvier 1920 (…) et celle du 5 janvier 1918 sur le mode de procéder dans l'hypothèse de la mise en accusation d'un ministre (à propos de l'affaire Malvy) ; ces lois rédigées hâtivement sous la pression des circonstances, ne sont pas complètes. La loi du 5 janvier 1918, notamment, ne prévoit pas, comme elle le devrait, l'organisation d'une commission chargée de l'instruction préparatoire au sein de la Chambre des députés » (M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2ème éd., op.cit. p.537).

3357 N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.470.

3358 A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.845.

3359 Comme le note Esmein, « cette accusation est soutenue devant le Sénat par des commissaires de la Chambre et non par un membre du ministère public. Cela est en quelque sorte évident, si l'on adopte l'opinion d'après laquelle l'accusation peut être intentée et la condamnation intervenir pour des faits non prévus par la loi pénale » (A. Esmein, Éléments..., 6ème éd., op.cit., p.846).

à aucune instruction de l'affaire. Sa mission est celle d'une chambre dans un régime parlementaire chargée d'engager la responsabilité des ministres. Cette situation est logique puisque, pour ces partisans, cette procédure d'engagement de la responsabilité des ministres n'est pas régie par le droit pénal et, au-delà, par la procédure pénale[3360]. Mais, pour l'école pénaliste, l'absence d'instruction de la part de la chambre des députés constitue une garantie en moins pour les ministres accusés[3361].

678. À l'inverse, les défenseurs d'une lecture *pénaliste* de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 conçoivent la Chambre des députés comme « une chambre des mises en accusation »[3362]. Ils défendent une telle position grâce à une interprétation exégétique de cet article constitutionnel. Comme le souligne Francisque Perrin, « l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875 dit en effet que les ministres peuvent être « mis en accusation » par la Chambre des députés. Les termes nous paraissent formels et ne peuvent prêter à équivoque »[3363]. Par cette formule tirée du vocabulaire du droit pénal, l'école pénaliste juge que les constituants ont donné « à la Chambre des députés le rôle de Chambre d'accusation dans la procédure ordinaire »[3364]. Il en résulte dès lors que ces auteurs attribuent à cette assemblée d'essence politique des pouvoirs équivalents à ceux d'un juge d'instruction et d'une chambre d'accusation[3365]. Elle dispose en autres du « pouvoir de faire arrêter les prévenus, de les interroger, d'instruire, etc. »[3366] et doit procéder « dans sa manière d'agir comme une Cour criminelle : en particulier, pour le vote définitif de la mise en accusation, elle droit émettre un vote séparé pour chaque chef d'accusation et pour chaque inculpé[3367]. Au final, loin d'être une procédure parlementaire, l'instruction de la chambre basse « n'est pas autre chose que l'accomplissement [d'] actes judiciaires »[3368]. De la sorte il est certain pour ces défenseurs que cette mise en accusation la fait « participer à l'instance en qualité de juridiction » d'instruction[3369]. Cette

3360 Comme le souligne Jean Clos qui appartient pourtant au courant pénaliste, « d'après les usages parlementaires, la Chambre statue sur une proposition de mise en accusation des ministres, comme sur les autres propositions qui lui sont soumises : il n'existe en cette matière aucune règle spéciale ni quant au nombre de députés qui doivent présenter la proposition, ni quant à la majorité requise pour son adoption » (J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.183).

3361 Pour Batbie, partisan de l'école pénaliste, « la Chambre des députés a le *droit d'accuser*, et ce pouvoir emporte le pouvoir d'instruire et même de faire interroger les accusés ; car, il est impossible d'admettre que même une assemblée politique puisse exercer un droit aussi redoutable sans procéder à une information » (A. Batbie, Traité…, 2ème éd., t.III, op.cit., p.81). De même, Francisque Perrin estime que si « le Sénat devient à la fois juridiction d'instruction et juridiction de jugement, [cela] diminue les garanties données à l'accusé » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.199).

3362 M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2ème éd., op.cit. p.536.

3363 F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.199.

3364 *Ibid*. Cependant, Batbie estime que l'instruction par la Chambre des députés n'est faite que « *sommairement* » car « elle a pour but d'éclairer un acte d'accusation qui n'est pas définitif. Aussi le Sénat pourra-t-il ordonner un supplément d'instruction avant de se prononcer au fond » (A. Batbie, Traité…, 2ème éd., t.III, op.cit., p.81).

3365 Comme l'affirme Jean Clos, « puisque c'est la Chambre des députés qui décide s'il y a lieu ou non de mettre les ministres en jugement, elle est bien, relativement à eux, la juridiction d'instruction, en même temps que l'accusateur, et il faut décider, tout en critiquant ce système au point de vue rationnel, que la Chambre est investie à l'égard des ministres de tous les pouvoirs du juge d'instruction et de la Chambre d'accusation dans la procédure ordinaire » (J. Clos, De la responsabilité des ministres, op.cit., p.186).

3366 *Ibid*., p.200.

3367 *Ibid*.

3368 *Ibid*.

3369 M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2ème éd., op.cit., p.537. C'est pourquoi ce courant regrette l'absence de mise en place d'une commission chargée de l'instruction préparatoire au sein de la Chambre des députés par la Constitution ou par la loi du 5 janvier 1918. Pour Hauriou, « étant donné le rôle de *chambre des mises en accusation*

thèse a l'avantage d'être confirmée par l'histoire constitutionnelle française antérieure à la IIIème République[3370].

679. À côté de ce premier problème, il s'est posé la question de savoir si les députés étaient les seuls compétents pour initier une mise en accusation contre un ministre ou si celle-ci pouvait parvenir également du gouvernement. En l'espèce, le garde des sceaux, Georges Lebret, avait adressé à l'assemblée, par une lettre du 5 juin 1899, une proposition de mise en accusation à l'égard de l'ancien ministre de la Guerre, le général Mercier, mis en cause lors du procès Dreyfus. Cependant, pour une fois, *fait rare*, la science du droit public, que ses membres soient favorables à une conception pénale ou politique de la responsabilité ministérielle devant le Sénat, est unanime pour reconnaître que la représentation nationale dispose d'une compétence *exclusive* et *entière* pour mettre en accusation les titulaires du pouvoir exécutif[3371]. D'ailleurs, la preuve en est que la compétence du Sénat est *facultative* dans la mesure où « elle dépend de la volonté de la chambre qui apprécie si elle doit intervenir ou non »[3372]. Pour Esmein, ce monopole de la chambre des députés

que la Chambre des députés est appelée à jouer éventuellement, elle devrait posséder une organisation ad hoc préparée d'avance. Il n'en est rien. » (*ibid*.). Toutefois, tous les auteurs n'ont pas la même conception de la nature juridique de l'acte mettant en accusation un ministre. Si certaines l'appréhendent comme un acte de procédure pénale, d'autres considèrent que « le vote qu'elle émettra sur la mise en accusation n'aura pas la vertu d'un jugement, semblable à celle d'un arrêt de renvoi devant la Cour d'assises » (A. Batbie, Traité…, 2ème éd., t.III, op.cit., p.81). De cette seconde conception il en résulte que si le Sénat est saisi par la Chambre des députés, il lui appartiendra de voter sur sur sa propre compétence malgré le vote de la chambre basse, contrairement à la Cour d'assises qui est irrévocablement saisie par l'arrêt de renvoi et qui ne peut pas se déclarer incompétente, puisque « la Cour d'assises est saisie par un arrêt de renvoi qui a l'autorité de la chose jugée, tandis que le Sénat est saisi par une délibération qui est l'acte d'un corps politique » (*ibid*.). On s'aperçoit ainsi que l'école pénaliste est contrainte de reconnaître le caractère singulier de cette procédure de mise en jeu de la responsabilité des ministres qui n'obéit pas totalement à une logique pénale et qui ne ressemble pas exactement à une procédure pénale de droit commun. Comme le remarque Jean Clos, « on est obligé de s'écarter des règles ordinaires de procédure puisque, alors même qu'on refuse à la Chambre pour les donner au Sénat, les attributions des juridictions d'instruction, on ne se conforme pas au droit commun, et qu'en faisant du Sénat à la fois la juridiction d'instruction et celle de jugement, on diminue les garanties données à l'accusé. Mais il est préférable de se résigner à cet amoindrissement des garanties que présente le droit commun et de ne pas violer, en faisant de la Chambre accusatrice la juridiction d'instruction, la règle élémentaire et fondamentale d'après laquelle l'accusateur ne peut être en même temps juge dans sa propre cause » (J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.185).

3370 Comme le souligne Maurice Hauriou, le devoir de la chambre basse d'instruire préalablement l'affaire « est dans la tradition de l'*impeachment*, dans la tradition aussi des affaires de Haute-Cour qu'il y eut sous la Restauration et sous la Monarchie de Juillet » (M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2ème éd., op.cit., p.537, note 82). Pour une analyse approfondie de la procédure suivie en 1830 par la Chambre des députés et la Chambre des pairs : cf. J. Poudra E. Pierre, Traité pratique de droit parlementaire, 1ère éd., op.cit., p.235-247.

3371 En ce sens, *v.* F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.182 ; J. Clos, De la responsabilité.., op.cit., p.182 ; A.-E. Lair, Des Hautes Cours…, op.cit., p.300-301 ; A ; Chastel, De la Haute Cour…, op.cit., p.47. Toutefois, Duguit n'est pas aussi catégorique que le reste des auteurs. Pour le publiciste bordelais, les tribunaux ordinaires peuvent mettre en accusation les ministre devant eux pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions à condition que la chambre des députés garde le silence : « si la chambre des députés ne dit rien, le droit commun s'applique ; la procédure ordinaire suit son cours et les ministres sont traduits devant la cour d'assises » (L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, 4ème éd., op.cit., p.487). Toutefois, même si la cour d'assise se déclare compétente, la chambre des députés peut encore intervenir et « déclarer qu'il y a lieu de poursuivre un ministre ou un ancien ministre pour crime dans l'exercice de ses fonctions » et alors « les tribunaux de droit commun ne sont plus compétents » (*ibid*., p.487-488), seul le Sénat l'étant dans ce cas. Néanmoins, ce droit de priorité de la chambre des députés ne court, pour Duguit, qu'« avant l'arrêt de renvoi devant la cour d'assise » (*ibid*., p.488). Par ailleurs, les auteurs sont également d'accord pour considérer que « le constituant de 1875 a entendu laisser au ministère public de droit commun la poursuite des infractions privées des ministres devant les tribunaux ordinaires » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.182). Sur ce dernier point : cf. L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, 4ème éd., op.cit., p.487 ; F. Moreau, Précis élémentaire de droit constitutionnel, 7ème éd., op.cit., 1911, p.376-377.

3372 L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel…, op.cit., p.488.

est évident puisqu'il est la manifestation de son pouvoir spécial de mettre en jeu la responsabilité des ministres dans un régime parlementaire. Conforme à la logique parlementariste, la mise en accusation par la chambre basse « a toujours été envisagée comme la sanction et le corollaire de la responsabilité ministérielle, que seule la Chambre met en jeu »[3373]. Le constitutionnaliste parisien remarque d'ailleurs, à ce titre, que la responsabilité politique des ministres a jailli de la prérogative des parlementaires de les mettre en cause pénalement[3374]. Enfin, les publicistes de la IIIème République soulignent que ce pouvoir particulier de la chambre est conforme à notre tradition constitutionnelle puisque presque toutes les Constitutions françaises ont remis le droit d'accusation entre les mains de la représentation nationale[3375]. Cette solution apparaît respectueuse de la séparation des pouvoirs[3376].

680. Il apparaît ainsi qu'en fonction des postulats théoriques de chaque auteur, la Chambre basse est libre de procéder à une véritable instruction comme de s'en abstenir. La pratique oscillera entre l'une et l'autre solution puisque si lors de l'affaire du procès des anciens ministres de Charles X qui se tient en décembre 1830, la Chambre des députés a accordé les pouvoirs d'instruction à la commission chargée d'examiner la proposition de mise en accusation, à l'inverse, l'Assemblée se cantonne en 1918 à renvoyer l'ancien ministre de l'Intérieur Malvy devant le Sénat constitué en Haute Cour de justice, sans réaliser aucune instruction préalable de l'affaire[3377]. En outre, la seconde difficulté relative au privilège exclusif ou non de la chambre de mettre en accusation un ministre

3373 A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.845.

3374 « Jadis elles se confondaient ; cela est si vrai que c'est par voie d'interprétation qu'on a fait sortir la responsabilité politique des articles de la charte de 1814 qui visaient seulement la responsabilité pénale » (A. Esmein, Éléments…, 6ème éd., op.cit., p.845). Dans le même sens, Perrin affirme que « c'est (…) une prérogative essentielle des représentants de la nation, des délégués directs de la souveraineté nationale, de mettre en jeu la responsabilité pénale des ministres » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.183).

3375 F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.184. En ce sens, le texte constitutionnel de 1875 s'inscrit dans cette logique. Comme le remarque le docteur en droit Perrin, « nulle part il n'est indiqué, dans nos lois constitutionnelles actuelles, que le ministère public ait le droit de poursuivre directement un ministre devant le Sénat » (*ibid*., p.182), ce que confirme les travaux préparatoires des lois constitutionnelles de la IIIème République : « l'exposé des motifs de la loi du 16 juillet 1875 dit formellement au sujet de l'article 12 : « Il nous a paru nécessaire d'ajouter que les poursuites contre le Président et les ministres *doivent* être exercées par la Chambre des députés » » (*ibid*., p.184). En outre, comme le souligne Albert Chastel, ce monopole s'explique également par le fait que les constituants ont « voulu soustraire les intéressés aux poursuites directes du gouvernement qui, étant maître de l'action publique, pourrait exercer une trop grande influence, c'est à la Chambre et à la Chambre seule, qu'appartient le pouvoir de décider si le crime ministériel sera soumis à la juridiction politique du Sénat » (A. Chastel, De la Haute Cour…, op.cit., p.48).

3376 Au contraire, pour la doctrine publiciste de la IIIème République, remettre le droit d'accusation entre les mains du ministère public de droit commun porterait atteinte principalement à la séparation des pouvoirs : « non seulement ce serait rendre les magistrats juges de la légalité des actes du Gouvernement, les ériger en censeurs de leurs chefs directs, mais ce serait encore jeter le désordre dans nos rouages publics et provoquer des conflits sans issue entre l'autorité judiciaire et le Parlement » (*ibid*., 183).

3377 Dans son arrêt du 28 janvier 1918, le Sénat constitué en Cour de justice déclarera la saisine de la Chambre des députés régulière au motif qu'aucune disposition constitutionnelle ni légale « n'impose aucune forme de procédure pour la mise en accusation » et qu'« il appartient (donc) à la Chambre des députés d'apprécier s'il y a lieu de procéder, préalablement à la mise en accusation d'un ministre, à une instruction ou à une enquête » (cité par N. Havas, La responsabilité ministérielle, op.cit., p.471). Cependant, Hauriou limite la portée de cette solution dans la mesure où celle-ci est dictée uniquement par la conjoncture : « l'affaire Malvy s'est présentée dans de telles conditions politiques que la Chambre n'avait aucunement le désir d'y jouer le rôle d'une chambre des mises en accusation. C'était l'ancien ministre qui demandait lui-même à être traduit devant la Haute-Cour, et la Chambre n'a fait que s'associer à sa démarche » (M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2ème éd., op.cit., p.537, note 82). Il n'écarte donc pas le retour à la pratique du précédent du procès des anciens ministres de Charles X (*ibid*.).

n'en est pas une pour la doctrine publiciste de la IIIème République. Son choix consensuel en faveur de la compétence pleine et entière de la chambre basse sera validé par l'affaire Malvy puisque la tentative du gouvernement d'influencer sur la compétence des députés en matière de mise en accusation sera un échec, la Chambre des députés décidant d'ajourner la discussion en cours dans son hémicycle et de procéder elle-même à la saisine ou non du Sénat[3378]. Elle manifestera par là-même sa maîtrise de l'initiative. Mais les lacunes de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 ne sont pas pour autant toute réglées.

3. Une opposition doctrinale sur l'étendue de la compétence du Sénat constitué en Haute Cour de justice

681. L'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 prévoit que « les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat ». Cet article concis fait naître un doute parmi la doctrine constitutionnaliste de la IIIème République. Elle se demande si, au regard de cette disposition, le Sénat constitué en Haute Cour de justice dispose d'une compétence exclusive pour juger les ministres ou, au contraire, les tribunaux ordinaires restent compétents et la procédure ordinaire admissible, le ministre pouvant aussi être poursuivi par le ministère public et déféré devant une juridiction judiciaire de droit commun. La vision des constitutionnalistes sur cette question est une fois de plus constellée[3379].

682. La première, majoritaire, mi-pénaliste mi-constitutionnelle, fait valoir, à l'appui d'un examen rigoureux de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, qu'à partir du moment où la chambre basse a adopté la mise en accusation, le Sénat devient *nécessairement* compétent pour juger le ministre. Cela signifie *a contrario*, comme le souligne Batbie, que sans mise en accusation « même pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, la poursuite par la Chambre des députés devant le Sénat n'est que facultative, et la Chambre, si elle l'aimait mieux, pourrait laisser la justice ordinaire faire son œuvre »[3380]. Pour défendre une telle interprétation, la majorité des auteurs met en perspective les deux premiers alinéas de l'article 12. Comme l'affirme Esmein, « l'opposition marquée des deux alinéas en détermine le sens incontestable »[3381]. La doctrine souligne une différence de rédaction puisque le premier alinéa implique que le Président de la République relève

3378 cf. N. Havas, La responsabilité ministérielle, op.cit., p.472.
3379 Les constitutionnalistes de la IIIème République restent toutefois d'accord pour considérer que les délits privés des ministres relèvent de la compétence des tribunaux ordinaires. Sur ce point : J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.182 ; F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.135 ; L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op.cit., t.IV, p.476 ; A. Chastel, De la Haute Cour…, op.cit., p.28.
3380 A. Batbie, Traité théorique…, op.cit., 1862, t.III, p.78.
3381 A. Esmein, Éléments..., 6ème éd., op.cit., p.844.

obligatoirement des chambres tandis que le second alinéa laisse entendre, à travers l'utilisation du mot « peuvent », que les députés demeurent libres de prononcer ou non la mise en accusation d'un ministre pour des faits liés à ses missions[3382]. En cas de refus des députés, le Sénat est alors incompétent. En outre, les constitutionnalistes de la IIIème République mettent en avant pour défendre leur point de vue un second argument tiré des principes du droit pénal. En vertu du principe de la légalité des délits et des peines, la chambre haute serait compétente si une disposition spéciale le prévoyait. Mais, pour ce courant, l'article 12 n'est « point impératif et implique une alternative »[3383]. Il en résulte donc pour le courant pénaliste que les lois constitutionnelles de 1875 ont institué un système de concurrence des juridictions vis-à-vis des actes commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions[3384]. Esmein exprime clairement cette solution : « les ministres sont soumis, comme les autres citoyens, aux lois criminelles, soit quant au fond, soit quand à la procédure ; il faudrait un texte précis pour les soustraire aux règles contenues dans le Code d'instruction criminelle. Or l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875 dit simplement qu'ils *peuvent* (…) être accusés par la Chambre des députés (...) »[3385]. Cette vision est ainsi porteuse d'un affaiblissement du privilège de juridiction des ministres et d'une soumission au droit commun des ministres[3386].

683. À l'inverse, la vision minoritaire soutient que le Sénat bénéficie d'une compétence *exclusive* et *obligatoire* s'agissant des crimes et délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions[3387]. Elle rejette la compétence concurrente des juridictions ordinaires sur ce point précis. Elle fait valoir la fausseté de l'interprétation soutenue par le courant pénaliste vis-à-vis des deux alinéas de l'article 12. Pour Jean Clos, par ces deux dispositions, les rédacteurs des lois constitutionnelles de 1875 ont voulu signifier simplement que le Président de la République n'était redevable que devant les Chambres tant pour ses actes commis dans l'exercice des fonctions que ceux en dehors, contrairement aux ministres qui peuvent être attraits devant les tribunaux de droit commun pour leurs délits privés[3388]. En d'autres termes, Jean Clos estime que « le Sénat est investi,

3382 M. Hauriou, Précis…, 2ème éd., op.cit., p.416 ; F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.135.
3383 A. Esmein, Éléments..., 6ème éd., op.cit., p.844.
3384 L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op.cit., t.IV, p.476-.478 ; F. Moreau, Précis élémentaire, 9ème éd., op.cit., p.395.
3385 *Ibid*.
3386 Cependant, la concurrence des compétences entre les juridictions ordinaires et le Sénat réuni en Cour de justice est inégale puisque « c'est seulement sous *réserve d'une évocation discrétionnaire par les deux autorités compétentes* (Chambre des députés et Président de la République) déférant le litige à la Haute Cour que les juridictions répressives de droit commun pouvaient être compétentes. Ainsi, ce pouvoir discrétionnaire d'évocation, qui aboutit à un dessaisissement potentiel de la juridiction ordinaire déjà saisie, implique que la Haute Cour est donc placée *au-dessus* des juridictions ordinaires » (O. Beaud, Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique, Dossier spécial : sang contaminé, RDP, t. 115, mars-avril 1999, p.422).
3387 F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.135 ; A.-E. Lair, Des Hautes Cours…, op.cit., p.292 ; A. Chastel, De la Haute Cour…, op.cit., p.26-28.
3388 « Si l'alinéa premier a employé une formule limitative, c'est pour que le président ne relevât que des Chambres, non seulement pour les délits commis à l'occasion de ses fonctions, mais même pour les délits privés, (…) les rédacteurs de la constitution voulaient avec raison laisser aux tribunaux ordinaires la connaissance des délits privés des ministres » (J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.182).

relativement au président, d'une compétence *ratione personae*, constituant un véritable privilège de juridiction ; quant aux ministres, il n'a qu'une compétence *ratione materiae* attachée à la nature légale de l'infraction »[3389]. En outre, cette idée d'un monopole de la chambre haute pour juger les ministres pour les délits publics trouve sa justification pour les partisans de cette position dans l'esprit des lois constitutionnelles de 1875. Les constituants ont entendu confier de manière exclusive le droit d'accusation à la Chambre basse et le droit de jugement à la chambre haute. Ce privilège de la Chambre des députés et du Sénat répond, à leurs yeux, aux « usages parlementaires »[3390]. Dans le respect du principe de séparation des pouvoirs, il s'agit d'éviter que « les officiers du ministère public ne s'érigent en censeurs de leurs chefs »[3391]. À travers cette argumentation, il est intéressant de souligner que les défenseurs de cette compétence exclusive du Sénat font prédominer une logique constitutionnelle sur une logique pénaliste[3392]. Le primat du parlementarisme détermine alors le rôle central des chambres et justifie la mise à l'écart des principes cardinaux du droit pénal. Ce raisonnement s'inscrit par là-même dans la tradition monarchiste parlementaire issue des régimes des Chartes dans lesquels la justice politique appartient exclusivement aux assemblées politiques représentatives[3393]. Cependant, l'interprétation pénaliste triomphera en définitive puisque la chambre des mises en accusation de la Cour de Paris, par un arrêt du 7 février 1893, renverra l'ancien ministre des Travaux publics Baïhaut devant la Cour d'assise pour fait de corruption relatifs à ses fonctions dans l'affaire du scandale de Panama[3394], le pourvoi en cassation devant la Cour de Cassation n'étant d'ailleurs pas cassé[3395].

3389 *Ibid*. En ce sens, Albert Chastel met en avant la rédaction ambiguë des dispositions litigieuses et leur manque de clarté qui empêche de les appréhender comme des textes dérogatoires : « c'est une règle essentielle de procédure que la compétence d'un tribunal est obligatoire, toute compétence facultative est une compétence d'exception qui doit être expressément prévue par des textes formels explicites et non ambigus. Or, (...) tel n'est pas le cas de l'article 12 §2, si ce texte spécifiait que nous sommes en présence d'une compétence facultative, il établirait dans quelles conditions et jusqu'à quel moment la Chambre des députés peut dessaisir la justice ordinaire pour déférer l'infraction au Sénat comme le §4 du même article le fait en matière d'attentat contre la sûreté de l'État. Or, rien de pareil n'est prévu » (A. Chastel, De la Haute Cour…, op.cit., p.27).

3390 J. Clos, De la responsabilité…, op.cit., p.182.

3391 *Ibid*., p.183. Dans le même sens, Chastel juge qu'« il serait inadmissible que des ministres, agents du pouvoir exécutif, puissent être soumis à la censure du ministère public ordinaire et à l'appréciation des tribunaux de droit commun. Les garanties d'indépendance et d'impartialité qu'accusateurs et accusés sont en droit d'attendre et d'obtenir, dans la mesure du possible, et qui doivent toujours présider à toutes les décisions de justice, pour que celle-ci soit véritablement équitable, ne seraient plus sauvegardées » (A. Chastel, De la Haute Cour…, op.cit., p.27-27).

3392 De manière symptomatique, Albert Chastel affirme que la conformité de la position minoritaire « aux principes fondamentaux du droit constitutionnel milite en sa faveur » (*ibid*., p.27).

3393 Comme le souligne Francisque Perrin, « l'Assemblée Nationale a voulu donner à la République les garanties de la Monarchie Constitutionnelle. Elle avait donc rendu aux deux Chambres les attributions judiciaires dont elles jouissaient sous l'empire des Chartes et que les Constitutions précédentes leur avaient enlevées » (F. Perrin, De la responsabilité…, op.cit., p.132). Plus généralement, l'institution d'un privilège de juridiction pour juger les ministres pour les crimes extérieurs à leurs fonctions fait partie, pour Perrin, de notre tradition constitutionnelle. Comme il le souligne, « toutes nos Constitutions (…), sauf celle de 1793, qui ne fut d'ailleurs jamais appliquée, ont organisé avec soin une juridiction spéciale à l'égard des ministres et du chef de l'État, quand elles le déclarent responsable. C'est un principe de notre droit public depuis 1789, c'est une nécessité (…) de ne pas confier le jugement de si hauts personnages aux tribunaux de droit commun » (*ibid*., p.136).

3394 Cass. Crim., 21 février 1893, S. I, 217, note E. Villey.

3395 Sur ce point : *v.* N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.474.

684. Plus largement, les différents problèmes exposés ci-dessus qui divisent fortement la doctrine publiciste de la IIIème République sont révélateurs des profondes carences textuelles portant sur la responsabilité pénale des ministres. Pour tenter de les combler, deux principaux systèmes de pensée diamétralement opposés sont réapparus au sein de la science publiciste classique, un courant pénaliste et un courant constitutionnaliste, qui vont être cristallisés par l'affaire Malvy.

B. L'affaire Malvy, source d'une intense controverse doctrinale témoignant des fractures profondes de la science publiciste de la IIIème République

685. L'actualité politique de la IIIème République est l'occasion de mettre à l'épreuve les constructions théoriques de la doctrine publiciste classique relatives à la responsabilité pénale des ministres pour les faits répréhensibles commis dans l'exercice de leurs fonctions. En plus de soixante-quinze ans d'existence, la Troisième République ne connaît que deux affaires, dans lesquelles des ministres ont été mis en accusation par la Chambre des députés et jugés par le Sénat constitué en Haute Cour de Justice. Il s'agit du procès de l'ancien ministre de l'Intérieur, Jean-Louis Malvy, en 1918 et de la mise en cause du ministre des Finances Raoul Péret dont le jugement est rendu en 1931. Mais il est notable d'observer que le premier en particulier, qui représente l'une des procès les plus fameux de l'histoire des Hautes Cours de justice française, produit un effet retentissant sur la science publiciste française de la IIIème République en ce qu'il confirme de manière flagrante ses fractures.

686. Si les faits et la procédure utilisée ne sont guère instructifs dans cette affaire[3396], la solution l'est beaucoup plus. Par un premier arrêt en date du 6 août 1918 par lequel le Sénat se prononce sur la culpabilité de l'ancien ministre de l'Intérieur, la Haute Cour rejette les accusations de trahison comme infondées. Néanmoins les juges le condamnent pour le crime de forfaiture[3397]. Mais le

3396 Lors de la Première Guerre Mondiale, Jean-Louis Malvy, ministre de l'Intérieur peu apprécié et, en particulier, par Georges Clémenceau, est mis en accusation en novembre 1917 par la Chambre des députés et renvoyé devant le Sénat pour y être jugé. Il est accusé « 1) d'avoir de 1914 à 1917, sur le territoire de la République et dans l'exercice de ses fonctions de ministre de l'intérieur, renseigné l'ennemi sur tous nos projets militaires et diplomatiques, et spécialement sur le projet d'attaque des Chemins des Dames ; 2) d'avoir, dans les mêmes circonstances de lieu et de temps, et dans l'exercice de ses fonctions, (…) favorisé l'ennemi, en provoquant ou excitant des mutineries militaires, et sur la base des articles 77, 78, 79, 80, 81 du code pénal » (cité par O. Beaud, Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique, op.cit., p.424). Autrement dit, il est accusé de propagande pacifiste et d'intelligence avec l'ennemi. La particularité procédurale de cette affaire réside dans le fait que Malvy a lui-même sollicité sa mise en accusation auprès de la Chambre des députés afin d'être blanchi. Cette demande lui permet également de choisir la juridiction chargée de connaître de l'affaire. Sur les faits et la procédure : *v.* J. Barthélemy, La loi du 5 janvier 1918 sur la mise en accusation devant le Sénat du Président de la République et de ses ministres, RDP, 1918, p.424 et s. ; P. Bastid, Les grands procès politique de l'histoire, Fayard, (collection Le temps et les destins), 1962, p.336 et s. ; J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours de justice dans les Constitutions républicaines…, op.cit., p.360 et s. ; J.-P. Royer, Le jugement des ministres sous la IIIème République : les affaires Malvy et Péret : une « justice du contexte » ?, in Association française pour l'histoire de la justice, Les ministres devant la justice, op.cit., p.159 et s. ; N. Havas, La responsabilité ministérielle en France, op.cit., p.481 et s.

3397 1er arrêt du 6 août 1918, S. 1920. II. 39, D. 1923. II. 25.

problème est que cette condamnation n'est fondée sur aucune disposition légale puisque si l'article 166 du Code pénal dispose que « tout crime commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions est une forfaiture », cette disposition ne possède « par elle-même aucune vertu créatrice ; il ne fait que se surajouter d'une manière superfétatoire aux autres textes prononçant des peines criminelles »[3398]. En outre, par un second arrêt du même jour relatif à la peine, la Haute Cour de justice le condamne à cinq années de bannissement, mais le dispense de la dégradation civique qui est la conséquence de la peine de bannissement[3399]. Là encore aucun texte ne prévoit une telle peine[3400]. Le Sénat condamne ainsi le ministre au terme d'un raisonnement juridique qui a beaucoup choqué. Pour expliquer son attitude, la Cour avance, dans son premier arrêt, par une formule ayant suscité beaucoup de commentaires, qu'« il appartient donc à la Cour de Justice, *usant du pouvoir souverain qu'elle tient de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875*, ainsi qu'elle l'a décidée, de qualifier les faits et de déterminer la peine »[3401].

687. Il apparaît, dès lors, dans cette affaire que le Sénat, constitué en Haute Cour de justice, a souverainement décidé de la qualification juridique des faits et de la peine. Il a choisi de s'écarter manifestement du principe de la légalité criminelle. C'est pourquoi ces arrêts déclenchent de nombreuses critiques et suscitent une querelle doctrinale. Sans contester le choix de la sanction de forfaiture contre l'ancien ministre[3402], cette dernière prend la forme d'une opposition équilibrée fortement ancrée au sein de la science publiciste entre, d'une part, les partisans d'une thèse *constitutionnaliste* pour lesquels le pouvoir souverain de la Haute Cour, en raison de son essence politique, est logique et indispensable (**1**) et, d'autre part, les partisans d'une doctrine *pénaliste*, dite également *légaliste*, qui soutiennent que le Sénat, qui se comporte comme un juge répressif en cas de jugement des ministres, doit impérativement respecter les prescriptions légales (**2**). Face à « un des plus graves problèmes classiques du droit constitutionnel »[3403], l'opposition entre ces différentes positions est, en réalité, déterminée par la particularité des présupposés théoriques propres à chaque juriste publiciste (**3**).

3398 Paul Bastid poursuit en ajoutant que « la Cour de justice ne se bornait pas à changer l'incrimination : elle forgeait de toutes pièces une incrimination nouvelle » (P. Bastid, Les grands procès politiques de l'histoire, op.cit., p.343).
3399 2ème arrêt du 6 août 1918, S. 1920. II. 40, D. 1923. II. 25.
3400 L'article 167 du Code pénal prévoyait que « toute forfaiture pour laquelle la loi ne prononce pas de peines plus graves est punie de la dégradation civique ».
3401 1er arrêt du 6 août 1918, op.cit. (Nous soulignons).
3402 *v.* J.A. Roux, L'affaire Malvy et le pouvoir souverain du Sénat comme Haute-Cour de justice, Revue politique et parlementaire, 1918, p.268-270.
3403 J. Barthélemy, La mise en accusation..., op.cit., p.614.

1. La thèse constitutionnaliste : la défense du pouvoir souverain du Sénat assimilé à une Cour politique

Pour la « thèse du droit constitutionnel » selon l'expression de Joseph Barthélemy[3404], le Sénat constitué en Cour de justice n'a « aucunement l'obligation de s'en tenir aux qualifications et aux pénalités prévues par la loi pénale ; elle a le pouvoir souverain de qualifier elle-même les faits qui lui sont soumis, en leur reconnaissant le caractère de crimes, et de les punir d'une peine quelconque appropriée à leur gravité »[3405]. Saluant la solution « parfaitement légale »[3406] des arrêts Malvy, les partisans d'une telle thèse mettent en avant plusieurs arguments pour la légitimer.

688. Écartant une méthode d'analyse littérale des textes constitutionnels propre à la thèse pénaliste, ils défendent la spécificité de l'interprétation constitutionnelle. La brièveté des lois constitutionnelles de 1875[3407] et l'absence de loi régissant la responsabilité pénale des ministres ainsi que son impossibilité d'en établir une[3408] rendent inapplicable le principe de la légalité des délits et des peines[3409]. L'un des principaux défenseurs de cette thèse, Joseph Barthélémy, le souligne clairement : « c'est une méthode essentiellement défectueuse que de prétendre appliquer à ces textes les procédés strictement judiciaires. On n'a pas le droit de considérer ces textes comme se suffisant à eux-mêmes, de les éplucher littéralement, et de prétendre infliger à leurs termes une

3404 *Ibid*., p.615. Pour sa part, Léon Duguit, opposé à cette thèse, la nomme en référence au droit constitutionnel anglais « la théorie des crimes ministériels » (L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, tome 4, op.cit., p.496).
3405 *Ibid*.
3406 J.-A. Roux, L'affaire Malvy et le pouvoir souverain du Sénat comme Haute-Cour de justice, Revue politique et parlementaire, 1918, p.267.
3407 Les partisans de ce courant observent que le silence des constituants de 1875 sur la fixation des incriminations et des peines s'agissant de la responsabilité pénale des ministres est volontaire. Il ne s'agit pas d'une omission pour Jean-André Roux : « peut-on (…) à moins de prêter au législateur un oubli impardonnable ou lui supposer l'intention injurieuse d'avoir établi une façade sans réalité, expliquer le silence de l'article 12 de la loi de 1875 (…) sur le sens à donner à ces crimes que les ministres peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions, autrement que par la volonté de s'en remettre, comme avaient fait les Chartes, pour cette tâche difficile et pour une définition, qui pouvait être insuffisante si elle était tracée à l'avance, à la Haute Cour chargée de juger l'accusé ? » (J.-A. Roux, L'affaire Malvy..., op.cit., p.276-277).
3408 Mettant en avant une idée classique, les défenseurs de la thèse du droit constitutionnel considèrent que lorsqu'un ministre outrepasse ses fonctions, il commet un crime politique, lequel « est rebelle aux types de crimes que le droit pénal commun est censé saisir » (O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.427). Il en résulte la non-application du principe de légalité face à l'obstacle voire à l'impossibilité d'énoncer dans une loi les composantes de cette responsabilité. *V.* en ce sens : J.-A. Roux, Réponse à l'article de Léon Duguit, Revue politique et parlementaire, 1919, p.148.
3409 Hauriou justifie l'inapplicabilité de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen par un autre argument, *la théorie des circonstances exceptionnelles,* consacrée par l'arrêt Heyriès du Conseil d'État rendu le 28 juin 1918 au bénéfice du pouvoir exécutif, qui permet de déroger à un régime de légalité de manière temporaire. En l'espèce, le pouvoir souverain de la Haute Cour provient selon lui de la « légitime défense de l'État » qui justifie que soient suspendus « la garantie constitutionnelle des pénalités préétablies » (M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1er éd., op.cit., p.599). Il estime que les circonstances particulières de 1918 imposent effectivement une suspension des garanties constitutionnelles. Comme le souligne le publiciste toulousain, « l'affaire *Malvy* se déroulait au plus fort du défaitisme, alors que notre situation militaire était presque désespérée ; il n'est pas exagérée de dire qu'il y avait crise et légitime défense de l'État. (…) Ce droit de la légitime défense est inférieur à celui de la légalité » (*ibid*.). Toutefois, Hauriou juge que cette dérogation à la légalité doit prendre fin le plus vite possible dès que ce régime d'exception ne sera plus nécessaire puisqu'il affirme qu'« il faut se hâter de rentrer dans la légalité » (*ibid*.).

signification grammaticale qui sera le plus souvent arbitraire »[3410]. C'est pourquoi pour pallier ces carences textuelles il convient de se fonder pour les partisans de la thèse constitutionnaliste sur des éléments extra-légaux.

689. *D'une part*, J. Barthélémy juge que « la constitution de 1875 ne doit pas être interprétée d'après le sens purement grammatical de ses termes, mais d'après le sens que leur donnent la tradition et les précédents »[3411]. Ces « solides points d'appui »[3412] mettent en lumière le pouvoir discrétionnaire ancien attribué aux Hautes Cours de justice. Les tenants de la thèse constitutionnaliste mentionnent en ce sens le précédent anglais de l'impeachment « caractérisé justement par la liberté juridique laissée à la Chambre des Lords pour définir et sanctionner le crime ministériel »[3413] ou encore plusieurs précédents français que sont l'article 14 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, la décision de la Cour des pairs de 1830 au terme de laquelle les anciens ministres de Charles X furent condamnés pour trahison sans que cette notion n'ait ni de définition légale ni de peine déterminée, et la tentative d'accusation des ministres du 16 mai 1877[3414]. Il s'avère par conséquent que la coutume constitutionnelle dont s'inspire la Constitution de 1875 va dans le sens d'une mise à l'écart du principe de légalité des crimes et délits. André Roux, qui est pourtant professeur de droit criminel à Dijon, observe effectivement qu'au vu de l'histoire française de la justice politique, « le principe de la légalité du droit pénal n'est pas absolu dans notre droit public, ou, en d'autres termes, que comme toute autre règle de droit, il comporte des exceptions »[3415]. L'arrêt Malvy serait par conséquent respectueux de la tradition constitutionnelle. Comme le note J. Barthélémy, « le Sénat doit pouvoir appliquer à toute faute qu'il considère comme grave la peine qu'il regarde comme appropriée »[3416].

690. *D'autre part*, les juristes favorables à la thèse constitutionnaliste s'appuient sur un second élément extra-textuel. S'inspirant des théories de Benjamin Constant sur la responsabilité politique ministérielle et de ses considérations dans son « Cours de politique constitutionnelle » sur le pouvoir discrétionnaire du Sénat[3417], ils mettent l'accent sur l'esprit de la responsabilité pénale des ministres. Dans leur pensée, la responsabilité pénale des ministres est conçue « comme complémentaire à leur responsabilité politique »[3418]. Cela signifie que le jugement parlementaire

3410 J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.616.
3411 *Ibid*.
3412 J. Barthélemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, op.cit., 1933, p.881.
3413 *Ibid*.. Ces derniers ajoutent que « le droit anglais admet la « constructive treason », c'est-à-dire le droit de la Chambre constituée en Cour de justice, de qualifier certains faits au point de vue pénal et de leur appliquer une peine de son choix » (*ibid*.).
3414 *v.* J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.617.
3415 J.-A. Roux, Réponse à l'article de Léon Duguit, op.cit., p.147.
3416 J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.618.
3417 *V.* en ce sens : J. Barthélemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, op.cit., 1933, p.882 ; J.A Roux, L'affaire Malvy…, op.cit., p.273.
3418 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.485.

des crimes ministériels demeure fondamentalement un acte du Parlement et non un acte judiciaire[3419]. J. Barthélémy et P. Duez font valoir effectivement que « dans ce système de la souveraineté de la Cour (…), la responsabilité pénale du ministre n'apparaît que comme un prolongement et un renforcement de sa responsabilité politique »[3420]. Elle permet, à leurs yeux, non seulement de parer aux fautes qui échappent à l'emprise du droit pénal commun mais également et surtout de combler les insuffisances de la responsabilité politique, notamment en matière de sanction. Alors que la responsabilité politique (…) n'écarte pas de la scène politique le ministre déchu du pouvoir et ne l'empêche pas de reprendre ce pouvoir parfois à très bref délai, au gré des combinaisons parlementaires », l'arrêt de la Cour de justice, au contraire, « en créant des incapacités légales à l'encontre du ministre condamné, aura *une portée plus énergique* : à raison de certaines fautes jugées particulièrement graves par la Cour de justice, le ministre fautif pourra, par une sanction appropriée, être écarté de la vie politique, soit d'une manière définitive, soit pour un temps déterminé »[3421]. Pour eux, grâce à la responsabilité pénale, l'efficacité de la sanction contre les fautes ministérielles est ainsi atteinte extraordinaire, permise par le système de souveraineté de la Cour quant à la qualification du délit et l'application de la peine.

691. De ce point de vue, on observe que l'idée d'une identité de nature entre la responsabilité pénale et politique des ministres défendue par les tenants de la thèse constitutionnaliste est fondée « sur un critère organique, c'est-à-dire sur la nature de l'organe chargé de mettre en œuvre la responsabilité pénale et la responsabilité politique »[3422] : la Haute Cour de justice est avant tout une assemblée politique. A leurs yeux, elle correspond uniquement au Sénat réuni dans une formation exceptionnelle. Autrement dit, les défenseurs de la thèse constitutionnaliste conçoivent et comprennent la Haute cour comme une juridiction politique dans la mesure où elle est un organe législatif chargé de trancher un procès politique[3423], et qu'en cela il est légitime de lui attribuer des pouvoirs exorbitants de droit commun. Plus exactement, combinant les articles 10 de la loi de 1918 et l'article 23 de la loi de 1889, le professeur de droit criminel Roux estime que le Sénat, dans ce cas de figure, ne fait plus application de son « pouvoir modérateur » qui consiste pour une juridiction à prononcer une peine dans les limites du maximum et du minimum fixés par la loi et suivant qu'il y ait ou non admission des circonstances atténuantes, mais de « son pouvoir législatif », c'est-à-dire le

3419 « Soit en retirant sa confiance aux ministres, soit en faisant passer en jugement Président de la République et ministres, c'est toujours le même Parlement qui sanctionne la responsabilité politique des organes exécutifs » (M. Hauriou, Précis..., op.cit., p.415). Dans le même sens, Esmein estime que « le jugement du sénat, bien que pouvant aboutir à une condamnation pénale, doit être, avant tout, un jugement politique et les actes des ministres doivent, en toute justice bien entendu, être jugés ici comme des actes politiques » (cité par L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t.4, op.cit., p.498).
3420 J. Barthélemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, op.cit., 1933, p.882.
3421 *Ibid*. [Nous soulignons].
3422 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.486.
3423 Comme le note Olivier Beaud, les défenseurs de la thèse constitutionnaliste établissent « un lien étroit entre le type de compétences de la Haute Cour de justice et sa nature politique » (O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.423).

« pouvoir d'*incriminer*, c'est-à-dire de qualifier et de punir les crimes dans le silence de la loi »[3424]. À l'analyse, on s'aperçoit ainsi que la plupart des auteurs favorables à la « souveraineté judiciaire » de la Haute cour reconnaissent sa nature particulière, celle-ci n'étant pas assimilée à une juridiction pénale, ce qui en fait un organe protecteur pour les accusés selon eux[3425].

692. Défendant une façon particulière d'interpréter le texte constitutionnel, il s'avère qu'une grande partie des publicistes de la IIIème République partagent la solution de la décision Malvy du Sénat constitué en Cour de justice, à moins d'une révision constitutionnelle[3426]. Comme le note Roux, le Sénat a trouvé ce pouvoir « dans la tradition, dans l'interprétation commune de la Constitution, et dans la doctrine »[3427]. Mais, loin de tout consensus doctrinal, de fameux auteurs soutiennent des opinions dissidentes.

2. La thèse pénaliste : le rejet du pouvoir souverain du Sénat réuni en Cour de justice dans un souci de protection de l'État de droit

Face à la thèse du droit constitutionnel relativement dominante dans la doctrine juridique de la IIIème République, se confronte la thèse toute aussi importante que J. Barthélémy dénomme « la thèse du droit pénal commun »[3428]. Celle-ci consiste à soutenir que la responsabilité des ministres étant de nature pénale, les lois criminelles sont d'interprétation stricte, ce qui impose au Sénat réuni en cour de justice de s'en tenir aux qualifications et aux pénalités prévues par la loi pénale pour pouvoir condamner un ministre. C'est pourquoi ils condamnent fermement les arrêts rendus dans le

3424 J.-A. Roux, L'affaire Malvy…, op.cit., p.274. Il précise que « ce n'est pas du pouvoir modérateur que le Sénat a fait usage dans son arrêt du 6 août. Ce n'est pas pour un crime prévu et réglé par le Code pénal qu'il a substitué à la peine légale une autre peine, plus forte ou plus douce. (…) Les articles 166 et 167 du Code pénal n'étaient pas même cités dans son dispositif. C'est à des faits que la loi n'avait pas qualifiés, qu'il a appliqué la notion de forfaiture, comme la Cour des Pairs de 1830 a appliqué aux ministres de Charles X, poursuivis pour des faits que le Code pénal ne prévoyait pas davantage, la notion de trahison » (*ibid*., p.279). Duguit partage cet avis : « si ce pouvoir modérateur existe, il ne donne jamais à une juridiction le pouvoir de prononcer une peine qui n'est pas comprise dans l'échelle légale des peines. C'est ce qu'a fait cependant le sénat en prononçant contre M. Malvy la peine du bannissement n'entraînant pas la dégradation civique. Le bannissement sans la dégradation civique est une peine qui n'existe pas dans le droit pénal français » (L. Duguit, Traité…, t.4, op.cit., p.507).

3425 Pour J. Barthélemy, « la condamnation résulte, comme le vote d'une loi, de l'accord des deux chambres ; (…) c'est ce concours de volontés seul qui peut légitimer la condamnation, et qui explique que cette condamnation ne soit pas astreinte à la stricte observation des lois. Le ministre accusé perd la garantie de la légalité, mais il retrouve, en compensation, la garantie formidable qu'il ne peut être condamné que par la volonté successivement exprimée des deux Chambres du Parlement. Voilà pourquoi c'est en vain que certains s'efforcent d'agiter comme un épouvantail ce pouvoir prétendu formidable de la Cour de justice qui pèserait comme une menace terrible sur tous ceux qui détiennent le pouvoir » (J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.616). En outre, ce concours de volontés est porteur d'une seconde garantie en ce qu'il fait de cette procédure « une machine extrêmement lourde à mettre en mouvement : elle n'a fonctionné normalement qu'une seule fois dans notre histoire, contre les ministres de Charles X ; elle n'a été mise en branle contre M. Malvy que par M. Malvy lui-même » (*ibid*.).

3426 « Peut-être demandera-t-on néanmoins demain la révision de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. Mais, tant que celle-ci ne sera pas intervenue, le Sénat pourra, le cas échéant, refaire ce qu'il a fait dans l'affaire Malvy » (*ibid*., p.280).

3427 *Ibid*., p.273.

3428 J. Barthélemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, op.cit., 1933, p.880.

cadre de l'affaire Mavy. Parmi les plus fervents critiques de ces décisions, on retrouve le professeur de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris, Ernest Chavegrin, et, naturellement, Léon Duguit, figure pionnère de l'État de droit en France.

693. Les partisans de la thèse légaliste ont pour point de départ un postulat fondamentalement différent de celui de ceux de la thèse constitutionnaliste. Contrairement à eux, ils conçoivent le Sénat réuni en Haute Cour, non plus comme une assemblée politique[3429], mais comme un tribunal pénal[3430]. Cette qualité découle, à leurs yeux, de la volonté constituante exprimée formellement à l'article 4 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 qui dispose que « toute assemblée de l'une des deux chambres qui serait tenue hors du temps de la session commune est illicite et nulle de plein droit, sauf le cas (…) où le sénat est réuni comme cour de justice ; *et dans ce dernier cas, il ne peut exercer que des fonctions judiciaires* »[3431]. Dans cette situation, le Sénat doit se comporter comme un organe judiciaire avec toutes ses attributions, sans être en mesure de s'en écarter[3432]. Il a le devoir d'abandonner temporairement sa nature première. De ce point de vue, ils récusent l'idée des disciples de la thèse constitutionnaliste selon laquelle la responsabilité pénale serait le prolongement de la responsabilité politique. Selon eux, le jugement des crimes ministériels par le Sénat représente, non pas un acte politique, mais un acte strictement judiciaire puisque la responsabilité politique se distingue nettement de la responsabilité pénale. Comme le souligne Duguit, « en France, nous avons une notion très nette de la responsabilité politique et de la responsabilité pénale »[3433]. Il ajoute que « la première s'exerce dans les mêmes conditions devant la Chambre et devant le Sénat ; elle a pour fonction la démission des ministres (…). La seconde suppose qu'une infraction prévue et définie par la loi pénale a été commise par un ministre dans l'exercice de ses fonctions. Celui-ci peut être traduit devant les tribunaux de droit commun ; et s'il s'agit d'un crime,

3429 Pour contester le caractère politique du Sénat réuni en Cour de justice, Duguit et Chavegrin objectent que le pouvoir législatif est partagé entre le Sénat et la Chambre des députés. Le professeur bordelais soutient que « l'article 1er §1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 remet le pouvoir législatif aux deux chambres, le Sénat et la chambre des députés, formant le Parlement et aucun autre organe ne peut y prétendre ; le Sénat n'est pas le Parlement » (L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op.cit., t.4, p.506). Dès lors, en s'attribuant elle-même un pouvoir souverain que les lois constitutionnelles de 1875 lui dénient, la Chambre Haute viole le texte suprême. Comme le souligne Chavregrin, le Sénat « partage le pouvoir législatif avec la Chambre des députés, sans le consentement de laquelle il ne peut rien changer au droit existant. (…) Il se trouvera donc, dans les limites de sa compétence judiciaire, seul maître de la législation, au lieu de n'être qu'un des deux organes concourant à la former. Il s'arrogera, en un mot, une puissance que la Constitution lui dénie » (E. Chavegrin, S., 1920, II, p.36).

3430 Pour Duguit, « le principe essentiel est celui-ci : le sénat constitué en haute cour de justice cesse d'être une assemblée politique ; il devient une juridiction » (L. Duguit, Manuel…, 4ème éd., op.cit., p.489). De même, pour Eugène Pierre, « aux termes de l'article 4 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, le Sénat réuni comme Cour de justice ne peut exercer que des fonctions *judiciaires*. Il n'a aucune attribution politique », la preuve étant qu'« il a le droit de siéger hors le temps de la session législative » (E. Pierre, Traité de droit politique électoral et parlementaire,op.cit., 1924, p.722-723). Le précurseur du droit parlementaire contemporain précise que cette nature juridictionnelle du Sénat français constitué en Haute Cour est similaire au droit constitutionnel italien. Il rappelle que les articles 36 et 47 du règlement italien applicable à cette procédure contiennent des dispositions analogues à la Constitution française de 1875 : « le Sénat est constitué en Haute-Cour de justice (…) pour juger les ministres accusés par la Chambre des députés. Dans ce cas, le Sénat n'est pas corps politique. Il ne peut s'occuper que des affaires judiciaires pour lesquelles il a été convoqué, à peine de nullité (...) » (*ibid*., p.723).

3431 *Ibid*. [Nous soulignons].

3432 Comme l'affirme Duguit, « il a seulement les pouvoirs d'une juridiction » (*ibid*.).

3433 L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op.cit., t.4, p.498.

il peut être mis en accusation par la Chambre devant le Sénat, qui, comme les tribunaux de droit commun, doit juger seulement une responsabilité pénale et reste lié par une loi pénale »[3434].

694. Ce faisant, de cette nature de juridiction pénale, les partisans de la thèse légaliste en font découler plusieurs conséquences fondamentales. Outre les pouvoirs traditionnels d'une cour qui sont conférés au Sénat comme celui de pouvoir faire citer des témoins et ordonner toutes les mesures qui lui paraîtront utiles pour la découverte de la vérité[3435], le Sénat est surtout soumis aux contraintes traditionnelles d'un juge répressif[3436]. Duguit met l'accent sur deux gardes-fous principaux dont l'arrêt Malvy s'est en partie affranchi. D'une part, en vertu de l'adage *non bis in idem*, la haute cour ne peut accusée une personne devant elle à raison d'un fait pour lequel une personne a déjà été acquittée[3437]. D'autre part et surtout, elle est tenue de condamner un accusé que pour un fait prévu et défini par la loi pénale et de prononcer la peine correspondant à cette infraction, comme n'importe quelle autre juridiction pénale[3438]. En d'autres termes, les tenants de la thèse de droit commun prônent le respect du principe de la légalité des délits et des peines proclamé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Ils étayent leur thèse en observant que cette obligation du Sénat de ne condamner que pour un fait prévu et défini par la loi pénale et de ne prononcer que la peine et défini par la loi pénale et de ne prononcer que la peine prévue par les textes découle expressément d'une loi organique, la loi du 10 avril 1889, dans son article 23[3439]. Si ce dernier concerne le cas où le Sénat est saisi d'un crime d'attentat à la sûreté de l'État, les auteurs soutiennent qu'il est transposable au cas où le Sénat est saisi d'un crime commis par le Président de la République ou les ministres dans l'exercice de leurs fonctions au regard de l'article 10 §2 de la loi du 5 janvier 1918[3440]. En plus de son essence judiciaire, il existe donc un fondement juridique pour imposer au Sénat de s'appuyer nécessairement sur un texte pénal pour établir un crime et justifier la peine. Pour Duguit, s'il agit autrement, « il viole la loi »[3441]. Par cette obligation, il s'agit pour les opposants à la thèse constitutionnaliste d'abolir la souveraineté de la Haute Cour[3442] et de montrer

3434 L. Duguit, L'arrêt du Sénat…, op.cit., p.139-140.
3435 L. Duguit, Manuel…, 4ème éd., op.cit., p.489-490.
3436 Pour autant, Duguit ne considère pas que le Sénat réuni en Cour de justice devient un tribunal de droit privé qui s'intègre dans l'ordre juridictionnel judiciaire : « bien que le sénat soit investi d'attributions juridictionnelles, qu'il ait tous les pouvoirs et seulement les pouvoirs d'une juridiction, il est incontestable qu'il ne devient pas un organe de l'ordre judiciaire, qu'il reste un organe de l'ordre politique et que, par conséquent, il ne peut être placé sous le contrôle de la cour de cassation » (L. Duguit, Traité…, t.4, op.cit., p.529).
3437 L. Duguit, Manuel…, 4ème éd., op.cit., p.490.
3438 *V.* également A. Chastel, De la Haute Cour…, op.cit., p.19.
3439 Pour les contradicteurs de la thèse légaliste, l'article 23 est inopérant puisque ses termes « se bornent à retirer au Sénat *le droit de substituer à la peine légale une peine moindre* » (J.-A. Roux, Réponse à l'article de M. Duguit, op.cit., p.148).
3440 Cette idée est notamment défendue par Léon Duguit (*ibid*., p.492) et Ernest Chavegrin (S., 1920, II, p.38). L'article 10 §2 de la loi du 5 janvier 1918 dispose que « toutes les dispositions de la loi du 10 avril 1889 non contraires à la présente loi sont applicables devant le sénat constitué en cour de justice pour juger le président de la République ou les ministres mis en accusation par la chambre des députés » (cité par L. Duguit, Manuel…, 4ème éd., op.cit., p.491).
3441 *Ibid*., p.492.
3442 A cet égard, Duguit reconnaît que la Cour de justice peut avoir un pouvoir de modulation des peines, comme dans les arrêts Malvy, mais dans le strict respect de la loi : elle ne peut « atténuer [la peine contre un ministre], affirme-t-il, que dans les limites fixées par la loi et comme conséquence des circonstances atténuantes, si elles sont admises » (*ibid*.).

que « l'État de droit s'applique partout, y compris en matière de justice politique »[3443]. Duguit souligne effectivement que cette règle structurelle du droit pénal « s'applique même quand la haute cour est saisie de poursuites contre le président de la République ou contre les ministres »[3444]. L'arrêt Malvy qui s'écarte, au contraire, des prescriptions légales et promeut la souveraineté de la Cour de justice est donc, pour les partisans de cette doctrine, « illégal et incohérent »[3445] parce celui-ci se fonde « sur le code pénal (article 166 et 167) tout en prononçant une peine autre que celle édictée par les textes »[3446].

695. Par ailleurs, les auteurs s'attachent à déconstruire chacun des arguments des partisans la thèse constitutionnaliste qui leur ont servi à justifier la reconnaissance d'un pouvoir souverain à la Haute Cour. Ils rejettent, tout d'abord, le fait de se fonder sur la coutume constitutionnelle en matière de justice politique étant donné qu'aucun des précédents français ou étranger en la matière n'est pertinent. Quant à la référence au modèle anglais, Duguit défend la spécificité et de la maturité du modèle français de justice politique. Il juge qu'« il ne faut pas, à tout propos et hors de propos, invoquer les règles admises en Angleterre. Notre droit constitutionnel est arrivé à son plein développement et se suffit à lui-même »[3447]. De plus, il souligne la confusion qui existait alors entre la responsabilité pénale et politique au moment de sa formation en Angleterre[3448]. En outre, les défenseurs de la thèse légaliste estiment que l'héritage du procès des anciens ministres de Charles X est inapproprié pour diverses raisons. Duguit considère, d'une part, que ce précédent de 1830 issu d'un régime monarchique par lequel le principe de légalité a été bafoué n'est pas applicable à un régime républicain. Il juge effectivement que celui-ci n'a « aucune valeur : de ce que la chambre des pairs de la monarchie de juillet, en 1830, a violé les principes du droit les plus certains, on ne peut pas conclure que le sénat républicain de 1914 ait le droit de les violer »[3449]. D'autre part, le précédent de 1830 serait, pour Bastid, contraire à la tradition constitutionnelle née à la Révolution. Il serait effectivement « en opposition absolue avec les idées qui avaient dominé quarante ans plus tôt l'établissement de la responsabilité ministérielle » puisque « la loi des 27 avril-25 mai 1791 avait formellement stipulé dans son article 30 : « Les délits des ministres, les réparations et les peines qui pourront être prononcées contre les ministres coupables seront déterminés par le Code pénal »[3450]. Cependant, il convient de noter qu'à cette époque, la distinction entre la responsabilité politique et la

3443 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.426.
3444 L. Duguit, Manuel…, 4ème éd., op.cit., p.491.
3445 *Ibid*., p.492.
3446 J.-P. Royer, Le jugement des ministres sous la IIIème République…, op.cit., p.171.
3447 L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op.cit., t.4, p.499.
3448 Selon Duguit, « la procédure de l'impeachment s'est formée en Angleterre à une époque où l'on n'était point arrivé à la notion de responsabilité politique des ministres » (*ibid*., p.498).
3449 *Ibid*., p.498-499.
3450 P. Bastid, Le procès des ministres de Charles X, Revue d'histoire moderne et contemporaine, tome 4, n°3, juillet-septembre 1957, p.210. C'est pourquoi Bastid ajoute que l'arrêt du 21 décembre 1830 a créé « un précédent regrettable, appelé à laisser des traces dans la jurisprudence des hautes cours » puisqu'il a institué « pour la justice politique une habitude funeste qui contredisait tous les efforts antérieurs tendant à l'enfermer dans les limites du droit » (*ibid*., p.211).

responsabilité pénale était quasi-inexistante. La tradition constitutionnelle en la matière est donc sujette à division. Enfin, pour Chavegrin, la Cour des pairs s'est octroyée un pouvoir souverain dans cette affaire pour une simple raison d'opportunité. Le professeur à la Faculté de droit de Paris remarque en ce sens qu'en 1830, elle ne pouvait « juger qu'*extra-legem* » car « sa compétence était cantonnée, par la Charte de 1814 (art.56), dans les faits de trahison et de concussion que des lois particulières spécifieraient : aucune loi n'ayant été faite à cette fin, il n'existait pas un acte qui, légalement, appartînt à la juridiction des pairs. La Cour des pairs aima mieux sortir du droit que d'exposer à toutes les fureurs les ministres privés de juges »[3451]. Il s'agissait dans les circonstances de 1830 de « soustraire les ministres à la vindicte populaire et [le pouvoir souverain de la Cour des pairs] a eu pour effet d'adoucir la peine prévue dans les textes, et non de l'aggraver comme dans l'arrêt du 6 août 1918 »[3452].

696. En dernière analyse, les partisans de cette doctrine répondent à l'objection non « sérieuse »[3453] des penseurs de la thèse constitutionnaliste selon laquelle il serait impossible de prévoir tous les actes criminels qu'un ministre peut commettre dans l'exercice de ses fonctions. Ils rétorquent que cette carence ne tient qu'au manque de volonté du législateur. Comme l'estime Duguit, « si le parlement le voulait bien, il ne serait point très difficile de faire une loi complète sur la responsabilité ministérielle »[3454]. Mais il n'en reste pas moins qu'à leurs yeux, les lois pénales à disposition sont largement suffisantes et complètes, et « si on les avait appliqués, certains ministres auraient pu être très légalement et très justement poursuivis et condamnés par la haute cour »[3455]. Par exemple, dans l'affaire Malvy, les articles 173 ou 114 et suivants du Code pénal auraient pu constituer un fondement légal valable pour condamner l'ancien ministre[3456]. En conclusion, il apparaît pour les tenants de la thèse légaliste que la sentence a été édictée par « des motifs de pure opportunité, qui n'ont rien à voir avec une application régulière de la loi », le Sénat s'étant « arrogé des pouvoirs qui ne lui appartenaient pas »[3457].

697. De l'examen des deux thèses doctrinales, il ressort donc que le pouvoir que la Cour se reconnaît elle-même a fait l'objet d'appréciations divergentes au sein de la science du droit public de la IIIème République, les uns approbatrices, les autres plus critiques, et a même engendré « les plus

3451 E. Chavegrin, S., 1920, II, p.36.
3452 N. Havas, La responsabilité ministérielle…, op.cit., p.489. Dans le même sens, Paul Bastid considère que la décision de 1830 « s'inscrit à l'évidence dans la logique du régime. Celui-ci cherchait à s'éloigner peu à peu des forces populaires dont la révolte avait permis son avènement. Mais, pour satisfaire aux commodités du moment, pour éviter l'impunité aussi bien que la peine capitale, il avait fallu donner au droit de singulières entorses ; et juridiquement la solution était indéfendable » (P. Bastid, Le procès des ministres…, op.cit., p.210).
3453 L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op.cit., t.IV, p.499.
3454 *Ibid*.
3455 *Ibid*. Chavegrin affirme également que « le législateur a serré les mailles du filet, et il faudrait, pour ne point s'y prendre, une singulière adresse, servie par une chance rare » (E. Chavegrin, préc., p.35).
3456 Sur ce point : L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op.cit., t.IV, p.499 ; E. Chavegrin, préc., p.35.
3457 P. Bastid, Les grands procès politiques de l'histoire, op.cit., p.344.

grandes controverses chez les juristes »[3458]. À l'analyse, la vérité de cette savante *disputatio* juridique est à rechercher dans la conjugaison de facteurs exogènes et endogènes antagonistes qui structurent la pensée de chaque camp de publicistes, même si chacun d'eux mettent en avant leur bonne foi et leur neutralité axiologique[3459].

3. Une controverse doctrinale déterminée par des facteurs endogènes et exogène complémentaires

698. Leur divergence d'argumentations provient, tout d'abord, de présupposés théoriques opposés et, en dernier ressort, d'une philosophie spécifique du droit constitutionnel. *D'un côté*, les tenants de la thèse légaliste entendent mettre au centre de leur approche le concept de l'*État de droit*, qui consiste, selon eux, à ce que « tout organe politique, administratif, judiciaire, soit subordonné à la loi et ne peut jamais faire un acte qui lui soit contraire »[3460]. Ce combat se rapporte directement à celui de l'une des figures emblématiques de cette thèse, Léon Duguit. À ses yeux, la France étant organisée selon un « régime général de légalité »[3461], l'État de droit trouve à s'appliquer même en matière de justice politique et s'oppose *a fortiori* à toute souveraineté de la Cour. Comme il le déclare clairement, « dans un pays qui reconnaît le principe de légalité, un organe de l'État ne peut se placer au-dessus ou en dehors de la loi »[3462]. À travers cette affirmation, il s'agit pour le maître de Bordeaux de normaliser la justice politique en la soumettant, à l'image du droit constitutionnel américain[3463], au droit ordinaire. Cette subordination doit se traduire, selon lui, par le respect du principe de légalité des délits et des peines[3464]: « sous un régime de légalité, il ne peut y avoir infraction que lorsque se trouvent réunis les faits qui, en vertu d'une loi, la constituent »[3465]. Dans le cas contraire, le non-respect de ce principe est le symptôme d'« un régime arbitraire indigne d'un

3458 J.-P. Royer, Le jugement des ministres sous la IIIème République…, op.cit., p.171. Pour Roux, les arrêts du Sénat constitué en Haute Cour ont été « cause d'émotion » parmi les juristes publicistes (J.-A. Roux, L'affaire Malvy…, op.cit., p.271).
3459 Par exemple, Duguit déclare que « (…) le moment est venu de dire nettement ce qui est, pour tout juriste, la vérité incontestable, sans qu'on puisse être suspecté de se déterminer par des considérations de circonstances ou des intérêts de parti » (L. Duguit, L'arrêt du Sénat…, op.cit., p.137). Mais son opposant, le professeur de droit criminel Roux défend la même impartialité : « [rien n'a] ébranlé ma conviction quant à la parfaite légalité de l'arrêt du 6 août 1918. Je crois qu'il en sera de même pour toute personne impartiale, qui, sans esprit préconçu, ni passion politique, voudra prendre la peine de comparer les deux théories (...) » (J.-A. Roux, Réponse..., op.cit., p.145).
3460 L. Duguit, L'arrêt du Sénat…, op.cit., p.138.
3461 L. Duguit, Traité..., t.4, op.cit., p.501. Dans le même sens : A. Chastel, De la Haute Cour…, op.cit., p.19 : « les juridictions ne peuvent plus désormais, et en aucun cas, prononcer de peines arbitraires ; nous vivons sous un régime général de légalité et par conséquent sous le système des peines légales ».
3462 L. Duguit, Traité…, t.4, op.cit., p.507.
3463 Comme le note J. Barthélemy, « les auteurs de la constitution américaine ont fait des efforts remarquables pour rompre avec cette tradition d'arbitraire [de la justice politique] et rentrer dans le règne rigoureux de la loi » (Joseph-Barthélemy et P. Duez, Traité…, 1933, op.cit., p.881).
3464 Duguit qualifie ce principe de « règle du droit français moderne » (L. Duguit, L'arrêt du Sénat…, op.cit., p.138).
3465 L. Duguit, Traité…, t.4, op.cit., p.498.

pays civilisé »[3466]. Ce dernier argument permet de mettre en lumière le second postulat des auteurs de cette thèse qui est la défense du *libéralisme*. Un régime de légalité est, à leurs yeux, un système libéral dans la mesure où il empêche tout jugement arbitraire prononcé par une cour, au regard des prescriptions de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen née précisément en réaction contre les dérive despotiques de l'Ancien Régime[3467]. Duguit dénonce dès lors le système de la souveraineté de la Haute Cour dans lequel « un tribunal est au-dessus des lois, puisqu'il peut ne les appliquer que quand et comme il lui plaît »[3468]. Il en résulte qu'à l'aune de cette finalité libérale, les défenseurs de cette doctrine légaliste se prononcent en faveur d'une assimilation de la Cour de Justice aux autres juridictions répressives, et, par suite, la soumettent strictement à toutes les règles de procédure et aux dispositions impératives des lois pénales. En outre, la soumission des ministres au droit pénal commun permet par là-même, selon eux, de davantage satisfaire un troisième axiome, le principe d'*égalité des citoyens devant la loi*, dogme fondamental issu de la Révolution de 1789. Enfin, la thèse légaliste répond à un autre cheval de bataille propre à la pensée de Duguit. Le professeur bordelais dénonce le dévoiement de la signification de la notion de « souveraineté » quand il est fait référence au pouvoir du Sénat constitué en Cour de justice, ce qui reprend sa critique générale contre l'idée même de souveraineté[3469]. Tout au long de son œuvre, il n'a eu cesse de vilipender la métaphysique de la doctrine de la souveraineté, ainsi que son caractère autoritaire dans l'espoir de la remplacer par celle, plus fraternelle, du service public. Le maître de Bordeaux est effectivement « emblématique de cette lutte menée contre la justice politique » en ce qu'elle est « l'incarnation de la raison d'État »[3470].

699. *De l'autre*, les défenseurs de la thèse constitutionnaliste structurent leur discours autour de pré-requis théoriques différents. La matrice centrale de leur position en faveur du pouvoir supra-légal de la Cour repose sur la nécessaire défense de l'État et de ses institutions en cas de mise en

3466 *Ibid*.
3467 « La seule question, la voici : 130 ans après la Déclaration des droits, la France vit-elle ou non sous un régime de légalité ? Est-elle ou non un État de droit ? - Oui, assurément, répond-on. - Qu'est-ce à dire ? Ceci, évidemment : Tant qu'une loi existe, il n'y a pas un organe de l'État qui puisse la violer parce qu'il n'y a pas un organe de l'État qui soit *lege solutus*. (…) Principe incontesté et incontestable ; principe protecteur entre tous ; principe sans lequel il n'y a pas d'État libre, mais seulement un régime despotique, l'État despotique, étant par définition celui où les organes du pouvoir n'ont pas leur action limitée par des lois » (L. Duguit, L'arrêt du Sénat dans l'affaire Malvy, op.cit., p.138).
3468 *Ibid*.
3469 Comme l'affirme le professeur bordelais, « appliquée à une cour de justice, l'épithète souveraine a un sens précis : elle signifie que cette cour prend des décisions sans appel. C'est en ce sens que la cour de cassation, les cours d'assises, les cours d'appel, le Conseil d'État statuant au contentieux, sont souverains. Il n'en résulte pas que ces juridictions aient le pouvoir d'aller au-delà de la loi et de la violer. Le sénat est une cour de justice et s'il est souverain, c'est dans le même sens et avec les mêmes conséquences » (L. Duguit, Traité…, t.4, op.cit., p.503-504). Cependant, il convient de noter que cette critique duguitienne formulée contre l'expression de « souveraineté » est partagée par les défenseurs de la thèse constitutionnaliste. J. Barthélemy considère, par exemple, que celle-ci est « profondément anti-juridique, fausse, inconstitutionnelle » (J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.631). Sur ce point : *ibid*., p.631-632).
3470 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.426. Comme le déclare Duguit, « il y a, dira-t-on, des circonstances graves où la sécurité nationale est en jeu et où une haute juridiction politique doit pouvoir condamner même en dehors de la loi. C'est l'odieux sophisme de la raison d'État qu'ont invoqué de tout temps les gouvernements despotiques » (L. Dguit, L'arrêt du Sénat…, op.cit., p.139)

danger par les délégataires du pouvoir[3471]. Pour eux, la responsabilité judiciaire d'un ministre se trouve encourue toutes les fois qu'il fait, même en dehors des qualifications de la loi pénale, un abus criminel du pouvoir qui lui a été confié[3472]. À cette fin, ils observent que le législateur constituant de 1875 a voulu qu'un tribunal exceptionnel, gardien des intérêts supérieurs du pays, puisse qualifier crimes les actes commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions, y compris ceux non prévus et réprimés par le Code pénal, et qu'elle puisse leur appliquer toutes les peines prévues ou non par le législateur, notamment pour des raisons d'opportunité[3473]. Celui-ci a, en effet, mis en place, à l'encontre des ministres, une responsabilité singulière que Joseph Barthélemy et Paul Duez qualifient de « responsabilité politique pénale exorbitante du droit commun »[3474]. Le renversement des principes les plus sûrs du droit pénal est, dès lors, justifié par les partisans de la thèse du droit constitutionnel par la raison d'État et « la nécessité de protéger les intérêts vitaux de l'État »[3475].

700. Ce faisant, ils ajoutent que le pouvoir discrétionnaire de ce tribunal est d'autant plus évident que les constituants ont fait le choix de confier cette compétence au Sénat, c'est-à-dire un organe législatif « avec sa compétence politique lui permettant de reconnaître la véritable portée et le caractère réel, criminel ou simplement politique, des faits relevés par l'accusation »[3476]. De ce point de vue, le discours des auteurs de la thèse constitutionnaliste est assis sur une logique davantage institutionnelle par rapport à celui des auteurs de la thèse légaliste. Prenant en compte l'essence du régime de la IIIème République, le concept du *parlementarisme* constitue le second prémisse de leur point de vue[3477]. Sur la base de celui-ci, il assimilent la responsabilité prétendument pénale des

3471 *v.* M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1er éd., op.cit., p.599.

3472 Comme le déclare le républicain Henri Brisson, « un ministre trahit l'État, dit Benjamin Constant, toutes les fois qu'il exerce, au détriment de l'État, son autorité légale » (cité par J. Barthélemy, La mise en accusation..., op.cit., p.617). De même, il s'agit pour J. Barthélemy d'« exiger des personnages politiques qu'ils administrent avec probité, prudence et capacité, les intérêts supérieurs de la Nation, et qu'ils rendent compte de leurs fautes lourdes » (J. Barthélemy, La mise en accusation..., op.cit., p.620).

3473 Comme l'estime J. Barthélemy, « il y a, de la part des gouvernants, des fautes tellement graves qu'elles deviennent criminelles dans le sens de la Constitution. Ceux qui acceptent les jouissances, légitimes, du pouvoir doivent subir ses responsabilités. Le gouvernement n'est pas un jeu. Et celui qui, par légèreté ou imprudence coupable, a compromis les intérêts de l'État, ne doit pas pouvoir s'abriter derrière la lettre du Code, et considérer qu'il a payé toute sa dette en abandonnant une fonction dont il n'a pas rempli les devoirs » (*ibid*., p.633).

3474 J. Barthélemy et P. Duez, Traité…, op.cit., 1933, p.881.

3475 J.-A. Roux, L'affaire Malvy…, op.cit., p.270. Les partisans de cette thèse font sienne l'adage juridique selon lequel « nécessité fait loi ». En ce sens, dans le rapport d'instruction de la chambre basse dans le cadre de l'affaire Malvy, le comte de Bastard déclare que « la nécessité (…) proroge tous les pouvoirs, et [elle] est la plus impérieuse et la plus irréfragable de lois » (cité par *ibid*.).

3476 J. Barthélemy, La mise en accusation..., op.cit., p.614. Carré de Malberg précise également que le choix d'attribuer le pouvoir de condamnation au Sénat résulte du fait que, dans la pensée des constituants de la IIIème République, la chambre haute est censée incarner « la plus haute sagesse de la République et qui, par là-même, semble spécialement la désigner pour jouer, dans des affaires d'une telle gravité, le rôle d'arbitre suprême entre la Chambre qui a accusé et les membres du Gouvernement mis en accusation » (R. Carré de Malberg, Contribution…, t.1, op.cit., p.792).

3477 Comme le note Carré de Malberg, « les appellations de Haute-Cour ou de Cour de justice peuvent aujourd'hui passer pour un anachronisme. Ces expressions proviennent du temps où les assemblées législatives étaient exclues de toute prépondérance d'ordre parlementaire sur l'Exécutif et où, par suite, il avait fallu créer, en dehors d'elles, pour le jugement des crimes politiques, un haut-tribunal spécial, qui constituait, dans ce régime, un véritable corps judiciaire. Sous la Constitution de 1875, ces expressions traditionnelles ne sont plus de mise : ce n'est plus en qualité de Cours de justice que la Chambre des députés et le Sénat exercent leurs pouvoirs de mise en accusation et de jugement ; les deux Chambres détiennent ces pouvoirs en vertu du parlementarisme et qu'en tant qu'assemblées parlementaires » (R. Carré de Malberg, Contribution…, t.1, op.cit., p.794).

membres de l'exécutif à une forme de responsabilité politique. Le choix express d'un corps politique comme tribunal se rattache, selon eux, à un dessein foncièrement politique et exprime la volonté des constituants que les jugements soient rendus selon des vues d'ordre politique. La responsabilité pénale des membres de l'exécutif dans le droit public français n'est, à leurs yeux, que « le prolongement et la conséquence de la puissance générale et supérieure de contrôle et d'investigation, qui appartient au pouvoir législatif dans un régime parlementaire »[3478]. Carré de Malberg résume parfaitement cette position. D'après une lecture systémique des institutions, le professeur strasbourgeois soutient que « la faculté de prononcer une condamnation, en cas de fautes criminelles de l'Exécutif, est apparue comme une suite naturelle de la faculté d'appréciation politique de ces fautes. (…) [Il n'y a pas] dans les rapports des ministres avec les Chambres, deux responsabilités différentes : il n'y en a qu'une seule, qui naît du fait que, dans le régime parlementaire, les membres du Cabinet sont tenus de rendre compte et de se justifier de tous les actes »[3479]. La responsabilité pénale n'est donc, pour eux, qu'une manifestation de la responsabilité générale des ministres devant les membres du Parlement, en tant que représentants de la Nation[3480].

701. Par ailleurs, pour les partisans de la thèse du droit constitutionnel, le pouvoir discrétionnaire exceptionnel de la Chambre haute n'est en rien anti-libéral. À l'image des penseurs de la thèse légaliste, ils se réclament également du *libéralisme*. Pour cela, les auteurs invoquent un argument d'autorité d'après lequel la plupart des publicistes libéraux du XIXème siècle ont défendu, même en période ordinaire, la prérogative supra-légale du Sénat constitué en Cour de justice. Comme l'affirme Roux, « la théorie de la souveraineté du pouvoir, que le Sénat a fait sienne dans l'affaire Malvy, a été communément admise, et (…) elle a été soutenue par d'autres publicistes, d'un libéralisme plus sûr que Benjamin Constant et à des époques moins troublées que 1830 »[3481].

3478 R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.259.

3479 R. Carré de Malberg, Contribution..., t.1, op.cit., p.792-793. Le professeur strasbourgeois ajoute que leur responsabilité parlementaire produit tantôt des effets politiques, tantôt pénaux. Cependant il souligne que les différences entre les deux types de responsabilité tiennent à la procédure et à la sanction (v. *ibid*., p.794). De même, Esmein estime que la prérogative du Sénat doit être et « a toujours été envisagée comme la sanction et le corollaire de la responsabilité ministérielle » (cité par *ibid*., p.792). En ce sens, pour Joseph-Barthélemy, la responsabilité pénale des ministres devant la Cour de justice permet de combler les lacunes de la responsabilité politique sous la IIIème République : « c'est un des vices les plus graves de notre démocratie que l'irresponsabilité y règne au sommet de notre organisation politique (…). Nous n'avons pas, à proprement parler, de responsabilité ministérielle : ce que l'on appelle la « responsabilité politique » suppose une sanction singulièrement insuffisante : l'obligation de démissionner n'est pas une sanction, puisqu'il est entendu que la fonction de ministre n'est pas une carrière » et c'est pourquoi, selon lui, « dans une certaine mesure, il n'est pas impossible d'y remédier par un usage approprié de la mise en accusation devant le Sénat » (J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.618-619).

3480 A ce titre, lorsque les assemblées mettent en accusation et jugent un ministre, elles demeurent des organes législatifs et non des tribunaux : « le pouvoir d'accusation, de jugement et de condamnation, conféré par la Constitution de 1875 aux Chambres sur les ministres (…), n'implique nullement que les Chambres doivent être regardées come des autorités juridictionnelles. (…) Non seulement il reste le Sénat, au point de vue de sa consistance organique ; mais encore, au point de vue fonctionnel, il continue à se comporter en assemblée politique et à exercer ses attributions normales de contrôle et d'appréciation parlementaires sur les actes de l'Exécutif » (R. Carré de Malberg, Contribution..., t.1, op.cit., p.794).

3481 J.-A. Roux, Réponse…, op.cit., p.146. Le professeur prend l'exemple de l'avocat, journaliste et homme d'État, Henri Brisson, dont « nul ne songera à mettre en doute le républicanisme [qui] (…) a (…), solennellement et formellement, revendiqué pour des Assemblées républicaines le pouvoir de qualifier les crimes des ministres et d'édicter la peine « *même en dehors des qualifications de la loi pénale* » » *(ibid*.). Henri Brisson s'appuie lui-même sur la

702. On comprend donc que chaque thèse est porteuse, de manière sous-jacente, d'une philosophie particulière du droit constitutionnel. En ce qui concerne la thèse du droit commun, ses disciples, imprégnés par la logique du droit pénal, cherchent, comme son nom l'indique, à faire disparaître le caractère dérogatoire et exceptionnel du droit constitutionnel. Elle s'inscrit dans l'un des axes majeurs de la doctrine duguitienne qui tend à considérer les gouvernants comme des individus comme les autres. Indépendamment de leur statut, les représentants de l'État sont soumis au droit comme les particuliers. Cette idée directrice de Duguit n'est rien d'autre que celle de la soumission de l'État au droit, ou plus exactement, le problème de la limitation des gouvernants par le droit. À l'inverse, la thèse constitutionnaliste, davantage politique, est axée principalement sur la sauvegarde de la spécificité du droit constitutionnel conçu, depuis ses origines, comme un droit exorbitant du droit commun. Construite sur une théorie de l'État, cette thèse maintient les distinctions et les privilèges institués entre les gouvernants et les citoyens. Le principe d'égalité devant la loi ne constitue pas, en ce sens, l'un de ses principes directeurs puisque ses penseurs soulignent que ce principe n'interdit pas de régler de façon différente des situations différentes[3482].

703. De surcroît, leurs discours puisent leur antagonisme dans un autre facteur endogène : *la manière d'interpréter la Constitution*. Les facteurs endogènes sont intimement liés dans la mesure où les postulats juridiques de chaque thèse conditionnent directement leur méthode d'interprétation des lois constitutionnelles de 1875. De ce point de vue, les défenseurs de la doctrine légaliste sont « enclins à interpréter la Constitution de manière littérale pour justifier la thèse de l'applicabilité du principe de légalité des délits et des peines »[3483]. Leur approche pénaliste exige, pour l'application des textes constitutionnels, le sens le plus strict et n'admet aucune extension extra-légale, d'ordre historique ou non[3484]. Impliquant une analyse grammaticale des normes constitutionnelles, tout est de droit étroit. Ce qui signifie qu'en l'absence d'un texte formel définissant les crimes ministériels et

tradition libérale des publicistes français du XIXème siècle : « Conspirer contre la République, cela constitue d'abord le crime de trahison, c'est-à-dire une accusation qui, sans doute, n'a pas sa place dans le Code pénal, mais duquel toutes les illustrations de la politique libérale – Benjamin Constant, Clausel de Coussergues, Labbey de Pompierre, Villemain et enfin, M. le duc de Broglie, le père, - ont dit qu'elle était de droit dans toute assemblée politique. Oui, ces grands écrivains et ces grands orateurs ont dit que (…) les assemblées exerçaient à la fois (…) le pouvoir de législateurs et le pouvoir de juges » (cité par J. Barthélemy, La mise en accusation..., op.cit., p.617-618). Toutefois, Duguit rejette ce motif qu'il estime inopérant : « il ne s'agit pas de savoir si les publicistes qui n'ont pas critiqué la décision de la chambre des pairs étaient ou non libéraux, mais de savoir, si dans un pays qui reconnaît le principe de légalité, un organe de l'État peut se placer au-dessus ou en dehors de la loi » (L. Duguit, Traité…, t.4, op.cit., p.507).

3482 « Il faut, suivant le principe aristotélicien, traiter inégalement les choses inégales. À une situation spéciale, il faut une législation spéciale. Qui veut jouir des avantages d'une haute situation doit en subir les inconvénients. Talleyrand disait qu'on n'a pas le droit d'être malheureux en politique » (J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.619).

3483 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.427.

3484 Face à l'accusation de Roux contre Duguit lui reprochant son utilisation de la méthode exégétique vis-à-vis des dispositions constitutionnelles, le professeur bordelais lui répond en récusant la méthode historique : « en raisonnant ainsi, quoi qu'en dise Roux, je ne viole point les règles traditionnelles de l'interprétation, je m'y conforme, au contraire, beaucoup mieux que lui, parce que je raisonne logiquement et que je m'appuie sur des textes législatifs en vigueur au lieu d'invoquer la jurisprudence périmée de je ne sais quelle cour des pairs, depuis longtemps caduque » (L. Duguit, Traité…, t.4, op.cit., p.508). En réalité, sans s'en rendre compte, les défenseurs de la thèse pénaliste font énormément référence à la tradition constitutionnelle française puisqu'ils se fondent sur plusieurs principes établis par le droit révolutionnaire de 1789, tels que le principe d'égalité devant la loi ou le principe de la légalité des délits et des peines.

les peines qui en découlent, le Sénat est incompétent[3485]. En revanche, les adeptes de la doctrine constitutionnaliste, en prônant une méthode d'interprétation qui ne se cantonne pas à l'exégèse de la loi écrite mais qui préconise de prendre en compte des sources extra-textuelles pour appréhender le sens réel des lois constitutionnelles telles que la coutume constitutionnelle ou l'histoire constitutionnelle, sont conduits à s'affranchir du principe de la légalité des délits et des peines. Cette façon particulière d'étudier la norme constitutionnelle, qui met en avant la spécificité de l'interprétation en droit constitutionnel[3486], trouve sa justification dans le fait qu'outre la brièveté des lois constitutionnelles[3487], les constituants de 1875 n'ont pas voulu faire table rase du passé constitutionnel français. Comme le déclare Joseph Barthélemy, « l'Assemblée Nationale adoptait, souvent sans débats, des institutions déjà expérimentées par la France au cours de son déjà long calvaire constitutionnel »[3488]. La tradition constitutionnelle française apprend en ce sens que « le système du jugement parlementaire des ministres autorise les poursuites pour faute grave et l'application par la Chambre haute des peines qu'elle jugea appropriée »[3489]. L'affaire Malvy met donc en lumière la concurrence des procédés d'interprétation au sein de la science du droit public du début du XXème siècle, ce qui conduit à des résultats diamétralement opposés.

704. Enfin, à côté des facteurs endogènes, le désaccord entre les partisans des deux thèses repose également sur un facteur exogène. Il s'inscrit en toile de fond dans le contexte juridico-politique singulier de la IIIème République, marqué par la souveraineté parlementaire et son corollaire, le légicentrisme. *D'un côté*, le parlementarisme absolu imprègne clairement la représentation des publicistes favorables à la thèse constitutionnaliste. Le pouvoir discrétionnaire reconnu à la Chambre haute est « en liaison étroite avec la conception qui place l'exécutif dans la dépendance et sous la surveillance étroite du pouvoir législatif »[3490]. Politiquement, les membres du Parlement, « en principe représentants de la Nation souveraine, étaient devenus, dès les premières années du régime, les représentants souverains de la Nation »[3491]. En effet, la large partie de la doctrine publiciste française ne s'offusque pas de cette compétence extraordinaire du Sénat et de la

3485 « La Constitution crée une juridiction d'exception, mais par aucun de ses termes, elle ne lui donne un pouvoir qui n'appartient pas aux juridictions de droit commun » (L. Duguit, L'arrêt du Sénat…, op.cit., p.141).
3486 Comme l'affirme J. Barthélemy, la méthode littérale d'interprétation est « bonne lorsqu'il s'agit des textes en général, [mais] qui cesse de l'être lorsqu'on prétend l'appliquer à la Constitution de 1875 » (J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.616).
3487 La tradition « sert de clair commentaire aux indications plus que brèves de nos lois constitutionnelles » (J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.624).
3488 *Ibid*.
3489 *Ibid*. Comme le rappelle J. Barthelemy, « dans le système auquel ne se rattache pas la constitution de 1875 où les ministres sont déférés à des Hautes-Cours, composées d'éléments extra-parlementaires, ces juridictions sont strictement liées par la loi pénale » (*ibid*.). Il souligne une exception à ce principe en droit comparé dans la Constitution de la Belgique qui prévoit que « jusqu'à ce qu'il y soit pourvu par une loi, la Chambre des représentants aura un pouvoir discrétionnaire pour accuser un ministre, et la Cour de cassation pour le juger, en caractérisant le délit et en déterminant la peine » (cité par *ibid*.).
3490 R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.259.
3491 J.-P. Machelon, Parlementarisme absolu, État de droit relatif: à propos du contrôle de la constitutionnalité des lois en France sous la Troisième République (positions et controverses), La Revue administrative, 48ème année, n°288, 1995, p.628.

domination législative qui en est le reflet et la conséquence puisqu'« on ne peut comprendre l'opinion de ces juristes, si l'on ne se souvient pas que les hommes de la IIIème République font largement confiance aux représentants de la nation – à la représentation parlementaire – pour défendre la Constitution. Le gardien de la Constitution, ce ne sont pas les juges, mais le Parlement, dont la Haute Cour n'est qu'une émanation »[3492]. *De l'autre*, la conception des penseurs de la thèse pénaliste est pénétrée par la doctrine du légicentrisme, manifestation juridique du parlementarisme absolu. Celle-ci se traduit par la primauté de la loi dans la hiérarchie des normes puisqu'elle est considérée comme la seule et unique expression de la souveraineté nationale, et fonde, dès lors, un État légal. Dans cette configuration juridique, la suprématie de l'acte législatif dans l'ordre juridique de la IIIème République implique pour les partisans de la thèse légaliste, un assujettissement strict du Sénat réuni en Cour de justice aux prescriptions de la loi pénale[3493]. La défense de la doctrine légicentriste par le courant du droit commun s'oppose nettement à la doctrine contraire du « pluralisme juridique » soutenue par le courant du droit constitutionnel qui pose en contradiction que le droit politique procède de nombreuses sources extérieures à la norme législative. Le contexte institutionnel de la IIIème République a donc fortement influencé, chacun à sa manière, la pensée des partisans des deux thèses.

705. En définitive, il s'avère que la doctrine publiciste du début du XXème siècle est loin d'être à l'unisson pour condamner les arrêts de l'affaire Malvy. Mais, leçon surprenante, cette profonde dispute juridique ne clôtura pas le débat des générations doctrinales suivantes vis-à-vis du sujet de la justice politique. Comme le note Joseph Barthélemy, l'arrêt Malvy « laisse ouvert une des controverses les plus graves du droit constitutionnel : celle des pouvoirs de la Haute Cour »[3494]. Si

3492 O. Beaud, Le double écueil..., op.cit., p. 424. La pensée de Carré de Malberg en est le parfait exemple : « Le véritable fondement de l'institution dite de la Haute-Cour de justice doit, selon le droit constitutionnel actuel de la France, être recherché essentiellement dans le régime spécial de hiérarchie, qui se trouve établi, par l'effet du parlementarisme, entre l'Exécutif et les Chambres : une hiérarchie, qui non seulement implique pour les assemblées élues le pouvoir de surveiller, d'influencer, de dominer en un mot, l'Exécutif, mais qui encore, en se combinant avec le fait que le Parlement est présentement l'organe suprême, permet aux Chambres d'aller jusqu'à mettre en accusation les membres de l'Exécutif, et même jusqu'à prononcer contre eux des condamnations pénales. Tout cela, sans qu'il soit nécessaire de prêter aux Chambres un caractère juridictionnel, mais simplement en vertu de la supériorité qui leur appartient, en principe, sur l'Exécutif » (R. Carré de Malberg, Contribution…, t.1, op.cit., p.794).

3493 Comme l'affirme Duguit, « le parlement lui-même statuant sur un point déterminé ne peut pas aller contre la loi. Il peut la modifier, la remplacer par une loi nouvelle ; s'il prend une décision individuelle, il est lié par la loi comme tous les organes de l'État » (L. Duguit, Traité…, t.4, op.cit., p.506).

3494 J. Barthélemy, La mise en accusation…, op.cit., p.637-638. Le professeur parisien ajoute qu'« il est (…) regrettable qu'une question aussi grave demeure assez incertaine pour partager en deux camps d'égale importance les représentants les plus autorisés du droit constitutionnel. Si elle vient à se poser dans la pratique, la solution, quelle qu'elle soit, présentera des inconvénients : l'impunité du ministre irritera une partie de l'opinion, une condamnation de régularité douteuse en inquiétera une autre partie » (*ibid*., p.622). Il aboutit à une conclusion paradoxale par rapport à sa position constitutionnaliste et à la solidité de son raisonnement juridique : « il serait fortement à souhaiter, affirme-t-il, que le Parlement se décidât enfin à voter la loi attendue depuis 1814, promise par la Charte de 1830, et dont il fut question, pour la première fois, à la Chambre des députés, en 1879 » (*ibid*.). Par ailleurs, la question de l'étendue des pouvoirs du Sénat n'est pas la seule laissée en suspens. Barthélemy et Duez soulignent également que le fonctionnement et l'organisation de la Haute cour posent problème et restent en chantier : « Le système du Sénat-juge présente des inconvénients (…). La seconde Chambre constitue une juridiction beaucoup trop nombreuse, d'un maniement lourd et difficile » mais il note qu'en la matière, « il n'est pas de solution parfaite » (J. Barthélemy et P. Duez, Traité…, 1933, op.cit., p.886).

les deux thèses seront mises en application par la jurisprudence durant la IIIème République[3495], c'est « le souvenir de ce procès qui oriente et le législateur et la doctrine juridique dans un sens « légaliste » (…) dans l'organisation de la Haute Cour » lors des régimes politiques ultérieurs.

*
* *

Conclusion du chapitre 1

De ce chapitre il ressort que la période 1875-1930 constitue un moment charnière dans l'histoire doctrinale de la problématique des immunités constitutionnelles. Elle est marquée par un intense travail de systématisation d'une ampleur inédite de la part de la science française du droit public naissante par rapport à celle-ci. Cette entreprise de rationalisation doctrinale est le résultat d'un double phénomène, à la fois, universitaire et politique.

706. Faiblement institutionnalisée jusque dans les années 1880, la permanence et les progrès de la discipline du droit constitutionnel à l'Université entre la fin du XIXème siècle et le début du XXème siècle impactent, à la fois, le volume de production scientifique et le degré de théorisation vis-à-vis de la question des protections constitutionnelles des pouvoirs supérieurs. *D'un point de vue quantitatif*, les publicistes de la IIIème République manifestent un réel intérêt pour ce questionnement, comme le prouvent l'augmentation du nombre de pages consacrées à cet objet dans leurs manuels systématiques ainsi que l'éclosion nouvelle et la multiplication des thèses spécifiques à ce sujet. *D'un point de vue qualitatif*, la stabilité de son enseignement et le développement des publications favorisent la consolidation d'une véritable doctrine en droit constitutionnel[3496]. Les constitutionnalistes entendent se livrer à une étude scientifique du droit constitutionnel afin d'autonomiser leur savoir, ce qui se répercute sur leur manière de traiter épistémologiquement le problème des statuts dérogatoires des gouvernants. Si, dans un premier temps, celui-ci est étudié selon une méthode dogmatique classique consistant en une analyse ordonnée des dispositions constitutionnelles de la IIIème République qui les saisissent, il connaît, par la suite, une nouvelle grande direction méthodologique. Il est désormais inséré dans de vastes ensembles théoriques propres à chaque publiciste du début de la IIIème République qui sonne l'heure de gloire du juriste théoricien. Si certains, à l'image d'Esmein ou de Carré de Malberg, fondent leur analyse des privilèges constitutionnels à partir des principes généraux apparus au moment de la Révolution française, mis en perspective avec l'histoire constitutionnelle et le droit comparé, d'autres l'intègrent

3495 Par le procès Péret du 23 juillet 1831, « le Sénat de la IIIème République, après avoir affirmé sa souveraineté d'une manière éclatante dans l'affaire Malvy, semble revenir, avec l'affaire Péret, à la conception pénaliste » (J. Barthélemy et P. Duez, Traité…, 1933, p.882). Sur ce point : N. Havas, La responsabilité ministérielle, op.cit., p.486 et s. ; J.-P. Royer, Le jugement des ministres sous la IIIème République…, op.cit., p.159 et s.
3496 Sur ce point de « l'âge des spécialistes » : G. Richard, Enseigner le droit public à Paris..., op.cit., p.323-330.

dans une théorie générale de l'État, comme, par exemple, Léon Duguit à travers sa théorie du droit objectif. Néanmoins, leur démarche conceptuelle vis-à-vis de cet objet n'est pas exclusive de quelques propos critiques. Elle ne les empêche pas non plus de faire preuve de pédagogie à l'égard de leurs étudiants. Le dynamisme de la recherche scientifique de la science française du droit constitutionnel naissante entre la fin du XIXème siècle et du début du XXème siècle profite donc à la conceptualisation de l'objet des immunités constitutionnelles.

707. Ce mouvement de théorisation doctrinale va de pair avec un cadre politique plus stable après la crise de 1877. Le contexte du régime de la IIIème République est propice à une synthèse apaisée de la part de la doctrine publiciste. Celle-ci peut désormais s'appuyer sur un passé parlementaire quasi-centenaire et sur l'enracinement durable de l'expérience républicaine et du régime représentatif, desquels se dessinent un large consensus ainsi que des mécanismes qui en découlent. De ce point de vue, *la théorie française des immunités constitutionnelles* sous la IIIème République est pensée, à la quasi-unanimité scientifique, à partir du dogme révolutionnaire de la souveraineté nationale. En témoigne, tout d'abord, la conceptualisation universitaire des privilèges parlementaires. Dédiant de longs développements à cette question à travers leurs traités ou dans des thèses particulières, leurs écrits témoignent d'une profonde unité doctrinale. En dépit du rejet apparent du concept de la souveraineté nationale par certains éminents constitutionnalistes et de leurs orientations épistémologiques opposées, il est significatif de noter que la grande majorité de la doctrine publiciste classique articule, en fin de compte, les deux volets des immunités parlementaires autour du mandat représentatif. Mais cette corrélation établie par les juristes de droit public du début de la IIIème République n'est ni anodine ni involontaire. La rigueur scientifique avec laquelle ils construisent l'architecture théorique des statuts dérogatoires des gouvernants cache, en réalité, une orientation idéologique marquée. Ces derniers veillent à concevoir le droit constitutionnel sous le prisme du paradigme de la souveraineté nationale dans la mesure où ce principe sert à légitimer les institutions représentatives et républicaines fragiles toute récentes - conformément au but poursuivi par les autorités politiques par l'institution de ce cours -, mais également à fonder la prédominance du Parlement, singulièrement de la Chambre basse. L'agencement théorique des privilèges parlementaires à la souveraineté nationale apparaît, dès lors, comme un moyen de justification de ces mécanismes dérogatoires du droit commun par le fait qu'ils sont revêtus, par là-même, d'un caractère républicain, libéral et démocratique. Au regard de leur portée dans un régime représentatif, il se dégage, dès lors, un fort consensus universitaire sur leur nécessité, même si la plupart des professeurs de droit public sont favorables à un encadrement de leur étendue à cause de leur caractère dérogatoire au droit commun – principalement l'inviolabilité -, et de l'évolution de la IIIème République qui s'oriente vers un régime d'assemblée[3497].

3497 Pour le professeur toulousain Saint-Girons, « le régime parlementaire, qui se traduit par l'affaiblissement du

708. Pourtant, au-delà de cette adhésion collective, il n'en demeure pas moins des points de tension doctrinaux par rapport au questionnement de la protection des pouvoirs constitués. Les aspects polémiques de la synthèse des grands auteurs classiques se concentrent, dès la naissance de la IIIème République, sur la manière de régler la responsabilité de l'exécutif qui est source d'une importante réflexion. Les désaccords intellectuels se révèlent à un double niveau. Ils portent, dans un premier temps, sur le régime de responsabilité du chef de l'État pour ses actes commis dans et hors l'exercice de ses fonctions dans le cadre d'un régime républicain. Certes, la majorité de la doctrine publiciste classique, dans son projet de construire une théorie de l'État républicain et parlementaire, est favorable à son irresponsabilité politique, associée à une responsabilité limitée devant les chambres pour les actes liés à ses missions qu'elle conçoit comme la conséquence du principe de la souveraineté nationale. Mais, malgré ce terrain d'entente, ses membres s'opposent sur les modalités de mise en œuvre concrètes de la responsabilité présidentielle. En raison du laconisme de l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui prévoit seulement une responsabilité présidentielle en cas de « haute trahison » devant le Sénat constitué en Cour de justice, il existe un véritable débat scientifique sur la forme de responsabilité à l'œuvre et sur ce qu'elle recouvre précisément. De ce point de vue, l'examen des réponses de la doctrine publiciste classique a mis en exergue l'existence de deux courants bien différents parmi ses membres. D'un côté, un courant qualifié de « *pénaliste* » selon lequel la responsabilité du chef de l'État pour haute trahison devant le Sénat est de nature pénale, impliquant de ce fait le respect de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, c'est-à-dire une définition des éléments d'incrimination et des peines correspondant à la notion de haute trahison. De l'autre, un courant dit « *constitutionnaliste* » qui appréhende la responsabilité de l'article 6 comme une responsabilité politique exceptionnelle puisque la haute trahison est un concept purement constitutionnel, dont sa définition reste par conséquent à la discrétion du Sénat réuni en formation exceptionnelle. En outre, cette absence de consensus se manifeste également en ce qui concerne la question de la responsabilité du Président de la République pour ses actes extérieurs à ses fonctions, laissée en suspens par le texte constitutionnel compte tenu de son silence sur ce point. Toute aussi conflictuelle, elle fait ressurgir les deux mêmes courants doctrinaux, même si la majorité des professeurs est opposée à toute inviolabilité présidentielle.

709. Enfin, le profond désaccord entre les professeurs publicistes de la IIIème République en matière de protection des pouvoirs supérieurs se poursuit à l'égard du privilège de juridiction dont

pouvoir exécutif et la prépondérance souvent exagérée des Chambres, rend de plus en plus inutiles les privilèges parlementaires, introduits à une époque où l'on redoutait, avec raison, l'influence dominatrice du chef de l'État » (A. Saint-Girons, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., 1884, p.207-208). Mais il modère son propos et soutient leur utilité afin de se protéger d'un nouveau danger inhérent au régime conventionnel : « si l'on peut approuver certaines réductions de l'immunité parlementaire (…), il sera toujours nécessaire de maintenir ces privilèges. Ils protégeront les représentants, tantôt contre le Chef de l'État, tantôt, *et surtout, dans l'avenir, contre la majorité parlementaire, qui chargerait les ministres de satisfaire ses haines contre la minorité* » (*ibid*., p.208. [Nous soulignons]).

bénéficient les ministres devant le Sénat en cas de « crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions ». Si les auteurs concentrent davantage leurs travaux à la responsabilité politique des ministres dans les premiers temps de la IIIème République en raison de l'effectivité de ce mécanisme, l'actualité politique met ensuite la question de la responsabilité pénale des ministres au centre de leurs préoccupations, cristallisée par l'affaire Malvy dans les années 1918. Celle-ci est à l'origine de l'une des plus grandes controverses constitutionnelles de la IIIème République. Les approximations de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, qui ne seront pas résolues par les deux lois de procédure adoptées en 1889 et en 1918, génèrent de nombreux problèmes, principalement celui de la marge d'appréciation du Sénat constitué en Cour de justice pour qualifier lui-même les faits qui lui sont soumis, en leur reconnaissant le caractère de crimes, et de les punir d'une peine quelconque. À l'image de la question de la responsabilité présidentielle, une opposition entre deux thèses solidement ancrées au sein de la doctrine française du droit public réapparaît, par l'intermédiaire d'articles approfondis ou dans leurs manuels respectifs. À cet égard, il a pu être identifié, de manière traditionnelle, les défenseurs d'une *thèse pénaliste* qui plaident en faveur du respect du principe de la légalité des délits et des peines par le Sénat réuni en Cour de justice afin de restreindre sa liberté, et ceux d'une *thèse constitutionnaliste* qui soutiennent le pouvoir supra-légal de celui-ci dans la détermination des incriminations et des peines correspondantes. Ces derniers rattachent le pouvoir de justice de la Chambre Haute, avant tout, aux concepts de la souveraineté nationale et du parlementarisme, et notamment, à la conception qui place l'Exécutif dans la dépendance et sous la surveillance étroite des Chambres. Par là-même, ils perpétuent l'idée classique, tout au long de notre histoire, de la finalité politique de la répression pénale exercée contre les ministres.

710. Il s'avère, par conséquent, que les travaux scientifiques de la doctrine publiciste classique ont eu une importance décisive dans le traitement de cette question complexe des privilèges de l'exécutif. Compte tenu des carences volontaires des sources formelles constitutionnelles de 1875, ils ont joué un rôle central d'éclairage vis-à-vis de ce problème, en veillant toujours soigneusement à l'examiner selon une orientation républicaine, libérale et démocratique. Loin de susciter l'unanimité, la question de la responsabilité de l'exécutif a été, au contraire, un formidable terrain d'expression des tensions et des chapelles qui traversent subrepticement les publicistes de la IIIème République, sans qu'aucune ne soit véritablement majoritaire. Chaque courant est porteur, de manière sous-jacente, d'une représentation concurrente du droit constitutionnel, orientée soit vers la défense de l'État soit vers l'idéologie du droit commun.

Mais cette phase d'intenses réflexions intellectuelles vis-à-vis des régimes exorbitants de droit commun va progressivement décroître à partir des années 1930, sous l'influence d'un nouveau contexte politique et scientifique.

CHAPITRE 2. UN OBJET RELATIVEMENT DÉLAISSÉ AU TOURNANT DES ANNÉES 1930 SOUS L'EFFET D'UN DOUBLE FACTEUR MÉTHODOLOGIQUE ET POLITIQUE

À compter des années 1930 jusqu'aux années 1990, le traitement doctrinal de la question des statuts dérogatoires des pouvoirs supérieurs qui succède à celle de la doctrine publiciste classique connaît un net ralentissement. Ce désintérêt doctrinal se manifeste au cours de cette période par une réduction, à la fois, du nombre d'articles de fond, de thèses et de pages dans les manuels de droit constitutionnel sur ce sujet. Il trouve sa source dans un facteur scientifique, lié à un *double* renouvellement de la méthodologie de la science constitutionnelle française, ainsi que dans un facteur politique qui tient au défaut d'effectivité des dispositifs immunitaires.

711. En tout premier lieu, sous l'impulsion de Joseph Barthélemy considéré comme le « fossoyeur de la doctrine constitutionnelle classique »[3498], le droit constitutionnel à partir de la fin de la Troisième République se distingue assez nettement de la façon dont certains publicistes de la période fondatrice pensent leur objet. Les constitutionnalistes du premier tiers du XXème siècle abandonnent « toute élaboration théorique dans la construction du droit constitutionnel et préfèrent se tourner vers l'étude des institutions politiques et des faits politiques »[3499]. Cette tendance marque un tournant majeur de la doctrine constitutionnelle qui est qualifié d'« empirique »[3500]. Les constitutionnalistes de cette époque privilégient désormais une méthode d'observation de la réalité institutionnelle des systèmes juridiques au prisme de l'histoire et la comparaison qui s'imposent comme les seules méthodes véritablement scientifiques. Ils souhaitent rompre avec l'étude des régimes constitutionnels par le biais des grands principes du droit constitutionnel qui sont au fondement de la discipline depuis la Révolution française. Ils préconisent d'étudier le droit constitutionnel, comme l'affirme le pionnier Boris Mirkine-Guetzévitch[3501], « non seulement sous son aspect théorique et doctrinal mais encore sous son fonctionnement pratique. L'examen d'une réalité constitutionnelle, l'étude des résultats que donne dans un pays l'application de telle ou telle institution constitutionnelle »[3502]. Cette démarche, dénommée « méthode de la science politique », s'oppose à la méthode juridique[3503]. Ses partisants considèrent que, les grands principes tels que la

3498 O. Beaud, Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique, Droits, n°32, 2000, p.89.
3499 O. Beaud, L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique, Jus Politicum, n° 11, p.2 [http://juspoliticum.com/article/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t-elle-un-repli-de-la-doctrine-publiciste-francaise-sur-la-technique-juridique-825.html].
3500 *Ibid*.
3501 S. Pinon, Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel, Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, 2007, n°46, pp. 183-212.
3502 B. Mirkine-Guetzévitch, Les Constitutions des Nations américaines, Paris : Delagrave, 1932, p.XII.
3503 Boris Mirkine-Guetzévitch distingue la méthode des sciences politiques et la méthode juridique. La première

séparation des pouvoirs, le gouvernement d'assemblée ou encore la souveraineté nationale sont autant de « formules surannées qui demeurent dans le droit public du XXème siècle »[3504]. Autrement dit, l'étude de ces principes n'est pas suffisante. Les auteurs défendent ainsi le postulat méthodologique selon lequel la science du droit constitutionnel implique certes d'étudier la règle de droit, mais aussi et surtout dorénavant, la façon dont le droit est effectivement appliqué par les pouvoirs publics au sein d'un système constitutionnel donné et les facteurs, non juridiques, qui sont susceptibles de contraindre les organes de l'État[3505]. Néanmoins, si certains auteurs n'ont pas écarté toute visée théorique dans leur œuvre durant cette période à l'image de René Capitant[3506], il n'en demeure pas moins qu'une tendance générale apparaît dans la littérature constitutionnelle.

712. Celle-ci s'impose définitivement à partir des années 1950, institutionnalisée par la réforme des études de droit du 27 mars 1954[3507] par laquelle l'enseignement de droit constitutionnel de première année de licence en droit est désormais couplé à l'étude des institutions politiques[3508]. La plupart des manuels défendent une lecture du phénomène constitutionnel à deux degrés, une lecture juridique et une lecture politique[3509]. Se devant de proposer une grille de lecture plus réaliste du fonctionnement

consiste en « l'étude des phénomènes juridiques et politiques dans leur empirisme historique ; cela ne veut point dire, évidemment, que nous limitons notre horizon au droit positif uniquement. Le droit représente l'expression de la conscience juridique du peuple et la véritable méthode empirique doit embrasser tous les phénomènes juridiques c'est-à-dire le droit écrit et la conscience juridique. Mais cet empirisme juridique ne peut jamais être observé dans une situation stabilisée, figée. Cet empirisme est vivant ; aussi la méthode empirique est-elle, par sa nature même, un procédé historique s'exprimant par l'observation des phénomènes juridiques, considérés non dans leur immobilité abstraite mais dans leur évolution historique continuelle » (B. Mirkine-Guetzévitch, Les nouvelles tendances du droit constitutionnel, RDP, 1930, p. 519).

3504 B. Mirkine-Guetzévitch, Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé, RIDC, n°4, 1949, p.410.

3505 « Le droit constitutionnel devient de moins en moins le droit de la Constitution, pour être de plus en plus le droit des institutions politiques, qu'elles soient ou non contenues dans le texte de la Constitution » (M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris : PUF, 1955, p.4).

3506 Comme l'affirme René Capitant, « si nous voulons rester des juristes, - et je crois qu'il faut que quelques juristes demeurent au milieu de ce flot montant de science politique – nous devons continuer d'attacher grande importance aux principes juridiques. Ceux-ci nous permettront de comprendre les systèmes juridiques (...) » (R. Capitant, Principes du droit public : doctorat : 1956-1957, rédigé d'après la sténotypie du cours et avec l'autorisation de René Capitant, Paris : Cours de droit, 1957, p.12). Cette recherche des principes est dictée par l'intitulé même de son cours : « sans négliger la jurisprudence ni les répertoires mais en m'attachant surtout au mouvement législatif et doctrinal, je resterai (…) fidèle à l'étude des principes, ainsi que m'y invite impérativement d'ailleurs le titre de la chaire dont dépend mon enseignement » (*ibid.*). *V.* sur ce point : O. Beaud, Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant, Droits, 2002, n°35, p.163 et s.

3507 Comme le note Duverger, « le décret du 27 mars 1954 portant réforme de la licence ouvre devant la science politique les portes des Facultés de droit » (M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, op.cit., p.VII).

3508 De manière symptomatique, les nouveaux manuels vont ainsi s'intituler désormais « Droit constitutionnel et institutions politiques », « Institutions politiques et droit constitutionnel » ou même « Institutions politiques ».

3509 Bien avant la réforme de 1954, les constitutionnalistes français avaient déjà préconisé le recours à une démarche expérimentale pour étudier le droit constitutionnel. Par exemple, la parution de la première édition du « Précis de droit constitutionnel » de Marcel Prélot en 1948 illustre cette méthode puisque celui-ci fait le choix de « n'envisager, auprès de ses étudiants de première année de Licence, que le droit français en vigueur et l'histoire constitutionnelle nationale, donc d'écarter le droit constitutionnel général » (J. Lainé, Empirisme et conceptualisme..., op.cit., p.179). Pour lui, les principes généraux du droit constitutionnel sont induits de l'observation réelle du fonctionnement des institutions nationales et non l'inverse. De même, Georges Vedel, considéré comme le « refondateur du droit public français » (G. Carcasonne et O. Duhamel, Préface : Georges Vedel. Le Doyen, in G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, réédition présentée par G. Carcasonne et O. Duhamel, Paris : Dalloz, 2002), fait le choix, dans son manuel élémentaire datant de 1949, d'une méthodologie empirique. Celui qui se définit comme un « professeur de sciences expérimentales » (cité par *ibid.*) a en effet « refondé une école de publicistes français, en inventant, avec quelques autres qui partageaient son sens de l'innovation, le mariage du droit public et de la science politique » (*ibid.*). Après la réforme de 1954, une autre figure publiciste marquante se réjouit de la modification de l'intitulé des

des institutions politiques, les constitutionnalistes ne s'en tiennent plus à « une stricte analyse du texte constitutionnel et s'efforcent d'introduire dans leur raisonnement des facteurs politiques essentiels comme l'influence des partis politiques, mais également des facteurs sociaux ou économiques »[3510].

713. Derrière cette évolution méthodologique d'apparence insignifiante se profile, en réalité, une métamorphose importante dans l'appréhension du questionnement des statuts dérogatoires des pouvoirs publics. Les constitutionnalistes de la IVème République n'articulent plus désormais ce problème autour de constructions juridiques globales comme avait pu le faire la doctrine publiciste classique, mais privilégient une analyse *pragmatique* de ces mécanismes dérogatoires, accompagnée de développements historiques et comparatifs qui en éclairent la portée véritable. Toutefois, sur le fond, la pensée des constitutionnalistes d'après-guerre sur cet objet ne connaît pas de réel chamboulement. Cette continuité discursive est intimement liée à l'organisation des pouvoirs de la IVème République, proche de celle de la IIIème République. Tout en souhaitant stabiliser l'exécutif en réglementant strictement des moyens spécifiques pour mettre en œuvre la responsabilité gouvernementale, les fondateurs de la IVème République maintiennent la prépondérance parlementaire. Dès lors, acteur central des institutions, la doctrine constitutionnelle

programmes officiels. Maurice Duverger, « l'un des pères fondateurs du renouveau de la science politique française dans les années 50 » (B. François, Maurice Duverger, la gloire avant l'oubli (en France), Revue internationale de politique comparée, 2010/1, vol. 17, p.23) est considéré comme un « révolutionnaire » (G. Vedel, Rapport de synthèse, in Association française des constitutionnalistes, La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, Paris, Economica, 1990, p. 172) compte tenu de sa position particulière en ce qu'il est un « juriste qui fait de la science politique ou bien un politiste issu du droit public » (*ibid*., p.24). Pour lui, grâce au décret du 27 mars 1954 qui correspond à « un changement d'esprit » (M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, PUF, 1955, p.1), le professeur peut « décrire la réalité telle qu'elle est, en la débarrassant des faux problèmes et des questions d'école qui la masquaient plus ou moins jusqu'ici » (*ibid*., p.VII). L'esprit général de son manuel de 1955 consiste donc à « replacer les problèmes juridiques et constitutionnels sur leur infrastructure politique et sociale, qui les éclaire et les explique » (*ibid*.). Son orientation n'est donc pas métaphysique mais sociologique, il ne part pas d'une conception a priori mais de l'analyse des faits. Il va à l'encontre de la « tradition des juristes [qui] consistait jusqu'ici à négliger plus ou moins la réalité et, entraînés par leur goût de l'abstraction et la subtilité de leur raisonnement, à prêter la main à cette mystification fondamentale qui déifie l'État et les gouvernants qui l'incarnent » (*ibid*., p.VIII). À ses yeux, le juriste ne doit plus s'en tenir à une analyse juridique des institutions politiques, mais il doit « insérer celle-ci dans une analyse plus complète et plus large, de nature sociologique : une analyse de *science politique* » (*ibid*., p.10). Dans le même esprit, à la fin de la IVème République, Georges Burdeau estime par exemple « que les régimes politiques ne peuvent plus être identifiés par l'analyse de la Constitution en vigueur dans le pays où ils fonctionnent […]. Le vrai, c'est que les constitutions n'encadrent pas les manifestations de la vie politique. Celle-ci se déroule en marge de leurs dispositions » (G. Burdeau, Une survivance : la notion de Constitution in : L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre, Paris : Sirey, 1956, p.54). Le déficit de réalité dont souffre le droit constitutionnel explique, selon lui, « la faveur dont jouissent présentement les études de science politique. Par-delà toutes les définitions que l'on en propose, il y a la conviction qu'elle permet d'atteindre la réalité là où le droit constitutionnel, en tant que discipline scientifique, n'offre à l'examen que des principes livresques ou des règles dépourvues de toute signification concrète » (*ibid*., p.56). De manière symptomatique, il intitulera son ouvrage « Traité de science politique » alors que son contenu ressemble largement au droit constitutionnel classique. Enfin, de la même façon, André Hauriou, dans son manuel « Droit constitutionnel et institutions politiques » publié en 1966 (A. Hauriou, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris: Montchestien), analyse chaque régime, à côté des mécanismes juridiques, à l'aune des facteurs sociaux, religieux et culturels ou économique qui influent sur lui. Il apparaît donc que le discours abstrait de la doctrine publiciste classique est vivement récusé par l'ensemble de ces auteurs.

3510 J. Lainé, Empirisme et conceptualisme en droit constitutionnel, op.cit., p.182. Le terme « institution » opposé à celui de « Constitution » signifie qu'il est mis l'accent « sur l'organisation concrète et réelle des sociétés, par opposition aux règles juridiques qu'on prétend leur appliquer sans y parvenir totalement. C'est un peu l'opposition du fait et du droit. Cette évolution reflète le développement contemporain des sciences sociales » (M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, PUF, 1955, p.9).

de cette époque se concentre prioritairement sur leur régime de protection, question exacerbée par l'actualité de cette époque liée à l'affaire des députés malgaches en 1947 et à la révision constitutionnelle du 7 décembre 1954. Conjointement, la souveraineté du Parlement durant la IVème République entraîne la dépendance des deux branches de l'exécutif aux assemblées et une forte instabilité gouvernementale. Dès lors, absorbée par la réelle responsabilité politique du gouvernement, la pensée constitutionnaliste est conduite à se désintéresser assez nettement du problème de la responsabilité pénale des ministres compte tenu de son absence d'effectivité, même si elle souligne l'effort des constituants pour la clarifier à travers la loi du 27 octobre 1946. De même, le Président de la République, doté d'un statut de monarque républicain qui en fait un acteur secondaire au sein des institutions de 1946, rend sa responsabilité pénale illusoire. Cette situation ne mérite pas dès lors, aux yeux de la doctrine, un examen approfondi (**Section 1**).

714. Dans le prolongement de la IVème République, une même désaffection touche la doctrine du début de la Vème République quant à la problématique des régimes exorbitants des pouvoirs supérieurs. Les motifs de ce désintérêt demeurent semblables à celles de la IVème République. Il découle, tout d'abord, de la mutation « spectaculaire »[3511] que va connaître la discipline du droit constitutionnel à compter des années 1970. Comme le note Jacques Chevallier, « le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à la faveur de l'élargissement des textes de référence (1971) puis de la modification des règles de saisine (1974), [va] modifier complètement la conception classique de ce droit »[3512]. Assimilée à l'origine à du droit mou, le droit constitutionnel devient une norme, c'est-à-dire une « règle juridiquement obligatoire sanctionnée »[3513] par le juge constitutionnel. Par ce changement, le droit constitutionnel voit son objet évolué. On passe d'une « conception descriptive » du droit constitutionnel confondu avec les institutions politiques à une « conception normative », fondée sur l'étude de la constitution »[3514]. Autrement dit, le droit constitutionnel apparaît désormais comme un droit essentiellement jurisprudentiel, « dont le champ de validité va progressivement s'étendre au fil des décisions du Conseil constitutionnel »[3515]. L'alpha et l'oméga du rôle du juriste français de droit constitutionnel consiste dorénavant à réaliser une exégèse et une systématisation des décisions du juge constitutionnel. Or ce recentrage matériel de la doctrine constitutionnelle affecte directement son examen du questionnement des privilèges exorbitants des pouvoirs publics. Il apparaît, de ce fait, comme un thème de réflexion accessoire par rapport à l'étude de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. En outre, cette relative indifférence doctrinale provient également du manque d'effectivité des mécanismes de responsabilité du pouvoir exécutif et législatif sous la Vème République. À partir de 1958, le pouvoir se concentre sur le

3511 J. Chevallier, Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel, op.cit., p.191.
3512 *Ibid.*
3513 L. Favoreu, Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit, RFDC, 1990, n°1, p. 72.
3514 J. Chevallier, Droit constitutionnel et institutions politiques…, op.cit., p.91.
3515 *Ibid.*

Président de la République, sans que sa responsabilité ne soit tangible. En parallèle, le gouvernement, qui bénéficie désormais d'une stabilité grâce à la rationalisation du parlementarisme, n'apparaît que peu responsable alors qu'il conserve des pouvoirs importants. La responsabilité pénale présidentielle et ministérielle se présentent, par conséquent, comme des cas d'école.

715. Toutefois, reflet des nouveaux équilibres mis en place par la Constitution du 4 octobre 1958, le cœur des préoccupations doctrinales en matière de protection des pouvoirs publics repose *en priorité*, dorénavant, sur les privilèges de l'exécutif. Les constitutionnalistes de la Vème République s'interrogent, plus particulièrement, sur le statut du Président et sur la rupture du lien entre son pouvoir et sa responsabilité. Ils tentent d'éclairer d'un point de vue scientifique la nature de sa responsabilité devant la Haute Cour qui reste vague dans le texte constitutionnel de 1958, sans s'interdire des propositions de réforme. En outre, dans la mesure où l'instabilité gouvernementale a cessé sous la Vème République, la pensée constitutionnaliste délaisse également fortement la problématique de la responsabilité gouvernementale, notamment pénale. Enfin, encore plus en retrait, les immunités des membres des assemblées ne sont plus, pour la première fois quasiment dans notre histoire constitutionnelle, le thème premier de réflexion en matière de protection des pouvoirs constitués, signe de la relégation du législatif dans la hiérarchie des pouvoirs au profit de l'exécutif (**Section 2**).

SECTION 1. UNE RÉFLEXION DOCTRINALE MODÉRÉE ET PLUS CONSENSUELLE EN MATIÈRE DE PRIVILÈGES DES POUVOIRS PUBLICS DURANT LA QUATRIÈME RÉPUBLIQUE

716. En dépit du désintérêt qui touche la doctrine constitutionnelle de la IVème République quant au questionnement des privilèges constitutionnels[3516], elle n'abandonne pas pour autant totalement cette réflexion. Si celle-ci reste modérée, elle est la manifestation des rapports de force qui fondent les institutions de 1946, fortement déséquilibrées. Malgré la volonté affichée des constituants de rationaliser le régime parlementaire[3517], le pouvoir exécutif reste sous la domination du pouvoir

3516 Par exemple, en matière d'immunités parlementaires, Pierre Marchand observe qu'« il serait un peu naïf de penser que la question des immunités s'est trouvée au premier rang des préoccupations. Ce n'est pas la solution qui lui fut donnée, qui pouvait influer sur le jugement des électeurs. Dans les discussions en commissions, comme dans les débats en séance publique, elle tint une place fort réduite » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.71). Néanmoins, le constitutionnaliste observe qu'en raison de quelques innovations issues de la Constitution de 1946 vis-à-vis de cet objet, celui-ci présente encore un certain intérêt : « le nouveau statut du député diffère de l'ancien » de 1875 (*ibid.*).

3517 Les tentatives de rationalisation du régime parlementaire lors de la naissance de la IVème République se sont manifestées notamment à travers le fait que « le président du Conseil (…) doit être légitime et puissant. (…) De même, la procédure de mise en jeu de la responsabilité du gouvernement est précisée. Le gouvernement n'est plus responsable

législatif en droit [3518] et en fait. Le système de la IVème République marque le retour à la souveraineté parlementaire.

717. Conséquence logique de la prédominance des chambres[3519], le thème des immunités parlementaires accapare en priorité l'esprit des constitutionnalistes de cette période par rapport aux autres privilèges. Il est possible de dénombrer, à cet égard, deux thèses relatives à ce sujet[3520]. D'un point de vue juridique, les rédacteurs de 1946 ont le mérite de proposer une rédaction plus complète des deux volets des avantages parlementaires dans le nouveau texte constitutionnel en comparaison des lois constitutionnelles de 1875[3521]. Ils sont prévus aux articles 21 et 22 de la Constitution du 27 octobre 1946[3522]. Toutefois, il est notable d'observer que, de manière inédite, quelques critiques commencent à poindre parmi les publicistes, à partir de la IVème République, contre ces dispositifs. Certains, en minorité, s'interrogent sur leur utilité dans le cadre d'un régime marqué par la surpuissance des chambres qui n'ont à plus à craindre, selon eux, les exactions du pouvoir exécutif et de l'autorité judiciaire. Ils mettent en avant également le sentiment négatif des citoyens français à leur encontre, étant donné que ces derniers commencent à les perçoivent comme des dérogations choquantes à l'égalité devant la loi et devant la justice. Pour autant, au-delà de ces reproches timides et isolés, il se dégage un large consensus doctrinal durant la IVème République sur leur « nécessité absolue »[3523], dans la mesure où elles conservent encore, à leurs yeux, la plus grande partie de leur raison d'être, c'est-à-dire assurer la pleine indépendance des Assemblées politiques dans un régime représentatif et libéral. Néanmoins, ce climat consensuel sur leur nécessaire existence n'est pas exempt de quelques controverses doctrinales sur leurs modalités. L'affaire des députés malgaches de 1947 est l'occasion pour les constitutionnalistes de cette époque de se pencher sur des questions inédites en matière de privilèges parlementaires, à savoir notamment la théorie du

que devant une seule chambre » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.408-408).

3518 Pour Nathalie Havas, les Constituants de 1946 n'ont pas « garanti l'indépendance du pouvoir exécutif, parce qu'ils ont souhaité maintenir la prépondérance parlementaire de la Troisième République » (N. Havas, La responsabilité…, op.cit., p.416). Cela résulte notamment des conditions très strictes dans lesquelles est enfermée la dissolution et qui va exacerber en fait le sentiment d'impunité des députés.

3519 A. Le Pillouer, La notion de « régime d'assemblée » et les origines de la classification des régimes politiques, RFDC, n°58, 2004, p.305-333.

3520 Il est intéressant d'observer que ces deux thèses, d'inégale valeur, poursuivent deux perspectives opposées, l'une constitutionnaliste, l'autre pénaliste. Comme le note Mohammed Ferhat, « e problème de l'immunité parlementaire est généralement traité en droit constitutionnel. Néanmoins il intéresse au premier chef le droit pénal et la procédure criminelle » (M. Farhat, L'immunité parlementaire, thèse, Paris, 1950, p.1). Pour la thèse en droit constitutionnel : P. Marchand, Les immunités parlementaires et la IVème République, thèse, Paris, 1950.

3521 Sur ce sujet : D. Baumont, Liberté d'expression et irresponsabilité des députés, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n°2, 2003, p.36 ; P. Marchand, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.72-73.

3522 Article 21 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions » ; Article 22 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Aucun membre du Parlement ne peut, pendant la durée de son mandat, être poursuivi ou arrêté en matière criminelle ou correctionnelle qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit. La détention ou la poursuite d'un membre du Parlement est suspendue si la Chambre dont il fait partie le requiert ».

3523 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, Domat-Montchrestien, 1943, p.662.

« flagrant délit continu » et la possibilité ou non pour les autorités judiciaires d'étendre les poursuites contre un parlementaire sans l'autorisation de la chambre intéressée (**§1**).

718. Par ailleurs, le problème du privilège de juridiction des membres du pouvoir exécutif en matière constitutionnelle tient une place relativement modeste dans les débats et les travaux de la doctrine constitutionnaliste de la IVème République. Aux termes de l'article 42[3524] et des articles 56 à 59 de la Constitution de 1946[3525], le Président de la République et les ministres sont responsables devant la Haute Cour de Justice, après avoir été mis en accusation par l'Assemblée Nationale, en cas de haute trahison pour le premier et en cas de crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions pour les seconds. La relative indifférence doctrinale sur ce sujet, qui se manifeste par la rédaction d'une seule thèse[3526], puise sa source dans diverses raisons. Comme le note Georges Vedel, conformément au tournant empiriste de la science du droit constitutionnel à partir des années 1930, « l'organisation de la justice politique ne touche pas à la vie quotidienne de l'État et n'occupe pas l'esprit des constituants comme peut le faire par exemple la responsabilité politique des ministres ou la composition du Parlement »[3527]. En effet, la Haute Cour de Justice ne s'est jamais réunie au cours de la IVème République dans aucune des deux hypothèses précitées. D'ailleurs, en 1946, l'aspect le plus actuel de la justice politique porte sur une autre juridiction contemporaine qui, elle, fonctionne. Le débat doctrinal le plus étendu et le plus profond sur la justice politique durant cette période « ne vise pas la Haute-Cour prévue par les projets constitutionnels, mais la Haute-Cour instituée par l'Ordonnance du 18 novembre 1944 et chargée en quelque sorte de la liquidation pénale du Gouvernement de Vichy »[3528]. Enfin, l'effacement du Président de la République et des membres du gouvernement dans les institutions de la IVème République est le dernier motif.

719. Néanmoins, il convient de noter que les lacunes textuelles relatives à la responsabilité pénale des ministres en matière de justice politique qui étaient observables sous la IIIème République, sont atténuées dès le début du régime d'après-guerre. La loi organique du 27 octobre 1946, adoptée le même jour que l'entrée en vigueur de la Constitution de la IVème République en application de son article 59, détermine la composition de la Haute Cour de justice, les modalités de mise en

3524 Article 42 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Le président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison. - Il peut être mis en accusation par l'Assemblée nationale et renvoyé devant la Haute Cour de justice dans les conditions prévues à l'article 57 ci-dessous ».
3525 La Constitution de 1946 consacre un titre VII spécifique à la responsabilité pénale des ministres, composé de 4 articles. Article 56 : « Les ministres sont pénalement responsables des crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions » ; Article 57 : « Les ministres peuvent être mis en accusation par l'Assemblée nationale et renvoyés devant la Haute Cour de justice. L'Assemblée nationale statue au scrutin secret et à la majorité absolue des membres la composant, à l'exception de ceux qui seraient appelés à participer à la poursuite, à l'instruction et au jugement » ; Article 58 : « La Haute Cour est élue par l'Assemblée nationale au début de chaque législature » ; Article 59 : « L'organisation de la Haute Cour de justice et la procédure suivie sont déterminées par une loi spéciale ».
3526 R. Pelleray, La Haute Cour de justice dans la Constitution de 1946, thèse, Toulouse, 1948.
3527 G. Vedel, La compétence de la Haute-Cour, in Mélanges dédiés à M. le Professeur Joseph Magnol, Sirey, 1948, p.394.
3528 *Ibid*. Sur ce point : R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.379-388.

accusation et d'instruction, ainsi que la procédure applicable devant la juridiction spéciale. Mais surtout, en réaction au procès Malvy qui a laissé des traces dans la classe politique, la loi de procédure prescrit tout particulièrement à la Haute Cour de justice le respect du principe de la légalité des délits et des peines[3529]. Si ces dispositions semblent clore *a priori* le débat sur cette question, la responsabilité exceptionnelle de l'exécutif continue, en réalité, de poser problème aux constitutionnalistes de la Quatrième République. Toutefois, pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle, un certain consensus doctrinal se dessine autour de ce probléme. Concernant le chef de l'État, la doctrine constitutionnelle de cette époque rencontre classiquement des difficultés d'interprétation par rapport au fait générateur de sa responsabilité, la « haute trahison », pour laquelle le texte constitutionnel de 1946 ne donne aucune définition. Or, de manière significative, si ce questionnement avait entraîné les opinions les plus variées durant la IIIème République, la majorité de ses membres semblent s'accorder, lors du régime suivant, sur une conception constitutionnaliste de ce concept au détriment d'une conception pénaliste. Ce problème s'ajoute à celui, également traditionnel, de l'étendue de sa protection s'agissant des actes extérieurs à ses fonctions sur lesquels l'acte constitutionnel ne prévoit aucune disposition. Pour ce qui est des ministres, il apparaît que la Constitution de 1946 et la loi organique semblent marquer un changement majeur par rapport à la tradition antérieure en matière de responsabilité exorbitante des membres du gouvernements qui reste dominée par le précédent de l'affaire Malvy. De manière singulière dans la science française du droit public, la thèse du droit commun qui soutient que le principe de légalité des délits et des peines est le principe régissant la responsabilité pénale des membres du gouvernement devant la Haute Cour de justice, prévaut très largement sur la thèse du droit constitutionnel sans faire, toutefois, l'unanimité (**§2**).

§1. Les privilèges parlementaires : une problématique apaisée ravivée par l'actualité politique

720. En dépit de quelques critiques, c'est dans un climat de consensus que la doctrine de la IVème République fait valoir l'impérieuse nécessité des deux branches des immunités parlementaires au sein de ce régime régi par le principe de la souveraineté nationale. Néanmoins, contrairement à la doctrine publiciste classique, les constitutionnalistes de la IVème République n'articulent plus cette question autour de grandes constructions juridiques. Loin de tout dogmatisme abstrait, ils font preuve plutôt d'un esprit nettement réaliste, faisant une large place au point de vue expérimental, et

3529 Article 22, al. 2 et 3 de la loi n°46-2386 du 27 octobre 1946 sur la Constitution et le fonctionnement de la haute Cour de justice : « La Haute Cour de justice ne peut statuer que sur les faits dont elle est saisie par l'arrêt de renvoi ; - elle peut en modifier la qualification dans les limites du Code pénal » ; article 26 : « Les peines que peut prononcer la haute Cour de justice sont celles prévues par les lois ordinaires, atténuées s'il y a lieu par application de l'article 463 du Code pénal » (JORF, Lois et décrets, 28 octobre 1946, n°253, p.9180).

ils se préoccupent de l'aspect réel et vivant des institutions. L'originalité de leur nouvelle méthode constitutionnelle vis-à-vis de cet objet consiste à mêler l'analyse de la règle de droit et celle de la pratique parlementaire pour mieux éclairer la première par la seconde, accompagnée de développements historiques et comparatifs qui participent à la légitimation des avantages parlementaires. Imprégnée fortement de la conception objectiviste des privilèges des assemblées soutenue par Léon Duguit, la majorité des constitutionnalistes de la IVème République estime que ces règles ne sont pas établies dans l'intérêt personnel du parlementaire mais dans l'intérêt de l'Assemblée, en vue de garantir son indépendance et son fonctionnement régulier. Elles constituent, à leurs yeux, des règles d'ordre public auxquelles le parlementaire ne peut pas renoncer (**A**).

721. Toutefois, au-delà de cette large adhésion doctrinale sur leur raison d'être, le problème de l'immunité parlementaire donne lieu encore, dès le début de la IVème République, à de « nombreux débats »[3530], surtout à propos du cas des députés malgaches en 1947 accusés d'avoir fomenté une insurrection. L'actualité est ainsi l'occasion de mettre ce thème au centre de la réflexion doctrinale, qui va être l'objet de nombreux articles et de plusieurs thèses. Les points de désaccords doctrinaux portent spécialement sur les modalités et l'étendue de l'inviolabilité parlementaire. Plus précisément, la doctrine constitutionnaliste s'interroge sur la définition de la notion élastique de « flagrant délit », qui a pour effet de supprimer l'obligation de subordonner la poursuite ou l'arrestation à une autorisation préalable de la chambre concernée. Elle se questionne également sur l'étendue des investigations parlementaires dans l'examen d'une demande de levée de l'inviolabilité parlementaire, ainsi que sur la marge d'appréciation des autorités judiciaires vis-à-vis de l'autorisation parlementaire qui reste, en principe, limitée aux faits qui justifient la demande et non à la qualification proposée par la requête. Autant de questions dont les réponses sont la manifestation de la division de la doctrine constitutionnaliste de la IVème République entre un courant pénaliste et constitutionnaliste (**B**).

A. Un discours relativement consensuel sur les deux volets immunitaires : une protection *objective* complémentaire destinée à garantir la liberté des chambres

722. Pour la première fois dans la littérature constitutionnelle, les statuts dérogatoires des parlementaires subissent des reproches de la part d'une partie minoritaire des constitutionnalistes de la IVème République (**1**). Pour autant, leur discours se veut, dans la majorité des cas, protecteur à l'égard des deux volets immunitaires. Ils rappellent leur importance en insistant sur leur raison d'être commune : la protection de l'indépendance de l'assemblée contre l'exécutif, les particuliers et la

3530 M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris : PUF, 1955 p.482.

majorité parlementaire (**2**). Ce fondement pratique - et non théorique – fonde l'ensemble de leur système. Celui-ci détermine, à leurs yeux, la nature objectiviste des privilèges parlementaires selon la conception héritée de Duguit (**3**), qui conditionne elle-même en dernier ressort la totalité de leur régime juridique (**4**).

1. L'apparition inédite de critiques doctrinales contre l'existence d'un statut privilégié des parlementaires et la dénonciation de leurs abus

723. Les constitutionnalistes de la IVème République mettent en avant, tout d'abord, la relative inutilité des immunités parlementaires dans un système de parlementarisme absolu. Comme le note Julien Laferrière, « avec le degré auquel (…) atteignait la puissance législative, parlementaire, leur justification apparaît moins évidente »[3531]. À leurs yeux, la domination des chambres sur les autres pouvoirs dans le régime de la IVème République les met largement à l'abri des pressions exécutives et judiciaires qui est la raison d'être historique des avantages parlementaires.

724. Par ailleurs, liée à la souveraineté parlementaire qui caractérise la IVème République, d'autres pointent du doigt l'extension, dans les faits, de l'irresponsabilité et de l'inviolabilité parlementaire et la déviation qui en a résulté[3532]. À cet égard, Pierre Marchand, auteur d'une thèse sur les privilèges des membres des assemblées dans laquelle il y consacre un chapitre entier, dénonce, d'une part, les abus commis par les membres des assemblées de la IVème République en matière de liberté de parole. Loin de toute référence à l'obstruction parlementaire qui, « pour être une manœuvre déloyale valable, n'en est pas moins juridiquement valable »[3533], le publiciste fait état des délits et crimes commis à la tribune et que couvre l'irresponsabilité parlementaire. Il souligne en ce sens que « l'âpreté des luttes politiques (…) rend le scandale plus évident et plus grave. Sans parler des

3531 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.662.

3532 À côté de la pratique, Marchand observe que le texte de 1946 a aussi contribué à étendre l'inviolabilité des parlementaires, ce qui est critiquable pour lui. *D'une part*, l'article 22 de la Constitution de 1946 a élargi l'inviolabilité à toute la durée du mandat législatif, en raison de la permanence des sessions des Assemblées. Or, à ses yeux, ce système « déborde (…) très nettement les pures exigences de la garantie parlementaire « (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.74) puisque la session parlementaire est parfois interrompue. De même, pour Roger Pinto, il confère aux membres des assemblées « un privilège exorbitant et porte atteinte au principe d'égalité devant la loi » (R. Pinto, Éléments de droit constitutionnel, 2ème éd., Lille : Morel et Corduant, 1952, p.434). En outre, cet élargissement est « scandaleux pour l'ordre public, et parfois gênant pour les intéressés eux-mêmes » (P. Marchand, op.cit., p.77) qui sont dans l'impossibilité de prouver leur innocence. Enfin, il conduit à une inflation des demandes en autorisation de poursuite. *D'autre part*, a été instituée une commission permanente d'instruction des demandes en autorisation de poursuites sur la proposition de résolution de M. Barrachin du 22 février 1949, à la place d'une commission ad hoc dont les membres sont désignés par les bureaux dans chaque cas. Cette réforme présente plusieurs avantages : une équitable représentation proportionnelle de toutes les opinions et la compétence accrue d'un organisme spécialisée capable d'élaborer une jurisprudence assise sur des principes non susceptibles de varier au gré de l'opportunité politique. La présente résolution a également réglementé la procédure (accélération de l'examen des requêtes, encadrement des personnes pouvant prendre la parole) dans l'intérêt, selon Marchand, des parlementaires et des Chambres. Il s'agit d' « éviter l'encombrement de l'Assemblée par des questions somme toute secondaires, et aussi dans une certaine mesure, limiter le retentissement politique inopportun que des discussions prolongées pourraient leur donner » (*ibid*., p.85).

3533 *Ibid*., p.89.

diffamations ou des insultes qui sont monnaie courante, on a pu voir des députés inciter impunément des militaires à la désobéissance, des ouvriers au sabotage et à la révolte, porter atteinte à la sûreté et au crédit de l'État, et leurs excitations reproduites « de bonne foi » dans les organes de leur obédience »[3534]. Or, comme l'explique Marchand, du fait qu'il n'existe pas de droit de réponse au Journal Officiel[3535] et que prédomine une tradition ancienne refusant à la justice le droit de citer les intéressés en témoignage sur les faits allégués[3536], les parlementaires de la IVème république violent, par conséquent, impunément la loi commune[3537]. Marchand se résigne toutefois à ce que ces excès ne soient pas véritablement sanctionnés dans la mesure où il observe qu'« il est indéniable que l'irresponsabilité parlementaire est une condition essentielle du bon fonctionnement des institutions démocratiques, et toute liberté inclut une marge inévitable d'abus »[3538].

3534 *Ibid*.

3535 Les rectifications au Journal officiel ne sont pas admises. Les particuliers sont donc démunis de toute protection contre les diffamations dont ils peuvent être l'objet à la tribune ou dans un document parlementaire. Une proposition de loi organisant le droit de réponse au JO sera déposée en avril 1933 par Henri Guernut sans succès. Sur ce point : J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.668.

3536 Pour Marchand, cette tradition est apparue dans le rapport de la commission Vatimesnil relatif à l'affaire Lameth de 1830. En l'espèce, le député Lameth avait prononcé un discours lors de la séance de la chambre des députés du 6 novembre 1830, qui faisait état des nombreux abus en matière de liberté de presse auxquels il avait personnellement assisté ou entendu. Celui-ci affirma à la tribune : « je n'ai pas besoin de signaler tout ce qui s'imprime, les placards qui salissent les murs de la capitale, toutes les inconvenances, les violences, les illégalités » (cité par Ledru-Rollin, Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française, 3ème éd., t.23, 1830-1831, Paris, F.-F. Patris, 1841, p.830). À la lecture de ce discours reproduit dans les journaux, le procureur du Roi requit alors d'un juge d'instruction la délivrance d'« une cédule » à l'effet de faire comparaître devant lui pour évoquer les faits et circonstances dont il lui serait donné connaissance. Le magistrat obtempéra mais le député refusa de comparaître devant le juge d'instruction et dénonça à la Chambre des députés la citation qu'il avait reçue comme portant atteinte aux droits et aux prérogatives de la chambre. Une commission fut réunie, chargée d'examiner cette affaire. Le rapport fut présenté à la chambre lors de sa séance du 16 novembre 1830. Ce document se termine par le résumé suivant : « La Chambre pense, 1°, qu'en règle générale l'opinion émise à la tribune par un député soit sur des doctrines et des principes, soit sur des faits ou à l'occasion de faits, ne peuvent donner lieu contre lui, si ce n'est avec la permission de la chambre, à aucune citation ou interpellation judiciaire, à quelque titre et de quelque nature qu'elle puisse être » (*ibid*.). En d'autres termes, les tribunaux n'ont pas le droit de contrôler les paroles et les opinions émises par les parlementaires ; or le contrôle est forcément impliqué par la citation en témoignage. C'est pourquoi le rapport en conclut que le refus d'obtempérer à la citation par le député est légal. La seule possibilité constitutionnelle de contrôler les paroles litigieuses du député appartiendrait au gouvernement en séance qui pourrait « 'interpeller sur le champ l'accusateur et lui demander par les voies parlementaires de justifier ses allégations » (P. Marchand, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.90). Cependant, cette interprétation du rapport a été contestée, à la même époque, par Benjamin Constant qui a défendu les prérogatives de l'autorité judiciaire. Il rétorqua que « la Justice a le droit de s'enquérir auprès du dénonciateur quel qu'il soit, des preuves, des présomptions qu'il peut avoir des faits et délits dénoncés. La Justice en a le droit sous deux points de vue : et comme obligée à maintenir l'ordre, et comme accusée ; car la Justice est accusée quand on prétend que les délits ne sont pas réprimés par les magistrats chargés de leur répression » (cité par P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.90). Il en concluait à la légitimité de la citation et suggérait l'intervention de commissions rogatoires.

3537 Pour Marchand, le seul moyen de contrôle des propos des députés est interne : il réside dans « une intervention énergique et efficace du règlement, puisque la tribune est justiciable de la Chambre seule » (*ibid*., p.90), même s'il constate que les sanctions prévues par le règlement sont « bénignes et trop rarement appliquées » (*ibid*., p.91). En outre, il remarque que certains publicistes ont recherché des moyens juridiques de pallier aux abus de l'irresponsabilité parlementaire. Il cite, par exemple, l'idée de J. Barthélemy qui a suggéré de mettre en place, en s'inspirant de la jurisprudence administrative, « une responsabilité pour faute lourde et imprudence inexcusable », ou celle de Curet qui propose d'employer la notion d'abus de droit. Sur ce point : *ibid*., p.92.

3538 *Ibid*. Dans le même sens, Julien Laferrière juge que « l'irresponsabilité des discours et des votes donne parfois lieu à de fâcheux abus ; mais c'est une règle essentielle du régime représentatif » (J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.665). Il ajoute que « pour que les assemblées puissent remplir leur rôle de contrôle et de critique, il est indispensable que chacun de leurs membres puisse, sans crainte et en toute liberté d'esprit, dénoncer tous les abus dont il a ou croit avoir connaissance » (*ibid*.).

725. D'autre part, les plus vives incriminations doctrinales se concentrent, en réalité, sur le mécanisme de l'inviolabilité parlementaire. En premier lieu, l'affaire des députés malgaches de 1947 est l'occasion de mettre en lumière, selon Marchand, « les privilèges et des compétences usurpés auxquels prétend le Parlement en tant qu'organe »[3539], puisque les parlementaires ont outrepassé leur prérogative en ce qui concerne les demandes de mainlevée de l'inviolabilité parlementaire. En second lieu, Marchand s'élève contre l'impunité des parlementaires en matière de délits de presse dont il observe qu'elles constituent, dans les premières années de la IVème République, la quasi-totalité des demandes de levée de leur inviolabilité[3540]. Néanmoins, le publiciste remarque que la plupart des demandes sont rejetées sur le fondement d'une tradition constante des Assemblées, formulée par Joseph-Barthélemy durant la IIIème République. Selon celle-ci, « les parlementaires ne doit pas être détournée sans motifs graves du mandat législatif ; or, un délit de presse ne présente que fort rarement ce caractère de gravité qui justifierait la levée de l'immunité ; (…) la prescription de trois mois étant suspendue, le plaignant ne saurait pâtir réellement du sursis qui lui est imposé »[3541]. En outre, Marchand avance d'autres arguments pour justifier ce refus des chambres. Celui-ci serait lié à la difficulté de distinguer une poursuite en diffamation d'un procès de tendance[3542], ainsi qu'à la nécessité de déjouer les manœuvres de requérants qui ne chercheraient qu'à compromettre le député poursuivi et à le tracasser. Mais, pour valables que soient ces arguments, le publiciste s'inquiète des conséquences de l'extension de l'inviolabilité à toute la durée du mandat puisque le jugement des délits de presse est suspendu, non plus trois mois, mais cinq ans désormais. Il en résulte, à ses yeux, que « l'inviolabilité est (…) devenue, en matière de délits de presse, une véritable impunité »[3543]. Il ajoute que « non seulement d'odieuses calomnies, mais des provocations criminelles restaient impunies »[3544]. Cette situation est d'autant plus choquante pour lui que l'inviolabilité parlementaire, contrairement à l'irresponsabilité parlementaire, « n'est pas une règle nécessaire du parlementarisme, l'exemple anglais le prouve assez »[3545]. Le rejet systématique de la levée de l'immunité parlementaire pour les délits de diffamation, d'injure et d'outrage, revient à fausser complètement le sens de l'immunité. C'est transformer une garantie en privilège et supprimer pratiquement ces délits quand ils sont commis par les parlementaires. C'est pourquoi

3539 P. Marchand, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.87.
3540 Comme le note Marchand, les délits de presse forment à eux seuls l'objet de « 90 % des demandes, dont 67 % émanent des Pouvoirs publics, 23 % des particuliers » (*ibid*., p.93).
3541 Cité par *ibid*.
3542 Marchand cite le député J. Simon qui affirmait que « la distance entre la discussion et l'outrage est petite, et aucun écrivain n'aura de sécurité tant qu'on demandera à la conscience d'un juge inconnu de décider souverainement sur la question de savoir si on outragé ou discuté » (cité par *ibid*., p.94).
3543 *Ibid*., p.95. Les directeurs de journaux profitent astucieusement de cette protection. Par exemple, la direction du journal communiste « Le Réveil » qui est de plus en plus violent dans ses écrits, est confié à un parlementaire. Marchand rapporte le propos anonyme d'un membre de ce journal : « c'est le moment où la multiplication des procès qui nous sont intentés nous créent des difficultés matérielles sans nombre que nous avons tenu à choisir pour confier la direction de notre journal à un parlementaire. Ainsi, donc, désormais, les poursuites ne pourront être engagées sans qu'au préalable la levée de l'immunité parlementaire ait été prononcée » (cité par *ibid*., p.95-96).
3544 *Ibid*., p.96.
3545 *Ibid*., p.92. Plus généralement, Herzog constate qu'en droit comparé, l'inviolabilité présente un caractère relatif : elle « n'est pas de droit commun constitutionnel » (J.-B. Herzog, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.77).

plusieurs rapports[3546] et des projets de loi chercheront à lutter contre cette pratique[3547]. Mais la loi du 25 mars 1952 - votée par les parlementaires qui en sont les propres destinataires - ira dans le sens inverse. Elle renforcera leur privilège en imposant aux parlementaires un « homme de paille » qui endossera leurs responsabilités[3548].

726. Pour l'ensemble de ces raisons, Marchand en conclut qu'« il n'est (…) pas surprenant qu'en matière d'irresponsabilité pour les discours, comme en matière d'inviolabilité pour délits de presse, le système ait finalement abouti à de véritables et choquants privilèges »[3549]. C'est pourquoi il appelle à la suppression pure et simple du second mécanisme[3550]. De ce point de vue, ces nombreux abus expliquent, selon la doctrine, le sentiment négatif des citoyens français de cette époque à l'égard des privilèges parlementaires[3551]. Mais, pour virulentes que soient toutes ces accusations, il

3546 Le rapport de M. Dominjon de novembre 1948 pointe du doigt la pratique consistant pour un directeur de presse, également parlementaire, à couvrir, grâce à son inviolabilité, les écrits parus dans son journal : « si on ne peut demander à un parlementaire directeur de journal de vérifier ligne à ligne, avant leur parution, les articles des journalistes qui collaborent avec lui, il semble impossible et illégal d'admettre que les parlementaires ne soient pas responsables des écrits signés par eux ou des écrits non signés dont la responsabilité ne peut être recherchés en dehors d'eux ; de même semblerait-il excessif qu'un responsable de journal puisse impunément couvrir un journaliste même signant de son nom, pour des séries d'articles diffamatoires que leur répétition même ne lui permet pas d'ignorer » (cité par P. Marchand, op.cit., p.97) puisque, comme le note le rapport, le délit réprimé par la loi de 1881 est d'abord le fait de publier l'auteur de la prose n'étant juridiquement qu'un complice du responsable de la publication. Le second rapport qui est l'œuvre de M. De Moro-Giafferi du 2 juin 1949, propose une distinction entre les diffamations d'un rédacteur qui constituent un délit privé atteignant un particulier et restant couvert par l'inviolabilité, et celles portant atteinte à l'ordre public et à la sécurité de l'État qui engageraient alors la responsabilité du parlementaire directeur, même si celui-ci ne l'a pas signé, et obligeraient à lever son inviolabilité.

3547 Sous la IIIème République, en 1932, certains députés menés par Delmont avaient déjà proposé de modifier l'article 6 de la loi de 1881 selon ces termes : « Ne peuvent être gérants les personnes qui jouissent d'un privilège ou d'une immunité judiciaire susceptible d'être opposée aux poursuites dirigées contre les gérants en vertu de la présente loi ». Dans le même esprit, au début de la IVème République, une réforme consistait à interdire le cumul du mandat parlementaire et des fonctions de directeur responsable d'un journal.

3548 La loi du 25 mars 1952 transfère obligatoirement les responsabilités pénales des directeurs de publication, qui ont la qualité de parlementaire, à un co-directeur non parlementaire. Cependant, avant même l'adoption de cette loi pénale, Marchand critique dans sa thèse ce futur mécanisme qu'il estime hypocrite et injuste. *Hypocrite*, d'une part, puisque « si on interdit aux députés et aux sénateurs les fonctions de « directeur responsable » (…), on ne pourra pas les empêcher de garder, officiellement ou non, celles de directeur politique. Or, c'est le directeur politique qui, inspirant et dirigeant la campagne du journal, doit logiquement garder la responsabilité effective des excès qu'elle peut entraîner. À qui servirait-il de poursuivre le « directeur responsable » ou le « codirecteur » qui n'y est sans doute pour rien ? » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.102). *Injuste*, d'autre part, car en matière de poursuites pénales, la victime recherche à atteindre l'auteur réel du délit. Selon lui, « si l'inviolabilité s'étendait en matière civile la chose serait parfaitement compréhensible car le « directeur responsable » est en quelque sorte le symbole financier de l'entreprise ; mais en matière de poursuites pénales ce que la victime recherche ce n'est plus une réparation, mais une sanction. (…) [En matière pénale] la question de l'imputation redevient primordiale » (*ibid*.).

3549 *Ibid*., p.88.

3550 *Ibid*., p.102. Sans défendre sa suppression, Julien Laferrière est tout aussi critique : l'inviolabilité, même si « le terme est exagéré » (J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.676), constitue « au profit des parlementaires une nette dérogation au principe d'égalité devant la justice pénale et prend la physionomie d'un véritable privilège qui, parfois, ne laissera pas d'être choquant. Les textes qui l'établissent sont donc à interpréter strictement » (J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.670). Il observe, en ce sens, que le droit anglais n'accepte l'inviolabilité que contre les arrestations pour poursuites *civiles* et cite May pour qui « la Chambre n'admet pas que même le sanctuaire de ses murailles protège un de ses membres contre l'action de la loi pénale » (cité par *ibid*., p.671), sous réserve pour le juge de donner à l'Assemblée le motif pour lequel il est empêché de faire son service au Parlement.

3551 Comme le note Julien Laferrière, « le sentiment commun est souvent choqué de l'atteinte ainsi portée à l'égalité des individus devant la loi et devant la justice. Il envisage avec une certaine défaveur, ou du moins avec quelques agacements, ce statut privilégié dont bénéficient les députés, qu'ils s'accordent à eux-mêmes et dont ils réclament le bénéfice avec une âpreté parfois déplaisante » (*ibid*., p.662) ; Georges Pernot, Justice et Parlement : l'immunité parlementaire ou impunité parlementaire, Revue politique des idées et des institutions, 1950, p.385 et 1953, p.417.

est intéressant de constater que les constitutionnalistes de la IVème République soulignent, dans le même temps, leur importance fondamentale dans un régime démocratique et représentatif.

2. Un fort consensus doctrinal sur l'utilité des deux volets immunitaires reconnus aux parlementaires pour raisons *pratiques*

727. La totalité des constitutionnalistes de la IVème République présente les immunités parlementaires comme des mécanismes juridiques conservant pleinement le bien-fondé dans les institutions de ce régime. Comme le souligne Marchand, « il règne sur ce sujet une unanimité « merveilleuse ». (…) Tout le monde est d'accord sur le fondement de l'immunité »[3552]. À cet égard, il est intéressant d'observer que, pour l'opinion doctrinale majoritaire, les deux volets des immunités parlementaires répondent principalement à des raisons d'ordre *pratique*, plus qu'à des raisons d'ordre théorique. Obéissant désormais à une méthode empirique, les constitutionnalistes de la IVème République relèguent la théorie de la souveraineté nationale au second plan et se focalisent plutôt sur l'étude de la pratique, de la jurisprudence, de l'histoire constitutionnelle et du droit comparé pour établir, scientifiquement, leurs fondements[3553].

728. De ce point de vue, il existe un consensus doctrinal général sur le « fondement pratique » commun aux privilèges parlementaires. Chacune d'elles participent, pour l'ensemble des constitutionnalistes de la IVème République, à une même finalité : « assurer la pleine indépendance des assemblées politiques »[3554]. La doctrine estime que le fondement pratique des immunités

3552 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.8.

3553 Comme l'affirme de manière symptomatique Henri Bonneau, auteur d'un article sur les immunités parlementaires garanties par la Constitution de 1946, « il ne suffit pas (…) de se livrer à une simple exégèse des textes. Encore faut-il examiner la pratique parlementaire et l'attitude des autorités judiciaires. L'objet de cette chronique est essentiellement de montrer les aspects nouveaux de la question en utilisant les matériaux – encore peu nombreux – que fournit la récente pratique constitutionnelle » (H. Bonneau, Les immunités parlementaires dans la Constitution de 1946, RDP, t.64, 1948, p.60).

3554 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.662. Le professeur ajoute que l'inviolabilité « procède de la même préoccupation et vise au même résultat général que l'irresponsabilité : assurer la pleine indépendance des parlementaires pour assurer l'indépendance du Parlement lui-même » (*ibid*., p.669). Cette similarité des fondements pour les deux sortes d'immunités ressort également clairement dans la thèse de Pierre Marchand. Pour lui, « l'immunité parlementaire est (…) l'élément caractéristique du statut dont jouissent les membres des assemblées législatives, statut qui est conçu pour assurer leur indépendance individuelle et, par là même, l'efficience du corps auquel ils appartiennent » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.1). Il ajoute que « les deux immunités ont le même caractère essentiel et objectif parce qu'elles se proposent le même but : l'indépendance du Parlement. Mais (…) elles empruntent pour y parvenir des chemins différents. Et en effet, si leur fondement dernier est identique, leur objectif immédiat est distinct, leur raison d'être dissemblable : l'irresponsabilité permet le libre exercice de la fonction ; l'inviolabilité sauvegarde l'exercice même de la fonction, elle en est le contrefort. (…) En somme les deux immunités se partagent la tâche. Elles tendent, chacune dans une direction déterminée, à mettre en œuvre une seule et même idée générale. Leur domaine est contigu, et leur action complémentaire » (*ibid*., p.32). De même, pour Vedel, « l'idée sur laquelle repose l'inviolabilité n'est pas la même que celle qui fonde l'irresponsabilité. Sans doute s'agit-il dans l'un et l'autre cas de permettre le libre exercice du mandat » (G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Sirey, 1949, p.403). *V.* également : M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, PUF, 1955, p.480 ; M. Farhat, L'immunité…, op.cit., p.59.

parlementaires se confond avec leur origine historique et leur évolution. Pour Marchand, « l'expérience historique des gouvernements constitutionnels a démontré leur nécessité »[3555] et « les desseins qui se sont greffés par la suite sur l'institution n'ont pas ôté de son intérêt à l'intention originelle qui la justifie »[3556]. Constituant, au départ, un réflexe de défense contre des menaces très précises, les immunités parlementaires sont devenues progressivement une protection permanente contre des menaces éventuelles[3557]. Ces dernières pouvant provenir du gouvernement, du Parlement lui-même et des particuliers, l'immunité parlementaire a pris l'aspect, selon Marchand, d'une triple garantie. *En premier lieu*, elle représente une garantie contre *le gouvernement*, maître de l'action publique[3558], qui constitue la menace la plus ancienne et la plus urgente[3559]. Comme l'a prouvé l'expérience anglaise, « de bonne heure, (…) les « privilèges » parlementaires s'y sont révélés comme l'indispensable protection d'un Parlement encore mal assuré contre les empiétements et les manœuvres d'un pouvoir royal qui ne renonçait guère de plein gré à ses prérogatives »[3560]. C'est cette même nécessité qui explique leur naissance en France. Pour le publiciste, la transformation des États généraux en véritable assemblée représentative en 1789 qui a participé à la négation de la souveraineté royale, a conduit à la reconnaissance des deux sortes d'immunités[3561]. Par conséquent, selon cette optique, les protections des membres des assemblées se rattachent entièrement « aux exigences primordiales du régime représentatif et au jeu normal des institutions dans les gouvernements constitutionnels. Elles tiennent à l'économie de la division des pouvoirs et au principe de la souveraineté législative. Elles sanctionnent pratiquement l'indépendance et la liberté du Parlement dans l'accomplissement de sa mission. Elle s'identifie en quelque sorte avec le droit de la nation de manifester sa volonté par l'organe de ses mandataires »[3562]. Leur rôle est encore plus

3555 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.9. De même, pour Jacques-Bernard Herzog, « pour comprendre ces institutions du droit politique, il faut connaître leur origine historique. (…) L'irresponsabilité parlementaire a sa source dans la coutume politique anglaise, alors que l'inviolabilité parlementaire est issue du droit révolutionnaire français » (J.-B. Herzog, Les immunités parlementaires en droit comparé, RIHPC, 1956, p.74).

3556 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.8.

3557 Les immunités parlementaires ont été érigées en « principe de droit commun » (J.-B. Herzog, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.74).

3558 Comme le note Vedel, « en France, les poursuites pénales dépendent directement ou indirectement du gouvernement. (…) Leur initiative appartient au Parquet qui, en vertu de son organisation hiérarchique, est sous l'autorité du Garde des Sceaux, lui-même membre du Cabinet » (G. Vedel, Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques : licence, 1ère année : 1957-1958, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Georges Vedel, Cours de droit, 1958, p.729). Il craint donc une double menace de la part du gouvernement. D'une part, ce dernier pourrait se servir de « la menace de poursuites arbitraires pour intimider tel ou tel parlementaire de l'opposition » (*ibid*.), d'autre part, il pourrait parvenir « par une détention préventive que ces poursuites provoquent à éloigner temporairement un de ses ennemis de l'hémicycle » (*ibid*.). Dans ce dernier cas, le tribunal correctionnel ou la Cour d'assise mettra fin à cette procédure infondée mais « les poursuites, voire la détention, auront pu durer de longs mois avant que le jugement définitif intervienne » (*ibid*.).

3559 Dans le même sens : J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.665 et p.669.

3560 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.11.

3561 *Ibid*., p.14.

3562 M. Descamps cité par *ibid*., p.15 Jacques-Bernard Herzog tire le même enseignement de l'étude du droit constitutionnel comparé : « on trouve les immunités parlementaires dans presque tous les pays dont l'organisation politique comporte une Assemblée représentative. Le principe de ces immunités apparaît ainsi lié au système représentatif » (J.-B. Herzog, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.74).

accru dans un régime parlementaire, comme le constate Marchand, puisqu'elles en permettent le bon fonctionnement en assurant une collaboration loyale des pouvoirs[3563].

729. *En second lieu*, les privilèges parlementaires sont une garantie de la minorité contre *la majorité parlementaire*. Pour Marchand, cette menace est même la plus dangereuse des trois[3564]. L'arbitraire des parlementaires portant atteinte à l'indépendance de leurs collègues s'est particulièrement illustré sous la Convention durant laquelle les immunités parlementaires ont été contestées sous la houlette de Robespierre. Cette période a mis en lumière « la dictature d'une fraction maîtresse de l'Assemblée »[3565], contre laquelle les promoteurs de la Constitution de l'an III ont voulu immédiatement réagir en rétablissant une protection aux membres des assemblées. *En troisième et dernier lieu*, les statuts dérogatoires des législateurs représentent une garantie contre les vexations des particuliers. Il ne s'agit plus, dans ce cas, de couvrir le député contre des manœuvres qui visent à atteindre le Parlement comme les deux autres garanties mais de le protéger de celles principalement engagées *intuitu personae*[3566]. Comme le remarque Marchand, le député n'est plus considéré ici « comme un membre de l'opposition ou de la minorité, mais comme l'auteur d'un préjudice réel ou supposé, causé à un simple particulier »[3567]. À cet égard, le développement continu des institutions démocratiques à partir de 1789 a mis en exergue l'utilité de cette garantie pour le député lui-même puisque la publicité des débats parlementaires et l'intervention accrue du législateur dans de nombreux domaines « ont multiplié les contacts entre représentants et représentés et les frictions aussi »[3568]. En ce sens, même si cette garantie contre les offenses des particuliers met moins en jeu le fonctionnement du régime et les rapports entre les pouvoirs entre eux, elle constitue « la justification la plus moderne » des immunités parlementaires[3569]. Marchand ajoute que désormais « les discours, les votes du député, et même les actes de sa vie privée sont passés au crible : réputations, mise en cause, intérêts lésés ou convictions choquées seraient autant de prétextes à d'incessantes poursuites »[3570]. À terme, elles risqueraient d'entraver « la liberté d'expression du parlementaire et créeraient une gêne constante dans le travail des assemblées »[3571]. D'ailleurs, la conception du constitutionnaliste est particulièrement large puisque, pour lui, il est même envisageable que les poursuites fondées et légitimes soient temporairement suspendues car la protection de la représentation nationale représente un intérêt supérieur à celui des simples citoyens[3572].

3563 P. Marchand Les immunités…, op.cit., p.16.
3564 *Ibid*., p.16.
3565 *Ibid*., p.18.
3566 Pour éviter la menace de poursuites pénales vexatoires des particuliers ou du gouvernement, Laferrière observe que « l'immunité ne se limite pas à l'arrestation, mais s'étend aussi aux poursuites qui, sans supprimer la liberté physique du parlementaire, pourraient constituer à son égard un moyen d'intimidation » (J. Laferrière, Manuel…, op.cit., p.670).
3567 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.19.
3568 *Ibid*.
3569 *Ibid*.
3570 *Ibid*., p.20.
3571 *Ibid*.
3572 Marchand nuance, toutefois, sa conception extensive puisqu'il juge que la répression des crimes portant atteinte à

730. Au regard de ces trois garanties, les constitutionnalistes de la IVème République font donc valoir que le statut dérogatoire conféré aux parlementaires ainsi compris n'est pas une garantie illusoire. Comme le note Marchand, « l'immunité parlementaire sous ses deux formes garde aujourd'hui un intérêt qui n'est pas niable »[3573]. Son origine internationale et nationale ainsi que son évolution ont fourni trois raisons qui la rendent opportune. L'histoire constitutionnelle[3574] et le droit comparé[3575] servent donc de point d'appui à la doctrine afin de la légitimer[3576]. Sous la IVème République, l'analyse doctrinale de la problématique des privilèges parlementaires est ainsi largement réaliste, écartant tout dogmatisme abstrait contrairement à la doctrine publiciste classique.

731. Ce n'est que dans un second temps que quelques auteurs s'interrogent sur le fondement *théorique* des immunités parlementaires, c'est-à-dire sur leur fondement logique et rationnel qui représente une justification « *ex-ante* ». Aux yeux de Marchand, la recherche d'un fondement théorique apparaît surtout « comme un prétexte à spéculations « inactuelles » »[3577]. Il note, à cet égard, que la doctrine, par le passé, a entendu faire des immunités parlementaires une question dogmatique, en la rattachant à l'idée de souveraineté du Parlement[3578]. Dans cette optique, ces mécanismes dérogatoires sont apparus comme un prolongement naturel du pouvoir des assemblées de vouloir pour la Nation de façon pleinement indépendante dont ils garantissent juridiquement le respect. Les constitutionnalistes des époques précédentes ont ainsi établi abstraitement une

l'ordre public, à la sécurité intérieure ou extérieure de l'État, ou tous autres faits aussi graves, doivent obligatoirement conduire la Chambre à autoriser la poursuite de l'un de ses membres. Sur ce point : *ibid*., p.20.

3573 *Ibid*., p.21. Dans le même sens, Bonneau souligne que cette institution est « encore nécessaire à notre époque au fonctionnement d'une démocratie. Aussi nos constituants de 1946 ont tenu à la maintenir dans sa plénitude » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.60).

3574 Marchand observe que « il fut jugé opportun en 1791, de faire [des immunités parlementaires] un principe constitutionnel, principe qui traversa jusqu'à nos jours tous les régimes que la France a connus » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.15). De même, Farhat remarque qu'« après le court mais violent discours de Mirabeau, le principe de l'immunité parlementaire a subsisté à travers tous les changements de régime politique. À chaque nouvelle Constitution, il a été reproduit, soit dans la Constitution elle-même, soit dans une loi ou décret de cette Constitution, mais toujours depuis la Révolution jusqu'à nos jours, on considéré qu'il était nécessaire que les membres des assemblées puissent discuter et agir en toute liberté et dans une complète indépendance » (M. Farhat, L'immunité…, op.cit., p.27).

3575 Les privilèges parlementaires sont « l'expression d'une nécessité universelle qui ne s'arrête pas à la nature du régime politique » (*ibid*., p.4). De même, se livrant à une analyse comparative des immunités parlementaires dans les Constitutions en vigueur, Herzog observe que de cette étude ressort qu'à quelques exceptions près, « l'irresponsabilité parlementaire est de droit commun constitutionnel » (J.-B. Herzog, Les immunités…, op.cit., p.75). Toutefois, il ajoute que les règles de l'irresponsabilité parlementaire et l'inviolabilité reçoivent des applications nuancées dans les régimes politiques étrangers vis-à-vis de leur champ d'application. Enfin, pour Farhat, « si les législateurs de presque tous les États ont fait bénéficier les représentants de la nation de cette immunité, il doit y avoir pour cela des motifs sérieux » (M. Farhat, L'immunité..., op.cit., p.2). Dans le même sens : J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.663 et p.665.

3576 Le propos d'Henri Bonneau est particulièrement représentatif de cette méthode historico-comparative : à ses yeux, les prérogatives des parlementaires « ont l'une et l'autre conservé la même raison d'être que sous les constitutions antérieures : elles visent essentiellement à garantir l'indépendance du Parlement, qui n'est assurée que si ses membres sont à même d'exercer leur « mandat » de manière effective et en pleine liberté. L'histoire constitutionnelle de divers pays montre bien qu'il s'agit là d'une institution de sauvegarde de la démocratie » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.60).

3577 *Ibid*., p.9.

3578 *Ibid*., p.21.

« filiation rationnelle entre la souveraineté de la « Nation-personne » et le système des immunités »[3579]. Dans ce schéma, la protection des parlementaires s'adapte ainsi fort logiquement, à leurs yeux, avec la souveraineté nationale et cadre mal avec la souveraineté populaire. Or Marchand met en lumière un paradoxe théorique contenu dans la Constitution de 1946. Alors que le texte constitutionnel se réclame de la souveraineté populaire[3580], il a admis en même temps le principe de l'immunité parlementaire. Cette contradiction des constituants est symptomatique, pour le publiciste, de la finalité réelle des statuts exorbitants des parlementaire : ils sont reconnus avant tout comme une nécessité de fait et non comme une construction théorique[3581]. Marchand ajoute en ce sens qu'en 1946, cette question « n'a jamais soulevé de débats théoriques – il y a peu ou prou de travaux préparatoires sur la question – d'autres problèmes étaient plus amples et plus pressants »[3582]. Les immunités parlementaires ne sont donc pas autre chose qu'« une simple règle d'art politique »[3583] qui a pris le pas sur son aspect théorique. Dans la littérature constitutionnelle de 1946, leur fondement pratique l'emporte, dès lors, sur leur fondement théorique et le précède même[3584].

732. Cependant, si leurs discours n'apparaissent pas comme un simple raisonnement logique, les constitutionnalistes de la IVème République ne négligent pas pour autant totalement l'importance des grandes constructions juridiques léguées par les juristes éminents de la génération précédente, notamment celle de Duguit, comme l'illustre leur compréhension de la nature des privilèges parlementaires.

3. La conception *objectiviste* dominante des immunités parlementaires : l'influence de la pensée de Duguit

733. Pour la doctrine de la IVème République, le fondement pratique des immunités parlementaires dicte leur nature même[3585]. En d'autres termes, ces mécanismes dérogatoires ne sont pas, à ses yeux, des prérogatives attachées à la personne des parlementaires mais « des garanties

3579 *Ibid*., p.27.
3580 Pour Marchand, « « La souveraineté nationale, dit l'article 3, appartient au Peuple français », formule qui traduit assez bien l'esprit transactionnel du texte, mais qui, juridiquement, est à peu près vide de sens. En fait, c'est vers la souveraineté populaire que la Constitution de 1946 de 1946 inclinait » (*ibid*., p.22-23).
3581 Dans la Constitution de 1946, les immunités parlementaires répondent à « des raisons d'opportunité très sérieuses, mais au mépris de la logique » (*ibid*., p.25).
3582 *Ibid*., p.23.
3583 *Ibid*., p.21.
3584 Comme le note Marchand, les immunités parlementaires répondent, à l'origine, au « souci de défendre l'une des plus décisives conquêtes du monde occidental : le droit de représentation politique. La raison et ses liaisons logiques n'intervinrent qu'après » (*ibid*., p.9).
3585 « En tout état de cause, on ne s'étonnera pas que le fondement de l'immunité réagisse sur la nature même de celle-ci » (*ibid*., p.9).

constitutionnelles établies en faveur des assemblées représentatives de la Nation »[3586]. L'irresponsabilité et l'inviolabilité ne sont pas instaurées dans l'intérêt particulier de chaque parlementaire, mais dans l'intérêt du corps auquel il appartiennent, « dans l'intérêt du Parlement tout entier »[3587] et poursuit, par conséquent, un but d'intérêt général[3588]. Employant directement le vocabulaire et les idées de Duguit, elle fait valoir que les intéressés se trouvent à cet égard dans une *situation de droit objectif*[3589], sans aller jusqu'à les considérer comme des fonctionnaires à l'image du professeur bordelais. Comme le note Marchand, cette interprétation objectiviste des immunités parlementaires « est un point que la doctrine est unanime à préciser »[3590], même si une minorité emploie le terme de « règle d'ordre public »[3591]. Julien Laferrière développe plus particulièrement ce point. Contrairement au langage courant qui qualifie les membres des assemblées de « mandataires », il précise que leur situation n'a en aucune façon sa source dans un contrat quelconque intervenu entre l'élu et le corps électoral. Celle-ci est plutôt « une situation légale et réglementaire, de droit objectif »[3592]. Autrement dit, « dans tous ses éléments, obligations qu'elle comporte, avantages qui y sont attachés, elle est fixée exclusivement par la Constitution, par la loi et par les règlements des assemblées, de façon générale, impersonnelle, impérative »[3593].

734. Par conséquent, du fait que les parlementaires ne soient pas titulaires d'un droit subjectif individuel et personnel, mais d'une garantie fonctionnelle, les constitutionnalistes en tirent, dans un large consensus, plusieurs conséquences. *En premier lieu*, tout élément de cette situation « peut à tout moment être modifié de façon désavantageuse, par la loi »[3594]. Extérieure à celle-ci, cette modification aura vocation à s'appliquer non seulement « aux députés futurs mais immédiatement aux députés actuellement en fonctions. Il n'y a pas à parler de droits acquis ou de rétroactivité de la loi »[3595]. *En second lieu*, cet aspect objectif influe directement sur la durée de la protection,

3586 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.60.
3587 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.29.
3588 « En tout état de cause, on ne s'étonnera pas que le fondement de l'immunité (…) lui donne ce caractère de « nécessité publique » qui lui est propre » (*ibid*., p.9). De même, pour Jacques-Bernard Herzog, « les privilèges qu'elles représentent ont en commun de n'être érigées au bénéfice de la personne, mais d'assurer la protection de la fonction ou de la mission. Ils sont en cela conformes à la justice humaine qui apporte à la morale le correctif de l'utilité sociale » (J.-B. Herzog, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.73). Enfin, selon Farhat, « c'est un intérêt majeur d'ordre supérieur, l'intérêt public qui nécessite l'existence de ce privilège choquant, même exorbitant, que dans le droit parlementaire on appelle irresponsabilité. Il est faux de dire que les députés bénéficient de ce privilège » (M. Farhat, L'immunité…, op.cit., p.32). *V.* également : M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, op.cit., 1948, p.439.
3589 Comme le rappelle Roger Bonnard, « les situations juridiques sont ou générales et impersonnelles ou individuelles et spéciales. Elles sont générales et impersonnelles quand elles s'appliquent indistinctement à tous les individus ou à une catégorie indéterminée d'individus » (R. Bonnard, Précis de droit public, 4ème éd., Recueil Sirey, 1938, p.12). Sur la défense du caractère objectiviste des immunités parlementaires : H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.60 ; P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.29 ; M. Farhat, L'immunité…, op.cit., p.35.
3590 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.29.
3591 Par exemple, Bonneau souligne que « l'inviolabilité est, comme l'irresponsabilité, d'ordre public » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.76). *V.* également : J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.667 ; A. de Laubadère, Droit constitutionnel et institutions politiques : licence, 1ère année : 1955-1956, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de André de Laubadère, Paris : Cours de droit, 1956, p.488.
3592 *Ibid*., p.661.
3593 *Ibid*.
3594 *Ibid*.
3595 *Ibid*.

spécialement l'inviolabilité parlementaire. Étant donné qu'elle ne constitue pas un privilège individuel du parlementaire, la Constitution de 1946 confère à chaque chambre « la faculté d'en modifier elle-même la portée dans le temps, aussi bien dans un sens que dans l'autre »[3596]. Autrement dit, dans son intérêt, « l'Assemblée peut décider la main-levée de l'inviolabilité et restreindre ainsi sa durée normale d'application. À l'inverse, elle peut exiger la suspension de la poursuite ou de la détention d'un parlementaire »[3597]. La durée de l'inviolabilité demeure donc soumise en partie à l'appréciation discrétionnaire des assemblées. *En troisième lieu*, un parlementaire ne peut pas renoncer de sa propre volonté à l'irresponsabilité ou à l'inviolabilité immunitaire dont il jouit en cette qualité[3598]. L'exception d'irresponsabilité peut être invoquée en tout état de cause, même pour la première fois en cassation. Le juge doit l'opposer d'office et, dans le cas contraire, il se rend coupable de forfaiture punie par le Code pénal[3599]. La jurisprudence judiciaire de cette époque confirmera la nature objectiviste des avantages parlementaires[3600]. En revanche, la doctrine met en lumière un tempérament à cette règle : le député en cause peut demander à la Chambre de ne pas s'opposer à la levée de son immunité. *En dernier lieu*, la nature objective des privilèges parlementaires détermine leur régime juridique.

4. La volonté doctrinale de donner un maximum d'effets aux immunités parlementaires sous réserve d'encadrement

735. Les constitutionnalistes de la IVème République soulignent que le fondement pratique des avantages parlementaires, c'est-à-dire l'indépendance des chambres, explique, outre leur nature, l'ensemble de leur régime juridique. Comme le note Henri Bonneau, le statut exorbitant des parlementaires « n'étant pas accordé au parlementaire dans son intérêt personnel mais celui de la fonction, l'on conçoit que son domaine se trouve de ce fait soigneusement délimité, tant vis-à-vis des personnes qui en bénéficient qu'en ce qui concerne ceux de leurs actes qui se trouvent protégés »[3601]. D'un côté, destinée à permettre l'expression la plus totalement libre de la volonté nationale au sein du Parlement[3602], ils font valoir que l'irresponsabilité se caractérise par « son

3596 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.72.
3597 *Ibid*.
3598 Su ce point : J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.661-662 et p.667.
3599 L'ancien article 121 du Code pénal déclare coupable de forfaiture et passible de dégradation civique tout officier de police judiciaire ou magistrat qui aurait provoqué ou signé un mandat ou un jugement tendant à la poursuite ou à l'arrestation d'un membre du Parlement, sans l'autorisation de son assemblée.
3600 Le 23 janvier 1947, dans un arrêt infirmatif du jugement du tribunal correctionnel de Lille du 13 novembre 1946, la Cour d'appel de Douai déclare : « Attendu qu'il s'agit là d'un principe d'ordre et d'intérêt publics dont l'objet est d'assurer le libre exercice du mandat électoral : que dès lors le parlementaire protégé par l'immunité ne peut même pas renoncer à son privilège et que l'exception fondée sur elle devrait même, le cas échéant, être suppléée d'office. Attendu que toute citation antérieure à l'autorisation parlementaire ou délivrée à défaut de celle-ci doit être réputée nulle...infirme le jugement entrepris » (cité par P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.31).
3601 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.61.
3602 « Lorsque [le parlementaire] parle, lorsqu'il écrit, lorsqu'il vote, il est nécessaire qu'il agisse sous les seules

énergie particulière »[3603]. Elle présente, logiquement, un caractère *absolu*, puisque « l'irresponsabilité s'oppose à toute poursuite pénale comme à toute action civile »[3604], et *perpétuel*, en ce qu'« elle dure au-delà du mandat lui-même »[3605]. En outre, en prévoyant que cette protection vise, non seulement, les recherches, les poursuites et l'arrestation, la détention et le jugement, le texte de 1946 est plus complet que celui de 1875. La doctrine juge ainsi que « les constituants de 1946 ont tenu à maintenir [cette protection] dans toute sa plénitude »[3606]. De l'autre, l'inviolabilité qui a pour but d'empêcher le gouvernement de prendre prétexte d'infractions réelles ou supposées étrangères à la fonction pour faire incarcérer ou éloigner du Parlement par intimidation les parlementaires opposants, doit couvrir par conséquent, à leurs yeux, les actes qui ne rentrent pas dans l'exercice de la fonction parlementaire. Elle doit protéger également contre les poursuites répressives pour crimes ou délits, étant donné qu'elles risquent de menacer leur liberté individuelle[3607], même si la doctrine souligne qu'en droit comparé, certains États font prédominer la protection de l'ordre public[3608]. Enfin, les constitutionnalistes observent que les constituants ont entendu renforcer l'efficacité de l'inviolabilité en étendant cette protection à toute la durée du mandat[3609], alors que la Constitution de 1875 la limitait plus strictement au temps des sessions[3610].

736. Toutefois, si les auteurs tiennent un discours protecteur à l'égard des statuts dérogatoires des immunités parlementaires, ils admettent dans le même temps la nécessité d'instaurer des bornes à leur encontre qui sont, tout bien considéré, classiques. Par exemple, en ce qui concerne l'irresponsabilité parlementaire, son champ d'application matériel doit être, selon eux, limité. Pour Vedel, « elle couvre tous les actes de la fonction, mais *eux seuls*. (…) Le discours dans une réunion publique, les voies de fait dans l'enceinte parlementaire, le trafic d'influence ne sont pas actes de la

inspirations de sa raison et de sa conscience » (M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, Dalloz, 1948, p.438).

3603 G. Vedel, Cours de droit constitutionnel..., op.cit., 1958, p.728.

3604 G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, op.cit., p.402. Les seules sanctions auxquelles il est exposé sont les peines disciplinaires que son assemblée peut lui infliger en vertu de son règlement.

3605 *Ibid*.

3606 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.60.

3607 Laferrière précise que l'inviolabilité s'applique « aux poursuites quelle qu'en soit la forme, soit à l'action publique intentée par le ministère public, soit, en matière de délit, aux poursuites engagées par citation directe de la victime devant le tribunal correctionnel » (J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.674).

3608 Comme le remarque Herzog, au Portugal ou en Bulgarie, « les parlementaires répondent, dans les mêmes conditions que les autres citoyens, des infractions les plus graves parce que cette gravité, l'emportant sur toute autre considération, fait apparaître le risque de l'injustice par l'impunité comme plus grand que le risque de l'injustice par la poursuite » (J.-B. Herzog, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.79).

3609 Innovation de la IVème République même si les Constitutions de 1791, de 1793, de l'an III et de l'an VIII ont adopté la même règle, Bonneau observe que la Constitution de 1946 ne fait que consacrer « sur le plan constitutionnel une pratique que le pouvoir exécutif avait déjà adoptée de son plein gré durant la IIIème République » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.66) dans la mesure où le gouvernement, « par courtoisie à l'égard du Parlement » (*ibid*.), usait modérément de son pouvoir de poursuivre un parlementaire pendant les intersessions. Cependant, le constitutionnaliste note qu'en écrivant cette pratique dans la Constitution, celle-ci a non seulement été rendue obligatoire mais s'applique désormais à l'encontre des particuliers.

3610 Comme le soulignait Laferrière, durant la IIIème République, « dans l'intervalle des sessions, poursuites et arrestations sont libres » (*ibid*., p.674). Il dénonçait, à cet égard, la pratique gouvernementale consistant, par déférence envers les assemblées, à ne pas engager les poursuites dans l'intervalle des sessions et à attendre pour le faire l'ouverture de la session suivante afin d'être obligé de demander l'autorisation de l'assemblée. Cette attitude était, pour lui, regrettable car « elle aboutit en fait à élargir l'immunité parlementaire » (*ibid*., p.675).

fonction et ne bénéficient pas de l'irresponsabilité »[3611]. De même, un parlementaire n'est pas couvert par l'irresponsabilité lorsqu'il fait des actes qui, « sans doute, se rattachent à son activité d'homme politique, mais qui ne sont pas nécessaires à l'exercice de son mandat législatif, des actes qui pourraient être aussi bien faits par un non parlementaire »[3612]. Dans la littérature constitutionnelle de la IVème République, le critère spatial est donc indifférent pour déterminer le champ d'application de l'irresponsabilité parlementaire. Le lieu ne trace pas le moment de démarcation du droit de l'irresponsabilité puisque l'irresponsabilité peut ne pas fonctionner dans l'enceinte parlementaire mais fonctionner en dehors[3613]. Par ailleurs, son étendue personnelle est également restreinte, dans le sens où la liberté de parole ne s'étend pas « aux personnes qui, sans être député ou sénateur, participe pourtant aux travaux des assemblées, ministres qui ne font pas partie du Parlement, commissaires du gouvernement désignés par celui-ci pour participer à une discussion »[3614].

737. En outre, l'inviolabilité fait l'objet des mêmes gardes-fous dans les écrits de la doctrine constitutionnelle de la IVème République. D'un point de vue procédural, elle note que l'inviolabilité ne doit apporter aucun obstacle aux actions civiles, en paiement de dettes ou en dommages-intérêts ainsi qu'en matière pénale aux contraventions puisque, dans ces cas, « l'immunité ne se justifierait plus et dépasserait sa raison d'être »[3615] étant donné que de telles poursuites ne mettent pas en péril l'indépendance du parlementaire[3616]. En outre, son domaine d'application temporel doit également être encadré, selon elle, car l'inviolabilité ne doit durer qu'autant que le mandat dure - cette longue

3611 *Ibid*. Sur ce dernier point, à la suite du scandale Wilson qui, en tant que député, avait trafiqué la Légion d'honneur, la loi du 4 juillet 1889 a complété l'ancien article 177 du Code pénal en punissant « toute personne investie d'un mandat électif » qui aura agréé des promesses ou reçu des dons pour faire obtenir des décorations, faveurs, emplois ou marchés avec l'administration et aura ainsi abusé de l'influence réelle ou supposée que lui donne son mandat ».

3612 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.667. C'est le cas par exemple d'un député écrivant dans un journal, apposant des affiches, participant à une manifestation publique ou parlant dans une réunion publique, même pour redire ce qu'il a affirmé à la tribune de la chambre. Sur ce dernier point : Cass., 29 juin 1897, S.98, I. 17. Il sera couvert par l'inviolabilité dans ces situations.

3613 Certains constitutionnalistes de la IVème République ont une conception extrêmement large de l'activité parlementaire puisqu'ils estiment, à l'image de Marcel Prélot, qu'« elle englobe tout ce qui a trait à l'exercice des fonctions. Elle embrasse non seulement l'activité en séance plénière, mais couvre aussi les réunions de bureau, de groupe et de commission, ainsi que les missions à l'extérieur » (M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, op.cit., 1948, p.438). De ce point de vue, le règlement de l'Assemblée Nationale durant la IVème République prévoyait que si un fait délictueux est commis par un député à l'intérieur du Palais, le bureau en informe sur le champ le Parquet, ce qui revient « à admettre de manière non équivoque qu'il faut appliquer le droit commun » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.62).

3614 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.665. Toutefois l'article 41 §1 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 établit une immunité qui protège, de façon générale, tous les discours tenus dans les assemblées, quels qu'en soient les auteurs, même s'ils ne sont pas membres du Parlement. Ce n'est pas la personne qui a tenu les propos qui est prise en considération, mais les propos tenus en tant qu'ils sont un élément des discussions parlementaires. Sur ce point : *ibid*., p.666, note 2. De même, l'article 41 §2 prévoit que le journaliste qui rend compte des débats parlementaires bénéficie d'une irresponsabilité afin qu'ils reçoivent la plus large publicité possible. Pour Bonneau, cette extension de l'irresponsabilité « n'est pas incompatible avec l'esprit de l'institution » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.61).

3615 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.673.

3616 Ces cas ne comportent pas « la possibilité de la détention préventive et ne peuvent conduire qu'à des peines légères (dix jours de prison au maximum) » (G. Vedel, Cours de droit constitutionnel, op.cit., 1958, p.731). Ils n'ont pas non plus de « caractère infamant. Rien ne vient diminuer l'autorité du parlementaire ni gêner son action » (M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, op.cit., 1948, p.439).

durée d'exercice étant d'ailleurs fortement critiquée par la doctrine[3617] -. Comme le note Henri Bonneau, en dépit de son appellation, « cette immunité n'a pas en principe pour effet de soustraire définitivement le parlementaire à toute poursuite »[3618]. L'inviolabilité a donc un caractère *temporaire, non absolu*, puisqu'il appartient à l'Assemblée à laquelle le parlementaire appartient de la lever[3619] et *limité* puisqu'elle conduit seulement à la suspension des poursuites ou de la détention. À la fin de son mandat, le parlementaire « retombe sous l'empire du droit commun »[3620].

738. L'étude de la littérature constitutionnelle de la IVème République révèle, en définitive, chez les constitutionnalistes de cette période « la volonté ferme de donner le maximum d'efficacité [aux] immunité[s] »[3621]. À l'appui de l'histoire constitutionnelle, de la tradition parlementaire, du droit comparé et de la jurisprudence, ils défendent une conception relativement large des statuts dérogatoires des parlementaires. L'irresponsabilité et l'inviolabilité sont présentées comme des institutions complémentaires[3622], même si le second mécanisme concentre l'essentiel des critiques doctrinales. Unanimes sur leur nature et leur portée, le système doctrinal ainsi édifié apparaît cohérent. Toutefois, des points de désaccords persistent sur leur étendue et leur modalité,

3617 Herzog constate qu'au cours de la IVème République, « la question de savoir si l'immunité doit être permanente ou non a été (…) très discutée en France » (J.-B. Herzog, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.79). Esmein soutenait le bien-fondé de cette permanence immunitaire par une double raison pratique : « c'est d'abord que cette responsabilité est pratiquement très difficile à organiser. C'est que, d'autre part, elle tournerait le plus souvent contre l'intérêt public, contre le véritable intérêt des représentés en paralysant, par crainte, l'action des représentants qui doit être le plus souvent libre pour être utile, en troublant ou interrompant le jeu continu des institutions représentatives » (A. Esmein, Éléments de droit constitutionnel, op.cit., p.481). Mais, durant la IVème République, Marcel Prélot conteste l'extension de la durée de l'inviolabilité à tout le mandat. Pour lui, il y a un élargissement considérable des effets de ce privilège qui portent atteinte à la bonne administration de la justice : « « sans doute, cette extension à cinq années d'impunité est-elle excessive. On ne peut plus défendre l'inviolabilité en indiquant, comme naguère, que la courte durée des sessions ne ralentit pas sérieusement la marche de la justice » (M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, op.cit., 1948, p.439). De même, pour Bonneau, par cette durée, « le caractère exorbitant de l'inviolabilité s'en trouve en fait aggravé » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.77) comme ses conséquences. L'inviolabilité tend à se rapprocher, pour lui, de l'irresponsabilité puisque, dans ce système, « l'inviolabilité peut même devenir pratiquement perpétuelle pour certains parlementaires qui sont assurés de leur réélection » (*ibid*.), ce qui constitue « à n'en pas douter une déformation de l'institution et une confusion regrettable des deux immunités traditionnelles, qui ont toujours eu un domaine distinct » (*ibid*.). Dans le même sens : G. Burdeau, Cours de droit constitutionnel et institutions politiques, Paris : Cours de droit, 1956/1957, p.489-490. Toutefois, le nouvel article 22 de la Constitution issu de la révision du 7 décembre 1954, revient en partie au système de 1875 en raison de l'abandon du système de la permanence des Assemblées décidé par cette loi. Pourtant, Vedel constate que les parlementaires de la IVème République disposent d'« une protection plus étendue que celle qui leur était accordée sous la IIIème République » (G. Vedel, Cours de droit constitutionnel, op.cit., 1958, p.730). Le texte nouveau comporte certaines garanties spéciales au profit du parlementaire : un parlementaire peut être poursuivi ou arrêté pendant l'intervalle entre deux sessions, mais d'une part tout parlementaire arrêté hors session peut voter par délégation tant que la levée de l'immunité n'a pas été votée, d'autre part, si l'assemblée ne s'est pas prononcée dans les trente jours qui suivent l'ouverture de la session, le parlementaire arrêté doit être libéré, enfin le parlementaire ne peut être arrêté hors session qu'avec l'autorisation du bureau de la Chambre dont il fait partie. *V.* également : J.-B. Herzog, La réforme de l'inviolabilité parlementaire dans la Constitution française, Revue internationale de droit pénal, 1955, p.257.

3618 Bonneau ajoute que « si les effets de la suspension des poursuites sont absolus, l'inviolabilité emporte en contre-partie la suspension de la prescription » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.75).

3619 Comme le note Vedel, « l'irresponsabilité est une *règle de fond* : l'inviolabilité n'est qu'une *règle de procédure* : elle suspend seulement les poursuites et l'arrestation » (G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, op.cit., p.404).

3620 *Ibid*.

3621 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.61.

3622 *V.* sur ce point : R. Pinto, Éléments de droit constitutionnel, op.cit., p.430 ; H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.64.

principalement en ce qui concerne l'inviolabilité, comme le met en relief l'affaire des députés malgaches en 1947.

B. Le renouvellement de la problématique de l'inviolabilité parlementaire suite à l'affaire des députés malgaches : la prédominance de la représentation doctrinale *pénaliste*

739. « Il est des institutions que l'on croit souvent des plus connues, dont la doctrine et la pratique semblent avoir analysé tous les aspects et à propos desquels tout paraît avoir été dit. Mais il arrive un jour où l'on s'aperçoit qu'elles se sont transformées complètement de façon presque insensible et que tout ce qu'on tenait pour acquis est remis en question »[3623]. Comme le souligne la présente affirmation de Roland Drago, le problème de l'inviolabilité parlementaire qui semblait être épuisé scientifiquement[3624], ressurgit avec éclat au début de la IVème République sous l'effet de l'actualité politique. Pierre Marchand juge effectivement que « la conjoncture a artificiellement gonflé une question qui ne présente en elle-même qu'un intérêt malgré tout limité »[3625] Il faut ainsi « un temps de grosse tempête où l'édifice constitutionnel fut tout entier secoué, pour que [l'inviolabilité] vint à nouveau forger l'attention générale et susciter des inquiétudes aussi vives que contradictoires »[3626]. Les incidences du soulèvement de Madagascar et les accusations d'insurrection contre des parlementaires en 1947 conduisent à un renouveau du questionnement du deuxième volet de l'immunité parlementaire qui demeure le plus problématique et le plus contesté par la doctrine constitutionnelle de la IVème République.

740. En l'espèce, trois députés et trois sénateurs, membres du Mouvement démocratique de Rénovation malgache, furent accusés d'être à l'origine de la violente insurrection qui eut lieu à Madagascar dans la nuit du 29 au 30 mars 1947 contre l'administration coloniale. Ils furent arrêtés, selon le ministre français d'Outre-Mer, « en raison du flagrant délit patent fondé sur le caractère continu du crime »[3627]. Mais conformément à la tradition parlementaire en matière de flagrant délit, le Procureur général de Madagascar adressa au Président de chaque assemblée des requêtes en autorisation de poursuites contre le six parlementaires. Suivant l'usage, une commission fut nommée pour statuer sur ces demandes à l'Assemblée Nationale et au Conseil de la République. Ces requêtes comportaient « un large exposé des faits et elles étaient accompagnées d'une copie authentifiée de toutes les pièces de la procédure suivie à Madagascar. Les Assemblées se trouvaient

3623 R. Drago, L'évolution récente de la notion d'inviolabilité parlementaire, RDP, 1949, n°65,p .350.
3624 Marchand souligne en ce sens qu'« au seuil du nouveau régime, en octobre 1946, l'immunité parlementaire semblait avoir conservé la patine des constructions anciennes auxquelles elle était empruntée » et « on pouvait croire (…) que « l'usage les avait polis et rendis presque inoffensifs » » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.1).
3625 Pierre Marchand, Les immunités…, op.cit., p.4.
3626 *Ibid*.
3627 Cité par R. Drago, L'évolution récente…, op.cit., p.351.

donc parfaitement informées »[3628]. Mais le parquet de Tananarive alla plus loin qu'un simple exposé des faits pour ce qui est de la requête contre les députés. Alors que la requête faite au Conseil de République contre les sénateurs compromis dans la rébellion avaient pour but d'obtenir « l'autorisation nécessaire pour continuer les poursuites intentées contre M. sous l'inculpation d'attentat à la sûreté intérieure de l'État et de tous autres crimes et délits connexes que l'information pourrait révéler à sa charge »[3629], la rédaction de celle concernant les députés était sensiblement différente. Pour les députés, et là est l'origine de la difficulté, la requête indiquait que ceux-ci se trouvaient « sous l'inculpation de crime d'atteinte à la sûreté intérieure de l'État, prévu et puni par l'art. 91 C. pén. »[3630]. La requête dont fut saisie l'Assemblée comprenait donc des éléments de fait et de droit très précis. L'Assemblée délivra l'autorisation de poursuivre et les trois députés furent renvoyés devant la Cour criminelle[3631]. Cependant, l'arrêt de la chambre des mises en accusation comportait une inculpation plus large que celle qui avait été indiquée à l'Assemblée nationale. Trois éléments étaient retenus : « atteinte à la sûreté intérieure de l'État » - crime prévu à l'article 91 du Code pénal et visé dans la requête soumise à l'Assemblée - mais aussi « crimes commis en réunions séditieuses » et « complicité d'assassinat », crimes respectivement prévus par les articles 313 et 296 du Code pénal, et non visés dans la requête. Les avocats des trois députés saisirent donc la Cour criminelle de conclusions tendant à faire prononcer la nullité des poursuites. Ils faisaient observer que cette extension de l'inculpation était particulièrement grave en l'espèce puisque l'inculpation, indiquée à l'Assemblée, ne pouvait pas entraîner la peine de mort – simplement la détention dans une enceinte fortifiée -, alors que les deux nouvelles inculpations le permettaient. Ces conclusions soutenues lors de l'ouverture des débats le 22 juillet 1948, furent rejetées par un arrêt incident de la Cour criminelle le 31 juillet 1948. Condamnant certains à la peine de mort et d'autres aux travaux forcés à perpétuité, les parlementaires formèrent des pouvoirs en cassation. Pendant l'examen du pourvoi, les législateurs déposèrent plusieurs propositions de loi rappelant *le principe de spécialité de l'autorisation parlementaire*[3632] . Le 7 juillet 1949, la Cour de cassation rejeta les pourvois, et notamment le moyen relatif au changement de qualification. Or, pour contrecarrer cette jurisprudence de la Cour de Cassation qui suscita de vives réactions parmi les parlementaires, l'Assemblée Nationale adopta le 30 juillet 1949 une proposition de loi visant à imposer sa conception en matière de demandes de levée d'immunité, ce qui déclencha un conflit constitutionnel aigu. Par celle-ci, le juge était lié par les infractions pénales visées par la levée d'immunité, sans pouvoir de lui-même élargir les poursuites à de nouvelles infractions. Par conséquent, tout changement de qualification prononcé par une juridiction pénale n'aurait pu avoir d'effet qu'à la

3628 S., 1950, 1, 9, note H. Galland, p.9. En ce sens, le rapporteur à l'Assemblée déclara : « Je sais que certains de nos collègues ont fouillé nos annales parlementaires. Je leur demande s'ils ont trouvé, dans le passé, une seule affaire où, avant de se prononcer, l'Assemblée a été nantie d'une documentation aussi ample » (cité par *ibid*.).

3629 Cité par R. Drago, L'évolution récente…, op.cit., p.351.

3630 *Ibid*.

3631 Adoptant les conclusions des rapporteurs, le Conseil de la République leva également l'immunité des trois sénateurs le 7 août.

3632 Sur ce pont : R. Drago, L'évolution récente…, op.cit., p.353-354.

condition d'une nouvelle décision de l'Assemblée. Mais le Président de la République, à la demande de M. Pernot, président de la commission de la justice au Conseil de la République et rapporteur du texte voté par la seconde assemblée, demanda à l'Assemblée Nationale une délibération en seconde lecture en raison des doutes pesant sur la constitutionnalité d'une telle loi. De ce point de vue, l'éventuelle saisine du Comité Constitutionnel démontre « l'importance juridique des problèmes posés »[3633]. Cette seconde lecture n'intervint qu'en 1953 : l'Assemblée revenant sur son opinion antérieure adopta le point de vue de la Cour de Cassation par la loi du 31 juillet 1953. Le changement de majorité aux élections législatives de 1951 explique ce volte-face[3634].

741. Au regard de notre histoire constitutionnelle, cette affaire retentissante pose « tout au long des problèmes inédits ou du moins entièrement renouvelés »[3635]. Elle soulève, dans l'ordre chronologique, trois difficultés en matière de droit constitutionnel « d'un exceptionnel intérêt »[3636] : *d'une part*, le sens véritable de la notion de flagrant délit et, plus précisément, la validité du concept de « flagrant délit continu » (**1**) ; *d'autre part*, le rôle de l'assemblée saisie d'une demande en levée de l'inviolabilité parlementaire et l'esprit dans lequel elle doit l'examiner (**2**). *Enfin*, l'étendue réelle du principe de spécialité de l'autorisation de levée d'immunité délivrée par la chambre, conformément à l'article 22 de la Constitution de 1946, et les pouvoirs respectifs des tribunaux et de l'assemblée concernée en cas de disqualification par la juridiction de jugement (**3**). Sur chacun de ses sujets « délicats »[3637] qui suscite un certain remous parmi les membres de la doctrine constitutionnelle, ces derniers se positionnent clairement. Leurs réponses témoignent, une nouvelle fois, de l'existence de deux courants qui structurent la science constitutionnelle française, l'un pénaliste, l'autre purement constitutionnaliste.

1. La querelle constitutionnelle vis-à-vis de la définition du flagrant délit et du cas particulier du « flagrant délit continu » : la prédominance de la thèse pénaliste

742. En vertu de l'article 22 de la Constitution de 1946, l'inviolabilité du parlementaire cesse de plein droit en cas de flagrant délit[3638]. Bien qu'il soit en session, il peut non seulement être arrêté,

3633 *Ibid*., p.357. Cependant, cette saisine n'interviendra pas puisqu'« en raison des vacances imminentes, le Conseil de la République ne pouvait tenir utilement séance pour demander à son Président de saisir le Président de la République en vue de soumettre au Comité Constitutionnel la loi ainsi votée par l'Assemblée Nationale et qui, selon lui, était contraire à la Constitution » (G. Vedel, Cours de droit constitutionnel, op.cit., 1958, p.734).
3634 Sur ce point : V. Codaccioni, Punir les opposants. PCF et procès politiques (1947-1962), Paris : CNRS éd., 2013, 417.
3635 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.87.
3636 S., 1950, 1, 9, note H. Galland, p.8.
3637 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.105.
3638 Comme le note Marchand, lorsque les conditions du flagrant délit se trouvent réunies, la suppression de l'inviolabilité intervient « d'office. Ce n'est pas seulement une possibilité, c'est une nécessité légale » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.61).

mais être poursuivi, jugé et condamné, sans qu'il soit besoin d'aucune autorisation préalable de son assemblée. Pour la doctrine, cette exception est légitime puisque « le délit étant flagrant, il n'est guère à craindre que les poursuites soient inspirées par des motifs politiques, ou intentées à raison de délits imaginaires »[3639]. Mais, à travers l'affaire des députés malgaches, la difficulté provient de la singularité revêtue par le flagrant délit. En l'espèce, les parlementaires ont pu être arrêtés sur le fondement du concept de « flagrant délit continu ». Cette notion inédite invite donc les constitutionnalistes de la IVème République à répondre à deux problèmes complémentaires, celui du sens étroit ou extensif du flagrant délit et, si dans le second sens, il n'appartient pas à la Chambre, pour sauvegarder l'indépendance de la chambre, d'en vérifier l'authenticité.

743. *D'une part*, la doctrine signale, tout d'abord, la difficulté pour saisir la notion de flagrant délit. Comme le note Henri Bonneau, « l'appréciation de la notion de flagrant délit ne manque pas d'être délicate »[3640]. Dans cette recherche, elle examine, en premier lieu, si cette notion est propre au droit constitutionnel ou s'il faut recourir à la définition de droit commun. Pour Henri Bonneau, une lecture constitutionnaliste du flagrant délit peut être envisagée en raison du fondement pratique de l'inviolabilité parlementaire. Ce problème étant « essentiellement politique »[3641], il observe que « le Parlement, dont la protection est seule en cause, devrait pouvoir déterminer lui-même s'il y a flagrant délit »[3642]. La compétence exclusive des autorités judiciaires pour la définir présenterait le risque que l'arrestation soit inspirée par un mobile politique qui remettrait en cause l'indépendance du parlementaire. Cependant, cette lecture constitutionnaliste du flagrant délit n'emporte la conviction d'aucun constitutionnaliste de la IVème République puisque ses membres, se basant sur un argument littéral, constatent que le texte de 1946 n'a pas cherché à fixer les contours de cette notion et a gardé le silence. Pour Bonneau, « la Constitution n'a pas pris soin de forger une théorie particulière du flagrant délit en matière d'immunité parlementaire »[3643]. Dès lors, en l'absence de disposition constitutionnelle spécifique, la totalité des publicistes soutiennent que le droit commun est applicable en matière parlementaire. Ils se rallient à la définition donnée par le Code pénal. Toutefois, cette lecture pénaliste dite droit commun connaît des divisions doctrinales. Certains

3639 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.676. D'ailleurs, la doctrine constate qu'« à peu près toutes les Constitutions ont jugé utile d'introduire cette exception à la règle de l'immunité, sauf celle de l'an VIIII et le projet sénatorial de 1814 » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.61). En outre, la comparaison des législatives positives renforce le bien-fondé de cette exception puisque Herzog observe en 1956 qu'« on ne trouve guère que l'U.R.S.S. et l'Allemagne de l'Est où cette exception ne soit pas prévue par les textes constitutionnels » (J.-B. Herzog, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.81). Cependant, Roland Drago n'est pas d'accord avec cette explication. Le flagrant délit peut, pour lui, être utilisé à des fins politiques. C'est pourquoi, à ses yeux, le véritable fondement, inspiré de Barthélémy et Duez, réside dans le fait que « le scandale serait trop grand si un commencement de répression n'intervenait pas contre le parlementaire, auteur d'un flagrant délit alors qu'il intervient immédiatement, par exemple, pour ses complices non parlementaires. Ainsi le véritable fondement semble être un *but de police, de maintien de l'ordre public* par l'exercice d'une mesure de sûreté destinée à faire cesser le trouble. Dans ces cas les nécessités de l'ordre public priment l'inviolabilité parlementaire » (R. Drago, L'évolution récente de la notion d'inviolabilité parlementaire, RDP, t.36, 1950, p.410).

3640 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.68.

3641 *Ibid.*

3642 *Ibid.*

3643 *Ibid.*

constitutionnalistes plaident en faveur d'un sens strict alors que d'autres en faveur d'un sens extensif. Henri Bonneau pose très justement les données du problème : le flagrant délit prévu à l'article 22 de la Constitution de 1946 se limite-t-il à « la définition de l'article 41 §1 du Code d'instruction criminelle – qui vise le délit se commettant actuellement ou venant de se commettre – ou faut-il y inclure en outre la quasi-flagrance prévue au §2 dudit article qui, en recourant à une fiction légale, assimile au flagrant délit les cas où le prévenu est « poursuivi par la clameur publique » ou est trouvé « saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit ? »[3644].

Le sens *strict* du flagrant délit est défendu par une minorité de constitutionnalistes. Ses partisans invoquent, en ce sens, la pensée d'Esmein. Celui-ci estimait qu'en raison de son caractère exceptionnel, la théorie du flagrant délit doit être entendue dans « un sens étroit et précis »[3645], c'est-à-dire qu'elle doit être résumé au délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre et exclut la quasi-flagrance du §2 du Code d'instruction criminelle[3646]. Soucieux de garantir les équilibres institutionnels, cette thèse met en avant une définition spécifique qui ne soit pas la reproduction parfaite de celle du droit pénal[3647]. Cette appréciation limitative est destinée, selon ses auteurs, à encadrer la marge de manœuvre de l'exécutif et à protéger, en dernier ressort, la liberté des chambres. À l'opposé, le sens *extensif* du flagrant délit, partagé par la majorité des constitutionnalistes, fait valoir qu'en l'absence de précision dans la Constitution, cette notion doit être compris « dans les conditions habituelles de la procédure pénale »[3648]. Autrement dit, le droit commun en matière de flagrant délit doit s'appliquer dans sa plénitude en droit constitutionnel[3649]. Comme l'affirme Henri Bonneau, « la dérogation à l'inviolabilité peut ainsi jouer dans tous les cas où la procédure du flagrant délit peut être employée par les autorités judiciaires »[3650]. Ce qui signifie que le flagrant délit recouvre également la quasi-flagrance.

744. Malgré cette inclusion, les partisans de la thèse pénaliste remarquent que cette notion reste d'« application forte délicate »[3651], comme l'illustre l'affaire des députés malgaches à propos de laquelle a été imaginée la théorie du « flagrant délit continu ». En l'espèce, les parlementaires malgaches, investigateurs de la révolte, ont été tenus pour responsables de sa continuation. Les

3644 *Ibid*., p.69.
3645 A. Esmein, Éléments..., op.cit., p.965.
3646 « C'est de cette manière qu'on doit, semble-t-il, comprendre le flagrant délit comme par un parlementaire en écartant certaines aspects de la quasi flagrance » (R. Drago, L'évolution récente..., op.cit., 1950, p.408). Le professeur se base sur l'article 121 du code pénal qui déclare coupables de forfaitures les magistrats ayant ordonné ou exercé des poursuites contre des parlementaires « hors le cas de flagrant délit et de clameur publique ». En d'autres termes, le flagrant délit est clairement distingué par cette disposition de la quasi flagrance.
3647 Pour Roland Drago, « il existe une interprétation spéciale du flagrant délit du point de vue du droit parlementaire » (*ibid*).
3648 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.69.
3649 Comme l'affirme Pierre Marchand, « le droit parlementaire ne peut connaître d'autre notion du flagrant délit que celle du droit commun » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.108).
3650 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.69.
3651 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.108.

émeutes étant un délit continu, « les parlementaires présumés responsables de leur déclenchement l'étaient également de leur développement, et le flagrant délit durait autant qu'elles »[3652]. La notion de *flagrant délit* a donc été étendue par les autorités judiciaires au cas de *délit continu*, ou du moins combinée. Se penchant sur la validité juridique d'une telle construction, la doctrine constitutionnelle, en majorité, l'approuve largement car, en l'occurrence, « au moment où les arrestations des parlementaires eurent lieu, le territoire malgache brûlait encore en de nombreux points. Il y avait flagrance à la fois réelle et personnelle dans le cas des exécutants pris les armes à la main, et flagrance réelle seulement dans les cas des députés et conseillers qui les avaient inspirés »[3653]. Dans ces conditions, en avalisant cette subtile théorie juridique, les auteurs donnent à la notion de flagrant délit un sens extrêmement large. Toutefois, ils ont conscience des implications politiques d'une interprétation aussi ample[3654]. Le pouvoir exécutif peut ainsi se draper dans cette théorie pour multiplier les arrestations d'opposants politiques[3655]. Cette théorie facilite en effet les persécutions du pouvoir exécutif contre les parlementaires puisque les instances judiciaires n'ont plus à requérir l'autorisation parlementaire pour les arrêter et les poursuivre[3656]. L'indépendance et la sécurité des assemblées est donc sérieusement contestée[3657], ce qui contrevient à l'essence même du concept d'inviolabilité. Comme le souligne Duverger, « ce raisonnement constitue un assez beau tour de passe-passe juridique destiné à faire dire aux textes concernant le flagrant délit le contraire de ce qu'ils disent »[3658]. Néanmoins, les défenseurs de cette construction rétorquent que le flagrant délit continu renferme un enjeu plus important que celui de la liberté des chambres. Bonneau estime que « son rejet serait aussi dangereux pour nos institutions elles-mêmes en ne permettant pas de réprimer efficacement le crime d'atteinte à la sûreté intérieure de l'État »[3659]. En outre, ils soulignent que sa portée est moins redoutable qu'il n'y paraît puisque « le Parlement (…) peut toujours requérir la suspension de la détention »[3660] pendant toute la durée de la session au regard de l'article 22 de la Constitution de 1946.

745. C'est d'ailleurs ce risque d'une utilisation élastique et arbitraire du flagrant délit qui conduit les constitutionnalistes à examiner un second problème. Pour y remédier, *les assemblées peuvent-elles contrôler elles-mêmes la validité du flagrant délit ?* En principe, d'après l'article 22 de la

3652 M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, op.cit., 1955, p.482.
3653 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.110. Pour une analyse approfondie de cette question du « flagrant délit continu » : *v.* H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.70-71.
3654 Pour Marchand, « sa « finalité » est trop apparente pour être niée. Mais ce qu'il nous importe uniquement de rechercher ici, c'est sa validité juridique » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.108).
3655 Comme l'observe Burdeau, « étant donné le motif de l'inviolabilité, elle cesse en cas de flagrant délit, puisqu'alors l'arbitraire n'est pas à redouter. Toutefois, c'est là une évidence assez théorique dès lors que l'on n'attribue plus à la notion de flagrant délit son sens strict » (G. Burdeau, Cours de droit constitutionnel et institutions politiques rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Burdeau. Licence 1ère année : 1956-1957, Les cours de droit, 1957, p.490).
3656 *v.* R. Drago, L'évolution récente de la notion d'inviolabilité parlementaire, op.cit., 1950, p.410.
3657 La théorie du flagrant délit continu « est dangereuse pour les assemblées » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.71).
3658 M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, op.cit., 1955, p.482.
3659 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.71.
3660 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.110.

Constitution de 1946, le flagrant délit qui permet sans conteste l'arrestation immédiate, dispense également de l'autorisation de poursuites par la chambre concernée. Mais une pratique parlementaire fermement établie prévoit que la flagrance du délit autorise l'arrestation immédiate, mais ne permet pas pour autant de commencer les poursuites sans autorisation de l'Assemblée, ce qui fut le cas en l'espèce. Le procureur de Madagascar dépose alors une requête à l'assemblée demandant l'autorisation de les poursuivre, alors qu'il avait pourtant fondé l'arrestation sur la flagrance du délit. Cette tradition poursuit comme objectif d'éviter que « le pouvoir exécutif ne se serve de cette exception à des fins politiques dans des périodes troublées »[3661]. Elle restreint donc les conséquences du flagrant délit[3662]. Elle est aussi la manifestation de la « tendance du Parlement à entendre de façon aussi large que possible et même à étendre les privilèges dont il bénéficie »[3663]. Mais la doctrine de la IVème République, comme celle passé, conteste vivement ce précédent politique. À ses yeux, les chambres ne sont pas habilitées à critiquer la décision de la justice. Le flagrant délit est « une notion juridique qui échappe à l'appréciation des Chambres », « seules les autorités judiciaires sont à même de [la] délimiter »[3664]. Ce monopole judiciaire trouve sa justification dans le fait que l'article 22 de la Constitution de 1946 perdrait toute signification et toute effectivité dans le cas contraire. Bonneau fait valoir que, « si les Chambres pouvaient apprécier elle-mêmes l'existence du flagrant délit, l'exception prévue à ce texte serait dépourvue de portée pratique »[3665]. Toutefois, la doctrine fait valoir qu'une double garantie a été aménagée contre une interprétation exagérée du flagrant délit faite par les autorités judiciaires. La première réside dans le droit au recours devant les juridictions judiciaires supérieures. Comme le note Bonneau, « si le délinquant estime que le juge d'instruction a fait une utilisation abusive de cette procédure exceptionnelle, il lui est loisible de se pourvoir devant la Chambre des mises en accusation et éventuellement la Cour de Cassation »[3666]. L'auteur a donc confiance en l'indépendance de la justice. La seconde est d'ordre constitutionnel puisque la Constitution a pris soin de permettre en tout état de cause aux membres des assemblées de suspendre la procédure[3667]. En définitive, en

3661 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.68. Sur ce point, cette pratique rejoint le système de plusieurs anciennes Constitutions françaises (C. de 1791, 1793, an III, 1848). Elles décidaient qu'en cas de flagrant délit, le représentant pouvait être « saisi » sur le champ, mais que les poursuites ne pouvaient être continuées que moyennant l'autorisation de l'assemblée, à laquelle avis de l'arrestation devait être donné sans délai. Au contraire, la solution inverse fut adoptée par les Chartes, le décret organique du 2 février 1852 et la Constitution de 1875. En cas de flagrant délit, elles autorisaient non seulement l'arrestation immédiate, mais l'engagement de la poursuite et sa continuation jusqu'à son résultat final, y compris la détention. Plus largement, Herzog constate que plusieurs Constitutions étrangères (autrichienne, finlandaise, portugaise, brésilienne) rejoignent cette pratique parlementaire. Elles consacrent l'obligation de notifier l'arrestation intervenue à la chambre intéressée en cas de flagrant délit. Une décision de cette chambre peut interrompre les poursuites et la détention (*v.* J.-B. Herzog, Les immunités parlementaires…, op.cit., p.81-82).

3662 G. Burdeau, Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Georges Burdeau. Licence 1ère année : 1957-1958, Les cours de droit, 1958, p.573.

3663 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.676.

3664 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.111. Dans le même sens : R. Drago, L'évolution récente…, op.cit., 1950, p.413.

3665 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.68.

3666 *Ibid*. En l'espèce, l'un de conseillers a contesté l'applicabilité de la procédure du flagrant délit, mais la Chambre des mises en accusation a confirmé la décision du juge d'instruction.

3667 Dans ce cas, note Marcel Prélot, la levée de détention ou la suspension de poursuite à l'initiative de la Chambre vise à « déclarer que la présence d'un de ses membres lui est indispensable et que l'importance du rôle qu'il a à remplir

1950, dans la lignée de la position doctrinale dominante, l'Assemblée Nationale s'en tiendra, sur demande de clarification de la justice[3668], à une interprétation *stricte* de l'article 22 de la Constitution de 1946 en affirmant que cette disposition « exclut le flagrant délit du nombre des hypothèses dans lesquelles une autorisation préalable de l'Assemblée est nécessaire pour qu'un député puisse être poursuivi ou arrêté »[3669]. Cette décision marque, comme l'observe Roland Drago, « un revirement non seulement par rapport à la pratique suivie en cas de flagrant délit mais surtout par rapport à l'attitude [des chambres] (…) qui tendait à amplifier la situation privilégiée d'un parlementaire en cas de poursuites pénales »[3670].

2. Une doctrine majoritairement favorable à une appréciation passive et souple de l'Assemblée saisie d'une demande de levée d'immunité

746. L'affaire des députés malgaches amène également les constitutionnalistes à se pencher plus spécifiquement sur la question du rôle de la chambre saisie d'une demande en autorisation de poursuites. Un double problème se pose à eux : *d'une part*, le degré d'investigations des parlementaires dans l'examen des demandes sans violer la séparation des pouvoirs et, *d'autre part*, la latitude des chambres pour refuser une autorisation.

747. Tout d'abord, la doctrine est confrontée à la question de la répartition des compétences entre les assemblées et la justice lors d'une demande en autorisation de poursuites, « d'autant plus que l'extension (…) de la durée de l'inviolabilité est de nature à modifier l'aspect pratique de la question »[3671]. En l'espèce, le parquet de Madagascar a formulé une demande aux assemblées avant de les poursuivre mais les parlementaires se sont retrouvés face à un dilemme. *D'un côté*, leur rôle se limite à rechercher si la poursuite est sérieuse et loyale. Mais, de l'autre, cette recherche est difficile « sans avoir recours aux moyens d'information les plus complexes, sans s'être entouré des

comme parlementaire l'emporte sur ses devoirs en tant que justiciable. (…) Dans le passé, elle s'y est rarement décidée » (M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, op.cit., 1948, p.440).

3668 Le 20 avril 1950, le tribunal correctionnel de Brest doit statuer sur le cas de deux députés arrêtés en cas de flagrant délit et poursuivis par le parquet en vertu de l'article 22 de la Constitution. Il est saisi de conclusions tendant à faire déclarer les poursuites inconstitutionnelles, l'autorisation de poursuites n'ayant pas été de demandée à l'Assemblée. Or, fait original, le tribunal demande à l'Assemblée de prendre position à propos des poursuites contre des parlementaires arrêtés pour flagrant délit et rend en attendant une décision de sursis à statuer : « attendu que les usages de la IIIè République ne lient pas le tribunal de façon absolue, mais qu'il paraît normal que l'Assemblée Nationale de la IVème République prenne une décision non ambiguë sur cette autorisation préalable aux poursuites » (cité par R. Drago, L'évolution récente…, op.cit., 1950, p.407). Cette décision de sursis est considérée par la doctrine, comme « un déni de justice » (*ibid.*).

3669 L'Assemblée ajoutera : « en cas de flagrant délit, il appartient donc aux parquets, sous le contrôle du garde des sceaux, de requérir le jugement des prévenus, dans les délais légaux, sans que ces derniers puissent exciper du bénéfice de l'immunité parlementaire » (cité par *ibid.*, p.413).

3670 *Ibid.*

3671 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.73.

conditions d'objectivité maxima »[3672] mais avec le risque, à terme, d'empiéter sur les pouvoirs du juge. Or, sur ce point, la doctrine est unanime sur le rôle exact que doit jouer la chambre. Pour l'ensemble des juristes publicistes de la IVème République, elle ne doit pas avoir un rôle actif, c'est-à-dire que « l'Assemblée ne doit pas examiner le fond de l'affaire »[3673]. Elle n'a pas à apprécier si les poursuites envisagées contre un parlementaire justifient ou non sa mise en jugement, « mais seulement à apprécier s'il y a des inconvénients pour le bon fonctionnement du Parlement à ce que, pendant la session, des poursuites soient entreprises contre un de ses membres et à ce qu'il soit éventuellement procédé à son arrestation »[3674]. Sa décision ne doit comporter « aucun préjugé sur le bien ou le mal fondé, en fait ou en droit, de l'inculpation formulée »[3675]. Les auteurs soulignent que ce rôle en retrait des chambres contraste avec leur rôle actif sous les Constitutions précédentes. Dans les régimes de 1791 et de l'an III, il leur appartenait de décider, sur des poursuites engagées, s'il y avait lieu à mise en jugement, autrement dit d'apprécier la valeur de l'incrimination, au point de jouer le rôle d'un jury d'accusation[3676]. Ce choix doctrinal d'interdire tout examen au fond par les assemblées trouvent sa justification dans la volonté de protéger l'égalité de tous citoyens devant la loi, le principe de séparation des pouvoirs et les droits de la défense, puisque, dans le cas contraire, « l'autorisation de poursuites pourrait ainsi apparaître comme une sorte de condamnation anticipée »[3677]. C'est pourquoi, les constitutionnalistes condamnent l'attitude du gouvernement dans la présente affaire, étant donné qu'il n'a pas refusé la communication du dossier judiciaire aux chambres et a permis l'audition sur place des parlementaires malgaches détenus[3678]. Henri Bonneau juge que le pouvoir exécutif a « sauté le « mur mitoyen » qui (…) sépare le domaine de l'Assemblée de celui de la Justice »[3679]. La doctrine dénonce également le comportement fréquent des parlementaires durant la IVème République qui entendent, comme en l'occurrence, vérifier si les

3672 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.112.
3673 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.73. Dans le même sens : J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.677 ; R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.431 ; M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, op.cit., p.440 ; G. Vedel, Cours de droit constitutionnel…, op.cit., 1958, p.734 ; G. Burdeau, Cours de droit constitutionnel…, op.cit., 1957, p.490.
3674 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.677. Pour Prélot, il s'agit de « s'attacher aux circonstances politiques et à l'opportunité pour dire si le parlementaire peut sans inconvénient suivre le sort commun » (M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, op.cit., p.440).
3675 *Ibid*.
3676 Constitution de 1791, t.III, chap.I, sect.V, art.8 : « Ils pourront, pour faits criminels, être saisis en flagrant délit, ou en vertu d'un mandat d'arrêt ; mais il en sera donné avis, sans délai, au Corps législatif ; et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à accusation » ; Constitution de 1795, art.112 : « Ils peuvent, pour faits criminels, être saisis en flagrant délit ; mais il en est donné avis, sans délai, au Corps législatif, et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Conseil des Cinq-Cents aura proposé la mise en jugement que le Conseil des Anciens l'aura décrétée ».
3677 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.73.
3678 De même, sous la IIIème République, l'Assemblée avait tenu un comportement actif lors de l'affaire du Panama puisqu'une commission de la Chambre, saisie de demandes d'autorisation de poursuites, avait réclamé au procureur général « des éclaircissements précis sur les preuves complémentaires » (cité par J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.678). Cependant, Marchand observe qu'en la matière, « la pratique de la IIIème République ne fut absolument pas constante. Cependant, dans de nombreux cas, les commissions se refusèrent à demander la communication du dossier » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.115).
3679 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.73.

faits reprochés au parlementaire en cause sont établis, préjugeant ainsi de sa culpabilité[3680]. Pour Laferrière, l'Assemblée « n'est pas une juridiction d'instruction »[3681].

748. Pour autant, si l'assemblée ne doit pas empiéter sur le domaine des autorités judiciaires, la doctrine souligne qu'elle bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire dans son appréciation de la demande[3682]. Selon une tradition constante, le gouvernement « doit se borner à transmettre la demande en autorisation de poursuites et il ne pourrait intervenir dans le débat sans empiéter sur les prérogatives de la représentation nationale »[3683]. Néanmoins, la liberté offerte à la chambre et les conditions pour lever l'inviolabilité font débat en doctrine. Deux thèses opposées sont mises en avant sur ce sujet. La première, d'inspiration *pénaliste*, qui s'inscrit dans la filiation de la pensée de Duguit et d'Eugène Pierre[3684], part du postulat que l'inviolabilité est une dérogation au principe de l'égalité des citoyens devant la loi pénale et, par conséquent, elle doit être comprise de façon restrictive. Cette exception au droit commun se justifie par la seule raison de fournir au représentant une protection contre des poursuites inspirées par des motifs politiques et qui chercheraient à faire pression sur le parlementaire[3685]. Dès lors, « l'assemblée doit uniquement rechercher si les poursuites qu'on lui demande d'autoriser sont des poursuites tracassières, inspirées par des rancunes personnelles ou par la passion politique, dont le but serait d'entreprendre sur l'indépendance du parlementaire »[3686]. Autrement dit, les parlementaires doivent examiner si la demande est, à la fois, *sérieuse*, c'est-à-dire que la requête n'a pas été engagée légèrement et arbitrairement par le parquet, et *loyale*, étrangère à toute arrière-pensée politique[3687]. Cette « jurisprudence assez souple »[3688]

3680 Comme le souligne Roland Drago, les parlementaires français de la IVème République ont « le réflexe d'après lequel l'organe législatif veut s'immiscer profondément dans l'exercice de la fonction juridictionnelle à propos de toute poursuite contre un parlementaire » (R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1950, p.409). Vedel fait le même constat : « les Assemblées ont toujours eu tendance à s'ériger en juges souverains et à faire dépendre leur décision de l'appréciation (le plus souvent politique) qu'elles portent sur les faits reprochés » (G. Vedel, Manuel élémentaire…, op.cit., p.404).
3681 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.678.Bonneau ajoute, en ce sens, que lors de l'examen de la demande d'autorisation lors de l'affaire des députés malgaches, « plusieurs députés ont examiné l'affaire au fond » (*ibid*.). Dans le même esprit, Marchand considère qu'en pratique, « arrivé à un stade avancé de documentation, on conçoit aisément que les Assemblées soient enclines à ne plus se contenter d'un examen de surface et que leurs décisions sur un incident de procédure se transforment en opinion de fond » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.117). Il ajoute que « plus l'examen s'approfondit, plus les chances d'objectivité s'amenuisent, les opinions personnelles deviennent des partis-pris. (…) Certes, les juges eux-mêmes ont une opinion toute subjective, mais les textes les enserrent plus étroitement et les garantissent davantage contre eux-mêmes. Au contraire, l'Assemblée jouit d'une compétence très largement discrétionnaire (...) » (*ibid*., p.118).
3682 R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.431.
3683 H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.73.
3684 Pour Eugène Pierre, l'autorisation « n'est établie que pour permettre à la Chambre de savoir si la demande est inspirée par la passion politique, si elle a pour but de servir une vengeance électorale ou un intérêt public en enlevant un élu à son siège » (cité par R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.365). Cette thèse est également partagée par les professeurs publicistes Félix Moreau et Joseph Delpech. Sur ce point : J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.678.
3685 Comme le note Vedel, l'inviolabilité n'est qu'une règle de procédure : elle n'est « ni une irresponsabilité ni un privilège accordé dans l'intérêt du parlementaire ; elle n'est qu'une garantie de procédure destinée à éviter des manœuvres du Gouvernement » (G. Vedel, Cours de droit constitutionnel…, op.cit., 1958, p.734).
3686 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.678.
3687 Pour Vedel, il s'agit également d'apprécier « le trouble que l'absence du parlementaire en cause risque d'apporter à ses travaux » (G. Vedel, Manuel élémentaire…, op.cit., p.404).
3688 R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.431.

aboutit donc à la présomption que l'autorisation doit être, en principe, accordée sauf démonstration de ces deux conditions. La thèse inverse, d'inspiration *constitutionnaliste*, à laquelle adhère Joseph-Barthélemy, est davantage protectrice à l'égard des parlementaires. Elle leur laisse une plus grande liberté pour refuser les autorisations. Elle conçoit l'inviolabilité comme un mécanisme de droit constitutionnel destiné à assurer le libre exercice du mandat parlementaire. Dès lors, selon elle, « le parlementaire ne doit pas être détourné de son mandat, sauf motif grave »[3689]. La présomption est donc inversée : l'autorisation doit être refusée, à l'exception de motifs graves pour l'accorder. Comme le précise Julien Laferrière, « pour que la Chambre autorise, il ne suffit pas que la poursuite ne soit pas inspirée par un but de tracasserie ou de pression : il faut qu'il y ait des motifs positifs et précis de ne pas la retarder »[3690]. Il cite deux exemples non limitatifs, tels que la mise en cause de l'honorabilité d'un parlementaire ou la protection de l'intérêt public exigeant une mise en lumière rapide sur une affaire intéressant l'ordre public ou suscitant l'émotion de l'opinion. Les chambres inclinent naturellement vers cette seconde conception « qui élargit leur privilèges »[3691]. Mais, lors de la IVème République, il est notable d'observer que la majorité de la doctrine constitutionnaliste s'est ralliée à la première thèse, qui défend une lecture souple de la levée de l'autorisation[3692]. Si elle reconnaît à la seconde thèse d'atteindre plus sûrement le but de l'inviolabilité[3693], elle dresse à son encontre un double grief. En premier lieu elle contredit le caractère dérogatoire de l'inviolabilité et en second lieu elle est porteuse d'abus de la part des parlementaires[3694], cette dernière critique étant renforcée par l'extension de l'inviolabilité à toute la durée du mandat[3695]. Dans tous les cas, les partisans de la thèse pénaliste soulignent que si les parlementaires autorisaient la levée de

3689 J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.678.

3690 *Ibid*.

3691 *Ibid*. En ce sens, Pinto, note que « les chambres écartent souvent les demandes de poursuites lorsque la prescription est acquise, ou l'infraction, sans gravité » (R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.431). De même, Vedel observe que « la camaraderie parlementaire aidant, bien peu de demandes de levée d'immunité sont suivies d'effet, qu'elles émanent du Parquet ou des victimes » (G. Vedel, Cours de droit constitutionnel…, op.cit., 1958, p.734).

3692 A. de Laubadère, Cours…, 1956, p.496 ; G. Burdeau, Cours de droit constitutionnel…, op.cit., 1957, p.490 ; J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.678 ; R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.431.

3693 Comme le note Marcel Prélot, « l'esprit de l'institution est que l'autorisation soit assez difficilement accordée » (M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, op.cit., p.440).

3694 Pour Bonneau, « une assemblée commettrait un détournement de pouvoir en utilisant sa prérogative constitutionnelle pour accorder systématiquement, par esprit de corps, un véritable privilège à ses membres dans des cas où son indépendance n'est pas en cause. Toutefois, un tel excès de pouvoir serait dépourvu de sanction, attendu que les actes parlementaires sont insusceptibles d'un recours quelconque. Les autorités judiciaires devraient sans nul doute respecter la volonté de l'assemblée » (H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.74). Vedel constate une telle dérive dans la pratique parlementaire en matière de demande de levée d'immunité durant le régime de 1946 : « les Assemblées se reconnaissent le droit de délier (…) le parlementaire de la loi pénale en refusant sans aucun motif d'accorder l'autorisation de poursuivre. Tantôt, il paraît que la minceur du délit (coups et blessures à un citoyen, p.ex.), ne mérite pas que l'on trouble la vie de l'intéressé. Tantôt, au contraire, la gravité des peines encourues et le risque de voir le mandat parlementaire mis en cause par une condamnation joue en faveur de l'immunité. On a même vu dans un cas refuser l'autorisation de poursuites contre un parlementaire d'un territoire d'outre-mer auquel un meurtre était reproché, au motif que les usages locaux permettaient d'excuser cet acte » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.735). En outre, Julien Laferrière prend un autre exemple concret flagrant : comme il a été noté précédemment, les parlementaires sous la IVème République ont abusé de leur inviolabilité et l'ont détourné de son but particulièrement en matière de délit de presse. Certains journaux communistes prenaient comme gérant un député qui était protégé par son inviolabilité en cas de poursuites (sur ce point : J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.678, note 1 ; H. Bonneau, Les immunités…, op.cit., p.74).

3695 Comme le note Prélot, « aujourd'hui avec la suppression du régime des sessions, le refus de poursuites consolide désormais l'immunité pour un temps qui peut être fort long » (M. Prélot, Précis de droit constitutionnel, op.cit., p.440).

l'immunité à l'égard d'une requête qui se révélerait plus tard abusive, les Chambres pourraient toujours requérir la suspension de poursuites régulièrement engagées.

3. Un consensus doctrinal autour de la conception *stricte* du principe de spécialité de l'autorisation parlementaire face aux prétentions expansionnistes des chambres

749. À l'occasion de la levée de l'immunité des parlementaires malgaches, la question de savoir « quelle est la signification réelle de l'autorisation de l'Assemblée a pris (…) une importance particulière (…) qui a été finalement résolue par une loi mais non sans difficulté »[3696]. En l'espèce, la Chambre avait autorisé des poursuites sur le fondement de certains faits et d'un certain délit qui étaient énoncés dans la requête du Parquet, puis elle apprend que la justice a inculpé le prévenu sous un autre chef d'inculpation que celui initialement autorisait dans la résolution de l'assemblée. La doctrine doit, alors, examiner le délicat problème constitutionnel suivant : *est-il loisible à l'autorité judiciaire de poursuivre et de condamner les parlementaires pour des faits et sous une inculpation autre que ceux en vue de laquelle la levée d'immunité a été accordée par la chambre ou doit-elle obtenir une nouvelle autorisation parlementaire ?* Le point de vue doctrinal se différencie clairement de celui des chambres.

750. La thèse qui est défendue par une partie importante de l'Assemblée[3697], soutient une conception *extensive* de l'autorisation parlementaire. Pour elle, l'autorisation de poursuites vaut, à la fois, pour les faits qui ont été soumis à l'assemblée intéressée mais également pour leur qualification juridique. Par voie de conséquence, pour les tenants de cette thèse, les autorités judiciaires sont dans l'impossibilité de modifier cette qualification au cours des poursuites sans obtenir, au préalable, un nouvel accord de l'Assemblée. C'est le sens de la proposition de loi du député André Denis et des propositions socialiste et communiste du 8 juillet 1949[3698]. Les partisans de cette représentation large font valoir deux séries d'arguments, qui sont plus d'ordre politique que juridique. *En premier lieu*, ils s'appuient sur un triple précédent issu de la pratique parlementaire de la IIIème République

3696 A. de Laubadère, Cours…, 1956, p.496.

3697 Cette thèse extensive est également soutenue par les avocats de la défense lors de leur pouvoir en cassation dans l'affaire des députés Malgaches.

3698 Le texte de loi qui sera voté, plus tard, le 30 juillet 1949, par l'Assemblée Nationale est le reflet de cette conception extensive. Il dispose : « Art.1er : Toute levée d'immunité parlementaire est limitée à la seule qualification des faits visée dans la résolution soit de l'Assemblée Nationale, soit du Conseil de la République, soit de l'Assemblée de l'Union Française ; Art.2. : Ces faits ne sauraient faire l'objet d'une qualification autre que celle visée dans ladite résolution sans nouvelle autorisation soit de l'Assemblée Nationale, soit du Conseil de la République, soit de l'Assemblée de l'Union Française » (cité par R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.360). Toutefois, il convient de noter que le Conseil de la République a tenu une position moins extrême et a essayé de sauvegarder l'indépendance de la juridiction de jugement, et non celle des juridictions d'instruction (juge d'instruction et chambre des mises en accusation), qui peut éventuellement modifier la qualification des faits, sans nouvelle autorisation (*v.* P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.143).

allant dans le sens de leur position. Lors de l'affaire Turmel datant de 1917, après avoir donné une autorisation à une levée d'immunité à raison d'une inculpation de commerce avec l'ennemi à un juge d'instruction qui fut ensuite dessaisi au profit de la justice militaire, le gouverneur militaire de Paris demanda à la Chambre des députés une nouvelle levée d'immunité sur la base d'une inculpation d'intelligence avec l'ennemi. De plus, à la même période, dans l'affaire Charles Humbert, le Sénat dût se prononcer trois fois sur la levée de l'immunité parlementaire à la suite de changements de qualification identique. Enfin, comme le rappelle le député et professeur André Philip, la Chambre s'est elle-même octroyée le droit de vérifier quelque fois la validité des articles visés dans le réquisitoire par rapport aux faits ainsi que la justesse et la régularité de la qualification. Dès lors, pour les partisans de cette thèse, « si la Chambre contrôle la qualification lors de la première requête, elle doit évidemment la contrôler au cas où elle est modifiée »[3699]. *En second lieu*, leur argumentation trouve sa justification dans le principe de la souveraineté des chambres. Reflet d'un certain état d'esprit, leur vision large de l'autorisation manifeste leur volonté d'agir sur la juridiction de jugement et d'imposer, plus globalement, leur choix à la justice. Les promoteurs de cette position soutiennent effectivement que le contrôle de la qualification est le seul moyen de vérifier la loyauté des poursuites[3700]. Si le juge peut procéder à une disqualification sans en référer à l'Assemblée, il en résulterait une insécurité pour les membres des Assemblées. Selon le parlementaire Léo Hamon, dans ce système, « il serait possible d'obtenir la levée de l'immunité d'un député pour un motif relativement futile, et d'en profiter ensuite pour l'inculper de délits plus graves »[3701]. Les partisans de cette thèse redoutent donc fortement la prérogative du juge, d'autant plus qu'il est difficile de distinguer entre des faits différents et des faits connexes[3702].

751. Cependant, il est notable d'observer que cette thèse extensive rencontre de nombreuses oppositions dans la pensée constitutionnelle de la IVème République. La quasi-totalité des constitutionnalistes la combattent et dénoncent ses arrières-pensées politiques[3703]. Ils plaident, au contraire, en faveur d'une conception *stricte* de l'autorisation parlementaire, qui rejoint en cela la position de la Cour de Cassation dans son arrêt du 7 juillet 1949[3704]. Selon la doctrine, l'autorisation de poursuites délivrée par le Parlement est limitative, mais elle l'est seulement en ce qui concerne

3699 *Ibid*.
3700 Comme le déclare André Philip, « pour savoir si une demande est sincère et loyale, le seul moyen de nous faire un jugement, c'est d'examiner la proportion existant entre les faits allégués et les charges invoquées » (cité par P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.134). Cependant, cet argument est abusif puisqu'« il tenterait de faire croire que la pureté de l'intention se mesure à la gravité de la poursuite, alors qu'elle ressort essentiellement à la conjoncture politique » (P. Marchand, *ibid*.).
3701 Cité par P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.134.
3702 Pour M. Pernot, « la ligne de démarcation entre le fait et un élément nouveau de ce fait est souvent difficile à déterminer » (cité par *ibid*., p.136).
3703 La doctrine souligne que derrière ce débat juridique se cache, en réalité, un intérêt politique fondamental. Comme le met en lumière Drago, « si l'on veut interpréter la pensée intime des partisans de la thèse extensive, on voit que le débat est né, non pas du changement de qualification, mais bien de l'augmentation de la peine. Si la peine avait été égale ou inférieure, ils se seraient sans doute bien peu préoccupés d'un changement de qualification » (R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.364).
3704 Arrêt reproduit dans R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.369-370.

les faits visés dans la résolution émise par le Parlement et non quant à la qualification juridique de ces faits. Comme le déclare l'avocat publiciste Henri Galland, « le pouvoir judiciaire ne peut (...) se saisir que des faits dont a connu le Parlement ; mais à l'occasion de ces mêmes faits, il exerce la fonction juridictionnelle dans toute sa plénitude. Il peut qualifier les faits, les apprécier et, à leur sujet, déterminer la peine dans les seules limites fixées par la loi pénale »[3705]. De surcroît, la qualification de la requête n'est pas obligatoire et, même lorsqu'elle est faite, « elle n'a qu'un caractère indicatif »[3706] sur la base des mêmes faits. Il apparaît ainsi que les publicistes entendent défendre la souveraineté de l'autorité judiciaire. Cette solution se base sur des arguments, à la fois, juridiques et historique. Les constitutionnalistes mettent en avant, tout d'abord, sa conformité à la « longue »[3707] et « constante »[3708] tradition constitutionnelle française. Il ressort en effet de son étude que « dans la plupart des cas la Chambre vote, sous forme de résolution, une « autorisation de poursuites » sans faire état de la qualification des faits »[3709]. Roland Drago note, en ce sens, que l'autorisation peut être soit matérielle[3710], soit personnelle[3711] ou soit formelle, c'est-à-dire qu'elle vise la qualification des faits retenus[3712], mais, même dans ce dernier cas, « une telle précision n'a pas empêché une disqualification postérieure, sans que jamais le fait ait été relevé »[3713]. En outre, les défenseurs de cette lecture stricte font valoir que les précédents invoqués par la thèse extensive ne sont pas sérieux. Dans les affaires Turmel et Humbert, c'est l'apparition de faits nouveaux, conduisant par là-même à une requalification, qui ont demandé une nouvelle autorisation des chambres[3714]. Il n'y a donc ici, pour Roland Drago, qu'« une confirmation de la jurisprudence parlementaire habituelle »[3715].

3705 S., 1950, 1, 9, note H. Galland, p.9. Henri Galland ajoute qu'« elle pourra le poursuivre et le condamner pour telle infraction qui lui paraîtraient convenir, dès l'instant que cette infraction aura, pour « éléments matériels », les faits dont le Parlement a connu » (*ibid.*). Ce qui signifie *a contrario* qu'en cas de faits nouveaux entraînant une nouvelle qualification des faits, le juge est tenu de demander une nouvelle autorisation à la chambre concernée. Comme le note Laferrière, « si l'instruction fait apparaître d'autres infractions qui ne sont pas connexes avec celle qui a donné lieu à l'autorisation, si on veut poursuivre le parlementaire à raison de faits différents, une nouvelle autorisation doit être demandée à l'assemblée » (J. Laferrière, Manuel..., op.cit., 1947, p.677).
3706 R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.361.
3707 S., 1950, 1, 9, note H. Galland, p.9.
3708 R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.358.
3709 *Ibid.*, p.358-359.
3710 Dans cette hypothèse, l'autorisation ne comporte que des faits, comme ce fut le cas dans l'affaire Cassagnac en 1877. Gambetta affirma à la Chambre des députés le 13 mars 1877 : « vous n'êtes pas des juges, vous appréciez des faits, non des qualifications » (cité par *ibid.*, p.359).
3711 L'Assemblée s'abstient ici de viser la demande d'autorisation et les motifs invoqués. Elle se contente de donner une autorisation nominative. À l'image des affaires Déroulède en février 1899 ou Syveton en 1904, la formule de l'autorisation est la suivante : « La Chambre, conformément aux conclusions de sa commission, prononce la levée de l'immunité parlementaire en ce qui concerne M…. » (cité par *ibid.*).
3712 Une telle pratique a été suivie dans les affaires Trumel, Humbert, Caillaux, Loustalot et celle des députés malgaches. Dans le cas Caillaux, l'autorisation est formulée de la manière suivante : « La Chambre, vu le réquisitoire de M…. ; vu le dispositif lequel est ainsi conçu : « De l'ensemble des faits (…) exposés, il résulte des présomptions suffisamment graves à la charge de M. Caillaux d'avoir, pendant la guerre actuelle, poursuivi la destruction de nos alliances en cours d'action militaire et ainsi secondé le progrès des armes de l'ennemi, crimes prévus et réprimés par les articles 76, 77, 78, 79 du Code pénal, 205 et 64 du Code de justice militaire » ; Autorise en ce qui concerne M. Caillaux la suspension de l'immunité parlementaire » (J.0., Débats, Ch. des députés, 2è séance du 22 décembre 1917, p.3495).
3713 *Ibid.*, p.359.
3714 Pour une étude approfondie de ces deux affaires : *ibid.*, p.360.
3715 *Ibid.*

752. Par ailleurs, d'un point de vue juridique, la représentation étroite de l'autorisation est, selon ses partisans, compatible avec la lettre et l'esprit de l'article 22 de la Constitution de 1946. Concernant sa *lettre*, elle prévoit que la « détention ou la poursuite d'un membre est suspendue si la Chambre dont il fait partie le requiert ». Il en résulte donc, selon une interprétation *a contrario*, que « si l'autorisation de poursuites a été donnée et si (…) la Chambre ne requiert pas la suspension des poursuites, le pouvoir judiciaire a toute liberté pour qualifier comme il l'entend les faits dont il a été saisi »[3716]. De surcroît, pour ce qui est de son *esprit*, cette disposition constitutionnelle renferme, à leurs yeux, la « conception française, et pourrait-on dire classique, de l'immunité parlementaire »[3717], qui est le fruit d'une longue expérience constitutionnelle. De ce point de vue, il est intéressant de constater que la majorité des constitutionnalistes de la IVème République ont une vision *pénaliste* de celle-ci. L'inviolabilité parlementaire n'est pas appréhendée scientifiquement comme une institution du droit commun constitutionnel mais comme un mécanisme dérogatoire au droit ordinaire. En conséquence, le parlementaire demeure soumis à la loi pénale, à l'image d'un citoyen ordinaire. Galland note en effet que « l'immunité parlementaire est une institution créée dans l'intérêt du Parlement et de la souveraineté nationale et non pas dans l'intérêt du parlementaire »[3718]. Cela signifie que l'inviolabilité n'est pas destinée à faire du parlementaire un être sacré et intouchable mais poursuit comme unique but d'« empêcher que le fonctionnement du Parlement puisse être arbitrairement et malicieusement entravé par des poursuites injustifiées dirigées contre ses membres »[3719], qui soient l'œuvre du gouvernement ou des particuliers. Pour remédier à de telles manœuvres, l'article 22 de la Constitution de 1946 impose ainsi à l'autorité judiciaire le devoir d'obtenir du Parlement une autorisation préalable avant de poursuivre un parlementaire. Mais les auteurs observent que la finalité même de l'inviolabilité dessine et encadre le rôle du Parlement dans cette situation. Henri Galland l'expose clairement : « il s'agit, en l'espèce, pour lui, de pratiquer un véritable contrôle du « détournement de pouvoir » et de rechercher si la poursuite dirigée contre ce parlementaire vise seulement à appliquer normalement à celui-ci la loi pénale à laquelle il demeure soumis, ou si cette poursuite vise à entraver le fonctionnement de l'Assemblée, en écartant, sans raison valable, un parlementaire des séances »[3720]. Le contrôle de l'Assemblée est, par essence, politique, c'est-à-dire « un contrôle des faits et de l'opportunité : ce n'est ni un contrôle juridictionnel, ni un contrôle de droit »[3721]. Par conséquent, le principe de spécialité de l'autorisation limité aux faits et non à la qualification juridique cadre avec la nature de l'inviolabilité parlementaire ressortant de l'article 22 de la Constitution de 1946 et au pouvoir de

3716 S., 1950, 1, 9, note H. Galland, p.10.
3717 *Ibid*.
3718 *Ibid*.
3719 *Ibid*.
3720 *Ibid*.
3721 *Ibid*. De ce point de vue, Herzog souligne que cette conception restrictive est conforme au droit comparé : « l'autorisation ou la suspension des poursuites ont, de droit commun, un caractère politique. Les assemblées n'ont pas à apprécier la culpabilité du parlementaire mis en cause par les autorités judiciaires » (J.-B. Herzog, Les immunités…, op.cit., p.83).

l'assemblée appelée à examiner la demande d'autorisation. De toute façon, la doctrine souligne qu'il existe en dernier ressort une garantie constitutionnelle contre toute requalification suspicieuse du juge : si « une modification d'inculpation menace son intégrité ou manifeste une tentative arbitraire du gouvernement, il lui est toujours loisible de suspendre les poursuites »[3722].

753. En dernière analyse, la doctrine fait valoir que cette solution est respectueuse du principe de la séparation des pouvoirs et de la dignité du pouvoir judiciaire face au Parlement, à plusieurs égards. Elle garantit à la justice l'exercice effectif de ses missions[3723]. Pour Marchand, « l'Assemblée, en même temps qu'elle entrave le fonctionnement normal de la justice, usurpe, une compétence qui ne lui appartient pas : elle empêche le juge d'accomplir sa fonction »[3724], c'est-à-dire se prononcer sur le droit[3725]. Cette vision évite également qu'elle soit sous l'emprise du pouvoir législatif[3726]. En outre, la conception stricte de l'autorisation parlementaire maintient le principe de l'égalité devant la loi pénale et devant la justice entre les parlementaires et les citoyens, mais également entre les parlementaires eux-mêmes. D'un côté, elle permet de soumettre le parlementaire à la loi pénale comme tout justiciable ordinaire. Selon Galland, à cause d'une appréciation large de l'autorisation, « le parlementaire ne serait pratiquement plus justiciable des tribunaux (…). C'est une situation qui ne saurait se concevoir en droit français »[3727]. De l'autre, Galland va même plus loin et retourne le raisonnement. Le maintien de la prérogative judiciaire est, pour lui, profitable aux parlementaires. Dans le cas où le Parlement serait à la fois contrôleur des faits et du droit, il considère que le parlementaire n'aurait pas le droit à un procès impartial puisque « ses actions seraient appréciées non plus en fonction de la loi égale pour tous, mais en fonction de critères politiques. Sa culpabilité dépendrait des fluctuations de la majorité parlementaire »[3728].

3722 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.135.

3723 Comme le note Roland Drago, l'impossibilité pour les tribunaux de procéder librement à la qualification contrevient à la définition *organique* de l'acte juridictionnel – « en tant qu'il est l'œuvre d'une autorité organisée spécialement pour l'exercice de la juridiction », à sa définition *procédurale* - « en tant qu'il a été accompli suivant les règles propres à la fonction qui consiste à juger - et *matérielle* de l'acte juridictionnel. Cette dernière définition défendue par Duguit comporte deux éléments : d'une part, une constatation portant sur la conformité ou la non-conformité d'un acte avec l'ordonnancement juridique, d'autre part, une décision qui réalise les conséquences de cette constatation. Or, en ne pouvant qualifier librement l'infraction, « le premier élément de l'acte juridictionnel disparaît » (R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.363).

3724 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.141.

3725 « La qualification des faits est (…) une pure question de droit, une question d'interprétation et d'application de la loi pénale qui relève de la tâche normale du juge » (A. de Laubadère, Cours…, 1956, p.497). Sur ce point : G. Vedel, Cours…, op.cit., 1957, p.733).

3726 « Si vraiment le juge, à qui le Parlement a livré l'un des siens, ne peut ni qualifier, ni apprécier les faits qui lui sont déférées, il faut alors se demander quels pouvoirs demeurent, en la matière, au judiciaire. Dessaisi des faits, il serait aussi dessaisi de droit et ne serait plus que l'exécuteur docile des désirs du Parlement » (S., 1950, 1, 9, note H. Galland, p.10). C'est pourquoi dans son rapport devant le Conseil de la République, M. Pernot estimait que la conception extensive de l'autorisation violait l'article 84 alinéa 2 de la Constitution de 1946, qui organise l'inamovibilité de la magistrature assise.

3727 *Ibid*.

3728 *Ibid*. Roland Drago partage cet avis : « l'obligation pour l'Assemblée d'intervenir à chaque changement de qualification sclérose l'ensemble de la procédure, en même temps qu'elle crée un préjugé qui (…) ne peut que préjudicier à la bonne administration de la justice » (R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.364). Dans le même sens, Marchand estime que ce système pose des problèmes techniques : d'une part, il suspendrait « pour un temps assez long le cours de la procédure et de l'enquête », d'autre part, l'ultime qualification qui sera le chef de condamnation, « est définitivement fixée au cours du délibéré, délibéré qui est secret et ne peut s'interrompre », empêchant dès lors un retour

754. Il s'avère ainsi que la position de la doctrine constitutionnaliste vis-à-vis de cette problématique est claire[3729]. Comme elle l'a démontré, cette représentation extensive de l'autorisation parlementaire est conforme au droit constitutionnel et au droit parlementaire, et même aux principes généraux de la procédure pénale[3730]. D'ailleurs, suite à un changement de majorité, les chambres se rallieront, en fin de compte, à cette conception doctrinale par l'intermédiaire de la loi du 31 juillet 1953[3731].

755. En conclusion, au terme de cette étude, il ressort clairement que les constitutionnalistes de la IVème République tiennent un discours synthétique et relativement positif à l'égard des statuts dérogatoires des représentants compte tenu de leur fondement *pratique*, à savoir la protection de l'indépendance des chambres. Néanmoins, pour la première fois dans notre histoire constitutionnelle, quelques critiques doctrinales commencent à jaillir qui se concentrent majoritairement contre le mécanisme de l'inviolabilité parlementaire et l'utilisation qui en est faite par les principaux intéressés. La doctrine met effectivement en lumière la tendance des membres des assemblées de cette période à intervenir directement dans l'interprétation des règles encadrant le régime des immunités parlementaires, en brisant si besoin la jurisprudence judiciaire. À cet égard, comme l'a démontré l'épisode des députés malgaches, l'interprétation qu'il en donne est souvent celle qui leur confère la plus grande protection possible et les mettent à l'abri de toute poursuite judiciaire. En ce sens, la doctrine estime qu'ils ont transformé la nature objective de l'inviolabilité parlementaire en garantie individuelle. Pour Roland Drago, « l'inviolabilité parlementaire reposait à l'origine sur une défiance à l'égard du gouvernement, on peut craindre qu'on veuille la faire reposer désormais sur un désir d'impunité, en la rapprochant d'une véritable immunité de juridiction »[3732]. Prenant sa source dans l'extension du champ d'application temporel de l'inviolabilité, les parlementaires ont dès lors adopté des attitudes tendant à faire penser qu'ils étaient au-dessus de la loi et ont abusé de leur protection immunitaire, à l'image des parlementaires gérants de journaux. Vedel juge que les chambres pratiquent « la camaraderie parlementaire au détriment de l'ordre public et des particuliers victimes de délits et couvrent leurs membres d'un caractère sacré emprunté

devant la Chambre (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.137).

3729 La seule voix doctrinale discordante est celle de Roger Pinto qui défend la thèse extensive puisqu'il affirme que « libre de refuser les poursuites et de les suspendre, chaque assemblée peut préciser dans chaque cas que son autorisation n'est donnée que pour les faits et les infractions visées et que toute modification de la prévention devra faire l'objet d'une nouvelle autorisation » (R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.433). Il ajoute qu'au regard de l'esprit de l'article 22 de la Constitution de 1946 qui suppose que « l'indépendance de la magistrature risque de n'être pas toujours entière », la constitutionnalité de cette pratique n'est « n'est pas douteuse » (*ibid.*).

3730 Comme l'observe Roland Drago, la conception étroite de l'autorisation est conforme au principe essentiel de la procédure pénale selon lequel « toute juridiction saisie a le pouvoir, et le devoir, de statuer sur la qualification. La décision qu'elle rend est souveraine, sous réserve du contrôle de la Cour de cassation » (R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.363).

3731 La loi N°53-655du 31 juillet 1953 est ainsi conçue : « Toute levée d'immunité parlementaire est limitée aux seuls faits visés dans la résolution adoptée par l'Assemblée Nationale, le Conseil de la République, ou l'Assemblée de l'Union française » (cité par A. de Laubadère, Cours…, 1956, p.498). Dès lors, si la juridiction pénale est liée par les faits pour lesquels l'immunité a été levée, elle ne l'est pas par rapport à leur qualification mentionnée ou non dans la requête transmise à l'assemblée concernée.

3732 R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.365.

à la monarchie (encore alors ce caractère ne protégeait qu'un seul homme), et qui n'a rien à voir avec l'objet très précis de l'inviolabilité républicaine »[3733]. Le droit a donc été dévié par la pratique et les habitus parlementaires[3734].

756. Or, contre cette tendance des parlementaires à entendre de façon aussi large que possible et même à étendre les privilèges dont ils bénéficient, il a été intéressant de constater que la grande majorité de la doctrine de la IVème République a mis en avant une représentation *stricte* de l'inviolabilité. Ce dispositif n'a pas été conçu scientifiquement, durant ce régime, comme une institution de droit constitutionnel mais comme une exception à un principe supérieur : l'égalité de tous devant la loi. Cet angle pénaliste, plus que constitutionnaliste, a donc abouti à une conception doctrinale étroite de ce mécanisme, pensé également dans le respect de la séparation des pouvoirs et des prérogatives de la justice. En dernier recours, la solution doctrinale extrême à ces dérives fut la proposition de suppression pure et simple de l'inviolabilité parlementaire du droit positif, comme l'avait jadis suggéré Kelsen[3735].

757. En définitive, si la doctrine a pu considérer initialement que le questionnement des immunités parlementaires ne présentait qu'un intérêt limité compte tenu du fait qu'il constituait un thème de réflexion scientifiquement éprouvé, elle changera d'avis. Le rebondissement circonstanciel de ce problème lors de l'épisode des députés malgaches, constitue en réalité, selon elle, une porte d'entrée pour comprendre la nature réelle de la IVème République. Comme l'observe Marchand, « l'immunité parlementaire nous fournit une excellente occasion d'observer la Constitution de 1946 par le petit bout de la lorgnette. (…) Ce sont aussi les dispositions secondaires d'un texte qui expriment le mieux sa signification réelle et mesurent le plus exactement sa portée véritable. (...) C'est à tort d'ailleurs qu'on considérerait l'immunité comme un problème mineur, car, en fait, elle occupe dans l'organisation étatique une position réellement stratégique : elle est un pivot entre les trois pouvoirs, et par conséquent se situe au centre de leur conflits : conflits d'opinions entre les législatif et l'exécutif, conflits de compétence entre le législatif et le judiciaire, conflits hiérarchiques entre l'exécutif et le judiciaire. Il nous paraît intéressant de voir comment ce pivot est conçu et comment il fonctionne. C'est plus qu'un problème de Droit parlementaire : c'est aussi un

3733 G. Vedel, Cours de droit const..., op.cit., 1958, p.735. De même, pour Marchand, « les parlementaires sont devenus des « intouchables » jouissant de privilèges exorbitants » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.151.
3734 L'inviolabilité parlementaire « perd sa spécificité juridique pour ne dépendre que des contingences politiques » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.152). Toutefois, la doctrine juge que la suspension de principe de l'immunité en dehors des sessions, réalisée par la révision constitutionnelle du 7 décembre 1954 « contribuera à limiter les abus » (G. Vedel, Cours de droit const..., op.cit., 1958, p.735).
3735 Comme le rappelle Roland Drago en 1949, « dans *La Démocratie* qui parut en 1932, Kelsen considérait l'inviolabilité parlementaire comme une institution surannée. Dans un régime parlementaire, disait-il, elle n'a pas de raison d'être puisque le gouvernement, soumis au contrôle du Parlement, et dépendant de lui, ne peut vouloir empêcher un député de siéger sans mettre en jeu sa responsabilité. D'autre part, elle ne peut être un moyen de protéger la minorité puisque l'autorisation de poursuites résulte d'un vote intervenu dans les conditions habituelles » (R. Drago, L'évolution…, op.cit., 1949, p.367).

problème de structure constitutionnelle et de « philosophie politique » »[3736]. De ce point de vue, la transformation de la nature des immunités par les parlementaires révèle, pour les constitutionnalistes de cette époque, les dérives du régime de 1946 et traduit son orientation vers un régime d'assemblée[3737]. Ils reconnaissent ainsi à cet objet un intérêt véritable, qui contraste avec celui qu'ils portent au thème de la responsabilité de l'exécutif et de ses privilèges.

§2. Un discours constitutionnaliste davantage pacifié en matière de protection du pouvoir exécutif lors de la Quatrième République

758. La responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres prévues par la Constitution de 1946 fait partie du problème général que Laubadère appelle le « problème de la justice politique »[3738]. Cependant, la réflexion des constitutionnalistes de la IVème République vis-à-vis de ce questionnement est relativement modeste. Ce manque d'intérêt doctrinal reflété par une littérature constitutionnelle peu abondante qui se résume à quelques lignes dans les manuels, deux seuls articles doctrinaux et une thèse, tient à des facteurs épistémologiques et institutionnels. L'effacement de l'exécutif, et principalement du Président de la République, dans le nouveau texte constitutionnel, n'est pas de nature « à faire sortir la question [de la responsabilité des membres de l'exécutif] du champ purement théorique dans lequel elle était traditionnellement cantonnée »[3739]. Joseph Barthélemy et Paul Duez écrivaient déjà en 1933 que « la question n'a pratiquement aucune importance »[3740]. En outre, disposant de pouvoirs restreints, le Président de la République et les ministres ne peuvent mal faire[3741]. La responsabilité pénale du Président et des ministres est donc considérée comme une simple hypothèse d'école[3742]. La Haute Cour de justice ne sera jamais ni mise en œuvre ni réunie durant la IVème République. Dès lors, l'absence d'actualité sur ce sujet

3736 P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.5-6.

3737 « Si l'évolution de l'immunité n'est pas la cause de la décadence du régime libéral, du moins en porte-t-elle la trace : elle manifeste l'avènement d'un régime où la liberté des représentants n'est plus une garantie de tous les citoyens mais la source d'un nouveau despotisme. L'immunité parlementaire a contribué à limiter un pouvoir minoritaire ; elle contribue à en asseoir un autre, seulement plus large de quelques têtes. La « souveraineté nationale » est devenue souveraineté parlementaire » (P. Marchand, Les immunités…, op.cit., p.68).

3738 A. de Laubadère, Droit constitutionnel…, op.cit., 1956, p.564.

3739 T. Ablard, Le statut pénal du chef de l'État, RFDC, n°51, juillet-septembre, 2002, p.637. Toutefois, le problème de la justice politique n'est pas totalement théorique au début de la IVème République. Comme le note Duverger, il « a repris de l'actualité avec la Libération et l'épuration qui a suivi. Une Haute Cour, établie par ordonnance du gouvernement provisoire du 18 novembre 1944 a jugé le Chef de l'État, le Chef du gouvernement et tous les ministres et secrétaires d'État du régime de Vichy (son activité n'a cessé qu'en 1949). L'expérience de cette Haute Cour était sous les yeux des constituants, lorsqu'ils élaborèrent la Constitution du 27 octobre 1946 » (M. Duverger, Droit constitutionnel…, op.cit., 1955, p.554-555).

3740 Joseph-Barthélemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, op.cit., p.620.

3741 Comme le note Georges Burdeau, la responsabilité présidentielle est « illusoire puisque le Président, faute de pouvoirs, ne peut commettre d'erreurs » (G. Burdeau, Manuel de droit constitutionnel, op.cit., p.287).

3742 « Au point de vue pratique, notons que la responsabilité du Président de la République pour haute trahison n'a jamais joué » (M. Duverger, Droit constitutionnel…, 1955, p.558).

réduit considérablement son intérêt épistémologique pour la majorité de la doctrine qui suit, depuis les années 1930, une démarche scientifique empirique[3743].

759. Enfin, le facteur juridique qui a contribué principalement à réduire l'intérêt de ce probléme réside dans le texte même et ses prolongements. La Haute Cour de Justice instituée par la Constitution de 1946 voit son statut organisé à la fois par la Constitution et par une loi organique. La Constitution traite de la Haute Cour de justice dans le titre VII relatif à la responsabilité pénale des ministres, et lui consacre quatre brefs articles (articles 56 à 59). Elle définit essentiellement la compétence de la Haute Cour, et c'est la loi organique du 27 octobre 1946 « sur la constitution et le fonctionnement de la Haute Cour de justice » qui définit son organisation et sa procédure. À ce titre, il est notable d'observer que certaines questions relatives aux privilèges des membres de l'exécutif qui s'étaient avérées problématiques pour la doctrine de la Troisième République sont résolues par le nouveau corpus constitutionnel. Sans rompre avec la conception parlementaire de 1875, les constituants de 1946 apportent quelques retouches substantielles à la compétence et à l'organisation de la Haute Cour. Tout d'abord, s'agissant de son *fonctionnement*, la Constitution de 1946 et la loi organique du même jour inaugurent, en réaction à l'arrêt Malvy de 1918, une nouvelle manière de concevoir la justice politique. Il l'oriente dans le sens d'un rapprochement avec le droit commun. La loi organique du 27 octobre 1946 dispose effectivement, dans son article 22, que la Haute Cour ne peut modifier la qualification des faits qui lui sont déférées « que dans les limites du Code pénal ». En d'autres termes, la Haute Cour est dorénavant soumise au principe de la légalité des délits et des peines qui vaut autant pour les règles de droit substantielles que celles de procédure. Cette disposition semble donc mettre fin à une longue controverse doctrinale. En effet, cette évolution contribue, selon les constitutionnalistes de cette époque, à « renforcer incontestablement le caractère juridictionnel de la Haute Cour qui fonctionne comme un tribunal répressif d'exception »[3744]. En outre, pour ce qui est de sa *compétence*, le problème de la responsabilité du Président de la République pour ses actes extérieurs à ses fonctions et l'éventuelle compétence de la Haute Cour dans cette situation, qui avait agité la doctrine publiciste classique, est également réglé. Pour la doctrine de la IVème République, compte tenu de la rédaction grammaticale de l'article 42 de la Constitution de 1946 qui dispose que « le Président de la République peut être mis en accusation par l'Assemblée nationale et renvoyé devant la Haute Cour », il est désormais certain que la poursuite et le jugement des crimes et des délits commis par le Président de la République en dehors de ses fonctions relèvent « de la compétence des tribunaux répressifs de droit commun »[3745], « non

3743 « Il était (…) difficilement imaginable pour la plupart des juristes que le titulaire de la fonction présidentielle puisse se comporter comme un délinquant et avoir pour cette raison maille à partir avec les juridictions pénales » (T. Ablard, Le statut pénal…, op.cit., p.637).

3744 J.-J. Clère, La problématique des Hautes Cours…, op.cit., p.370.

3745 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.767. Cette solution doctrinale par rapport à cette question théorique est donc contraire à la position d'Esmein et de Duguit qui soutenaient que la compétence de la Haute Cour était exclusive et que le Président de la République ne pouvait être jugé que par la Haute Cour quelle que soit la nature de l'infraction, contrairement à Barthélemy et Duez qui défendaient l'idée que pour les crimes et les délits n'ayant pas de rapports avec

sans quelque embarras sans doute »[3746], ajoute Vedel. Le nouveau corpus de règles constitutionnelles semble résoudre un certain nombre de controverses scientifiques anciennes.

760. Pour autant, malgré ces changements notables, des sources d'interrogations classiques persistent. À l'image de la IIIème République, l'imprécision, la concision et l'obscurité du nouveau texte ouvrent la voie à un nécessaire travail d'interprétation et de rationalisation de la part de la doctrine par rapport aux statuts dérogatoires de l'exécutif. Toutefois, ce questionnement qui fut propice à d'intenses controverses durant les régimes précédents, connaît un changement majeur lors de la IVème République. De manière inédite, il tend vers un certain consensus doctrinal. En matière de responsabilité ministérielle devant la Haute Cour, une grande partie des professeurs de droit constitutionnel soutiennent une vision pénaliste du titre VII de la Constitution de 1946, même si quelques auteurs mettent en exergue le caractère hybride de cette responsabilité en ce que celle-ci conserve quelques traits d'une responsabilité politique. La Haute Cour prolongerait sur le plan pénal le contrôle de l'Assemblée sur l'exécutif (**A**). En outre, concernant la responsabilité du Président de la république qui reste un thème peu discuté, ce climat de consensus doctrinal est aussi observable. Le point d'accord de la doctrine repose sur le caractère républicain de son irresponsabilité pénale. De plus, la grande majorité des constitutionnalistes de la IVème République s'accordent également sur la nature politique de la haute trahison, contrairement à la doctrine publiciste classique qui était fortement divisée sur cette question (**B**).

A. La responsabilité pénale des ministres devant la Haute Cour de Justice : l'apparition nouvelle d'un certain consensus doctrinal

761. Les constitutionnalistes de la IVème République prennent acte de l'instauration d'une justice politique dans la nouvelle norme constitutionnelle, même s'ils mettent en exergue la contradiction, en théorie, entre ces deux termes accolés[3747]. Pour autant, ils constatent qu'en pratique, la plupart des régimes français et étrangers ont mis en place un tel système[3748] avec des modalités variables,

sa fonction le Président de la République ne bénéficiait d'aucun privilège de juridiction. Il convient, toutefois, de noter que Marcel Prélot est l'un des seuls constitutionnalistes à ne pas partager l'avis de Vedel. À ses yeux, « le problème reste aujourd'hui entier » (M. Prélot, Précis…, op.cit., 1948, p.484). Il propose d'opérer une distinction selon la gravité de l'acte présidentiel commis dans sa vie privée : « s'il s'agit d'une vétille ou d'une imprudence, il n'y a qu'inconvénient à mettre la justice en branle ; s'il y a faute grave, c'est au président du Conseil et à ses collègues du Parlement de provoquer la retraite présidentielle » (*ibid.*).

3746 *Ibid.*

3747 Comme le note Vedel, « il ne peut pas y avoir de justice politique ; les deux mots jurent d'être accolés ensemble ; ce qui est juridique n'est pas politique ; - ce qui est politique n'est pas juridique » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.926). Pour Duverger, l'existence des juridictions d'exception est très discutable au point de vue de l'équité de leurs décisions car « la « justice politique » est rarement juste » (M. Duverger, Droit constitutionnel…, op.cit., 1955, p.554).

3748 « L'existence de la justice politique a été souvent contestée dans son principe, mais, en fait, aussi bien dans l'histoire constitutionnelle que dans le droit comparé, les institutions de justice politique se sont constamment rencontrées » (M. Prélot, Précis…, op.cit., 1948, p.565). Dans le même sens : G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.927 ; G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1957, p.594 ; M. Duverger, Droit constitutionnel…, op.cit., 1955, p.554.

étant donné qu'il bénéficie à la fois à l'État, à la magistrature et aux prévenus[3749]. Dans cette optique, l'article 56 de la Constitution de 1946 prévoit que « les ministres sont pénalement responsables des crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions » devant la Haute Cour de Justice. Toutefois, la création de cette dernière dans le nouveau régime de 1946 représente un tournant majeur par rapport aux juridictions politiques antérieures. En l'occurrence, les constituants de la IVème République cherchent à renouveler la représentation de la justice politique, « en essayant d'éviter les principaux inconvénients qui peuvent résulter de cette conciliation »[3750]. Le mauvais souvenir du procès Malvy sous la IIIème République oriente le législateur et la doctrine juridique en 1946 dans un sens *légaliste* par rapport à l'organisation de la Haute Cour. À présent, la majorité des juristes de droit constitutionnel appréhendent la juridiction d'exception comme un tribunal et, dès lors, régie par le principe de la légalité des délits et des peines. La responsabilité ministérielle prévue à l'article 56 de la Constitution de 1946 est donc, pour eux, légale. Cette nouvelle appréhension doctrinale rompt avec la tradition antérieure dominée par la représentation *politique* de ce privilège de juridiction. Pour la première fois dans la science française du droit constitutionnel, la conception pénaliste prédomine largement sur la conception constitutionnaliste (**1**).

762. Néanmoins, à rebours de ce discours dominant, quelques voix scientifiques discordantes se font entendre. Ce mouvement légaliste n'est pas, à leurs yeux, exempt d'ambiguïté. Quelques auteurs soutiennent une solution intermédiaire qui met en exergue la nature hybride de la Haute Cour de Justice. Selon eux, la Haute Cour est, dans le détail de son organisation, à la fois une juridiction et un organe politique. En d'autres termes, ces défenseurs conçoivent la responsabilité ministérielle devant la Haute Cour comme un simple prolongement de leur responsabilité politique devant une juridiction dont la mise en jeu appartient à l'Assemblée. Le but final est d'assurer la suprématie du pouvoir législatif sur l'exécutif (**2**).

3749 « Tout le monde y trouve son compte : l'État, qui y trouve une répression à la fois plus ferme et plus souple de certaines infractions particulièrement dangereuses et les prévenus, qui y trouvent souvent, au moins dans les temps calmes, des garanties et une indulgence plus grande devant la justice politique que devant la justice populaire ordinaire » (*ibid.*). De même, pour Burdeau, son intérêt est plus grand puisque « l'existence de cette justice politique se justifie au triple point de vue de l'intérêt du régime car on estime que les juges ordinaires n'auraient pas l'indépendance nécessaire à l'égard d'hommes qui ont été au pouvoir ou qui peuvent y revenir, de l'intérêt de la magistrature qui exige qu'elle ne soit pas mêlée aux controverses politiques, de l'intérêt des accusés enfin dont l'activité doit pouvoir être appréciée par un organe compétent pour connaître de toutes les circonstances » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1957, p.594).
3750 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.927.

1. La prédominance inédite de la thèse pénaliste en matière de responsabilité ministérielle devant la Haute Cour de Justice

763. Le questionnement portant sur la nature de la responsabilité ministérielle devant la Haute Cour de Jutsice semble *a priori* raviver une vieille controverse doctrinale[3751]. Au contraire, de manière notable, un certain consensus se dessine dans la science du droit constitutionnel de la IVème République autour de la thèse *pénaliste* - dite également « légaliste » - au détriment de la thèse constitutionnaliste, qui fut pourtant longtemps dominante dans l'histoire de cette problématique. Comme le note Vedel, « la compétence de la Haute Cour à l'égard des ministres ne donne pas lieu à de grandes difficultés »[3752]. Sous le régime de 1946, les défenseurs de la thèse de droit commun font prévaloir l'idée selon laquelle la responsabilité pénale des membres du gouvernement prévue au titre VII de la Constitution est organisée par le principe de légalité des délits et des peines.

764. Pour les tenants de cette thèse majoritaire, la fin de cette controverse tient principalement à l'adoption de la loi organique du 27 octobre 1946 relative à la Haute Cour. Si l'article 56 de la Constitution de 1946 se contente de prévoir que « les ministres sont pénalement responsables des crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions », l'article 22 alinéa 3 de la loi du 27 octobre 1946 dispose que la Haute Cour de justice peut modifier la qualification des faits qui lui sont déférés « que dans les limites du Code pénal »[3753]. Les partisans de cette conception déduisent de cette disposition non équivoque que la Haute Cour ne peut retenir que les faits qualifiés crimes ou délits par le Code pénal ou les lois spéciales et ne peut leur appliquer que les peines prévues par ces textes[3754]. Il en découle que les seuls crimes ou délits dont peuvent être accusés les ministres sont des crimes ou délits qui relèvent du droit pénal. Comme l'affirme Vedel, « « les crimes et délits » mentionnés par l'article 56 de la Constitution et qui peuvent donner lieu à une mise en accusation doivent s'entendre de crimes et délits au sens du droit pénal et non de simples fautes politiques ou d'abus de pouvoir échappant à toute qualification pénale »[3755].

765. En outre, une preuve supplémentaire de la nature pénale de la responsabilité ministérielle devant la Haute Cour tient, selon eux, à la compétence facultative de cette juridiction. En d'autres termes, les ministres peuvent être jugés dans les conditions et les formes du droit ordinaire, même

3751 Comme le note Julien Laferrière, « deux thèses étaient en présence, procédant de deux conceptions qui se sont toujours opposées relativement à l'exercice de la justice pénale à l'égard des hommes placés à la tête du Gouvernement » (J. Laferrière, Manuel…, op.cit., 1947, p.1063).
3752 G. Vedel, La compétence…, op.cit., p.408 ; A. de Laubadère, Cours…, op.cit., 1956, p.566.
3753 Cité par O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.429, note 49.
3754 G. Burdeau, Manuel…, op.cit., 1947, p.304.
3755 G. Vedel, La compétence de la Haute-Cour, op.cit., p.416.

pour les actes liés à leurs missions, devant les tribunaux de droit commun[3756]. Ses partisans observent effectivement que « si l'Assemblée Nationale ne juge pas opportun de procéder à la mise en accusation, la compétence de droit commun reprend son empire, et le ministre coupable de crimes ou délits, même commis dans l'exercice de ses fonctions, relève des juridictions répressives ordinaires »[3757]. Il est donc possible que les ministres soient poursuivis et punis selon les lois pénales ordinaires, comme il le serait devant la Haute Cour[3758]. Cette position résulte de la lettre de l'article 57 de la Constitution qui énonce que « les ministres *peuvent* être mis en accusation par l'Assemblée nationale et renvoyés devant la Haute Cour de justice ». Dès lors, ils jugent que l'emploi du mot « peuvent » « qui indique une compétence facultative est intentionnel »[3759]. La reconnaissance de la compétence concurrente de la Haute Cour et des juridictions pénales ordinaires tranche, par là-même, une forte controverse doctrinale durant la IIIème République. Enfin, la validité de la thèse pénaliste repose, selon eux, sur la différence de régime entre le Président de la République et les ministres. La Constitution de 1946 emploie le terme de la « haute trahison » pour engager la responsabilité du Président de la République pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions devant la Haute Cour, alors qu'elle recourt à l'expression de « crimes et délits » pour les ministres. Autrement dit, ses partisans remarquent que le constituant a utilisé une notion politique dans un cas et une notion juridique dans l'autre. La distinction ainsi opérée entre la responsabilité du Président de la République pour « haute trahison » et celle des ministres pour « crimes et délits » démontre la volonté d'exclure la justice politique pour les ministres.

766. Par conséquent, étant donné la nature pénale de la responsabilité des ministres devant la Haute Cour de justice, les tenants cette représentation ne conçoivent plus la Haute Cour comme une assemblée politique, mais « un tribunal, auquel s'impose le vieux précepte « nullum crimen, nulla poena sine lege » »[3760]. Ils appréhendent, en d'autres termes, la justice politique comme une justice s'exerçant en matière politique, et non plus comme une assemblée politique qui juge[3761]. Il s'avère

3756 M. Duverger, Droit constitutionnel, op.cit., 1955, p.517-518 et p.556 ; M. Prélot, Précis…, op.cit., p.501 ; J. Laferrière, Manuel…, op.cit., 1947, p.1066.

3757 G. Vedel, La compétence de la Haute-Cour, op.cit., p.409.

3758 A l'inverse, de manière significative, la compétence de la Haute Cour à l'égard du Président de la République est exclusive (*v.* M. Duverger, Droit constitutionnel…, op.cit., 1955, p.556).

3759 *Ibid*.

3760 J. Brouchot, La Haute Cour de Justice…, op.cit., p.337. Comme le note Laferrière, « dans l'élaboration de la loi du 27 octobre 1946 sur la constitution et le fonctionnement de la Haute Cour de justice, il a été hautement affirmé que la volonté avait été « de réaliser une justice politique qui soit vraiment une justice s'exerçant en matière politique et qui réponde donc aux conditions de toute justice humaine et démocratique » (J. Laferrière, Manuel…, op.cit., 1947, p.1065).

3761 Comme le rappelle Prélot, le rapporteur de la loi organique du 27 octobre 1946, Pierre Dominjon, soulignait sa volonté de garantir l'indépendance des membres de la Haute Cour, dont il voulait faire non « « des hommes politiques agissant comme des juges », mais « des juges statuant en matière politique » » (cité par M. Prélot, Précis…, op.cit., 1948, p.566). En ce sens, Laubadère met en avant que « la composition de la Haute Cour est caractérisée par le mélange qui y est fait d'éléments politiques et d'éléments professionnels ou extra-politiques » (A. de Laubadère, Cours…, op.cit., 1956, p.564). Plus précisément, l'organe de jugement proprement dit est élu par l'Assemblée Nationale au début de chaque législature : le Président et les vice-présidents sont choisis à la majorité des deux tiers et au scrutin secret ; vingt juges et vingt suppléants sont choisis dans l'Assemblée à la représentation proportionnelle des groupes ; 10 juges et 10 suppléants sont élus par l'Assemblée Nationale hors de son sein, à la majorité des deux tiers et au scrutin secret. Cette mixité se reflète également à travers la composition de la Commission d'instruction et du Parquet. D'ailleurs, comme le

ainsi que la prédominance de la conception pénaliste parmi les constitutionnalistes de la IVème République constitue un revirement fort par rapport aux générations précédentes qui étaient favorables, en majorité, de la conception constitutionnaliste[3762]. D'après laquelle, la Haute Cour était déliée du principe de la légalité pénale pour juger des « crimes ou délits » politiques particulièrement graves pour la nation. Mais les arrêts Malvy ont profondément marqué les esprits de la doctrine dont le souvenir est encore présent au cours des années 40 et 50. Depuis cette affaire, la justice politique est frappée du sceau de l'infamie. La doctrine accompagne donc ce tournant légaliste majeur et l'approuve, même si ce choix n'est pas totalement volontaire de sa part puisqu'imposé par le droit positif. Pour autant, certains auteurs, en particulier Georges Vedel, continuent de mettre en lumière les enjeux politiques de la responsabilité pénale des ministres devant la Haute Cour de Justice.

2. La justice politique comme prolongement pénal de la responsabilité politique des ministres

767. La grande majorité des constitutionnalistes de la IVème République conçoivent la responsabilité des ministres devant la Haute Cour comme une responsabilité pénale relevant d'un tribunal répressif d'exception. Néanmoins, sans occulter ce caractère, Vedel insiste, dans la lignée de la thèse constitutionnaliste de la IIIème République, sur l'aspect également *politique* de cette responsabilité. Comme le note le professeur parisien, la création de la Haute Cour met en lumière « les deux traits contradictoires, qui sont nécessairement ceux de toute juridiction politique (…) : le caractère politique et le caractère juridictionnel qui s'attachent simultanément à la Haute Cour »[3763]. Son trait de caractère *politique* ressort, selon lui, de son organisation et de sa compétence. Il met en avant, tout d'abord, le recrutement politisé de la Haute Cour qui est « une émanation de l'Assemblée Nationale seule » puisque « aucune autre Assemblée ne participe à sa désignation (art.58) »[3764]. De plus, la loi organique du 27 octobre 1946 organise la désignation des membres de la Haute-Cour « à la représentation proportionnelle des groupes de l'Assemblée »[3765]. Enfin, la compétence de la Haute Cour porte sur « des crimes ministériels » puisqu'elle est « exactement limitée aux infractions commises par les membres du pouvoir exécutif dans l'exercice de leurs fonctions »[3766]. Au vu de ces

souligne Duverger, tous les membres de la Haute Cour, « qu'ils soient parlementaires ou non, prêtent un serment de magistrat et sont liés par le secret professionnel » (M. Duverger, Droit constitutionnel…, op.cit., 1955, p.556).

3762 Il convient, cependant, de mentionner l'opinion dissidente de Roger Pinto durant la IVème République qui remet en doute la thèse légaliste. Il affirme sans donner de réponse : « un problème délicat reste en suspens, celui des pouvoirs de la Haute Cour. Peut-elle comme le Sénat de la IIIème République définir souverainement l'infraction ? » (R. Pinto, Éléments..., op.cit., p.459).

3763 G. Vedel, Manuel élémentaire…, op.cit., p.541.

3764 *Ibid*.

3765 *Ibid*.

3766 *Ibid*.

éléments significatifs, il s'avère pour le professeur publiciste, que la responsabilité des ministres n'est pas totalement légale et tend, en réalité, vers une responsabilité politico-pénale. En d'autres termes, la responsabilité prétendument pénale des membres du gouvernement n'est, pour lui, qu'une forme particulière de responsabilité politique devant le pouvoir législatif selon une configuration juridictionnelle. Vedel accorde, dès lors, une place centrale à l'Assemblée Nationale en matière de justice politique, en tant que représentante de la souveraineté nationale[3767]. Il fait valoir clairement cette position : « le caractère politique de la Haute-Cour tient tout entier dans cette proposition : la Haute Cour prolonge au plan pénal le contrôle de l'Assemblée Nationale sur l'exécutif »[3768]. C'est pourquoi il aboutit à la conclusion selon laquelle « l'opposition de la justice et de la politique est (…) bien une donnée permanente du problème » de la justice politique[3769]. La représentation de Vedel est, en réalité, classique dans la science du droit constitutionnel et rejoint notamment celle de la doctrine publiciste classique. Dans la tradition constitutionnelle française, la responsabilité pénale des membres de l'exécutif est assimilée à la responsabilité politique devant le Parlement. Le pouvoir d'accusation reconnu à l'Assemblée Nationale par la Constitution de 1946 est en lien étroit avec la conception qui place l'exécutif dans la dépendance et sous la surveillance étroite du pouvoir législatif. La responsabilité pénale n'est ainsi que la conséquence de la puissance générale et supérieure de contrôle et d'investigation qui appartient au pouvoir législatif dans un régime parlementaire[3770].

768. Néanmoins, le point de vue de Vedel doit être quelque nuancé au regard des modalités d'organisation de la justice politique dans le régime de 1946. Si classiquement dans un régime parlementaire la justice politique est assurée par les deux chambres – la chambre basse remplissant un rôle de mise en accusation et la chambre haute un rôle de jugement - , les constituants de 1946 ne se sont pas ralliés à ce système et ont mis en place un système assez original. Le Conseil de la République étant dans une situation trop inférieure, ils n'ont pas pu confier le rôle de juridiction politique à la seconde chambre. Ils ont donc conféré le jugement des ministres à une cour spéciale, relativement indépendante de l'Assemblée Nationale. La création de ce corps particulier en 1946 semble répondre, dès lors, à un objectif particulier. Comme le note Brouchot, « cette constitution

3767 « Dans la mesure où on instituait une juridiction politique celle-ci ne pouvait être qu'une émanation de l'Assemblée Nationale, dont la Constitution, de quelques « magistratures morales » qu'elle l'entoure, organise la souveraineté » (G. Vedel, La compétence..., op.cit., p.400). Comme nous l'avons vu, en matière de justice politique les constituants ont donné un rôle essentiel à l'Assemblée, ainsi qu'aux partis politiques considérés comme « des instruments nécessaires de la démocratie grâce au système de la représentation proportionnelle » (R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.276).

3768 G. Vedel, Manuel élémentaire…, op.cit., p.541.

3769 G. Vedel, La compétence…, op.cit., p.396. D'où la critique de Vedel à l'égard de la justice politique qui est, à ses yeux, « une notion suspecte » (*ibid.*) puisque « la justice s'entend soit d'une valeur absolue, soit d'un ensemble de règles et de procédures qui excluent l'arbitraire et le pouvoir discrétionnaire. Dans l'un ou dans l'autre sens, elle s'oppose à la politique, qui est justement le domaine de la relativité et de l'opportunité » (*ibid.*).

3770 Comme le souligne Vedel, « ce n'est (…) pas dans un renouvellement de la notion de justice politique qu'il faut rechercher l'inspiration centrale qui a mû les Constituants de 1946. (…) Pour eux, le problème de la Haute-Cour se trouvait lié aux options fondamentales auxquelles l'élaboration des institutions politiques les avaient conduits » (G. Vedel, La compétence…, op.cit., p.397).

(…) n'a pas voulu (…) que la justice, en matière politique, fut l'apanage (…) d'une Assemblée » dans la mesure où « ses auteurs ont estimé qu'une Assemblée n'était pas à même de se départir de son caractère politique et que ses décisions ne pouvaient échapper au reproche de n'être que le reflet de l'opinion de sa majorité »[3771]. En d'autres termes, l'instauration de ce tribunal spécial apparaît témoigner de la volonté réelle des constituants, c'est-à-dire celle de lutter contre la transformation et le détournement de la responsabilité pénale des membres du gouvernement en une responsabilité politique. Cette intention ressort clairement du rapport de M. Deminjon relatif à la loi organique du 27 octobre 1946 puisque celui-ci déclare : « il faut éviter que la Haute Cour puisse être utilisée comme une arme de combat politique entre les mains d'une majorité »[3772]. Il ajoute que les membres de la Haute Cour n'agissent pas « comme élus du peuple remplissant un mandat »[3773] mais comme des juges statuant en matière politique. Il semble donc que la justice politique sous la Constitution de 1946 soit en réalité conçue, comme le met en avant Vedel, comme un compromis entre deux principes opposés : le principe de la responsabilité pénale comme continuation de la responsabilité politique des ministres balancé par le principe de la séparation nécessaire entre une assemblée politique et une juridiction[3774]. En définitive, l'absence de mise en œuvre et de décision de la Haute Cour de Justice durant la IVème République ne permettra de vérifier le bien-fondé ni de la représentation doctrinale pénaliste ni de celle politico-pénale.

769. Il s'avère, en définitive, que la problématique relative à la responsabilité des ministres devant la Haute Cour de Justice suscite un certain consensus doctrinal parmi les membres de la doctrine constitutionnaliste de la IVème République. La situation est semblable vis-à-vis du problème de la responsabilité pénale du chef de l'État pour haute trahison devant la Haute Cour de Justice.

3771 J. Brouchot, La Haute Cour de Justice…, op.cit., p.319.
3772 Cité par J. Brouchot, La Haute Cour de Justice…, op.cit., p.319.
3773 *Ibid*., p.319-320. Néanmoins, comme le note Brouchot, la Constitution de 1946 a satisfait « au principe démocratique qui veut que la juridiction politique soit l'émanation du peuple souverain, car elle a réservé à l'Assemblée Nationale, et à elle seule, la désignation des membres de la Haute Cour de Justice » (*ibid*., p.320).
3774« À le pousser jusqu'à ses extrêmes conséquences logiques, ce [premier] principe exigerait que la Haute-Cour fût composée de l'Assemblée Nationale tout entière ou tout au moins de sa plus grande partie, si l'on veut réserver à une fraction de l'Assemblée la mise en accusation et l'instruction. En fait, cette déduction ne manqua pas d'être proposée aux Constituants. Mais (…) un second principe intervint pour compenser et balancer le premier. Si la responsabilité pénale que la Haute-Cour doit mettre en œuvre prolonge la responsabilité politique dont connaît l'Assemblée Nationale, elle n'en est pas moins distincte. Contre l'extrême-gauche qui, fidèle à la tradition conventionnelle, affirmait l'identité substantielle de la mission du juge et de celle du député fondées l'une et l'autre sur un mandat populaire, la majorité de la Constituante maintint la distinction entre tribunal et assemblée politique. Ceci conduisait nécessairement et en premier lieu à concevoir une Haute-Cour qui fût l'« émanation » de l'Assemblée Nationale pour respecter la souveraineté de celle-ci, mais qui ne se confondît pas avec elle pour garder un caractère de juridiction. Ceci conduisait en outre à une organisation de la Haute-Cour dont le détail reproduit fidèlement le souci de concilier les exigences opposées que l'on vient d'analyser » (G. Vedel, La compétence…, op.cit., p.400-401).

B. Le problème théorique de la responsabilité pénale du Président de la République : une réflexion doctrinale modeste et relativement apaisée durant la IVème République

770. Le statut du Président de la République institué par la Constitution du 27 octobre 1946 interroge modérément la doctrine publiciste de la IVème République. Le trait essentiel qui le caractérise est son irresponsabilité pénale, civile et politique pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions, qui lui confère une protection juridique étendue. Si le fondement de son irresponsabilité avait pu soulever quelques dissensus au sein de la doctrine publiciste classique, ce privilège apparaît logique dans le régime de 1946 pour la science du droit constitutionnel de la IVème République. La totalité de ses membres la présente comme la conséquence de l'effacement du chef de l'État dans un régime parlementaire. Legs de la monarchie à l'origine, la doctrine contribue à enraciner, par ses écrits, ce mécanisme dans le paysage républicain. Cette question fait l'objet d'un traitement doctrinal apaisé (**1**).

771. Néanmoins, c'est l'exception à son irresponsabilité qui soulève une difficulté inédite. En vertu de l'article 42 de la Constitution de 1946, le Président de la République peut être destitué pour haute trahison, après avoir été mis en accusation par l'Assemblée Nationale et jugé par la Haute Cour de Justice. La doctrine approuve, en ce sens, que son irresponsabilité pour les actes extérieurs à ses fonctions ne soit pas absolue puisqu'il est « un organe de l'exécutif qui n'exprime point de façon souveraine la volonté nationale »[3775] contrairement aux parlementaires. Toutefois, le questionnement vis-à-vis de la notion de « haute trahison » est renouvelé par rapport à la IIIème République puisque d'après la loi organique du 27 octobre 1946, la Haute Cour de justice doit respecter désormais le principe de la légalité criminelle. Il se pose, par conséquent, à la doctrine, selon les termes de Maurice Duverger, « un assez joli problème juridique »[3776]. Il résume les données de celui-ci en ces termes : « la Constitution actuelle maintient, d'une part, la compétence de la Haute Cour à l'égard du Président de la République, en cas de « haute trahison », mais oblige, d'autre part, la Haute Cour à juger « dans les limites du Code pénal ». Or, la haute trahison n'est pas une infraction prévue par le Code pénal : comment la juger en restant dans les limites dudit Code ? »[3777]. Si deux thèses classiques réapparaissent inspirées directement des travaux de la doctrine publiciste classique, l'une pénaliste et l'autre constitutionnaliste, il apparaît, de façon nouvelle, que la seconde prédomine très largement sur la première dans la pensée constitutionnelle de la IVème République. En plus de ces deux conceptions s'ajoute une solution intermédiaire qui présente l'avantage de concilier le principe de la légalité pénale et le caractère politique de la haute trahison (**2**).

3775 G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, op.cit., p.431.
3776 M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, op.cit., 1955, p.558.
3777 *Ibid*.

1. Le consensus doctrinal sur la nature républicaine de l'irresponsabilité pénale du Président de la République dans un régime parlementaire

772. Sur la base de l'article 42 de la Constitution de 1946 qui dispose que « le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison », la doctrine en déduit que le Président de la République jouit d'une irresponsabilité qui s'étend sur le plan pénal, politique et civil pour les actes liés à ses fonctions. Au point de vue civil, il ne peut être assigné en réparation pécuniaire des dommages que son activité aurait causés pour les actes de ses fonctions. Au point de vue pénal, il ne peut être poursuivi pour les actes de sa fonction à raison de crimes ou de délits, « sauf si ceux-ci offraient matière à l'accusation de haute trahison »[3778]. Au point de vue politique, il ne peut être renversé par un vote du Parlement et ne peut pas être obligé à démissionner[3779]. À ce titre, le Président de la République n'a pas de contact direct avec le Parlement « où il ne peut ni entrer ni prendre la parole »[3780], la seule possibilité étant la communication par des messages adressés à l'Assemblée Nationale[3781]. Toutefois, la doctrine souligne l'existence de quelques procédés politiques informels entre les mains du Parlement pour surmonter son irresponsabilité politique, comme le refus systématique de tout Cabinet, la constatation de son empêchement ou sa mise en accusation pour haute trahison.

773. Face à cette protection large, l'ensemble des constitutionnalistes de la IVème République, à travers ses travaux, consolide l'idée de la nature *républicaine* de cette garantie exorbitante et ne conteste pas la transposition de cette règle monarchique dans les institutions de 1946. Si elle est à l'origine le reflet de la majesté royale, la doctrine démontre que l'irresponsabilité présidentielle devient, avec l'avènement de la République et le développement du régime parlementaire, le résultat du faible pouvoir du chef de l'État[3782]. Comme le souligne Georges Vedel, « irresponsabilité et effacement se prêtent (…) un mutuel appui : on n'a d'autorité que dans la mesure où on en assume la responsabilité, on n'est responsable que dans la mesure où on détient une autorité »[3783]. Il constate

3778 G. Vedel, Manuel…, op.cit., p.430.
3779 Cependant, cette règle a été contredite par la pratique durant la IIIème République puisque, comme le souligne Duverger, « deux présidents, Grévy en 1887, Millerand en 1924, ont été en fait acculés à la démission par le Parlement » (M. Duverger, Droit constitutionnel…, op.cit., 1955, p.507).
3780 *Ibid*., p.430.
3781 Article 37 de la Constitution de 1946 : « Le président de la République communique avec le Parlement par des messages adressés à l'Assemblée nationale ».
3782 M. Duverger, Droit constitutionnel…, op.cit., 1955, p.506-507 ; J. Laferrière, Manuel…, op.cit., 1947, p.1027 ; R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.469 ; M. Prélot, Précis…, op.cit., 1948, p.484.
3783 G. Vedel, Manuel…, op.cit., p.429. Pour Pinto, l'irresponsabilité est « la cause et la conséquence, tout à la fois, de la position gouvernementale du président de la République » (R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.469). Cependant, pour Burdeau, la pratique a contredit le rôle institutionnel effacé du Président de la République durant la IVème République. L'influence du Président est pour lui variable en fonction de la personnalité du titulaire de la charge. Il note que « la réalité politique n'est toutefois pas tout entière enfermée dans les textes et si l'on considère la pratique il faut reconnaître que la première présidence de la IV° République a été exercée de telle sorte que son titulaire fut autre chose que ce « maître de cérémonies jovial ou triste suivant le tempérament » qu'il fut sous la III° République. Maintes fois, de façon

en ce sens que le Président de la République dans la Constitution de 1946 n'a pas « de politique propre, il a la politique de ses ministres, qui eux-mêmes ont la politique de l'Assemblée élue, devant laquelle ils sont responsables »[3784]. Burdeau note que les constituants avaient le choix entre deux conceptions du rôle du Président de la République, celui d'un chef de l'État ou celui de premier magistrat de la République[3785]. C'est clairement, précise-t-il, « à cette seconde conception que s'est rattachée la constitution du 27 octobre mais en atténuant plus encore l'autorité du Président »[3786]. Le Président est doté de peu d'attributions par le nouveau texte[3787], sa fonction fondamentale étant d'incarner la continuité de l'État loin de toute lutte partisane. Comme le résume Roger Pinto, il exerce « « une magistrature d'influence », c'est-à-dire « informé, au cours d'un long mandat, des plus hautes affaires de l'État, il peut conseiller utilement les gouvernements successifs, maintenir sur certaines problèmes la continuité de l'action publique (affaires extérieures). (…) Il est l'affirmation vivante de l'unité et de la continuité de l'État »[3788]. Par conséquent, le fondement de son irresponsabilité n'est plus, selon la doctrine, religieux ou monarchique, mais pratique et institutionnel[3789].

774. Compte tenu de la nature parlementaire du régime institué par la Constitution de 1946, les publicistes observent que l'irresponsabilité du Président trouve son corollaire dans la règle du contre-seing ministériel. Vedel souligne en effet que son irresponsabilité est « la conséquence du fait que le Président de la République n'agit jamais sans l'assistance du Président du Conseil et du ou des ministres intéressés »[3790]. Pour défendre une telle idée, la doctrine s'appuie sur l'article 38 de

discrète, mais efficace, le Président a eu l'occasion de jouer réellement son rôle d'arbitre et de gardien de la constitution » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1957, p.514).

3784 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.763. En ce sens, Pinto rapporte les propos du Vincent Auriol qui fut prié au cours d'une grève de recevoir une délégation de cheminots afin d'envisager certaines mesures permettant la reprise du travail. Il répondit de manière symptomatique : « Accepter votre demande, ce serait me substituer au gouvernement, seul responsable devant l'assemblée nationale...Ce serait diminuer et même ruiner l'autorité gouvernementale fondée sur la souveraineté populaire. Ce serait méconnaître la lettre et l'esprit de la constitution » (R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.470). Par une telle affirmation, Pinto juge que le Président de la République a maintenu « la tradition républicaine » (*ibid*.).

3785 « Il existe deux conceptions du rôle du Président de la République, déclarait M. P. Cot à l'Assemblée constituante (séance du 12 septembre 1946, J.O., p. 3696). « Pour les uns le Président de la République est le chef de l'État ; c'est un homme qui peut et doit jouer un rôle personnel dans la marche des affaires publiques et qui peut s'opposer, le cas échéant tout au moins, à la volonté de l'Assemblée nationale ; pour les autres, au contraire, le Président de la République – c'est la tradition républicaine – est simplement le premier magistrat de la République. Dans ce cas il doit être au-dessus des partis, son élection doit provenir de la souveraineté nationale et il ne doit pas pouvoir entrer en conflit avec cette représentation nationale. » » (G. Burdeau, Manuel…, op.cit., 1947, p.286).

3786 *Ibid*.

3787 Pour Burdeau, la situation du Président de la République dans la Constitution de 1946 « est inférieure à ce qu'elle était – non pas seulement théoriquement, mais en fait – sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875. (…) Il a perdu le pouvoir réglementaire, l'initiative des lois, le commandement de la force armée, la nomination à tous les emplois civils et militaires (…), le droit de convoquer et d'ajourner les chambres. Ses attributions nouvelles, notamment la présidence du Conseil de la magistrature et du Comité constitutionnel, ne sont pas de nature à compenser la perte des autres » (G. Burdeau, Manuel…, op.cit., 1947, p.287).

3788 R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.470. De même, pour le professeur Berlia, « la présidence de la République est, par excellence, la première magistrature morale du régime : elle n'est que cela mais elle est tout cela. (…) Les textes ne prévoient pas qu'on puisse la jeter dans les luttes politiques quotidiennes dont l'exclut d'ailleurs son irresponsabilité politique » (G. Berlia, La Présidence de la République, magistrature morale du régime, RDP, 1948, p.58).

3789 Par l'irresponsabilité présidentielle, « la Constitution semble se référer aux principes du parlementarisme » (G. Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politiques, op.cit., 1957, p.513).

3790 G. Vedel, Manuel…, op.cit., p.430.

la Constitution de 1946 qui prévoit que « chacun des actes du Président de la République doit être contresigné par le Président du Conseil des ministres et par un ministre »[3791]. Dès lors, la responsabilité des actes et des activités du Chef de l'État incombe au cabinet, lui-même responsable devant le Parlement. Par conséquent, la règle du contre-seing constitue, pour la doctrine, comme l'un des signes les plus éclatants du rôle mineur du Président de la République dans les institutions de la IVème République, justifiant son irresponsabilité pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions. Toutefois, Vedel met en lumière une contradiction dans le texte de 1946. Le principe de l'irresponsabilité du Président de la République ne trouve plus de contre-partie lorsqu'il met en œuvre ses compétences propres, à l'image de l'exercice de son droit de grâce ou la désignation du Président du Conseil[3792], pour lesquelles il n'encourt pas de responsabilité propre.

775. Au cœur du statut du chef de l'État, son irresponsabilité pour les actes de sa fonction représente un dispositif « normal »[3793] pour la totalité de la doctrine dans la mesure où elle est consensuellement appréhendée comme une prérogative essentielle et classique d'un chef d'État parlementaire. Toutefois, ce consensus scientifique disparaît lorsque ses membres examinent le sens de l'exception à ce principe général : la haute trahison.

2. La notion de « haute trahison » du Président de la République, « un assez joli problème juridique »

776. De façon classique dans un régime républicain, la Constitution de 1946 prévoit que l'irresponsabilité du Président de la République n'est pas illimitée. Comme l'énonce Julien Laferrière, « dans la monarchie, cette irresponsabilité est totale. (…) Toute possibilité de poursuite pénale contre le chef de l'État, pour quelque cause que ce soit, fut-ce pour un délit totalement étranger à ses fonctions est exclue. (…) Dans les régimes républicains, l'irresponsabilité du chef de l'État n'a pas un caractère absolu. Le Président de la République est un citoyen qui reste soumis à la

3791 Sur ce point, la Constitution de 1946 innove à un double niveau par rapport aux Constitution précédentes : d'une part, tous les actes présidentiels doivent être contre-signés, non seulement par le Président du Conseil, mais encore par un ou plusieurs ministres intéressés, d'autre part, les actes les plus importants pris par le chef du gouvernement doivent également revêtir la contre-signature du ministre dont le département est concerné par l'acte. Ainsi, la conception du contre-seing semble évoluer avec la IVème République puisqu'il apparaît, selon Nathalie Havas, davantage comme « un révélateur de la prétendue unité gouvernementale que comme un instrument générateur de responsabilité utilisé par l'Assemblée » (N. Havas, La responsabilité…, op.cit., p.509).
3792 Comme le note Vedel, « la Constitution actuelle a placé le Président de la République dans une situation assez paradoxale. (…) [Certains actes] s'avèrent comme des actes personnels du Président. Ainsi en est-il de la désignation du Président du Conseil (…). Le message par lequel le Président de la République avise l'Assemblée Nationale qu'il a désigné tel Président du Conseil n'est pas contresigné, ce qui est assez normal puisque c'est un acte personnel du Président de la République » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.764-765). Toutefois, tous les auteurs ne partagent pas cet avis sur la compétence propre du Président par rapport à ce dernier point : comme le note Burdeau, « le Président ne peut choisir le Président du Conseil » (G. Burdeau, Manuel…, op.cit., 1947, p.287).
3793 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.763.

loi pénale »[3794]. Dans cette perspective, l'article 42 de la Constitution de 1946 dispose que les actes du Président de la République accomplis dans l'exercice de ses fonctions et qualifiés de « haute trahison » engagent sa responsabilité exclusivement[3795] devant la Haute Cour de justice. Néanmoins, aucune disposition du nouveau texte constitutionnel ne contient de définition de ce terme. Pour autant, par rapport aux régimes précédents, ce problème est renouvelé puisque l'adoption de la loi organique du 27 octobre 1946 impose désormais que la Commission d'instruction, comme la Haute Cour considérée en tant que juridiction de jugement, ne peuvent plus retenir que les infractions définies par une loi pénale, et qu'elles ne peuvent appliquer que les peines prévues par le Code pénal. La Haute Cour est donc contrainte par le principe de la légalité des délits et des peines. Mais, en dépit de cette évolution, le problème « reste entier aujourd'hui »[3796] puisque aucune disposition de la législation pénale de cette époque ne fait allusion au crime de haute trahison et prévoit uniquement l'incrimination restrictive de trahison. Par conséquent, les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'absence de définition donne lieu à « des discussions, d'ailleurs platoniques » entre les membres de la doctrine[3797]. À part l'article 68 de la Constitution du 4 novembre 1848[3798] et plusieurs propositions de loi qui ne furent jamais adoptées, les constitutionnalistes ne peuvent s'appuyer ni sur la jurisprudence, ni sur aucun précédent historique puisqu'aucun Président de la République n'a été mis en accusation pour haute trahison. En revanche, la façon dont la doctrine de droit constitutionnel de la IVème République conçoit la responsabilité présidentielle pour haute trahison « qui n'a jamais été mise en œuvre »[3799], se singularise de la pensée de la doctrine publiciste classique de la IIIème République, étant donné la suprématie de la thèse constitutionnaliste sur la thèse pénaliste (**a**), qui se côtoie avec une thèse intermédiaire minoritaire (**b**).

a. L'hégémonie de la thèse constitutionnaliste sur la thèse pénaliste

777. Les travaux des constitutionnalistes de la IVème République vis-à-vis du questionnement de la nature de la notion de « haute trahison », sont marqués par une évolution notable par rapport à la représentation de la doctrine publiciste classique. À cet égard, il est intéressant d'observer que quasiment plus aucun juriste de droit constitutionnel dans le régime de 1946 ne défend une conception *pénaliste* de ce concept. Cette dernière, soutenue principalement par Léon Duguit sous

3794 J. Laferrière, Manuel…, op.cit., 1947, p.1026.
3795 Sur ce point : G. Vedel, La compétence de la Haute-Cour, op.cit., p..410-411.
3796 J. Brouchot, La Haute Cour de Justice (Constitution de 1946), Recueil Sirey, 1947, p.326.
3797 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, op.cit., p.765.
3798 Comme le note Robert Charvin, le fait de prévoir la définition de la haute trahison dans la Constitution de 1848 est logiquement lié à la nature présidentielle du régime : cette Constitution « organisait un régime présidentiel dans lequel l'exécutif n'était pas responsable devant le Parlement. Il était donc normal que le Parlement, qui ne pouvait être dissous, fût garanti contre les atteintes de l'exécutif » (R. Charvin, Justice et politique…, op.cit., p.262).
3799 *Ibid*., p.766.

la IIIème République, selon laquelle le principe *nullum crimen, nullum poena sine lege* est applicable à la Haute Cour comme à tout autre juridiction répressive et interdit donc toute poursuite pour haute trahison tant que les éléments constitutifs de ce crime et sa sanction n'auront pas été déterminés préalablement par une législation pénale, est quasiment abandonnée.

778. Seuls deux auteurs se démarquent, dont l'un est un juriste professionnel de droit privé et l'autre est considéré le pourfendeur du droit constitutionnel classique. Il s'agit de Jean Brouchot, conseiller à la Cour de Cassation, et Maurice Duverger, l'un des pères fondateurs du renouveau de la science politique française dans les années 50, qui défendent tous les deux une lecture pénaliste du concept de haute trahison[3800]. Pour le premier, auteur d'un article sur la Haute Cour de Justice en 1947, la définition de la haute trahison est à rechercher dans le Code pénal. Mais, en l'absence de définition légale de ce terme, il considère que la haute trahison doit être rapprochée de la notion de « trahison », qui lui est prévue par le Code pénal. Il fait valoir que ce terme restrictif ne s'assimile pas complètement à la haute trahison et laisse de côté certains crimes graves. À ses yeux, « depuis le décret-loi du 29 juillet 1939, la trahison n'est caractérisée que dans les cas limitativement énumérés par les article 75 et 76 du Code pénal. Les atteintes à la sûreté extérieure ou intérieure de l'État, les complots, les actes de nature à nuire à la défense nationale ne peuvent être qualifiés trahison »[3801]. Pour autant, il juge qu'en dehors des cas prévus aux articles 75 et 76 du Code Pénal, « la Haute Cour ne (…) paraîtraient pas légalement compétente »[3802]. Pour Duverger, la conception de Duguit est « la plus solide »[3803] sur le plan juridique, sans se justifier. La position constitutionnaliste est, au contraire, selon lui contraire « à l'esprit de la Haute Cour et au régime parlementaire »[3804] puisqu'elle donne lieu à une véritable responsabilité politique du Président de la République devant cette institution. Il s'avère ainsi que leur défense de la vision pénaliste de cette notion est liée, pour le premier, à sa qualité de privatiste, et, pour le second, à sa démarche pragmatique et empirique rejetant tout montage théorique et abstrait du droit constitutionnel[3805].

779. Pour autant, la IVème République se distingue par le triomphe de la conception *constitutionnaliste* dans la science française de droit constitutionnel de cette période. Si on pouvait constater une légère prédominance de cette conception dans la littérature publiciste de la IIIème République, sa suprématie est quasiment totale tout au long de la IVème République. Or,

3800 Le député Pierre Cot proposera également une définition légale de la haute trahison à l'Assemblée Nationale Constituante en 1946 afin d'assurer la protection du régime de la IVème République contre les éventuelles ambitions du Président de la République, selon laquelle il y a haute trahison lorsqu'il « refuse d'appliquer la Constitution » (cité par R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.261). Sa proposition ne sera pas adoptée afin de protéger le pouvoir d'interprétation de l'Assemblée Nationale.
3801 J. Brouchot, La Haute Cour de Justice…, op.cit., p.326.
3802 *Ibid.*
3803 M. Duverger, Droit constitutionnel…, op.cit., 1955, p.507.
3804 *Ibid.*
3805 Sur ce point : B. François, Maurice Duverger, la gloire avant l'oubli (en France), op.cit.

l'hégémonie de cette thèse peut apparaître paradoxale de prime abord dans le contexte juridique de ce régime puisque la loi du 27 octobre 1946 prévoit spécialement la soumission de la Haute Cour de justice à la légalité criminelle. En réalité, son acceptation apparaît logique pour les constitutionnalistes de la IVème République. D'une part, ils font le constat que la « haute trahison » n'est pas un délit pénal précisé par les textes en vigueur, que ce soit ses éléments constitutifs et les peines qui s'y rattachent, ce qui laisse la porte ouverte à une interprétation discrétionnaire de cette notion[3806]. D'autre part, et surtout, ils sont unanimes pour reconnaître, à l'image d'Hauriou, Joseph-Barthélemy et Duez, que la haute trahison du Président de la République ne doit pas se définir par une référence exclusive aux règles pénales, car l'incrimination a un caractère essentiellement politique. Comme le rapporte Duverger pourtant opposé à cette conception, l'opinion constitutionnelle dominante considère qu'« il s'agit, *estime-t-on*, d'un manquement fondamental aux devoirs de la charge présidentielle ; c'est une sorte de délit politique. En fait, la « haute trahison » consisterait pour le Président à outrepasser ses fonctions »[3807]. Par conséquent, les partisans de la thèse constitutionnaliste font valoir que la haute trahison peut être poursuivie en l'absence de définition légale, c'est-à-dire que le Président de la République peut être poursuivi de haute trahison pour des faits non qualifiés de crimes ou délits par la loi pénale. Dans cette perspective, la Haute Cour n'est donc pas soumise au principe de la légalité des délits et des peines. Ils affirment, par voie de conséquence, qu'il appartiendra dès lors à l'Assemblée Nationale, compétente pour mettre le Président en accusation, et à la Haute Cour de justice, responsable de son jugement, de qualifier souverainement les faits constituant une haute trahison, ainsi que de déterminer les peines[3808]. D'où il suit que la procédure est, à leurs yeux, totalement effective en l'état, même dans le silence de la législation pénale.

780. Dès lors, compte tenu de la nature politique de cette incrimination, la majorité des auteurs est unanime pour concevoir la responsabilité du Président devant la Haute Cour de Justice pour haute trahison comme une responsabilité *politique* exceptionnelle, et non pénale. Comme l'estime Burdeau, la haute trahison est une exception à son irresponsabilité *politique*[3809]. Il en résulte à leurs yeux que la nature politique de cette incrimination se satisfait d'une sanction politique, c'est-à-dire la démission du Président de la République. À cet égard, la mise en place d'une responsabilité politique du Président de la République pour haute trahison devant l'Assemblée Nationale répond, selon les défenseurs de cette thèse, à un objectif institutionnel clair durant la IVème République. Pour Charvin, l'absence de définition découle « d'une volonté de ne pas réduire le pouvoir d'interprétation du pouvoir législatif »[3810]. En effet, la compétence discrétionnaire délibérément

3806 M. Duverger, Droit constitutionnel…, op.cit., 1955, p.507.
3807 *Ibid*. [Nous soulignons].
3808 R. Pinto, Éléments…, op.cit., p.469.
3809 G. Burdeau, Manuel…, 5ème éd., op.cit., 1947, p.287.
3810 R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.262.

reconnue à la chambre basse vise, selon eux, à rendre responsable le chef de l'État devant elle et assurer, en définitive, sa domination sur lui. Comme le souligne Duverger, en réaction à Vichy, « on peut considérer que cet « impeachment » est une arme suprême donné au Parlement au cas où le Président voudrait sortir du rôle assigné par la Constitution, au cas où il voudrait gouverner »[3811]. Le pouvoir de contrôle et de mise en accusation de l'organe législatif suit, pour eux, une certaine tradition parlementaire. Comme le remarque Prélot, « en régime parlementaire, la justice politique est généralement exercée par le Parlement lui-même, la chambre basse poursuivant, la Chambre haute jugeant »[3812].

781. La grande majorité de la doctrine s'accorde ainsi pour admettre la conception constitutionnaliste de la haute trahison en dépit de l'article 22 de la loi du 27 octobre 1946, et manifeste la volonté d'effacer le caractère pénal de la responsabilité présidentielle pour lui attribuer un caractère politique. Néanmoins, il persiste en son sein un défenseur d'une solution intermédiaire née sous la IIIème République.

b. Le maintien d'une thèse intermédiaire minoritaire

782. La thèse constitutionnaliste constitue le discours dominant de la doctrine constitutionnelle de la IVème République vis-à-vis de la problématique de la haute trahison présidentielle. Toutefois, à côté d'elle, il cohabite une solution médiane – minoritaire – pendant ce régime. Défendue par Esmein sous la IIIème République, Georges Vedel perpétue cette conception sous la IVème République.

783. Dans les traces de la pensée de l'éminent publiciste et de « la tradition constitutionnelle française »[3813], Vedel juge que la haute trahison est un concept principalement *politique*. Elle ne constitue pas en soi, à ses yeux, une infraction pénale en raison du silence du Code pénal sur ce point. Comme il le note, « le Code pénal qui définit la trahison ne définit pas la haute trahison »[3814]. La haute trahison est donc, comme le résume Vedel, « une notion d'*ordre politique* non légalement

3811 M. Duverger, op.cit., 1955, p.507. Le statut du Président de la République est pensé en ce sens : par la procédure de nomination, le Président de la République est placé d'emblée sous le contrôle de l'organe législatif puisqu'il est désigné par le Parlement (article 29 de la Constitution de 1946). En outre, les défenseurs de la thèse constitutionnaliste soulignent l'existence de deux pratiques, à côté de la mise en jeu de la responsabilité du Président pour haute trahison, qui ont permis de créer une responsabilité politique de fait de celui-ci devant les chambres : la démission forcée par le refus d'investir tout Président du Conseil et la constatation de l'empêchement du Président.
3812 M. Prélot, Précis…, op.cit., 1948, p.476. Or Prélot ajoute que l'exclusion de la chambre haute de la justice politique résulte de « sa position inférieure par rapport à l'Assemblée et son absence habituelle de pouvoir de décision » (*ibid*.). Par contre, la Haute Cour de justice forme, pour lui, un corps « particulier » et « indépendant » de l'Assemblée Nationale (*ibid*.).
3813 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.765.
3814 G. Vedel, Manuel élémentaire…, op.cit., p.431.

définie »[3815]. Plus précisément, ce concept « nébuleux »[3816] lui apparaît plus large que la simple collusion avec un État ennemi puisque cette situation est recouverte par la notion de trahison. Il se définit, en réalité, par la gravité de l'atteinte portée par le Président de la République à ses prérogatives constitutionnelles. Il s'agit, à ses yeux, d'« un manquement d'ordre politique aux obligations de la fonction : c'est une violation grave des devoirs de la charge »[3817], ne supposant pas nécessairement une violation de la Constitution. Néanmoins, il fait valoir que la définition de cette notion demeure entre les mains de l'Assemblée Nationale par son pouvoir de poursuite et de la Haute Cour de Justice par son pouvoir de jugement, chacune disposant une entière liberté[3818]. La haute trahison est donc ce que l'Assemblée Nationale et la Haute Cour définissent comme telle.

784. Dès lors, en raison du caractère politique de la haute trahison, Vedel soutient que la responsabilité du Président pour haute trahison est essentiellement de nature *politique* et appelle, par conséquent, une sanction politique. L'accusation de haute trahison par l'Assemblée Nationale et la déclaration de haute trahison par la Haute Cour signifient seulement, *affirme-t-il*, « que le Président de la République a commis un acte grave, a trahi les devoirs de sa charge, ce qui est, en soi, une constatation politique qui n'emporte pas nécessairement qu'il y ait crime ou délit et qui n'entraîne pas nécessairement une peine *stricto sensu* »[3819]. La Haute Cour est, par conséquent, délié du principe de légalité des délits et des peines lorsqu'elle le déclare coupable de haute trahison. La haute trahison peut exister, selon le professeur parisien, « alors qu'aucun texte ne la définit si l'on y voit essentiellement une incrimination politique et non un crime ou un délit »[3820]. Cependant, c'est ici que Vedel se démarque de la thèse constitutionnaliste en ce qui concerne les sanctions contre le Président de la République, sans la contredire.

785. Pour le constitutionnaliste, la sanction que peut prononcer la Haute Cour de Justice contre le chef de l'État n'est pas uniquement politique. À l'image d'Esmein, il adopte une position intermédiaire inspirée de l'exemple des États-Unis et de la procédure d'*impeachment*. Pour lui, la Haute Cour peut prononcer pour haute trahison la déchéance du président de la République qui est une sanction politique, mais elle peut aussi prononcer des peines pénales à proprement parler si la haute trahison se double d'infractions pénales tombant sous un chef d'incrimination défini par la loi pénale. Comme le note Vedel, « la Haute Cour dispose à l'égard du Président de la République deux

3815 *Ibid*. À cet égard, malgré l'absence de définition de la haute trahison, il ne juge pas pour autant que la responsabilité du chef de l'Etat ne puisse pas être mise en jeu car cette solution « extrême, et, en pratique, indéfendable, (…) aboutirait à rendre absolue l'irresponsabilité du Président de la République » (G. Vedel, La compétence…, op.cit., p.417).
3816 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1958, p.765.
3817 G. Vedel, Manuel élémentaire…, op.cit., p.431.
3818 « Il appartient à l'Assemblée Nationale lors de la mise en accusation et à la Haute-Cour souverainement lors du jugement d'apprécier si les faits reprochés au Président de la République constituent ou non une haute trahison » (*ibid*.).
3819 G. Vedel, Droit constitutionnel, Paris: Sirey, 1947, p.546.
3820 G. Vedel, Manuel élémentaire…, op.cit., p.431.

sortes de sanctions : une sanction politique, qui est la destitution, et des peines proprement dites, qui ont seules le caractère *stricto sensu* »[3821]. Selon cette conception, si le Président de la République commet une faute politique qui ne tombe sous le coup d'aucune loi pénale, « la Haute Cour ne pourra prononcer que *la destitution* du Président de la République. C'est une sanction *politique* qui réprime une faute *politique* : le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas violé »[3822]. En revanche, si « les faits retenus comme constitutifs de la haute trahison constituent *en outre* des crimes ou des délits définis par le droit pénal », « la Haute Cour pourra alors prononcer, outre la destitution, de véritables peines et ceci en conformité avec la règle *nullum crimen*, etc... »[3823]. De plus, Vedel estime même que la Haute Cour peut octroyer des dommages-intérêts aux victimes si la responsabilité civile du chef de l'État est engagée devant elle pour les dommages qu'il aurait causés[3824].

786. Dans ces conditions, la Haute Cour de Justice est saisie, à ses yeux, « à la fois de la responsabilité politique (…) et de la responsabilité pénale »[3825], et même civile, du Président de la République. La conception large de Vedel appelle deux remarques. *D'une part*, elle présente l'avantage de joindre le principe de la légalité criminelle avec l'essence politique de la haute trahison. Comme le souligne Vedel, « le principe de légalité des délits et des peines (…) ne s'oppose pas à l'appréciation discrétionnaire de la haute trahison »[3826]. La thèse de Vedel permet ainsi de faire un pont entre la thèse constitutionnaliste et la thèse pénaliste. *D'autre part*, le professeur parisien reconnaît que le Président de la République, à l'instar de la thèse constitutionnaliste, est responsable politiquement devant la chambre basse et la Haute Cour de Justice. Toutefois, il met en lumière l'originalité de cette responsabilité qui n'obéit pas à la forme parlementaire traditionnelle. Comme le remarque Vedel, « si l'Assemblée Nationale entend faire jouer cette exception au principe de l'irresponsabilité politique du Président, elle ne peut le faire qu'en la forme juridictionnelle en déférant le Président à la Haute Cour »[3827]. Elle n'en demeure pas moins une dérogation à son irresponsabilité politique dont il souligne la vulnérabilité. Vedel observe, sur ce point, que l'Assemblée Nationale et la Haute Cour ont un si « large pouvoir d'appréciation »[3828] de la haute

3821 G. Vedel, Droit constitutionnel, op.cit., p.546.
3822 *Ibid*., p.547.
3823 *Ibid*.
3824 « Elle peut, enfin, à la demande des parties civiles qui peuvent se constituer devant la Haute-Cour condamner le Président à la réparation des dommages dont il a été l'auteur fautif » (*ibid*.). Cela résulte, selon lui, de l'article 27 de la loi organique du 27 octobre 1946 selon lequel : « la constitution de partie civile est recevable devant la Cour de justice ». Comme un juge répressif ordinaire, la Haute Cour de Justice peut donc connaître de l'action civile en liaison avec l'action publique, « alors que, sous le régime de 1875, le Sénat se refusait à connaître des réparations civiles » (G. Vedel, La compétence…, op.cit., p.419).
3825 G. Vedel, Droit constitutionnel, op.cit., p.546.
3826 *Ibid*.
3827 G. Vedel, Manuel…, op.cit., p.431.
3828 *Ibid*.

trahison que son irresponsabilité en devient « fragile »[3829], d'autant plus que cette prérogative s'ajoute aux autres moyens de fait dont disposent les chambres contre lui[3830].

787. Au terme de cette étude, il a ainsi pu être constaté que durant le régime de la IVème République, l'intérêt des constitutionnalistes pour la problématique des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués est relativement modéré, compte tenu de facteurs politiques et scientifiques. L'avènement de la Vème République et sa mise en œuvre jusqu'à la fin des années 1980 ne change pas fondamentalement la donne.

SECTION 2. LES IMMUNITÉS CONSTITUTIONNELLES, LA « BELLE ENDORMIE » DE LA SCIENCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL (1958-1990)

788. Dans le prolongement de la IVème République, la question des privilèges des pouvoirs constitués continue d'être peu discutée par les constitutionnalistes de la Vème République. À part plusieurs thèses d'envergure, seules quelques lignes lui sont dédiées dans les manuels de droit constitutionnel entre les années 1958 et 1990, en dépit de la multiplication des ressources disponibles en droit constitutionnel[3831]. Les facteurs de ce désintérêt doctrinal sont multiples et complémentaires.

789. Il trouve sa justification, tout d'abord, dans les paradigmes épistémologiques de la science du droit constitutionnel au cours de la Vème République. Depuis les années 1930, la discipline du droit

3829 *Ibid*., p.432.

3830 Vedel souligne que la règle de l'irresponsabilité politique du chef de l'État « peut être facilement tournée (…) » (*ibid*.), notamment par les procédés *informels* de la démission forcée ou la constatation de son empêchement, puisque, concernant ce dernier point, dans la mesure où « la nature de cet empêchement n'est pas définie, un Parlement hostile au Chef de l'État pourrait faire résulter l'« empêchement » du « manque d'autorité morale » ou du défaut de confiance que la Nation éprouverait à l'égard du Chef de l'État. Ainsi pratiqué, l'« empêchement » deviendrait un substitut de l'« impeachment », dont il retrouverait l'étymologie » (*ibid*.). Or, il note que ces deux détournements à la Constitution seraient possibles puisque le juge constitutionnel n'est pas compétent pour constater une telle violation : « l'un et l'autre procédés (démission forcée ou constatation de l'empêchement) seraient inconstitutionnels, *affirme-t-il*, mais à raison du caractère très limité de notre contrôle de constitutionnalité (qui ne s'applique d'ailleurs qu'aux lois), aucun obstacle de fait n'empêcherait le Parlement et en particulier l'Assemblée Nationale d'agir ainsi » (*ibid*.). À côté de ces deux mécanismes, il demeure en plus, observe-t-il, un moyen *constitutionnel* de remettre en cause l'irresponsabilité politique : l'Assemblée Nationale et la Haute Cour de Justice, « *même en demeurant dans la stricte constitutionnalité*, peuvent la faire cesser en recourant à l'accusation de haute trahison qu'elles apprécient discrétionnairement » (*ibid*. [Nous soulignons]). En réalité, conclut le doyen Vedel, l'irresponsabilité du Président de la République est tributaire « de sa neutralité qui lui permet de collaborer avec n'importe quel Parlement et n'importe quel Gouvernement que la volonté nationale amènerait au pouvoir » (*ibid*.).

3831 Comme le note Georges Burdeau, « jamais les étudiants n'ont disposé d'autant de Manuels. (…) Du moins doit-on tirer profit de leur abondance. Les questions traitées étant partout les mêmes la meilleur méthode pour les étudier est de confronter à leur sujet l'exposé des divers auteurs. Pour comprendre une statue, il faut en faire le tour et la regarder selon plusieurs angles de vue. Cette attitude enrichit la connaissance sans porter atteinte, contrairement à l'opinion commune, à la rapidité de son acquisition » (G. Burdeau, Droit constitutionnel, 21è éd., Paris: LGDJ, 1988, p.12).

constitutionnel a opéré un tournant pragmatique et politologique[3832] qui perdure durant la première moitié de la Vème République. Celui-ci transforme le droit constitutionnel en institutions politiques. Déniant tout intérêt à la théorie de l'État[3833] et à la théorie constitutionnelle[3834], ses membres privilégient la dimension institutionnelle et pratique du droit constitutionnel. La science du droit constitutionnel se veut alors essentiellement empirique. En effet, influencés par la montée en puissance de la science politique qui sera enracinée par la réforme des programmes en 1954, la plupart des constitutionnalistes[3835] se retrouvent « autour de l'exigence clairement affichée de renouveler l'analyse constitutionnelle classique par l'ouverture à la pratique politique : la référence aux seules règles écrites inscrites dans la constitution est insuffisante pour éclairer la réalité du fonctionnement politique ; encore faut-il s'interroger sur les conditions d'application de ces règles »[3836]. Or, jusqu'aux années 1990, la pratique constitutionnelle en matière de privilèges des autorités publiques est peu abondante, comme la jurisprudence. Les mécanismes de responsabilité des pouvoirs constitués durant la Vème République sont inutilisés, dans la mesure où, d'une part, la Haute Cour de Justice ne sera jamais convoquée à l'encontre du chef de l'État et des ministres, d'autre part, aucune affaire retentissante ne met en cause les immunités parlementaires.

790. En outre, à partir des années 70, le droit constitutionnel connaît un nouveau tournant paradigmatique, tout aussi majeur. L'extension des normes de référence du contrôle de constitutionnalité aux droits fondamentaux du Préambule de la Constitution en 1971 et l'ouverture de la saisine du Conseil Constitutionnel aux parlementaires en 1974, aboutit à une véritable processus de refondation du droit constitutionnel, aussi bien au point de vue de son objet, de sa nature que de sa méthode d'analyse scientifique. Le développement de la jurisprudence du Conseil fConstitutionnel donne naissance en effet « à un « vrai » droit constitutionnel, pourvu d'une Constitution sanctionnée et d'une jurisprudence à commenter »[3837]. Le texte constitutionnel de 1958

3832 J. Chevallier, Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel, op.cit., p.186 et s. ; S. Pinon, Le nouveau droit constitutionnel à travers les âges, *in* K. Mavrias et F. Mélin-Soucramanien (dir.), Constitution, enseignement et doctrine, Editions Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, 2011, pp. 1-15.

3833 O. Jouanjan, Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? / Point de vue français, RUDH, 2003, p.99 et s.

3834 Comme le note Armel Le Divellec, « il ne paraît pas exagéré de qualifier [l'époque] d'éclipse de la théorie dans la doctrine constitutionnelle française (initialement en raison d'une obsession du « concret » mais qui s'est prolongée en raison d'une nouvelle obsession, celle du contentieux et du juge » (A. Le Divellec, Préface, *in* P. Avril, Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique, op.cit., p.8).

3835 Certains constitutionnalistes, tels que René Capitant ou Pierre Avril, ont résisté à cette méthodologie dominante et ont été quasiment les seuls à défendre le drapeau de l'analyse conceptuelle. Sur ce point : O. Beaud, Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant, Droits, n°35, 2002, p.163 ; P. Avril, Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2010.

3836 J. Chevallier, Droit constitutionnel et institutions politiques…, op.cit., p.186. L'auteur ajoute que « M. Duverger, G. Vedel, G. Burdeau, M. Prélot, F. Gogel vont jouer un rôle déterminant dans ce développement, qui sera illustrée par la création en 1949 de l'Association française de science politique [et] le lancement en 1951 de la Revue française de science politique » (*ibid.*). À cet égard, Olivier Jouanjan résume la situation de la discipline du droit constitutionnel jusque dans les années 1970 : « on trouvait (...) deux modes dominants de faire du « Droit constitutionnel » : soit un mode que l'on peut désormais appeler classique, descriptif des institutions et pour lequel une courte théorie de l'État sans fondation méthodologique tenait lieu encore d'ornement postiche ; soit un mode plus anglo-saxon et politologique d'analyse du pouvoir, des systèmes politiques, manière de diluer l'État dans un concept plus large du « système politique » » (O. Jouanjan, Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ?, op.cit. p.104).

3837 F. Tap, L'apport du droit comparé à la scientificité du discours constitutionnaliste, RIDC, 2018, n°1, p.8.

s'affirmant comme une véritable « norme », le droit constitutionnel devient le droit de la Constitution. Ce bouleversement entraîne alors « le triomphe du paradigme normativiste dans la doctrine juridique contemporaine, pour assurer la promotion de l'idée selon laquelle, depuis que la Constitution apparaît comme une norme enfin sanctionnée, la science proprement juridique de l'État devient enfin possible, ainsi que la connaissance scientifique de l'ordre juridique dans son ensemble »[3838]. Ce déplacement des perspectives, porté par le Doyen Louis Favoreu et l'école d'Aix[3839], diffuse ainsi une vision contentieuse, jurisprudentielle et technique du droit constitutionnel[3840]. Il est l'occasion d'une réorientation du travail des constitutionnalistes. Délaissant quelque peu les institutions, leur champ d'étude se porte désormais sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel[3841]. Ce tournant contentieux, qui fournit au droit constitutionnel une autonomie scientifique vis-à-vis de la science politique et du droit administratif, « accélère le processus de normalisation de cette discipline en le rapprochant des disciplines ordinaires qui, en France, passe moins par le commentaire des lois, que par le commentaire d'arrêt »[3842]. La science du droit constitutionnel dans la première partie de la Vème République (1958-1990) est donc dominée principalement par deux écoles : l'école politiste et l'école contentieuse, qui répondent à deux conceptions bien distinctes de la Constitution, respectivement institutionnelle et normative, et, en dernier ressort, à deux conceptions de la science juridique. Dans ces conditions, face à l'absence de responsabilité effective des gouvernants et de quelques décisions du Conseil Constitutionnel sur ce sujet durant la période 1958-1990, la doctrine se détourne quelque peu de cet objet pendant ce laps

3838 O. Cayla, Le Conseil Constitutionnel et la constitution de la science du droit, *in* « Le Conseil Constitutionnel a 40 ans », Paris : LGDJ, 1999, p.112.

3839 A. Roux, Une École d'Aix : l'enseignement du droit constitutionnel et son évolution, *in* Six siècles de droit à Aix. 1409-2009 : mémorial de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille à l'occasion du sixième centenaire de sa fondation [sous la responsabilité scientifique de Jean-Louis Mestre], Aix-en-Provence : PUAM, 2009, p.111-116 ; X. Magnon, Orientation théorique et choix méthodologiques de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction, *in* Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, 2007, p.233-254.

3840 Le droit constitutionnel, « ordonné pour l'essentiel autour d'un contentieux des droits fondamentaux, aurait conduit à l'éviction progressive de l'étude des régimes et des institutions politiques et de l'histoire des idées politiques du champ du droit constitutionnel. En témoignerait par exemple la modification de l'intitulé du cours de première année par l'arrêté de 30 avril 1997, devenu « droit constitutionnel » en lieu et place de « droit constitutionnel et institutions politiques » (X. Dupré de Boulois, La critique doctrinale des droits de l'homme, RDLF, 2020, chron. n°38, [En ligne] : www.revuedlf.com.). Sur ce point : numéro de la revue Droits, intitulé « Repenser le droit constitutionnel », 2000, n°32, 192 p.

3841 Cependant, certains constitutionnalistes refusent de réduire le travail de la doctrine à une glose des décisions du Conseil Constitutionnel car « la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne peut par, par nature, embrasser tout le droit constitutionnel pour la bonne et simple raison que le droit constitutionnel est aussi issu de la pratique politique (...). Or, les principaux acteurs politiques ne sont pas le juge, mais bien plutôt les membres de l'Exécutif (Président et Gouvernement) et le Parlement. À côté de l'interprétation du texte constitutionnel par la juridiction constitutionnelle, il existe donc une interprétation par les acteurs politiques, et notamment par le Président (...). L'interprétation de la Constitution ne peut pas se réduire à la seule jurisprudence de la Constitution (...) » (O. Beaud, Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle. À propos d'un ouvrage récent, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 6, janvier 1999, 22 p.). Voir sur ce point le livre de référence : P. Avril, Les conventions de la Constitution. (Normes non écrites du droit politique), Paris: PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p.

3842 O. Jouanjan, Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique, Jus Politicum, n°2, mars 2009.

de temps, ce qui lui vaut ainsi le nom de « belle endormie » de la science française du droit constitutionnel[3843].

791. Le problème de la responsabilité des gouvernants est également mis en de côté par la doctrine en raison du fait que le nouveau texte contient des dispositions classiques en matière d'immunités constitutionnelles. Aussi la Constitution de 1958 maintient-elle, *d'une part*, dans son article 68, le principe de l'irresponsabilité du chef de l'État en régime parlementaire, sauf en cas de haute trahison, et la responsabilité pénale des ministres devant une Haute Cour de Justice pour les crimes et les délits commis dans l'exercice des fonctions, et, *d'autre part*, les deux volets traditionnels des immunités parlementaires à l'article 26 de la Constitution. Néanmoins, si le nouveau régime s'inscrit dans la tradition républicaine et parlementaire française, les pères fondateurs de la Vème République sont animés par une volonté de rupture avec les régimes antérieurs, qui portent aussi « sur l'esprit public, sur les mœurs politique, et donc sur la responsabilité »[3844]. De Gaulle et ses rédacteurs entendent réagir contre le régime des partis de la IVème République qui était, selon les termes de Capitant, « un régime d'irresponsabilité généralisée » puisque les électeurs ne pouvaient pas demander des comptes aux gouvernants qui incriminaient toujours l'autre parti de la coalition pour expliquer la raison pour laquelle telle politique n'avait pas été suivi[3845]. L'objectif essentiel de la Vème République réside donc la création d'un régime efficace et stable, « ce qui signifie concrètement des gouvernants à la fois capables de décider et d'assumer la responsabilité de leurs décisions, c'est-à-dire de devoir rendre des comptes à la nation »[3846]. Dans cette optique, dans le schéma institutionnel mise en place dans la Constitution de 1958, l'exécutif, et principalement le chef de l'État, occupe donc un rôle central dès la naissance du régime, tandis que le pouvoir législatif est l'objet d'une rationalisation stricte[3847]. De ce point de vue, il est manifeste que la réflexion des constitutionnalistes en matière de statuts dérogatoires des pouvoirs supérieurs est le miroir de ces nouveaux agencements constitutionnels dans la mesure où ces derniers déterminent ses ordres de priorité et renouvellent son cadre réflexif.

792. Au vu de l'architecture mise en place par le nouveau régime, la doctrine constitutionnaliste se concentre donc en priorité, entre 1958 et 1990, sur la responsabilité de l'exécutif, et spécialement

3843 Selon la même métaphore, Claude Emeri se demande à l'égard de la responsabilité du Président de la Vème République si : « le Palais de l'Élysée est-il le château de la Belle au bois dormant ? » (C. Emeri, De l'irresponsabilité présidentielle, Pouvoirs, n°41, mai, 1987, p.133).
3844 L'auteur ajoute que « De Gaulle n'a eu de cesse de vouloir rétablir non seulement l'État, mais ce qui, selon lui, allait de concert avec lui : un certain sens de l'État » (O. Beaud, Irresponsabilité et immunité du président de la République…, op.cit., p.184).
3845 R. Capitant, Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire en France depuis la Libération (1954), *in* Écrits constitutionnels, Paris, CNRS, 1982, p.301.
3846 O. Beaud, Irresponsabilité et immunité du président de la République…, op.cit., p.185.
3847 M. Gren, Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2019, 481 p.

sur celle du Président de la République. Son nouveau statut interroge vivement les constitutionnalistes sur le bien-fondé et la légitimité de son irresponsabilité politique et pénale. De plus, l'article 68 de la Constitution de 1958 qui organise son régime de responsabilité ainsi que celui des ministres, reste lacunaire dans sa rédaction et requiert dès lors un travail essentiel d'interprétation doctrinale (**§1**). Enfin, en dernier ressort, la place institutionnelle secondaire du pouvoir législatif découlant de la rationalisation du parlementarisme, conduit la doctrine à montrer, de manière inédite, un intérêt limité pour les immunités parlementaires qui lui apparaît, de surcroît, comme un sujet éculé (**§2**).

§1. Une réflexion constitutionnelle axée principalement sur les régimes de protection du pouvoir exécutif, expression de sa prédominance dans l'architecture de la Vème République

793. À partir de la Vème République, l'exécutif est au centre des préoccupations doctrinales en matière de protection des pouvoirs constitués, comme ce fut le cas également durant les régimes de la période napoléonienne, du Deuxième République et du Second Empire. En réaction à l'instabilité gouvernementale des IIIème et IVème Républiques[3848], la Constitution de 1958 marque le renouveau du pouvoir exécutif. Au sein de la dyarchie exécutive, la nouvelle norme constitutionnelle confère un rôle important dès 1958 au Président de la République[3849], appréhendé métaphoriquement comme la « clé de voûte » des nouvelles institutions, contrairement au Président de la IVème République réduit à une simple magistrature morale. Le problème de la responsabilité du chef de l'État connaît alors un regain d'intérêt et occupe, de manière singulière, toute l'attention de la doctrine. Or, durant la IVème République, cette question avait suscité un certain consensus parmi la doctrine constitutionnaliste. Mais les données de ce problème apparaissent fortement renouvelées compte tenu de la réévaluation de la fonction du chef de l'État suite à l'avènement de la Vème République et les constitutionnalistes en donnent une lecture quelque peu différente. Il s'agit de penser le régime de responsabilité d'un chef d'État républicain dans un régime parlementaire qui agit, dans la pratique, comme un Premier Ministre. Sur ce point, les prises de position doctrinales demeurent tributaires des deux paradigmes qui structurent, de manière continue, la doctrine constitutionnaliste française, c'est-à-dire le paradigme *légaliste* et le paradigme *constitutionnaliste*, dit également institutionnaliste ou étatiste (**A**).

En ce qui concerne la responsabilité pénale des ministres pour les crimes et délits commis dans

3848 cf. M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.400-404 et p.408-409.
3849 Cependant, en principe, le Président de la République est conçu à l'origine comme un arbitre, cette idée étant consacrée juridiquement par l'article 5 de la Constitution de 1958, et non comme un dirigeant de la politique nationale (cf. M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.488-502). Sur la divergence entre le texte et les faits : cf. *ibid*., p.516-523.

l'exercice de leurs fonctions régie à l'article 68 alinéa 2 de la Constitution, les constituants de la Vème République n'apportent pas de bouleversement à ce questionnement. Ils parachèvent le mouvement inauguré en 1946 tendant à concevoir la Haute Cour de Justice comme un tribunal pénal. La large adhésion doctrinale à la thèse légaliste durant le régime de 1946 se maintient donc dans la pensée constitutionnelle entre les années 1958 et 1990 (**B**).

A. Le régime de responsabilité du Président gouvernant : un thème de réflexion renouvelé hautement polémique

794. Étant donné le nouveau rôle éminent occupé par le Président de la République au sein des institutions de 1958 voué à devenir en pratique le premier personnage de l'État, la manière dont la doctrine est amenée à concevoir son régime de responsabilité connaît une évolution notable par rapport aux Républiques précédentes dans lesquelles le chef de l'État n'avait qu'une place mineure. Cette réflexion est d'autant plus pressante que dès les premières années du régime, le Président de la République, élu pour une longue durée de 7 ans, se comporte comme un leader politique et non comme une instance arbitrale[3850]. Or le statut présidentiel conçu par les constituants de 1958 est celui « d'un chef d'État en régime parlementaire, irresponsable et donc peu puissant »[3851]. C'est pourquoi la science française du droit constitutionnel s'attache à mettre en lumière le paradoxe de la règle de l'irresponsabilité politique, pénale et civile du chef de l'État dans le texte constitutionnel, ainsi que sa dangerosité dans la mesure où elle aboutit à une disjonction entre sa responsabilité et son pouvoir réel, même si l'article 68 de la Constitution est interprété, au titre d'une lecture politique, comme instituant une responsabilité politique durant l'épisode gaullien par une minorité de constitutionnalistes (**1**). Elle s'interroge également sur la seconde face du statut présidentiel réactivé lors de la présidence gaullienne, le délit d'offense au chef de l'État, qui est à l'origine de plusieurs thèses et articles notables. Compte tenu de son rôle actif, elle est amenée à repenser l'utilité d'une telle protection conçue au départ pour protéger un Président-arbitre et, à travers lui, la République (**2**). Toutefois, les constituants prévoient qu'à titre exceptionnel, en cas de haute trahison, le Président de la République puisse être jugé devant la Haute Cour de Justice, l'article 68 de la Constitution de 1958 rappelant par là-même qu'il n'est pas un monarque. Mais, à l'image des normes suprêmes précédentes, la rédaction de cette disposition est lacunaire et laisse en suspens le problème de la nature réelle de cette responsabilité présidentielle devant la Haute Cour de Justice. Néanmoins, les juristes de droit constitutionnel de la Vème République peuvent s'appuyer sur les travaux scientifiques des régimes antérieurs qui ont cherché à élucider cette notion, et qui l'ont

3850 Lors de la conférence de presse du 31 janvier 1964, le Président Charles de Gaulle affirme : « Il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'Etat est confiée tout entière au président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue par lui » (cité par M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.488).
3851 M.-A. Cohendet, Le Président de la République, 2ème éd., Dalloz, 2012, p.26.

appréhendé majoritairement comme un concept de droit constitutionnel tendant à instaurer une responsabilité politique exceptionnelle du chef de l'État (**3**). Enfin, de la même manière, l'article 68 de la Constitution de 1958 est équivoque par rapport à la responsabilité du chef de l'État pour les actes qu'il accomplit en dehors de l'exercice de ses fonctions. Si le refus de lui reconnaître une inviolabilité avait emporté la conviction de la majorité de la doctrine constitutionnaliste de la IVème République, la doctrine est très incertaine sous la Vème République, comme ce fut le cas durant le régime de 1875. Elle se divise entre les partisans d'une conception *large* de l'immunité présidentielle qui englobe l'inviolabilité et ceux d'une conception *stricte* qui conçoit le chef de l'État comme un citoyen ordinaire devant répondre de ses infractions devant les juridictions de droit commun pour ses actes détachables de ses fonctions (**4**). Jusqu'en 1990, l'ensemble de ces problèmes ne fait pas l'objet d'une étude d'envergure et sont traités subrepticement dans les nombreux manuels de droit constitutionnel ainsi que dans plusieurs articles épars.

1. Une lecture doctrinale opposée de l'article 68 de la Constitution de 1958

795. Selon l'interprétation doctrinale courante entre 1958 et 1990, le chef de l'État est irresponsable au titre de l'article 68 de la Constitution. D'ailleurs, la majorité des constitutionnalistes français ne manquent pas de souligner la contradiction de cet article avec le reste des autres dispositions constitutionnelles et avec la pratique présidentialiste des chefs d'État successifs qui conduisent à la vider de son sens (**a**). Néanmoins, cette interprétation est remise en cause par une minorité de juristes durant la présidence gaullienne qui estiment que le Président de la République est responsable devant le peuple selon une lecture politique - et non plus exégétique - de l'article 68 de la Constitution (**b**). Cette opposition scientifique est tributaire notamment, en réalité, de la représentation divergente de l'effectivité de la règle en droit constitutionnel et de la prise en compte ou non de la pratique dans la formation du droit constitutionnel.

a. La dénonciation doctrinale du « paradoxe » de l'irresponsabilité présidentielle dans la Constitution de 1958: la disjonction entre le pouvoir et la responsabilité

796. Évoquer la responsabilité du chef de l'État sous la Vème République, c'est évoquer le « paradoxe »[3852] de son irresponsabilité, selon la doctrine constitutionnaliste. En vertu de l'alinéa 1 de l'article 68 de la Constitution de 1958, « le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison ». Cette disposition

3852 G. Vedel, Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. G. Vedel : licence 1ère année/1959-1960, Paris : Cours de droit, 1960, p.890.

constitutionnelle est interprétée par la doctrine constitutionnelle, entre la naissance de la Vème République et les années 1990, comme la consécration formelle du principe de l'irresponsabilité politique, pénale et civile du chef de l'État pour les actes rattachables à l'exercice de ses fonctions[3853], sauf en cas de haute trahison. Elle souligne, *de prime abord*, le caractère traditionnel et naturel de cette règle dans le cadre de ce nouveau régime étant donné qu'il obéit à une logique parlementariste. « Suite de l'inviolabilité des monarques »[3854], ce privilège s'inscrit en effet, à leurs yeux, dans la tradition du statut du chef de l'État parlementaire[3855] et constitue la transposition d'un vestige des Républiques précédentes[3856]. Elle a pour signification que le chef de l'État n'a pas à rendre compte de ses actes politiques, civils ou pénaux commis dans l'exercice de ses fonctions, devant aucune autorité. Plus précisément, au point de vue politique, cette règle de l'irresponsabilité repose, pour les constitutionnalistes, sur un fondement théorique « très clair »[3857] : dans un régime parlementaire, elle est « liée à son effacement politique »[3858]. Duverger estime que ce principe est aussi bien la conséquence que la cause de son impuissance : « Que cette irresponsabilité soit de règle dans le régime parlementaire, affirme-t-il, cela ne fait pas de difficulté, puisqu'elle couvre en réalité une incapacité d'agir. Peu importe que l'on rende le chef de l'État irresponsable parce qu'il est impuissant ou que l'on tienne son impuissance pour une conséquence de son irresponsabilité »[3859]. Il ajoute que c'est au gouvernement de supporter cette charge : « politiquement, il ne peut mal faire puisque ses erreurs, s'il en commet, seront imputées aux ministres »[3860]. En outre, la doctrine de cette période ajoute que son irresponsabilité politique a été associée par les constitutionnalistes de la IIIème et de la IVème Républiques, à plusieurs règles traditionnelles dont elles sont le corollaire : la règle du contre-seing[3861], l'obligation pour le chef de l'État d'être assisté pour toute manifestation

3853 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.888 ; G. Burdeau, Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Georges Burdeau : licence 1ère année, 1962-1963, Paris : Les cours de droit, 1963, p.574.

3854 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.889.

3855 Le sens de l'irresponsabilité présidentielle « est éclairé par la tradition constitutionnelle elle-même » (*ibid*., p.887) ; M. Prélot, Institutions politiques et droit constitutionnel, 11e éd., Paris: Dalloz, 1990, p.731.

3856 « Le statut personnel du Président de la République est le statut traditionnel du Chef de l'État depuis 1875, statut qui est caractérisé essentiellement par l'irresponsabilité » (*ibid*., p.887) ; P. Isoart et L. Trotabas, Droit public : capacité 1re et 2è années, 22e éd., Paris : LGDJ, 1992, p.56.

3857 *Ibid*., p.889.

3858 *Ibid*. Toutefois, la doctrine souligne que, d'un point de vue historique, l'irresponsabilité du chef de l'État n'a pas toujours conduit à un pouvoir inactif. Au contraire, « la liaison entre ces deux notions d'irresponsabilité et d'inefficacité offre un bon exemple de la manière dont évoluent les concepts et les axiomes politiques (…). La vieille règle que « le roi ne peut mal faire » était il y a quelques siècles le symbole de la toute-puissance du monarque. Celui-ci ne peut alors mal faire parce que, représentant de Dieu sur la terre, suivant l'ancienne conception monarchique, il n'a pas à répondre de ses actes devant une quelconque autorité terrestre » (J. Chatelain, La nouvelle Constitution et le régime politique de la France, 2e éd., Paris: Berger-Levrault, 1959, p.36-37). Cette évolution conceptuelle s'est opérée, pour lui, à l'accession au trône d'Angleterre en 1714 d'une nouvelle dynastie venue du Hanovre qui se trouva « dans l'impossibilité d'exercer le pouvoir efficacement, par manque de goût, d'intérêt, de santé ou simplement de connaissance de la langue et des institutions anglaises » (*ibid*., p.37), le pouvoir effectif passant des mains du monarque à celles du Premier Ministre. L'adage que le roi ne peut mal faire acquiert alors une signification différente.

3859 G. Burdeau, Cours..., 1963, p.573.

3860 *Ibid*. Même s'il participe à l'acte, le Président de la République n'est pas considéré comme l'auteur réel des actes du gouvernement. Comme le rappelle Vedel, une formule humoristique anglaise résume cette idée (qui concerne davantage son irresponsabilité pénale) : « Si le Roi tue un ministre, le Premier Ministre est responsable ; si le roi tue le Premier Ministre, personne n'est plus responsable » (cité par G. Vedel, Cours…, op.cit., p.890).

3861 « Tout acte juridique du Président de la République doit être imputé à une personne responsable » (G. Vedel,

extérieure[3862], l'interdiction pour le Président de la République de pénétrer dans l'enceinte du Parlement avec lequel il doit communiquer uniquement par message et l'interdiction de le mettre en cause dans les débats parlementaires[3863].

797. Toutefois, par rapport aux régimes précédents, la revalorisation du rôle et des pouvoirs du Président de la République, aussi bien dans le texte que dans la pratique[3864], conduit « à placer sous un jour nouveau la question de l'irresponsabilité du chef de l'État »[3865]. De ce point de vue, bon nombre de constitutionnalistes de la Vème République ont pour point commun de souligner, dès le début du régime, la contradiction de l'inscription de l'irresponsabilité de principe du Président de la République dans le texte de 1958[3866]. Celle-ci est, à leurs yeux, en porte-à-faux avec le reste des autres dispositions constitutionnelles. Alors que ce privilège trouve sa raison d'être dans l'effacement du chef de l'État, certains constatent que celui-ci exerce « un rôle politique étendu, à vrai dire le premier rôle politique »[3867] au regard du texte adopté en 1958. La preuve en est, selon eux, que certains actes du Président de la République sont dispensés du contre-seing ministériel au regard de l'article 19 de la Constitution. Si, dans certaines hypothèses, la dispense de contre-seing n'est pas de nature à créer des difficultés[3868], dans d'autres, elle s'applique à des actes qui comportent un contenu politique très important. C'est le cas notamment « lorsque le Président de la République décide de recourir au référendum (art.11), (…) lorsqu'il décide de dissoudre l'Assemblée Nationale (art.12) ; de même (art.18) lorsqu'il décide d'adresser un message au Parlement ; et surtout quand il décide d'user des pouvoirs exceptionnels que lui confère l'article 16 »[3869]. Dans ces situations, le Président de la République est donc en mesure d'exercer un rôle politique et partisan[3870].

Cours…, op.cit., 1960, p.890) ; J. Chatelain, La nouvelle Constitution…, 2ème éd., op.cit., p.37.

3862 « Lorsqu'il ne s'agit pas d'actes juridiques mais de manifestation extérieure – voyage, discours – le Président de la République doit toujours être accompagné d'un ministre de telle sorte que le Gouvernement puisse prendre la responsabilité des propos tenus par le Président de la République et qui, d'ailleurs, lui étaient connus à l'avance puisque le Président de la République serait sorti de son rôle s'il avait tenu des propos qui ne puissent pas être acceptés par le Gouvernement en fonction » (*ibid.*).

3863 « Le Président de l'une ou l'autre Assemblée doit arrêter tout orateur qui mettrait en cause, dans un débat, le Chef de l'État et doit même s'opposer à la continuation du débat » (*ibid.*).

3864 P. Avril, Le renforcement de l'exécutif, in Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique, Ed. Panthéon-Assas, 2010, p.31-41.

3865 G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.573. Le professeur ajoute que, contrairement au rôle de magistrature morale rempli par les Présidents de la IIIème et IVème Républiques, le texte de 1958 renverse la tradition constitutionnelle « en faisant du Président l'autorité suprême » (*ibid.*, p.559).

3866 Par exemple, pour Louis Trotabas, l'irresponsabilité présidentielle, « condition normale, sous les Républiques précédentes, ne l'est plus, assurément de nos jours » (L. Trotabas, Manuel de droit public et administratif : conforme au programme de capacité en droit (arrêté du 12 juillet 1956), 12è éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, p.58).

3867 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.887 ; L. Trotabas, Manuel…, 12ème éd., op.cit., p.53.

3868 Vedel cite les exemples de la nomination du Premier Ministre, des trois membres du Conseil Constitutionnel et des membres du Conseil Supérieur de la Magistrature dans la mesure où, dans ces cas-là, « on ne peut pas dire que le Président de la République prenne une position politique » (*ibid.*, p.892).

3869 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.892.

3870 Comme le note Burdeau, « la Constitution (…) qualifiait [le Président de la République] pour assumer la responsabilité de la conduite des affaires » (G. Burdeau, Cours de droit constitutionnel..., op.cit., 1963, p.572) ; Sur ce point : L. Trotabas, Manuel de droit public et administratif : capacité première et deuxième années avec la collaboration de Paul Isoart, 18ème éd., LGDJ, 1975, p.49. Pour Duverger, la reconnaissance de telles compétences renseigne sur la

Or la doctrine juge que l'exonération du contre-seing dans ces domaines est fortement problématique à deux égards. Elle empêche, tout d'abord, « toute possibilité de les imputer au Premier Ministre ou au Gouvernement, (..) ce qui oblige, par conséquent, à leur propos, à mettre en cause le chef de l'État lui-même sans l'écran du Gouvernement »[3871]. Compte tenu de la place différente qu'occupe le contre-seing dans l'architecture de la Constitution de 1958, le Président peut donc se retrouver en première ligne, sans que son Premier Ministre puisse jouer son rôle de « fusible ». En outre, la doctrine de cette période met en exergue un second problème démocratique majeur découlant de la combinaison textuelle d'un rôle actif du Président grâce à ses pouvoirs propres avec l'attribution d'une irresponsabilité : cette association aboutit à une disjonction entre le pouvoir et la responsabilité[3872]. Cette contradiction *initiale* est pointée du doigt par de nombreux constitutionnalistes. Vedel souligne, par exemple, en 1960 que « notre Constitution actuelle fait du Président de la République un personnage jouant un rôle politique de premier plan, et, dès lors, se pose la question de savoir comment la vieille règle de l'irresponsabilité pourra être effectivement et pratiquement respectée, étant donné que là où est la responsabilité, là est l'autorité, là où est l'autorité, là est la responsabilité »[3873]. Or il ressort des travaux préparatoires que l'exonération de la responsabilité du Président résultant de la dispense de contre-seing pour certains de ses pouvoirs est volontaire[3874].

nature du régime institué en 1958 : « l'existence de pouvoirs propres à sa disposition, qu'il exerce seul, et non par l'intermédiaire des ministres, est un trait du parlementarisme orléaniste » (M. Duverger, La Cinquième République, PUF, 1959, p.180).

3871 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.892. Pour André Hauriou et Jean Gicquel, « la règle du contre-seing a été (…) *limitée*, par la reconnaissance, dès 1958, de pouvoirs *propres* au chef de l'État, des pouvoirs *essentiels*, faut-il ajouter immédiatement ; puis *neutralisée*, dans la pratique » (A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel..., op.cit., 1980, p.969).

3872 Comme le rappelle Pierre Avril, « le principe de responsabilité est la clé de voûte de l'édifice constitutionnel démocratique dont il inspire l'organisation au niveau des pouvoirs publics comme il commande le comportement des citoyens » (P. Avril, Pouvoir et responsabilité, *in* Mélanges Georges Burdeau, LGDJ, 1977, p.21). Par la suite, cette question a été particulièrement systématisée par Marie-Anne Cohendet pour qui le triptyque légitimité-responsabilité-pouvoirs doit être au cœur de des régimes politiques afin de garantir leur stabilité et leur caractère démocratique. L'équilibre entre ces trois composantes doit exister à l'intérieur de chaque organe et aussi entre les organes. Pour un exposé complet de cette théorie : M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.164-174.

3873 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.891. De même, Burdeau estime que « dans le contexte de la Constitution de 1958, la situation est différente puisque incontestablement le Président est armé pour l'action personnelle. Or le principe de l'irresponsabilité est maintenu dans sa forme traditionnelle par l'article 68 de la Constitution (...) » (G. Burdeau, Cours de droit constitutionnel..., op.cit., 1963, p.573). Dans le même sens, Pierre Avril juge que le principe de responsabilité « est inhérent au constitutionnalisme démocratique et résulte impérativement des exigences de ce type d'organisation politique : le pouvoir d'un organe implique nécessairement la responsabilité de cet organe. Il s'ensuit une obligation générale de comportement qui s'impose au chef de l'État à la mesure de l'autorité qu'il détient effectivement » (P. Avril, Pouvoir et responsabilité, *in* Le Pouvoir : Mélanges Georges Burdeau, LGDJ, 1977, p.13-14). Plus tardivement, en 1983, Stéphane Rials porte le même constat : « puisque l'une des fonctions du contre-seing est de favoriser l'endossement de la responsabilité afférente à l'acte d'une autorité irresponsable, sa suppression a pour conséquence de laisse subsister la responsabilité à la charge du signataire. La notion de pouvoir propre subvertit ainsi la logique parlementaire classique et remet en cause la possibilité juridique et pratique d'une irresponsabilité du chef de l'État depuis 1958 » (S. Rials, La Présidence de la République, 2e éd., Paris : PUF, 1983, p.93).

3874 Pourtant, l'un des membres du Comité Consultatif Constitutionnel, M. Coste-Floret, avait mis en évidence ce danger : « Je signale que l'irresponsabilité du Président de la République me paraît contradictoire avec l'absence de contreseing dans les cas graves » (cité *in* Travaux préparatoires de la Constitution. Avis et débats du Comité Consultatif Constitutionnel, La Documentation française, 1960, p.67). Cette mise en garde resta sans réponse. En réalité, les rédacteurs de la Constitution de 1958 étaient parfaitement conscients de ce risque. Le commissaire du gouvernement Janot déclare effectivement lors de la présentation du projet qu'« un certain nombre de ses actes sont dispensés du contre-seing ministériel. Pourquoi ? Parce que le contre-seing traduit la responsabilité politique du contresignataire et qu'il est apparu qu'un certain nombre d'actes étaient la chose du Président de la République et de lui seul » (cité par

798. Cette crainte exprimée par Vedel dès 1960 va se réaliser au regard de la pratique des Présidents successifs. Comme le note la doctrine, le rôle actif du Président de la République qui était amorcé par le texte constitutionnel de 1958, a été accru par la pratique dès les prémisses du régime. En témoigne, pour Vedel, la « théorie du domaine réservé »[3875] mise en avant par le Général de Gaulle par laquelle, dès le début du régime, celui-ci s'est attribué la politique étrangère, notamment la politique algérienne, en lieu et place du Premier Ministre et du Ministre des Affaires étrangères[3876]. Par la suite, le professeur parisien note qu'à partir des événements d'Alger en janvier 1960, le Président de la République « a pris sous sa direction l'ensemble de la politique intérieure et extérieure française ne laissant au Gouvernement qu'un rôle d'exécution en dehors des affaires purement techniques »[3877]. En outre, la réforme de l'élection du Président au suffrage universel direct[3878] et l'apparition d'une majorité parlementaire qui lui est acquise[3879] durant cette période ont renforcé sa prééminence[3880] et a contribué à « démanteler à peu près complètement le principe d'irresponsabilité »[3881]. La contradiction textuelle originelle mise en lumière par la doctrine entre le pouvoir du Président et son absence totale de responsabilité s'est donc vérifiée dans la pratique. Les constitutionnalistes constatent en effet que malgré un pouvoir important, la responsabilité politique et pénale des Présidents de la République n'a pas été engagée, ou, plus exactement, aucun mécanisme n'a été prévu pour le faire.

ibid., p.44).

3875 Cette théorie est également appelée par Jacques Chaban-Delmas, alors président de l'Assemblée Nationale, de « théorie des deux secteurs » selon laquelle le pouvoir de décision politique se répartit en deux secteurs : un secteur présidentiel et un secteur gouvernemental. Sur ce point : M. Duverger, Institutions politiques et droit constitutionnel, 7è éd., Pris : PUF, 1963, p.558.

3876 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.892-893. Georges Vedel rapporte une anecdote symptomatique du pouvoir exclusif du Président de la République en matière de politique étrangère : De Gaulle tient « des tête-à-tête avec les chefs de gouvernements étrangers, tête-à-tête dont sont exclus pour l'essentiel le Premier Ministre et le Ministre des Affaires étrangères » (*ibid*., p.893) ; v. également : G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.572.

3877 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.893.

3878 Comme l'observe Burdeau, « le Président excipe de sa légitimité pour interpréter la Constitution dans le sens qui l'autorise à contrôler l'exercice de la totalité du pouvoir » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.572). En outre, comme le note Duverger, cette réforme chamboule la manière de concevoir les pouvoirs du Président et sa place : « la réforme du 6 novembre 1962 a une double importance. Juridiquement, elle conduit à interpréter de façon nouvelle la Constitution de 1958. Pratiquement, elle bouleverse les perspectives d'évolution de la Vè République après De Gaulle. (…) Elle place le Président dans une situation très différente de celle d'un chef d'État parlementaire. Elle confère en effet au Président de la République la qualité de représentant du peuple, participant comme tel à la souveraineté nationale, et placé sur le même pied que l'Assemblée Nationale (…). Les dispositions obscures ou ambiguës de la Constitution, qui le concernent, ne peuvent donc plus être interprétées par rapport aux principes du parlementarisme, mais par rapport à la qualité nouvelle du Président (…). Cela change profondément l'orientation générale du régime. Un chef d'État parlementaire est un personnage essentiellement décoratif, qui règne, mais ne gouverne pas. (…) Au contraire, un chef d'État qui est lui-même un représentant direct du peuple, comme les députés, ne peut servir de prête-nom à un gouvernement dont les rapports avec la souveraineté nationale sont plus lointains et moins directs que les siens » (M. Duverger, La Cinquième République, 4e éd., Paris : PUF, 1968, p.33-34).

3879 P. Avril, Les chefs de l'État et la notion de majorité présidentielle, in O. Duhamel, J.-L. Parodi (dir.), La Constitution de la Cinquième République, Paris : Presses de Science Po, 1985, p.166-179.

3880 La prééminence présidentielle apparue dès le début du régime tient aussi, selon Burdeau, à « la personnalité du général de Gaulle d'un côté, la guerre d'Algérie de l'autre qui, depuis 1958, maintient le pays en état de crise latente, [qui] ont été les facteurs décisifs de l'évolution » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.572). Ce lien était si fort d'ailleurs entre le texte et son fondateur que Duverger estimait, avec erreur, qu'« on a voulu « institutionnaliser le général De Gaulle » : quand le général De Gaulle aura disparu, l'institution ne sera plus la même, par la force des choses (M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.175).

3881 C. Emeri, De l'irresponsabilité présidentielle, op.cit., p.138. De même, pour le professeur aixois Louis Trotabas, « cette irresponsabilité politique ne s'accorde plus avec l'élection au suffrage universel direct et avec l'élargissement du référendum acquis depuis 1962 au profit du chef de l'État » (L. Trotabas, Manuel…, 16ème éd., op.cit., 1968, p.58).

799. Après la présidence gaullienne, la Vème République connaît, de 1968 à 1986, le tournant du « présidentialisme majoritaire »[3882], qui combine l'omnipotence présidentielle avec l'irresponsabilité[3883]. Quoique gouvernant actif et en dépit du précédent de 1969 par lequel De Gaulle a quitté le pouvoir suite à l'échec du référendum, le Président de la République ne se considère plus responsable politiquement devant le peuple et invoque la protection de l'article 68 de la Constitution, comme l'ont notamment illustré les périodes de cohabitation[3884]. La doctrine n'a eu de cesse alors de s'alarmer de la difficile conciliation entre le glissement du pouvoir vers le chef de l'État et le renforcement de sa légitimité par l'élection au suffrage universel direct, avec un statut d'irresponsabilité[3885]. De nombreux constitutionnalistes jugent que l'article 68 de la Constitution de 1968 n'est plus qu'une coquille vide, une « clause de style »[3886]. André Hauriou et Jean Gicquel dressent un bilan encore plus négatif : « de nos jours, l'irresponsabilité a perdu son fondement et, par voie de corollaire, sa justification. Les aspects parlementaires se sont résorbés rapidement, à la manière d'une peau de chagrin, pour laisser place à la monarchie républicaine »[3887].

3882 Cette expression désigne « d'une part, la pratique selon laquelle le chef de l'État exerce ou a exercé un pouvoir d'orientation politique » - c'est le présidentialisme – et d'autre part, le fait que celui-ci repose sur la conjonction entre scrutin présidentiel et scrutin législatif majoritaire avec ballottage » (O. Beaud, Irresponsabilité…, op.cit., p.186). Cette évolution d'ampleur n'a pas été « sans conséquences sur la manière dont on a appréhendé la responsabilité politique du Président » (*ibid*.).

3883 Comme le rappelle le professeur Trotabas, « le Président Pompidou avait utilisé le référendum en avril 1972 mais sans engager sa responsabilité. (…) Mr. Giscard d'Estaing a été le premier président de la Vè République a déclaré, qu'élu pour sept ans, il resterait en fonctions quel que soit, par ailleurs, le résultat d'une élection législative intervenant au cours de son mandat. Il n'exercerait en cas de victoire de l'opposition, avait-il précisé, que les attributions « formelles » résultant de la Constitution. Le Président Mitterrand (…) a estimé que son mandat n'était pas en cause lors du renouvellement de l'Assemblée Nationale intervenu en 1986 » (L. Trotabas, P. Isoart, Droit public, op.cit., 1988, p.55-56). La justification de ce dernier est la suivante : « le Président de la République assure la continuité or, « on n'assure pas la continuité de l'État si, lorsqu'il y a un événement électoral on s'en va. Ce n'est pas acceptable » » (*ibid*., p.56). Cependant, comme le note Trotabas, cet argument est discutable : « curieuse explication puisque le Président du Sénat est là, précisément et comme ce fut deux fois le cas, pour assurer cette continuité » (*ibid*., p.55).

3884 Comme l'observe la doctrine, les trois épisodes de la cohabitation ont illustré ce sentiment d'irresponsabilité politique des Présidents de la République puisque ce dernier estime pouvoir rester en place alors même que sa majorité parlementaire a perdu les élections législatives. Cependant, pour d'autres, l'irresponsabilité politique du Président est compatible et cohérent avec la cohabitation puisque cette protection redevient la conséquence de son impuissance et retrouve, dès lors, son sens constitutionnel propre au régime parlementaire. Néanmoins, la cohabitation a pu montrer que le Président de la République continue tout de même à se comporter comme un opposant politique et prétend co-diriger la diplomatie. Sur ce point : M.-A. Cohendet, La cohabitation : leçons d'une expérience, Paris : PUF, 1993 ; M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.529 ; P. Avril, Fin de la Constitution gaulliste ?, Esprit, 3-4 mars-avril 1988, p.39-49 ; numéro « La cohabitation », Pouvoirs, n°91, 1999.

3885 « Cette irresponsabilité justifiée sous les IIIè et IVè Républiques est moins acceptable sous la Vème République dans la mesure où le président dispose d'un large pouvoir de décision » (L. Trotabas, P. Isoart, Droit public : capacité 1re et 2è années, 21è éd., Paris : LGDJ, 1988, p.55) ; « Si la lecture *parlementaire* du régime, en 1958, pouvait s'accommoder [du principe de l'irresponsabilité présidentielle] (…), la lecture *présidentialiste* depuis 1962, se détourne d'une condition exorbitante et, disons-le tout net, choquante. Le chef de l'État, bien que disposant de tout le pouvoir, ou peu s'en faut, bénéficie d'une condition incomparable, en ce sens qu'il n'a pas à répondre normalement de la manière dont il l'assume. Certes, la démocratie moderne postule l'autorité de l'Exécutif. Mais, dans aucune d'entre elles, cette dernière n'est à ce point *dissociée* de la responsabilité, comme en France » (A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel..., op.cit., 1980, p.967-968) ; « L'évolution de la fonction présidentielle se concilie mal avec cette irresponsabilité » (M. Prélot, Institutions politiques…, 11è éd., op.cit., p.731).

3886 *Ibid*., p.967.

3887 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel..., 7è éd., op.cit., 1980, p.969.

b. La reconnaissance doctrinale minoritaire d'une responsabilité politique du Président de la République devant le peuple à l'aune d'une lecture politique de l'article 68 de la Constitution

800. Avant les années 1990, quelques constitutionnalistes défendent une lecture divergente et singulière de l'article 68 de la Constitution de 1958. Comme l'affirme Marcel Prélot, « au fond, il n'est pas exact que la Constitution de 1958 établisse l'irresponsabilité présidentielle »[3888]. Ils soutiennent l'idée d'une possible conciliation de cette disposition avec la situation d'un chef de l'État qui se comporterait comme une autorité politique responsable. Mettant de côté une interprétation littérale, ils privilégient une lecture politique de l'article 68 de la Constitution. Dans leur conception, les faits politiques peut valoir de pratique constitutionnelle. De ce point de vue, selon leur doctrine, le Président de la République serait responsable politiquement, non pas devant le Parlement, mais *devant le peuple*. En effet, les défenseurs d'une telle thèse font valoir, de manière originale, que la mise en jeu de la responsabilité présidentielle devant le peuple est, tout d'abord, organisée, dès l'origine, par la Constitution elle-même « ou du moins elle la rend possible »[3889]. Le professeur Prélot relève deux voix possibles : *d'une part*, par la mise en accusation devant la Haute Cour de justice qui « constitue une procédure de nature essentiellement politique »[3890] dont les caractéristiques ressemblent fortement à une motion de censure[3891], *d'autre part*, par la démission forcée, utilisée par le passé à l'encontre des Présidents de la République Grévy et de Millerand dont « rien n'interdit à l'Assemblée de recourir à nouveau, dans le cadre de la constitution actuelle »[3892]. Par ces deux cas, la responsabilité du Président de la République est donc permanente puisqu'elle ne se limite pas au moment des élections et sa mise en œuvre n'est pas entre les mains du chef de l'État[3893]. En outre, pour Capitant, à côté des potentialités du texte, la naissance d'une responsabilité présidentielle devant le peuple est liée intiment au bouleversement de la conception du chef de l'État et de son rôle à partir de la Vème République. Il n'est plus possible, pour le publiciste, de penser sa responsabilité à partir de la représentation parlementaire du chef de l'État dans laquelle « son irresponsabilité était à la fois la conséquence et la garantie de sa nullité politique »[3894]. Désormais, le Président de la République dans la Vème République est un pouvoir politique

3888 Cité par R. Capitant, L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'État, Encyclopédie française, t.X, (1964) in Écrits constitutionnels, Paris, CNRS, 1982, p.396. De même, pour Michel Bélanger, « l'irresponsabilité politique du chef de l'État n'existe pas et ne peut exister. Elle est pour le moins une responsabilité politico-morale » (M. Belanger, Contribution à l'étude de la responsabilité politique du chef de l'État, RDP, n°4, 1979,p.1275).

3889 R. Capitant, L'aménagement du pouvoir exécutif…, op.cit., p.396.

3890 *Ibid*.

3891 Comme le note Capitant, « « l'initiative appartient aux deux chambres du Parlement et (…) le verdit final, rendu souverainement, sans être soumis au respect de la légalité, ni quant à la définition du crime, ni quant à la peine applicable, ressemble étrangement à une motion de censure, prononcée dans des formes particulièrement solennelles » (*ibid*.).

3892 *Ibid*. Sous la Vème République, le Président de la République dispose, néanmoins, du droit de dissolution qui constitue un pouvoir propre.

3893 Comme l'affirme De Gaulle, « la responsabilité devient moins la contrepartie de l'exercice du pouvoir que la technique d'accession ou de maintien au pouvoir » (cité par M. Belanger, Contribution..., op.cit., p.1277).

3894 R. Capitant, L'aménagement…, op.cit., p.396.

autonome et c'est pourquoi, pour le constitutionnaliste, pour correspondre à l'esprit du nouveau régime, « il doit être responsable »[3895]. Au contraire, le maintien de son irresponsabilité alors qu'il dispose d'un pouvoir réel « équivaudrait (…) à la souveraineté »[3896]. Mais il souligne qu'à la différence de la responsabilité politique du gouvernement, la responsabilité politique du Président de la République s'opère *devant le peuple*. En effet, pour lui, l'Assemblée ne peut utiliser les deux procédures décrites ci-dessous « sans avoir préalablement obtenu un arbitrage favorable du corps électoral, dans le conflit qui, par hypothèse, l'a opposée au chef de l'État »[3897]. Dans le cas contraire, si la chambre ne s'était pas assurée du soutien populaire, Capitant fait valoir que le Président de la République aurait « à sa disposition l'arme de la dissolution contre l'Assemblée » et « le procès serait suspendu de toute façons jusqu'à l'arbitrage des électeurs »[3898]. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé par la dissolution du 9 octobre 1962 par laquelle De Gaulle a posé une question de confiance devant le peuple qui l'a soutenu. Par conséquent, pour les partisans de cette doctrine, la Constitution de 1958 et la pratique ont confirmé la validité d'une responsabilité présidentielle devant le peuple. D'ailleurs, la réforme de 1962 introduisant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct qui a conduit à renforcer sa légitimité, n'a fait qu'asseoir, pour Capitant, l'idée de sa responsabilité populaire[3899].

801. À cet égard, la pratique gaullienne confirmera la validité de cette conception politique de l'article 68 de la Constitution. L'épisode gaullien est, selon certains membres de la doctrine, la démonstration que le statut présidentiel peut se fondre dans le triptyque libéral et démocratique,

3895 *Ibid*. De même, pour Bélanger, « La doctrine présidentialiste des années cinquante, la théorie dite du président fort ou encore l'actuel parlementarisme présidentiel à la française, impliquent la responsabilité politique du chef de l'État » (M. Belanger, Contribution..., op.cit., p.1277).

3896 R. Capitant, L'aménagement du pouvoir exécutif…, op.cit., p.396.

3897 *Ibid*., p.396-397. Cette obligation tient au fait, surtout après 1962, que « l'originalité de la Constitution de 1958 (…) réside surtout dans l'organisation d'une responsabilité commune de ces deux organes devant le peuple » (*ibid*., p.395) et a fortiori, « chacun d'eux étant responsable, aucun d'entre eux ne peut prétendre à la souveraineté ». Par conséquent, « le Président et la majorité parlementaire doivent marcher de concert », de façon « dynamique par l'obligation faite à chacun d'eux de gouverner en accord avec la volonté populaire » (*ibid*., p.398).

3898 *Ibid*., p.397. Si l'arbitrage populaire est en faveur du Président de la République, Capitant note que « la majorité hostile à celui-ci laisse la place à une majorité nouvelle, disposée à appuyer la politique présidentielle » (*ibid*.). Dans le cas contraire, la majorité sera confirmée et confortée et le Président de la République ne pourra plus faire usage de la dissolution avant une période d'un an. Le Président de la République sera « livrée sans défense à la chambre qui vient de triompher de lui. Celle-ci peut donc, sans plus rencontrer d'obstacle, mettre en jeu l'une ou l'autre des procédures prévues qui aboutissent également à renverser le chef de l'État » (*ibid*.).

3899 « La révision du 6 novembre n'a (…) pas réellement modifié le système constitutionnel de 1958 ; elle l'a bien plutôt confirmé dans sa logique, en abrogeant une anomalie qui portait atteinte à sa cohérence interne » (*ibid*.). De ce point de vue, à la suite de cette réforme, René Capitant voit, dans les institutions de la Vème République, un régime « populaire » où le Président « détermine une politique devant le peuple, au moment de son élection, s'engage à la mener à bonne fin, reçoit la confiance populaire à cet effet, et se considère comme obligé de se démettre dès que cette confiance lui est retirée » (R. Capitant, Démocratie et participation politique, Paris : Bordas, 1972, p.162). De même, pour le doyen Lavroff, l'élection présidentielle au suffrage universel est « un instrument décisif de l'établissement et de la mise en œuvre de la responsabilité du chef de l'État devant le peuple » (cité par M. Bélanger, Contribution…, op.cit., p.1281). v. également M. Debré et J.-L. Debré, Le pouvoir politique, Paris : Seghers, 1976, p.106-115 ; C. Leclercq, Institutions politiques et droit constitutionnel, 2è éd., Paris : Librairies techniques, 1977, p.297-299.

conceptualisée par Marie-Anne Cohendet[3900], de la « légitimité-pouvoir-responsabilité »[3901]. En effet, malgré la lettre de l'article 68 de la Constitution, les défenseurs de cette idée observent que le Président de la République a engagé, *en pratique*, sa responsabilité politique devant le peuple par trois procédés : la dissolution, l'élection présidentielle et le référendum, au terme d'ailleurs duquel De Gaulle a quitté le pouvoir en 1969 suite à la désapprobation populaire[3902]. Le chef de l'État s'est donc comporté comme une autorité politique puissante mais responsable devant le peuple[3903] - et non devant le Parlement.

802. Toutefois, cette théorie de la responsabilité populaire du Président de la République n'aura qu'une postérité relative pour deux raisons. D'un côté, elle est abandonnée dans la pratique par les chefs d'État successifs, à compter de la présidence de Pompidou, dans la mesure où ils appréhendent l'article 68 de la Constitution de manière exégétique, c'est-à-dire de manière stricte. Comme le note Olivier Beaud, « s'il est probable que le général de Gaulle a voulu créer des précédents afin d'instaurer une sorte de coutume constitutionnelle de la responsabilité présidentielle devant le peuple, (…) ses successeurs à la magistrature suprême ne se sont pas sentis liés par sa pratique d'engagement de la responsabilité présidentielle devant le peuple »[3904]. Autrement dit, la responsabilité populaire du chef de l'État n'est pas « devenue une convention à la Constitution »[3905]. De l'autre, cette théorie est restée minoritaire dans la science française du droit constitutionnel. Cette situation trouve sa justification dans le fait que la majorité des constitutionnalistes entre 1958 et 1990 adhèrent à une approche positiviste du droit. Dès lors, ses membres ont plutôt tendance à « analyser l'émergence de cette responsabilité présidentielle comme un cas topique de divorce entre la règle et la pratique – divorce non sanctionné en raison de l'ineffectivité relative du droit constitutionnel »[3906]. Privilégiant logiquement une lecture littérale de l'article 68 de la Constitution qui pose, à leurs yeux, le seul principe de l'irresponsabilité du chef de l'État, la pratique gaullienne

3900 Cf. M.-A. Cohendet, La classification des régimes politiques, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel, L'architecture du droit. Mélanges Troper, Economica, 2006, p.299-314 ; M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.164-174.

3901 « La responsabilité, en régime démocratique, accompagne le pouvoir ; elle est engagée, à défaut du Parlement, devant le peuple français. Telle était bien la conception du général De Gaulle » : « *Quand il s'agit du destin national, la confiance que se porte mutuellement le pays et le Chef de l'État est à la base de nos institutions* » » (L. Trotabas, P. Isoart et L. Trotabas, Droit public : capacité 1re et 2è années, 21è éd., Paris : LGDJ, 1988, p.55). Au contraire, pour Marie-Anne Cohendet, la responsabilité du Président de la République devant le peuple ou le Parlement en contre-partie de ses pouvoirs importants « est une solution [qui] n'est pas sans risques, car elle pourrait favoriser des pratiques césaristes qui conduiraient encore à renforcer les pouvoirs présidentiels » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.529).

3902 « Le Président de la République paraît soumis soumis à une responsabilité politique devant le suffrage universel si celui-ci ne le suit pas dans ses appels (retrait du général de Gaulle en 1969) » (L. Trotabas, Manuel..., 18ème éd., op.cit., p.48). Toutefois, un débat est né en doctrine durant cette période sur le point de savoir si « cette responsabilité du Président, qui s'est dégagée de la pratique et en marge des textes constitutionnels, pouvait être considérée comme une véritable responsabilité politique » (O. Beaud, Pour une autre interprétation..., op.cit., p.1192).

3903 Pierre Avril avait posé deux conditions pour que la responsabilité politique du Président devant le peuple soit effective : une condition d'imputabilité de la direction de l'ensemble des décisions politiques et une condition de sanction à échéances telles que l'appréciation ait un sens. *v.* P. avril, Pouvoir et responsabilité, op.cit., p.14-15.

3904 O. Beaud, Irresponsabilité…, op.cit., p.188.

3905 *Ibid*.

3906 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1193.

de la responsabilité présidentielle devant le peuple est donc, pour les constitutionnalistes positivistes, une violation de la Constitution. Elle refuse en effet d'« admettre qu'un principe constitutionnel, comme celui de la responsabilité politique, détermine une pratique paraconstitutionnelle qui vide de son sens l'article 68, et le principe d'irresponsabilité politique qu'il fixe »[3907]. En ce sens, parmi les défenseurs d'une lecture littérale de cette disposition, Georges Burdeau juge dès 1963 qu'« une responsabilité devant la nation (dont il n'est pas question dans la Constitution) ne serait concevable que dans le cadre d'un système présidentiel qu'exclut le régime établi en 1958 »[3908]. Plus tardivement, Michel Troper et Francis Hamon estiment que « cette idée d'une responsabilité du Président devant le peuple n'est pas formulée dans la Constitution et ne semble pas correspondre à la pratique actuelle »[3909]. Par ailleurs, les opposants à cette théorie se placent également sur le terrain de l'histoire constitutionnelle. À l'image de Duverger, est mis en avant le fait que la responsabilité présidentielle devant le peuple est de nature plébiscitaire, ce qui tend à rapprocher le régime de la dictature napoléonienne[3910]. Enfin, en dernière analyse, certains constitutionnalistes estiment que la responsabilité de De Gaulle devant le peuple ne répond pas aux crtières de la définition de la responsabilité politique[3911].

803. En définitive, après les mandats de De Gaulle, la plupart des constitutionnalistes de cette époque concluent que la règle de l'irresponsabilité du Président de la République de la Vème République est « fragile » dans la mesure où celle-ci est « impraticable dans son sens traditionnel » à la lumière de l'architecture du texte et de la pratique présidentialiste. Pour Vedel, « on ne voit pas (…) comment se maintiendrait la fiction qui veut que (…) seul le Gouvernement se voie imputer une politique dont il n'est que l'exécutant »[3912]. Ainsi, très rapidement, dès la naissance de la Vème République, jusqu'aux années 1990, la majorité de ses membres est très critique à l'égard du dévoiement opéré à l'égard de cette protection et du danger démocratique qui en découle[3913]. Le

3907 *Ibid*.
3908 G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.574.
3909 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 21è éd., LGDJ, 1988, p.512.
3910 M. Duverger, La Cinquième République, 4e éd., Paris : PUF, 1968, p.19. Cet avis est également partagé par Michel Bélanger qui prend l'exemple du passage entre la Seconde République et le Second Empire. Il estime qu'« il existe un danger latent, apparu nettement avec le coup d'État du président Louis-Napoléon Bonaparte le 2 décembre 1851, ce qui a permis au duc Victor De Broglie d'écrire : « Il (le président élu au suffrage universel) n'avait point d'égal et qui n'avait point d'égal est le maître, on ne tarde guère à le devenir » » (M. Bélanger, Contribution…, op.cit., p.1281). Cependant, Capitant rétorque à cet argument que « la responsabilité devant le peuple (est) la marque d'un régime démocratique, où la légitimité découle de la confiance populaire » (cité par *ibid*.).
3911 Pour Marie-Anne Cohendet, le précédent de 1969 ne saurait être « analysé comme un mécanisme suffisant de responsabilité politique car il dépend entièrement du bon vouloir du président, qui est totalement libre de s'engager à démissionner en cas de réponse négative à un référendum. Sinon, il ne peut pas être contraint à la démission » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.527).
3912 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.893. De même, pour Marcel Prélot, « l'étendue et l'effectivité des pouvoirs présidentiels ne permettent pas de maintenir la fonction de son irresponsabilité politique » (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.640).
3913 « Tous s'accordent à reconnaître que la fonction – la primauté ? - présidentielle ne peut plus s'accommoder avec le principe classique d'irresponsabilité tel que le droit politique le formule » (C. Emeri, De l'irresponsabilité…, op.cit., p.135) ; J.-L. Quermonne, Le gouvernement de la France sous la Vème République, 2è éd., Paris : Dalloz, 1983, p.168 ; P. Vialle, Droit constitutionnel et institutions politiques, Lyon : L'Hermès, 1984, p.576 ; S. Rials, La Présidence de la République, op.cit., p.93-94.

paradoxe de son irresponsabilité, et en particulier de son irresponsabilité *politique*, suscite une vive inquiétude parmi eux et requiert une révision constitutionnelle[3914]. Mais cet avantage reconnu au chef de l'État n'est pas le seul dont il va se servir. En effet, les constitutionnalistes lient à cette irresponsabilité un second privilège exorbitant du Président de la République sur lequel ils s'interrogent de manière inédite : le délit d'offense au chef de l'État.

2. Le délit d'offense au Président de la République : un problème doctrinal inédit fortement polémique

804. Au cours de la période 1958-1990, la doctrine constitutionnaliste est confrontée à un problème inédit lié à la seconde face du statut d'irresponsabilité du chef de l'État. Il s'agit du « délit d'offense au Président de la République » réprimé par l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881. Historiquement, cette protection n'a pas été un objet de recherche pour la doctrine constitutionnaliste qui l'a délaissé[3915] en raison du faible nombre de condamnations à ce titre jusqu'à la Vème République[3916], sous réserve du régime de Vichy. Cependant, à partir de 1958, le général de Gaulle ressuscite largement cette garantie durant ses mandats en l'utilisant à de multiples reprises. Comme le notent André Hauriou et Jean Gicquel, « plus de 500 condamnations ont été prononcées » sous la présidence du général De Gaulle[3917]. La jurisprudence judiciaire s'en empare également puisqu'elle l'explicite dans plusieurs arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, tels que ceux du 13 juillet 1960 et du 31 mai 1965[3918]. Cette réactivation suscite, dès lors, une riche littérature constitutionnelle puisqu'il est possible de dénombrer plusieurs articles et deux

3914 Patrick Auvret constate que « le texte de 1958 qui pose le principe de l'irresponsabilité du chef de l'État n'est pas (…) satisfaisant bien que le Conseil Constitutionnel s'y réfère (C.C., 4 mars 1967). (…) L'étude de la responsabilité du président de la République dans le cadre de la Constitution de 1958 montre toute l'incohérence du système actuel. (…) Ainsi le chef de l'État dispose de tous les avantages de la responsabilité mais n'en supporte pas les inconvénients » (P. Auvret, La responsabilité du chef de l'État sous la Vème République, RDP, 1988, p.79-80). Il observe que la doctrine se contente souvent de la responsabilité de fait organisée par la pratique alors que « le président de la République est le seul à pouvoir manier l'arme de la responsabilité. Il est à même de faire pression sur le peuple par la menace de sa démission sans que sa révocation soit juridiquement possible » (*ibid*., p.80). En outre, la seule exception à son irresponsabilité, la haute trahison, est, à ses yeux, un cas d'école. C'est pourquoi il propose dans son article de « soit abandonner le critère de la haute trahison soit l'élargir. Si un chef d'accusation assez lâche présente des avantages, une définition plus complète permettrait cependant de ne pas se limiter à des hypothèses exceptionnelles. Une formule selon laquelle le chef de l'État est responsable de toute trahison des devoirs de sa charge dans les conditions déterminées par le pouvoir législatif dans l'acte d'accusation pourrait être retenue » (*ibid*., p.99). Cette proposition semble rappeler la formule de la future réforme constitutionnelle de février 2007 par laquelle le Président de la République est désormais responsable pour « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ».

3915 R. Rodière, Contribution à l'étude du délit politique en droit français, Paris : Rousseau, 1931.

3916 « Le délit d'offense au chef de l'État (…) n'a guère eu l'occasion d'être invoqué avant 1958 : on ne compte, en effet, que 6 condamnations sous la IIIème République et 3 sous le régime subséquent » (A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel..., 7è éd., op.cit., 1980, p.968).

3917 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel..., 7è éd., op.cit., 1980, p.969, note 85. Cependant, ils ajoutent que les Présidents suivants ne se sont plus véritablement servis de cette protection : « jusqu'à l'élection de M. Valéry Giscard d'Estaing, le président de la République a continué à se prévaloir de la protection pénale en cas d'offense » (*ibid*.).

3918 Crim. 13 juillet 1960 ; Bull. Crim. n°375, p.752 ; D., 1965, p.645 ; G. Druesne, La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la Vème République, RDP, 1974, p.216-219.

thèses[3919], et, dans une moindre mesure, quelques références dans les manuels de droit constitutionnel.

805. En 1881, le législateur français institue le délit d'offense au chef de l'État qui est conçu comme un délit pénal doté d'une nature particulière dans la mesure où il est à la fois un *délit de presse*, puisque réprimé par la loi de 1881, et un *délit politique*[3920]. Il présente l'originalité de ne concerner qu'une seule personne en France, le chef de l'État[3921]. Il est constitué, d'après l'article 23 de la loi de 1881, par les « discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique »[3922]. Mais l'élément matériel de l'infraction d'« offense » n'est pas défini par la loi de 1881. Deux approches sont possibles : « selon une conception *libérale*, les juges interprètent l'offense comme étant soit l'injure, soit la diffamation, deux délits de droit commun. Selon une conception plus autoritaire, le délit d'offense ne se limite pas à ces deux possibilités et (…) l'irrévérence ou la moquerie railleuse, sont également passibles de poursuites pénales (…). Le concept d'offense est alors entendu très largement, et peut devenir parfois un simple délit d'opinion, ce qui est contraire à l'intention des rédacteurs de la loi de 1881 »[3923].

806. Il apparaît, dès lors, que la loi de 1881 peut surprendre dans la mesure où cette norme, pourtant adoptée sous un régime républicain, restreint sérieusement la liberté d'expression des citoyens et de la presse, même si elle garantit dans le même temps la liberté de cette dernière. En réalité, les rédacteurs de la loi justifient cette restriction par sa finalité. Le Président de la République n'est pas un citoyen comme les autres et par conséquent, il n'a pas à jouir des mêmes droits que les autres individus. Dans cette optique, le délit d'offense, rangé dans la loi de 1881 dans le paragraphe intitulé « crimes contre la chose publique », a pour but de protéger avant tout l'image du Président de la République et, à travers elle, son honneur ou sa réputation qui rejaillit, en dernier

3919 J.-J. Becuwe, Le délit d'offense au chef de l'État, thèse, Lille, 1968 ; J.-C. Broutin, La protection du chef de l'État contre la polémique, thèse, Paris, 1976.
3920 La preuve est que le Président de la République ne peut pas faire l'objet d'une contrainte par corps car « le risque affleure toujours que la justice rendue soit une justice politique et qu'une menace de dérive autoritaire lui soit associée » (O. Beaud, Le délit d'offense au Président de la République. Un épisode à redécouvrir de la République gaullienne (1959-1969), Annuaire de l'Institut Michel Villey, vol.4, Paris : Dalloz, 2012, p.82).
3921 La loi du 29 juillet 1881 prévoyait également en son article 36 : « L'offense commise publiquement envers les chefs d'États étrangers, les chefs de gouvernements étrangers et les ministres des affaires étrangères d'un gouvernement étranger sera punie d'une amende de 45000 euros », qui sera abrogée par l'article 52 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004.
3922 Dans sa version initiale de 1881, le délit pénal d'offense était punissable d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende.
3923 O. Beaud, La République Injuriée, Histoire des offenses au chef de l'État de la IIIè à la Vè République, RDA, n°19, 2019, p.14.

ressort, sur l'image des citoyens, de la République et, plus généralement, de la politique[3924]. Cette fin explique en ce sens la double originalité de cette incrimination : d'une part, l'individualité de cette incrimination étant donné qu'elle ne renvoie qu'au chef de l'État, d'autre part, l'interdiction faite au Président de la République de défendre lui-même son honneur lorsque celui-ci est atteint. Ce sont les représentants du Parquet, au nom de l'État, qui vont mettre en mouvement l'action publique d'eux-mêmes[3925]. Comme le relève l'auteur de la note relative à l'arrêt de la Cour de Cassation de 1965 précité, « la défense de son honneur est avant tout chose publique, car tous les citoyens sans exception sont intéressés à ce que rien ne vienne le ternir »[3926]. L'offense constitue donc une institution similaire à l'immunité pénale en ce qu'elle donne au Président de la République un avantage, celui d'être défendu par le droit contre ceux qui l'attaquent publiquement au moyen d'un délit spécial.

807. Mais pour comprendre correctement le sens de cette loi, il convient de la resituer dans le contexte de son adoption. Lorsque les parlementaires républicains de la IIIème République l'élaborent, ils entendent lutter à la fois contre la législation autoritaire des monarchies constitutionnelles et du Second Empire[3927], ainsi que contre le danger du « précédent Mac Mahon » par lequel les procès pour offense à son encontre lors de l'épisode de la crise du 16 mai 1877 s'étaient transformés en procès pour délit d'opinion politique. Les représentants étaient « bien résolus à ne pas faire de l'offense une arme politique qu'avait utilisé Mac Mahon »[3928] pour réprimer des opposants politiques[3929]. Ceci explique que le législateur ait pensé le délit de façon libérale et

3924 Le Président de la République, émanation de la volonté nationale, représente l'État français tant sur le plan national que sur le plan international. Comme le note Jacques Georgel, « le Président de la République mérite d'être protégé plus qu'un simple particulier, car il n'est pas un simple particulier, mais la France » (J. Georgel, Un siècle d'offenses au chef de l'État français, Revue administrative, n° 171, 1976, p.266).

3925 « L'offensé, à savoir le président de la République, n'est jamais partie civile au procès. Il n'est pas même à l'initiative du procès qui incombe au seul ministère public (le Parquet) (...), sans qu'une demande préalable de l'offensé soit nécessaire. (…) Dans un procès pour offense au président de la République, il n'y a que deux parties : l'offenseur et l'État qui est représenté au procès par le ministère public » (O. Beaud, Le délit d'offense..., op.cit., p.100).

3926 Note J.-L. C, note sous Cass. Crim, fév. 1965, D. 1965, p.646. Le commentateur ajoute : « Le Président de la République ne saurait être contraint par la loi, pour défendre son honneur, de mettre lui-même en œuvre les procédures ordinaires qui sont à la disposition des particuliers ou des fonctionnaires publics. Ces procédures, même si aucune disposition expresse ne lui interdit de les utiliser, feraient de lui un plaideur comme les autres, et cela ne convient pas à la dignité de la fonction » (*ibid.*).

3927 Sous ces régimes, « l'offense était considérée comme distincte de la diffamation et de l'injure et pouvait frapper n'importe quel journaliste qui se serait rendu coupable « d'insinuations perfides ou de gauloiseries coupables », ou encore d'un simple « écart de plume » » (Jean-Jacques Becuwe cité par O. Beaud, Le délit d'offense..., op.cit., p.92).

3928 O. Beaud, Le délit d'offense..., op.cit., p.91.

3929 Mac-Mahon, président de la IIIème République, va « instrumentaliser la justice pour tenter de gagner les élections. (…) Censé être au-dessus de la mêlée politique, [il] y plonge, mais revendique, paradoxalement, le droit de bénéficier de la protection pénale (l'offense) contre les républicains et la presse républicaine qui l'attaquent violemment » (O. Beaud, La République injuriée..., op.cit., p.71). Deux procès vont particulièrement marquer les esprits des députés républicains et ils seront invoqués lors de la discussion de la loi relative à la presse de 1881. Ils illustrent, à leurs yeux, le caractère arbitraire et dangereux de ce délit. Il s'agit du premier procès de Gambetta suite au discours de Lille du 15 août 1877 dans lequel il se livre à un vibrant réquisitoire contre Mac-Mahon et le coup du « 16 mai », qu'il conclut par la célèbre injonction de se soumettre ou de se démettre. Cette phrase étant considérée comme une menace constitutive d'une offense, il sera condamné par le tribunal correctionnel de la Seine le 10 septembre 1877 de trois mois de prison et 2 000 francs d'amende. Le second procès Gambetta porte sur l'affiche d'un discours sur les murs de Paris dans lequel est repris une partie du discours de Lille. La IXè chambre correctionnelle de Paris condamne, le 12 octobre 1877, Gambetta à trois mois de prison et 4 000 francs d'amende, et son imprimeur à quinze jours de prison et 200 francs

républicaine en l'entourant de garanties[3930], en dépit de sa partielle imprécision[3931]. En outre, le contexte de cette norme législative est également marqué par une situation institutionnelle particulière. On est alors en présence d'une présidence de la République effacée puisque, quelques années auparavant, Jules Grévy avait déclaré qu'il n'entrerait pas en conflit avec la volonté nationale et celui-ci s'incline depuis, dès lors, devant le Parlement, en laissant son gouvernement responsable diriger les affaires – ce qui est logique dans un régime parlementaire. Autrement dit, la loi de 1881 a été conçue sur le modèle d'un chef d'État parlementaire classique qui exerce une simple magistrature morale. En effet, après la démission du maréchal Mac Mahon, « la présidence devient une présidence faible de sorte que sous la IIIème République d'après 1879, le Président de la République n'était plus censé avoir d'idées et d'opinions politiques. On protégeait seulement sa personne »[3932]. C'est notamment cette place en retrait qui explique la faiblesse de l'utilisation de ce délit sous la IIIème et IVème République. La personne du Président de la République était très peu attaquée puisqu'il n'intervenait que rarement dans les affaires politiques. Cette situation se manifeste en doctrine. Joseph Barthélémy et Paul Duez notent, par exemple, dans la seconde édition de leur manuel de droit constitutionnel datant de 1933 que « les mœurs ont aujourd'hui changé et [que] le délit d'offense est en train de devenir une *curiosité historique* »[3933]. Néanmoins, sous le régime dictatorial de Vichy, la répression judiciaire des offenses réapparaît et connaît « une ampleur inédite, dépassant par son ampleur le nombre de procès ayant suivi la crise du 16 mai 1877 »[3934].

808. Dans cette perspective, de manière traditionnelle, la doctrine, au début de la Vème République, conçoit le délit d'offense au chef de l'État comme une conséquence de son irresponsabilité politique[3935] et pénale[3936]. La doctrine fait d'ailleurs découler de son irresponsabilité politique une seconde application destinée aux chambres : l'interdiction tacite de mettre en cause la personne du chef de l'État au Parlement[3937]. Cette règle traditionnelle consacrée implicitement par l'article 18 de la Constitution de 1958[3938] et reconnue officiellement par le règlement intérieur des de la chambre haute sous la Vème République, punit tout parlementaire qui « s'est rendu coupable

d'amende. Cependant, comme le note Olivier Beaud, ces précédents Gambetta ont pour effet « d'occulter les centaines de procès pour offense ayant eu lieu entre le 16 mai 1877 et le 14 octobre 1877 » (*ibid*., p.70). Pour une analyse approfondie des procès Gambetta : *ibid*., p.77-86.

3930 Pour une étude exhaustive : O. Beaud, Le délit d'offense..., op.cit., p.92-100.

3931 « Le caractère vague [de ce délit d'offense] et (…) la signification politique de l'infraction rappelaient étrangement l'idée de raison d'État » (J.-J. Becuwe, Le délit d'offense…, op.cit., p.96).

3932 *Ibid*., p.102.

3933 J. Barthélemy et P. Duez, Traité…, op.cit., 1933, 2è éd., p.618 [Nous soulignons].

3934 O. Beaud, La République injuriée..., op.cit., p.135. Olivier Beaud ajoute que « pour la période s'écoulant entre octobre 1940 et 1943, le nombre de procès pour offense au chef de l'Etat explose littéralement : le chiffre est probablement supérieur à trois cents. Pétain dépasse même Mac Mahon dans la tentative de réprimer judiciairement leurs opposants car ici ne peuvent être comptabilisées que les infractions à la parole publique, et non plus les offenses commises par la presse » (*ibid*., p.135-136).

3935 M. Bélanger, Contribution…, op.cit., p.1273.

3936 « L'irresponsabilité emportait (…) dans le domaine *pénal*, la *protection* du chef de l'État, en cas d'offense » (A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel..., 7è éd., op.cit., 1980, p.968).

3937 P. Isoart et L. Trotabas, Droit public…, op.cit., 1992, p.56-57.

3938 En vertu de cette disposition, les messages du Président de la République « ne donnent lieu à aucun débat ».

d'injures, provocations ou menaces envers le Président de la République (...) »[3939]. Cette garantie est particulièrement stricte puisque la doctrine observe qu'« elle voulait que l'on ne prononçât même pas le nom de ce dernier, dans les débats parlementaires »[3940]. À titre d'exemple, lors de la séance du 14 février 1963, au cours des débats sur le projet de loi tendant à instituer une Cour de Sûreté de l'État, un sénateur s'exprime ainsi : « Aucun parlementaire, dans cette salle n'a fait et n'aurait voulu faire le procès de M. le président de la République. Devant le chef de l'État, chacun s'incline comme il se doit »[3941]. L'article 95 du règlement du Sénat prévoit, dans ce cas, la censure du parlementaire avec exclusion temporaire[3942]. Elle constitue un tempérament à l'irresponsabilité des parlementaires.

809. Mais ce problème du délit d'offense au Président de la République prend un relief particulier dans le contexte présidentialiste de la Vème République. Si sa protection pouvait se justifier à l'égard d'un chef de l'État agissant comme une magistrature morale, la doctrine de cette période pointe du doigt *l'anachronisme* du délit d'offense et la *disproportion* de son statut en présence d'un chef d'État actif, comme l'est le Président De Gaulle. Concernant le premier point, Jean-Jacques Becuwe observe que la prédominance présidentielle dans la pratique qui constitue l'innovation institutionnelle majeure de la Vème République, a aggravé « les risques de voir le chef de l'État critiqué dans son action ou vilipendé dans ses moindres gestes »[3943]. Dans la mesure où le Président de la République dirige en fait la politique française, les critiques des adversaires politiques se concentrent désormais principalement sur lui et connaissent une forte hausse, « les attaques contre la personne étant indissociables de celles contre sa politique »[3944]. Dès lors, le risque est que la notion d'« offense » qui avait été conçue dans un sens libéral à son origine ne se transforme en un délit d'opinion, étant donné que « la critique adressée à la politique gaulliste peut être interprétée, parfois, comme une offense au président de la République si elle s'exprime de façon violente, outrancière ou excessivement moqueuse »[3945]. Comme l'observe le publiciste Jacques Robert, la distinction est « toujours difficile à opérer entre la critique violente d'une politique personnalisée et l'offense faite à l'homme qui l'incarne »[3946]. Il en résulte donc pour la doctrine de la Vème République que la loi de 1881, censée protéger un chef d'État qui ne gouverne pas, n'apparaît plus adaptée à un Président agissant comme un leader politique[3947]. La pratique gaullienne a validé ce

3939 Article 95 du règlement du Sénat. Cet article s'applique également aux injures, provocations ou menaces envers le Premier Ministre, les membres du Gouvernement et les Assemblées prévues par la Constitution.
3940 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel..., op.cit., 1980, p.968.
3941 Cité par M. Bélanger, Contribution…, op.cit., p.1273.
3942 Toutefois, Michel Bélanger remarque que cette règle n'a pas toujours été respectée : « elle tend à être violée : la motion de censure déposée le 15 octobre 1976 par les groupes communiste, socialiste et radical de gauche met en cause la « politique » du président de la République » (M. Bélanger, Contribution…, op.cit., p.1273, note 23).
3943 J.-J. Becuwe, Le délit d'offense…, op.cit., p.5.
3944 O. Beaud, Le délit d'offense…, op.cit., p.107.
3945 *Ibid*., p.106-107. L'auteur ajoute : « La frontière reste cependant très ténue entre le fait d'offenser le Président et le fait de critiquer sa politique » (*ibid*., p.112).
3946 J. Robert cité par J. Georgel, Un siècle d'offenses…, op.cit., p.263.
3947 Jacques Georgel rappelle le point de vue lumineux de Mitterrand, alors opposant politique, sur cette évolution

point de vue puisque le nombre de procès pour offense au Président de la République a explosé durant la sa présidence[3948] et a abouti à ce qu'une critique portée contre ses actes qui découle pourtant du droit à la libre discussion appartenant à tout citoyen en vertu de la Constitution, soit assimilée nécessairement à une critique contre sa personne tombant, dès lors, sous le coup de la loi[3949]. L'atteinte portée à la liberté d'expression est, par conséquent, exagérée aux yeux de la doctrine, étant donné que cette interprétation rend impossible l'exercice du droit à la critique et viole l'esprit de la loi de 1881 qui s'opposait au délit d'opinion[3950]. Certains constitutionnalistes jugent donc que l'application que De Gaulle fait de cette loi est une application *contra legem*[3951]. D'où la seconde critique exprimée par les constitutionnalistes contre le délit d'offense. Il confère au Président de la République une protection excessive. D'un côté, De Gaulle est irresponsable politiquement et pénalement et ne peut pas être accusé - sauf haute trahison – et, de l'autre, il poursuit en justice à outrance ses opposants politiques contre la moindre de ses opinions, alors que le pouvoir politique est entre ses mains. Comme le notent André Hauriou et Jean Gicquel, l'utilisation de cette prérogative « ajoute à la condamnation de l'irresponsabilité »[3952]. Son statut apparaît dès lors comme étant anti-démocratique. D'où les propositions faites par une majorité de juristes, au cours des années 70, de *soit* appliquer le délit d'offense de manière plus libérale[3953] *soit*

liberticide et l'inadaptation de cette loi : « Quand le législateur a élaboré la loi de 1881, affirme-t-il, que cherchait-on à protéger ? Une fonction éminemment représentative mais irresponsable, un personnage, le premier dans l'État, selon le protocole, mais qui n'avait pas d'existence politique autonome hors du gouvernement. Un citoyen mécontent de la marche des affaires publiques avait le droit de s'en prendre à sa guise à son député, à son ministre, au président du Conseil (…). Mais il n'avait pas le droit d'offenser le chef de l'État, ou bien il commettait un délit contre la chose publique. (…) L'offenser revenait soit à contester la moralité de ses actes privés – et il était juste qu'autant que tout autre Français il pût en appeler devant les tribunaux – soit à bafouer l'institution et il était normal que la République se défendit elle-même en protégeant le caractère auguste de son premier magistrat. La loi de 1881, à laquelle se réfèrent tous les jugements qui, depuis 1959 sanctionnent l'offense au Président, était dans l'esprit de ses auteurs un texte libéral tout entier inspiré par un respect scrupuleux de la liberté d'expression et son article 26 n'était rigoureux que dans la mesure où précisément cette offense visait un délit qui, par définition, ne pouvait à l'époque être considéré comme un délit d'opinion puisque le chef de l'État se situait hors du circuit politique. La loi de 1881, conçue, discutée et votée pour effacer les dernières traces de la législation autoritaire héritée du Second Empire, n'a retenu l'offense au président de la République que dans la mesure où cette offense ne présentait pas de caractère politique. Et afin d'éviter toute déviation, toute interprétation arbitraire elle a placé le délit d'offense sous la rubrique des délits contre la chose publique, où figurent aussi, à l'exclusion de tout autre, les fausses nouvelles et l'outrage aux bonnes mœurs » (François Mitterrand, cité par J. Georgel, Un siècle d'offenses…, op.cit., p.261).

3948 Toutefois, Olivier Beaud juge que le recours fréquent au délit d'offense par le Président De Gaulle était justifiée compte tenu de la violence des attaques et des menaces dont il fait l'objet. Sur ce point : *ibid*., p.105-106.

3949 Sous la présidence gaullienne, « le délit d'offense devient un lieu de cristallisation du conflit politique entre les gouvernants et les opposants politiques. La justice de l'État vient au secours du Président de la République de sorte que l'appareil d'État – du ministère de l'Intérieur qui repère les écrits litigieux, au ministère de la Justice qui fait poursuivre par le Parquet et pour finir à la justice (magistrat du siège) qui condamne les auteurs des offenses – se mobilise pour réprimer ceux qui, en dépassant les bornes de la libre critique, tomberaient dans la pure « licence ». Il y a donc eu un « moment » particulier dans l'histoire de la Ve République où le délit d'offense au chef de l'État a été massivement utilisé et où la justice politique réapparut en partie dans ces procès » (*ibid*., p.111).

3950 Ce raisonnement transposant la personne à ses actes « devient inquiétant car il consiste à dire : lorsque le chef de l'État est exclu du pouvoir, protégeons-le puisqu'il ne l'a pas ; et quand il possède le pouvoir, protégeons-le davantage, puisqu'il l'a ! On ne le répétera jamais trop : affirmer l'indissociabilité de la personne et de ses actes, ne pas fixer le seuil où commence l'offense, c'est interdire en fait toute critique – autre que de salon – de l'action politique du chef de l'État, et c'est mettre en péril la liberté d'expression » (J. Georgel, Un siècle d'offenses..., op.cit., p.264).

3951 C.-A. Colliard, Libertés publiques, 5e éd., Paris : Dalloz, 1975, p.534.

3952 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel..., 7è éd., op.cit., 1980, p.969.

3953 « La fonction de président de la République a totalement changé. Cela est bien admis par la jurisprudence et par la doctrine (…). Il n'est pas possible de maintenir l'application sévère de la loi » (J. Georgel, Un siècle d'offenses..., op.cit., p.266). Deux voies principales sont envisagées : d'une part, la proposition de loi de quelques députés socialistes le 15

de l'abroger[3954]. Mais les publicistes ne veulent pas priver pour autant le Président de la République, en tant que représentant de l'État, de toute protection[3955]. C'est pourquoi celui-ci pourrait bénéficier, selon eux, du délit d'outrage envers un fonctionnaire public prévu et réprimé par les anciens articles 222 et suivants du Code pénal[3956], qui vise particulièrement la diffamation et l'injure verbale, étant donné que le chef de l'État se comporte comme un Premier Ministre[3957].

810. De manière plus générale, il apparaît ainsi que la doctrine met en avant l'idée intéressante selon laquelle la manière de concevoir le délit d'offense est tributaire de la nature du régime en place et de la personnalité du Président de la République. Pour autant, ce raisonnement n'a pas été suivi par la jurisprudence judiciaire des années 1960. Les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 juillet 1960 et du 31 mai 1965 ont refusé « de tenir compte de la novation de la fonction présidentielle »[3958]. La Cour suprême a continué d'appréhender cette garantie comme le

novembre 1963 suggérant que pour l'appréciation des actes publics du Président, l'auteur poursuivi soit admis à faire la preuve des allégations, autrement dit d'invoquer l'*exceptio veritatis* ; d'autre part, la proposition de loi de M. Mitterrand incitant à un retour à la compétence de la cour d'assise qui fut remplacée par celle du tribunal correctionnel par l'ordonnance du 6 mai 1944 dans la mesure où, selon son promoteur, « le général de De Gaulle a montré, par son usage du référendum, que la Cinquième République ne craignait pas l'appel au peuple » et « le pouvoir souverain d'appréciation des jurés sur les qualifications serait suffisant pour empêcher un emploi excessif de l'article 26 » (cité par *ibid*., p.267). Cependant, le professeur Georgel craint l'extrême indulgence des jurés qui aurait pour conséquence de priver de toute protection le chef de l'État.

3954 Jacques Georgel affirme en 1976 que « depuis plusieurs années les poursuites ont cessé mais ce n'est pas une raison suffisante pour renvoyer une réforme utile. (…) L'article 26, actuellement au repos, est apte à servir « à la demande », et nul ne sait qui sera le prochain président. Il est donc souhaitable de profiter des circonstances favorables pour réaliser cette réforme dont la nécessité n'est guère discutée » (J. Georgel, Un siècle d'offenses..., op.cit., p.266).

3955 Les constitutionnalistes ne sont pas favorables à la suppression de toute protection du Président de la République en raison de son statut particulier. Comme le déclare le substitut du Procureur Houdot lors d'une affaire judiciaire en 1974, « quel que que soit le caractère nouveau des fonctions du Président de la République, il n'en reste pas moins qu'il est le représentant de la France, de l'État sur le plan national et sur le plan international. Il est une émanation de la volonté nationale et ces titres demeurent qui forcent le respect et donnent lieu à une protection légale » (cité par *ibid*.).

3956 Depuis 2017, le délit d'outrage envers un fonctionnaire public est désormais prévu à l'article 433-5 du Code pénal.

3957 Pour Claude-Albert Colliard, « si le Président sort de son rôle tel qu'il est défini par la Constitution, et si s'instaurait en ce sens une pratique *contra legem*, alors le mieux serait de supprimer l'article 26. En effet, l'article 222 du code pénal assure la protection des fonctionnaires publics et le président bénéficierait normalement de cette protection » (C.-A. Colliard, Libertés publiques, 5è éd., op.cit., p.534). De même, pour Georgel, « puisque le président est devenu en fait le premier des ministres, appliquons-lui la protection que le code pénal institue pour les ministres » (J. Georgel, Un siècle d'offenses..., op.cit., p.266).

3958 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel..., 7è éd., op.cit., 1980, p.969. En 1960, les requérants avaient soulevé comme moyen devant la Cour de Cassation l'abrogation informelle de l'article 26 de la loi de 1881 en raison de sa contradiction avec les dispositions de la nouvelle Constitution et son architecture. Comme le note Jacques Georgel, dans son arrêt du 13 juillet 1960, « la Cour ne nie pas que la Constitution de 1958 ait apporté des modifications au mode d'élection, aux pouvoirs et à l'exercice des fonctions présidentielles ; mais elle ajoute que ces modifications n'impliquent nullement que les dispositions répressives de l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 aient cessé de recevoir application » (J. Georgel, Un siècle d'offenses..., op.cit., p.262). La jurisprudence judiciaire ultérieure a précisé que toute critique de sa politique revenait à critiquer sa personne. Par exemple, le tribunal correctionnel de la Seine, dans un jugement du 7 mars 1966, décide : « Attendu, certes, que le droit de libre discussion appartient à tout citoyen en vertu des principes généraux du droit tels qu'ils sont reconnus par la Constitution de 1958 et qu'il est conforme à celle-ci d'étendre l'exercice de cette liberté à la discussion des actes politique du Président de la République ; Mais attendu que ce libre exercice s'arrête là où commence l'offense au chef de l'État ; que l'offense adressée à l'occasion des actes politiques atteint nécessairement la personne » (cité par *ibid*., p.263). Or le professeur Georgel juge que cette jurisprudence est dangereuse car « elle établit entre les actes et la personne un lien qui ne s'impose nullement et qui rend à peu près impossible l'exercice du droit de critique » (*ibid*.). Toutefois, certains tribunaux ont eu une position divergente et ont pris en compte l'évolution présidentialiste de la Vème République. Par exemple, la Cour de Paris avait adopté une position libérale en décidant comme non offensante une appréciation de la politique algérienne ainsi exprimée - « répression sauvage...misérable persécution à l'égard de l'armée...l'Afrique en particulier avec son million de pieds-noirs n'était qu'un fardeau à rejeter » - car elle estime que « ces appréciations relatives aux seuls actes politiques n'attaquaient pas la personne du chef de l'État » (*ibid*., p.263). Pour une analyse approfondie des décisions judiciaires en

produit de l'irresponsabilité de principe d'un chef d'État parlementaire. Cependant, le Président de la République Valéry Giscard d'Estaing, à partir du 26 mai 1974, et ses deux successeurs renonceront à se prévaloir de cette protection. Il faudra attendre une nouvelle affaire en 2013 par laquelle le problème de l'offense sera exhumé pour que la doctrine se ressaisisse à nouveau de ce thème.

811. Par un arrêt *Éon* c/ *France* du 14 mars 2003, la Cour Européenne juge que la condamnation de nature pénale prononcée contre le requérant auteur d'une pancarte « casse-toi, pauv'con » par les juridictions françaises est disproportionné et non nécessaire dans une société démocratique. Cinq mois plus tard, sans que l'arrêt ne l'exige de manière expresse[3959], le Parlement français a abrogé le délit d'offense au chef de l'Etat[3960]. À cet égard, les commentaires doctrinaux relatifs à cette décision de justice et au-delà à cette abrogation témoignent de la satisfaction des constitutionnalistes français, tant sur un plan démocratique que libéral. Pour Marie-Anne Cohendet, le délit d'offense envers le chef de l'Etat « se conçoit difficilement en démocratie puisque la liberté de critique, voire de se moquer même avec irrévérence, des autorités publiques ne renvoie pas uniquement à la liberté d'expression conçue comme droit de l'homme mais également comme un véritable droit de citoyen, c'est-à-dire un droit politique »[3961]. De même, pour Olivier Beaud, cet arrêt Éon contre France est « une illustration supplémentaire de l'opposition entre la jurisprudence française et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Celle-ci privilégie la liberté d'expression interprétant strictement ses restrictions tandis que celle-là révèle son caractère finalement autoritaire en évaluant, trop paresseusement, le délit d'offense à la seule aune de

matière de délit d'offense durant la Vème République : O. Beaud, La République injuriée. Histoire des offenses au chef de l'État de la IIIè à la Vè République, Paris : PUF, 2019, p.325-585.

3959 Dans son arrêt Éon contre France, la Cour européenne, bien que condamnant l'État français pour violation de l'article 10 de la Convention EDH, ne s'est pour autant pas prononcée sur la question de la conventionnalité du délit d'offense au président de la République. La France est seulement punie pour n'avoir pas justifié, en l'espèce, la nécessité de la répression pénale. La Cour a décidé en effet qu'il n'y avait pas lieu dans le cas présent « d'apprécier la compatibilité avec la Convention de la qualification pénale retenue, fût-elle considérée comme présentant un caractère exorbitant, dès lors qu'elle n'a produit aucun effet particulier ni conféré de privilège au chef d'État concerné vis-à-vis du droit d'informer et d'exprimer des opinions à son sujet » (§.55). En réalité, la condamnation repose sur le seul constat que, dans les circonstances de la cause, la condamnation de M. Eon à une sanction pénale était disproportionnée par rapport au but visé - la protection de la personne du président de la République - et, partant, non nécessaire dans une société démocratique. Pour parvenir à une telle conclusion, les juges européens, sans nier le caractère offensant des propos litigieux, les ont replacés dans leur contexte et en ont déduit que ces propos ne constituaient pas « une simple attaque personnelle gratuite contre la personne du président » (§.57) mais devaient être perçus comme une « critique de nature politique » (§.58) exprimée « sur le mode de l'impertinence satirique » (§.59). Or, comme le rappelle la Cour, la satire politique mérite une attention toute particulière et une protection renforcée car elle est indispensable à toute société démocratique. Dans ce domaine, « l'article 10 § 2 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression » (§.59) : d'une part, « les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité », qu'à l'égard d'un simple particulier car l'homme politique « s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens » (§.59) ; d'autre part, la satire, « forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter » (§.60), appelle à une plus grande tolérance. Dans ces conditions, la Cour considère que « sanctionner pénalement des comportements comme celui qu'a eu le requérant en l'espèce est susceptible d'avoir un effet dissuasif » particulièrement préjudiciable au « libre débat des questions d'intérêt général sans lequel il n'est pas de société démocratique » (§.61), d'où il en résulte une violation de l'article 10 de la Convention par les autorités françaises.

3960 L'article 21 de la loi du 5 août 2013 abroge l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à l'offense au chef de l'Etat.

3961 M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.527.

l'intention de nuire et en recourant, de surcroît, à une interprétation littérale des propos litigieux »[3962]. En effet, Marie-Anne Cohendet observe que « la CEDH exige le respect d'une grande liberté d'expression, spécialement en matière politique, y compris contre les chefs d'Etat, même quand ils exercent une simple fonction arbitrale, donc *a fortiori* quand il s'agit de dirigeants politiques »[3963].

3. *Le discours doctrinal relatif à la responsabilité présidentielle pour haute trahison : entre apaisement et protestation*

812. Le statut d'irresponsabilité du Président de la République fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine de la Vème République, étant donné qu'il le protège de manière excessive. Il demeure, néanmoins, responsable dans l'hypothèse classique de « haute trahison » devant la Haute Cour de Justice d'après l'ancien alinéa 1 de l'article 68 de la Constitution de 1958. Dans ce cas, « il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de justice ». Mais, comme sous les régimes antérieurs, l'incrimination de « haute trahison » n'est précisée par aucun texte. Or, fort des riches travaux doctrinaux préexistants qui lui fournissent un matériau solide, la notion de haute trahison ne pose pas de problème particulier à la doctrine de la Vème République qui ne fait pas preuve d'originalité. Dans la lignée de la solution doctrinale traditionnellement admise depuis la IIIème République, la quasi-majorité de ses membres appréhendent la haute trahison, entre 1958 et 1990, comme *une notion de droit constitutionnel* entraînant l'apparition d'une responsabilité politique exceptionnelle, et accessoirement pénale (**a**). Pour autant, au-delà de ce consensus, le discours scientifique relatif à la responsabilité pour haute trahison du chef de l'État demeure critique tant en raison de son objet que de ses implications institutionnelles (**b**).

3962 O. Beaud, L'offense au président de la République : petite leçon aux juridictions françaises sur la primauté de la liberté d'expression, D., 2013, p.971.
3963 M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.527.

a. Le problème « largement académique » du sens de la haute trahison : un crime sui generis

813. À l'image des régimes précédents - sous réserve de la Constitution de la IIème République[3964]-, cette expression n'est définie par aucun texte en vigueur sous la Vème République. C'est pourquoi Georges Vedel juge que la haute trahison prévue par l'article 68 de la Constitution « demeure aussi vague que dans le passé »[3965]. Toutefois, cette disposition est complétée par l'ordonnance portant loi organique sur la Haute Cour de Justice du 2 janvier 1959[3966] édictée par le gouvernement de De Gaulle sur le fondement de l'article 92 de la Constitution de 1946, afin d'« éviter les errements passés, générateurs de scandales politiques »[3967]. Face à l'ambiguïté de l'article 68 de la Constitution de 1958[3968], il revient de ce fait à la doctrine la tâche d'en éclairer le sens[3969]. Néanmoins, ce thème de réflexion ne suscite pas un réel intérêt doctrinal durant le régime de 1958 car, comme le notent André Hauriou et Jean Gicquel, celui-ci est « largement académique »[3970] du fait qu'en pratique, aucun Président de la République n'ait été poursuivi et jugé pour haute trahison lors des régimes précédents[3971].

814. Si ce questionnement avait entraîné un fort dissensus entre les membres de la doctrine publiciste classique, la quasi-totalité des constitutionnalistes de la IVème République s'étaient accordés sur une approche *constitutionnaliste* de la haute trahison. Pour eux, ce crime était essentiellement de nature politique et il appartenait à la Haute Cour de justice de manière souveraine de qualifier les faits de haute trahison et de prononcer la destitution du chef de l'État. La pensée de la science du droit constitutionnel de la Vème République rejoint ce positionnement doctrinal. La majorité de ses membres conviennent que la haute trahison est, avant tout, un concept

3964 La haute trahison est définie, dans ce texte, par toute mesure par laquelle le président dissoudrait l'Assemblée Nationale, la prorogerait ou mettrait obstacle à l'exercice de son mandat.
3965 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.888 ; M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.171.
3966 Ordonnance 59-1, J.O., 3 janvier 1959, p.5.
3967 A. Moreau, La haute trahison du Président de la République sous la Vème République, RDP, n°1, 1987, p.1548. Comme le rappelle Moreau, cette volonté d'encadrer la procédure est liée aux souvenirs du procès de Laval et du maréchal Pétain. Le premier fut vivement critiqué dans sa forme puisque la Haute Cour de Justice créée en 1944 n'avait été soumise, en raison des circonstances, qu'à un nombre limité de règles. Il fallait « juger vite pour apaiser un désir de justice qui fut parfois la manifestation d'une vengeance » (*ibid.*). En outre, le second procès a créé « une sorte de précédent, en ce sens que pour la première fois depuis l'instauration de la République, un chef d'État a été jugé et condamné. Ainsi la mise en accusation du Président de la République pour haute trahison était-elle passée du domaine des hypothèses d'école, à celui des éventualités. Du même coup, il était encore plus nécessaire de prévoir une réglementation dont l'Histoire montrait que l'on pouvait être, un jour, dans l'obligation de s'en servir » (*ibid.*, p.1549-1550).
3968 Les travaux préparatoires de la Constitution de 1958 mettent en exergue qu'« un cas de violation de la Constitution peut correspondre à l'hypothèse de haute trahison » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.525).
3969 « En présence de ce qui apparaît comme une lacune des écrits, il est nécessaire de réduire l'imprécision des règles de fond en s'appuyant sur les quelques textes épars ainsi que sur la jurisprudence » (A. Moreau, La haute trahison…, op.cit., p.1567). Or, comme le note Marcel Prélot, « la doctrine s'est depuis longtemps efforcée de remédier à cette lacune sans aller au-delà des conjectures » (M. Prélot, Institutions politiques…, 11é éd., op.cit., 1990, p.732).
3970 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, 7è éd., op.cit., p.969 ; C. Leclercq, Institutions politiques et droit constitutionnel, 4è éd., 1984, p.514.
3971 Aucune thèse n'a été rédigée sur cette question ou, plus généralement, sur la Haute Cour de Justice.

de droit constitutionnel « sui generis »[3972] et non de droit pénal[3973]. Cette prise de position doctrinale classique tient à plusieurs raisons. Tout d'abord, ses partisans font le constat d'une absence de définition de ce concept dans la législation pénale en vigueur sous la Vème République. Celui-ci ne répond à « aucune incrimination prédéterminée par la loi pénale »[3974]. Ils refusent tout parallèle avec la notion de « trahison » définie aux articles 70 à 72 de l'ancien Code pénal. En outre, les constitutionnalistes de la Vème République soulèvent un second argument classique pour justifier la nature politique de la haute trahison. Elle résulte de « l'impossibilité de prévoir à l'avance l'acte suffisamment grave que pourrait commettre le président de la République pour que soit écarté le principe de son irresponsabilité »[3975]. Par conséquent, ils considèrent généralement que le Président de la République peut être poursuivi de haute trahison pour des faits non qualifiés de crimes ou délits par la loi pénale.

815. Dans cette perspective, la doctrine estime que les autorités en charge de l'application de l'article 68 de la Constitution, c'est-à-dire les deux chambres et la Haute Cour de Justice, ont donc le champ libre pour interpréter la notion de « haute trahison » et déterminer les peines[3976]. La nature politique de la haute trahison confère à la Haute Cour de justice une compétence discrétionnaire en la matière[3977]. Ce point de vue est conforté par plusieurs arguments textuels. Ses partisans font valoir, à cet égard, que cette question est « aujourd'hui nettement résolue (…) tant par la Constitution elle-même que par l'ordonnance organique de 1959 »[3978]. La souveraineté de la juridiction d'exception à l'égard du chef de l'État ressort, d'une part, de la comparaison des deux alinéas de l'ancien article 68 de la Constitution de 1958 qui distingue entre les infractions reprochées aux ministres au sujet desquelles la Haute Cour est soumise au principe de la légalité des

3972 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.888 ; G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.574 ; A. Moreau, La haute trahison du Président de la République sous la Vème République, op.cit., p.1548 ; M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.171 ; M. Prélot, Institutions politiques…, 11è éd., op.cit., p.732. Pour André Hauriou et Jean Gicquel, il s'agit d'un « délit à caractère politique et à contenu variable » (A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, 7è éd., op.cit., p.970). Cependant, quelques années plus tard, André Hauriou défend la position contraire : en raison de son équivocité, « il serait souhaitable, affirme-t-il, qu'un texte vînt préciser ce qu'il convient d'entendre par cette expression » (A. Hauriou, Droit constitutionnel, op.cit., 1985, p.794).

3973 X. Delcros, Commentaire des articles 67 et 68, *in* F. Luchaire et G. Conac (dir.), La Constitution de la République française, Paris : Economica, 2è éd., 1987, p.1183 ; J. Massot, La présidence de la République en France, Paris : Documentation française, 1977, p.100. Contra : A. Hauriou, Droit constitutionnel, op.cit., 1985, p.794.

3974 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour de justice..., op.cit., p.1028 ; M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.640.

3975 P. Auvret, La responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.86.

3976 « Autant les règles de procédure sont détaillées, autant l'essentiel, c'est-à-dire la définition de la haute trahison et la détermination de la sanction applicable, reste absent des textes. Pourtant les abus du passé auraient dû inciter le législateur à intervenir. Il ne l'a pas fait et tout permet de croire que son abstention a été le plus souvent volontaire. Se taire, c'est en effet reconnaître à la Haute Cour de Justice le pouvoir de décider souverainement, tant de la qualification des faits reprochés que de la sanction méritée » (A. Moreau, La haute trahison…, op.cit., p.1567). Cette interprétation est étayée par les travaux préparatoires du Comité consultatif constitutionnel (v. T. Ablard, Le statut…, op.cit., p.661).

3977 D'ailleurs, à l'image de la doctrine publiciste classique, les constitutionnalistes de la Vème République que *seule* la Haute Cour peut connaître du problème de la responsabilité pour haute trahison du chef de l'État en raison de sa compétence approfondie sur ce sujet contrairement aux tribunaux ordinaires. *v.* G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.1157 ; A. Hauriou, Droit constitutionnel…, op.cit., 1985, p.792 et 794.

3978 P. Auvret, La responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.86.

délits et des peines[3979], et la haute trahison pour laquelle « aucune référence n'est faite à ce principe »[3980]. Le constituant de 1958 a donc délibérément soumis la mise en accusation des ministres au respect du principe de légalité criminelle, contrairement à celle du chef de l'État[3981]. D'autre part, l'ordonnance organique de 1959 opère une même distinction révélatrice en prescrivant, dans le texte de résolution portant mise en accusation, de viser les textes sur lesquels est fondée la poursuite dans le cadre *seulement* de l'alinéa 2 de l'article 68 de la Constitution, ce qui signifie a contrario que la mise en accusation du Président de la République devant la Haute Cour de justice est exemptée de cette obligation[3982]. De plus, en matière d'instruction préparatoire, les articles 25 et 26 de l'ordonnance organique énoncent, de manière symptomatique, qu'en cas de poursuite contre un membre du gouvernement, la commission d'instruction informe en fait et en droit alors qu'en cas de poursuite pour haute trahison, elle instruit uniquement en fait.

816. Pour l'ensemble de ces raisons, la plupart des constitutionnalistes s'entendent pour reconnaître, sans y être toujours favorable[3983], que la Haute Cour de Justice est déliée du principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* dans la caractérisation de la haute trahison du Président de la République[3984]. En effet, comme le note Jean-Pierre Rougeaud, si « la haute trahison peut être constituée par des faits que la loi pénale qualifie de crimes ou délits (corruption par exemple), elle peut aussi être constituée par des fautes qu'aucune loi pénale ne qualifie crimes ou délits »[3985]. Cette position signifie en creux que ce concept juridique ne peut être défini que « de manière purement nominaliste »[3986], c'est-à-dire qu'il correspond à tout acte jugé comme tel par les chambres[3987] et la Haute Cour de Justice. Mais certains auteurs ne renoncent pas pour autant à une définition

3979 Selon l'alinéa 2 de l'article 68 de la Constitution de 1958, « dans les cas prévus au présent alinéa, la Haute Cour est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent des lois pénales en vigueur au moment où les faits ont été commis ».

3980 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour..., op.cit., p.1028 ; A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, 7è éd., op.cit., p.970.

3981 Cette différence réside dans « l'idée qu'un Chef d'État, de par sa fonction, ne peut être traité comme un simple ministre, l'autre raison, plus française est liée au rôle du Président de la République dans le jeu institutionnel qui donne à la question de sa responsabilité un tour particulier. (…) [Il est] l'incarnation de la Nation, le symbole de sa permanence, la garantie de son avenir » (A. Moreau, La haute trahison du Président de la République sous la Vè République, RDP, 1987, p.1544).

3982 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour..., op.cit., p.1029.

3983 « La Haute Cour est (…) libre en ce qui concerne la détermination de la peine [et] (…) la qualification des faits. (…) Cette solution est regrettable sans doute, mais elle est la seule qui corresponde au droit positif » (P. Desmottes, De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français, Paris : LGDJ, 1968, p.129).

3984 Pour Jean Chatelain, la liberté reconnue à la Haute Cour est « le corollaire logique de l'accroissement du rôle et du prestige du chef de l'État voulu par la Constitution. Parce qu'il est le magistrat suprême, parce que, dans les crises les plus graves, le salut de l'État est remis entre ses mains (Constitution, art.16), le président de la République échappe à la loi commune » (J. Chatelain, La nouvelle Constitution, 2è éd., op.cit., p.151). Cependant, la compétence de la Haute Cour était déjà discrétionnaire sous les régimes présidents alors que le Président de la République remplissait un rôle arbitral. Sur la compétence discrétionnaire de la Haute Cour de Justice : J. Foyer, Haute Cour de Justice, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Encyclopédie Dalloz, Droit pénal, t.II, p.4, n°41 ;M. Prélot, Institutions…, 11è éd., op.cit., p.732 ; J.-P. Rougeaux, La Haute Cour de justice sous la Vème République, RDP, 1978, p.1029.

3985 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour de justice..., op.cit., p.1029.

3986 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1195.

3987 Comme le note Burdeau, la haute trahison est une notion subjective que les Chambres apprécient lors de la mise en accusation » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.574).

substantielle de la haute trahison, en dépit de sa difficulté[3988]. Ce choix vise à distinguer notamment deux notions lexicalement proches que sont la *trahison* et la *haute trahison*[3989]. De ce point de vue, la doctrine s'accorde sur le fait que le premier terme a une dimension patriotique alors que le second possède une dimension plus large, c'est-à-dire institutionnelle[3990]. Néanmoins, elle se divise sur le contenu exact de la haute trahison. La définition de Jean-Pierre Rougeaux semble résumer la pluralité des définitions doctrinales. Selon lui, la haute trahison possède deux sens propres. Elle fait référence, d'une part, à un « manquement grave aux obligations de la charge présidentielle » comme le recours arbitraire à l'article 16 de la Constitution[3991], d'autre part, à « un différent profond et irrémédiable entre le Président et un pouvoir public »[3992]. Dans cette dernière hypothèse, la cohabitation pourrait alors être qualifiée de haute trahison[3993].

817. Par conséquent, du fait de sa nature politique, des constitutionnalistes soutiennent, de façon classique, que la responsabilité du Président de la République pour haute trahison prévue à l'article 68 de la Constitution tend à instaurer une responsabilité politique exceptionnelle[3994]. Marcel Prélot juge en ce sens que la mise en accusation des chambres au titre de l'article 68 de la Constitution n'est « au fond qu'une motion de censure plus difficile à adopter dans sa procédure »[3995], prononcée dans des formes particulièrement solennelles[3996]. La sanction frappant le Président de la République est alors politique et se manifeste par sa destitution. Mais cette question reste délicate et divise la doctrine depuis la IIIème République. En raison de sa souveraineté, la doctrine s'interroge sur la possibilité pour la Haute Cour de Justice de déterminer et d'appliquer des sanctions autres que la

3988 « La notion de haute trahison appliquée au Président de la République est une notion politique insusceptible de définition juridique précise » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.1156).

3989 « La haute trahison ne saurait nullement être confondue avec le crime de trahison défini par les articles 70 à 72 du Code pénal » (J.-P. Rougeaux, La Haute Cour de justice..., op.cit., p.1029).

3990 Pour Vedel, la haute trahison ne vise pas « des intelligences avec l'ennemi, (…) [ou] le fait de livrer des places fortes. (…) Une violation de la Constitution pourrait-elle, juridiquement, être qualifiée de haute trahison, même si elle n'avait aucun rapport avec les relations internationales » (G. Vedel, Institutions Politiques du monde contemporain, Cours polycopié I.E.P., 1972-1973, p.132). Elle s'entend de « toute violation grave et inexcusable des devoirs de la charge du Chef de l'État, même si cette violation n'a pas de rapport avec une trahison au sens habituel du terme » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.1155).

3991 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, 7è éd., op.cit., p.970. De ce point de vue, le manquement peut résulter de « l'entrave au fonctionnement régulier, non plus seulement du pouvoir législatif, mais des institutions dans leur ensemble, d'une part, parce que le pouvoir législatif n'a plus la primauté d'antan sur les autres pouvoirs et, d'autre part, il faut tenir compte de la présence d'organes nouveaux comme le Conseil Constitutionnel » (A. Moreau, La haute trahison…, op.cit., p.1572).

3992 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour de justice..., op.cit., p.1030. Ce second aspect est partagé par Marcel Prélot pour qui « il suffit que [le Président de la République] ait une position politique le plaçant en antagonisme déclaré et profond avec les autres représentants de la Nation » pour que l'article 68 puisse être engagé (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.640-641) ; A. Moreau, La haute trahison…, op.cit., p.1572.

3993 « Dans l'hypothèse d'une dissociation entre la majorité présidentielle et la majorité parlementaire (et) à supposer que le peuple, après dissolution de l'Assemblée, confirme son choix initial et que le Président refuse d'en tirer les conclusions politiques, la haute trahison pourrait (elle) être légitimement invoquée afin de dénouer la crise » (A. Hauriou, Droit constitutionnel et Institutions politiques, 5è éd., Paris : Montchrestien, 1972, p.1105).

3994 M. Bélanger, Contribution…, op.cit., p.1284 ; R. Capitant, L'aménagement…, op.cit., p.396 ; A. Moreau, La haute trahison…, op.cit., p.1572 ; A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, 6è éd., op.cit., p.969 et p.1105.

3995 M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.641.

3996 « Il y faut l'intervention en termes identiques des deux Chambres, dont l'une est issue du même corps électoral que le président, et plus grave dans ses conséquences, puisque, pour le moins, le président condamné serait éloigné de la vie publique » (*ibid.*).

destitution du Chef de l'État. Sur ce point, la majorité des juristes a tendance à considérer que « les peines frappant le Président de la République convaincu de haute trahison puissent être prononcées souverainement et arbitrairement par la Haute Cour »[3997]. Mais certains juristes tempèrent cette opinion dans la mesure où la haute trahison étant une règle de droit constitutionnel et non de droit pénal, la juridiction d'exception pourrait certes prononcer des sanctions autres que la destitution mais qui soient toujours de nature politique[3998]. Toutefois, la conception *intermédiaire* d'Esmein et de Vedel développée sous les régimes précédents n'est pas sans écho dans la doctrine de la Vème République. À l'image des deux éminents publicistes, certains constitutionnalistes défendent une conception extensive. Ils estiment qu'après avoir destitué le chef de l'État qui redevient un particulier comme les autres, la Haute Cour de Justice peut le condamner à des peines criminelles ou correctionnelles non légalement prévues si elle relève à sa charge un délit ou un crime non envisagé par le droit pénal[3999]. La majorité des membres de la doctrine de la Vème République aboutit donc à la conclusion traditionnelle que la responsabilité pour haute trahison demeure « une responsabilité exceptionnelle de nature essentiellement politique et accessoirement pénale »[4000].

818. Elle observe en ce sens que la nature pénale de la responsabilité présidentielle pour haute trahison est corroborée par la procédure mise en place par les constituants qui ont cherché à fortement l'encadrer. Comme le note le professeur Moreau, les constituants de 1958, « tout en prenant acte du caractère politique de la responsabilité présidentielle, ont voulu que la procédure soit de plus en plus réglementée au point que, en droit positif, les dispositions sont devenues en cette matière, minutieuses »[4001]. Si les règles de fond, qu'il s'agisse de l'incrimination ou de l'échelle des peines sont restées lacunaires, l'instruction réglementée par l'ordonnance du 2 janvier 1959

3997 *Ibid*., p.1030.

3998 Par exemple, pour Jean-Pierre Rougeaux, « en raison de la faute politique particulièrement grave que pourrait constituer la haute trahison, la Haute Cour semblerait-elle compétente pour prononcer, en même temps, que la destitution du Président, sa mise à l'écart de la vie politique, soit d'une manière définitive soit pour un temps déterminé, car il s'agirait bien ici encore d'une sanction d'ordre politique » (J.-P. Rougeaux, La Haute Cour..., op.cit., p.1031).

3999 J. Foyer, Encycl. Dalloz, Droit pénal, Haute Cour de Justice, n°41/34/37 ??; A. Besson, Rép. Dalloz, Droit administrarif, Haute Cour de Justice ; P. Desmottes, De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français, p.276) ; J.-P. Rougeaux, La Haute Cour de justice..., op.cit., p.1031 ; A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, 7è éd., op.cit., p.970. Cependant, la proposition de Vedel diffère quelque peu puisqu'il estime que la responsabilité pénale du Président peut être engagée devant la Haute Cour si « les actes constitutifs de la haute trahison sont, en même temps et en vertu des qualifications du Code pénal, des crimes ou des délits » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.1159). Néanmoins, le publiciste parisien soutient que la responsabilité pénale du chef de l'État devant la Haute Cour de Justice n'est pas soumise au principe de légalité criminelle puisque « l'alinéa 2 de l'article 68 prend soin de préciser que la règle *nullum crimen* ne joue que pour les ministres » (*ibid*.). Par conséquent, la Haute peut « forger des peines » contre le chef de l'État « même pour des faits non qualifiés crimes ou délits par la loi et qu'elle juge constitutifs de haute trahison » (*ibid*.). Prélot exprime une doctrine contraire : pour lui, la Haute Cour a la compétence pour déterminer la peine applicable en cas de haute trahison « pourvu que celle-ci entre dans la nomenclature des peines établies par la loi » (M. Prélot, Institutions politiques…, 11è éd., op.cit., p.732). Par ailleurs, en matière civile, Burdeau estime d'après l'article 27 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 que la Haute Cour n'est pas compétente contrairement à la position des constitutionnalistes de la IVème République : « si la Haute Cour a établi la haute trahison, les actions civiles en réparation de dommages qu'elle a entraînées peuvent être intentées devant les tribunaux ordinaires selon les règles de compétence du droit commun » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.574).

4000 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour de justice..., op.cit., p.1031 ; G. Vedel, Droit constitutionnel, op.cit., p.1159.

4001 A. Moreau, La haute trahison, op.cit., p.1547-1548.

« atteste bien plus nettement de son caractère pénal »[4002]. Celle-ci est conduite par une commission ne comprenant que des magistrats du siège qui accomplit tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité selon les règles édictées par le code de procédure pénale[4003]. Elle prend une décision de renvoi si elle a la preuve suffisante des faits énoncés dans la résolution de mise en accusation. Enfin, la doctrine observe que la décision finale « revêt également un aspect juridictionnel, atténué, toutefois, par des particularités de procédure »[4004]. Bien que la Haute Cour soit composée uniquement de parlementaires, ils sont tenus de se comporter comme des magistrats[4005]. Dès lors, si la nouvelle Haute Cour de justice conserve le même caractère politique que les précédentes, elle est le reflet de certaines évolutions[4006]. Ainsi, un consensus doctrinal s'opère pour considérer que la Haute Cour présente, s'agissant du Président de la République, une nature hybride[4007]. Mais ce système n'est pas forcément admis par l'ensemble de la doctrine qui reste critique à son égard.

b. La responsabilité présidentielle pour haute trahison : une procédure vivement critiquée

819. La manière dont la responsabilité présidentielle du chef de l'État a été conçue par les constituants de 1958 est en proie à de nombreux reproches de la part des constitutionnalistes de la Vème République. Ils dénoncent non seulement son organisation, son existence et son impact sur les rapports de force institutionnels.

820. Concernant le premier point, le caractère hybride de la Haute Cour crée, à leurs yeux, une confusion inutile et dépassée entre la responsabilité politique et pénale. Marcel Prélot juge que « ce régime n'est pas satisfaisant [puisque] exception à l'irresponsabilité politique habillée en responsabilité pénale, il procède d'une confusion des genres qui porte encore les stigmates d'une époque depuis longtemps révolue où les deux responsabilités n'étaient pas distinguées »[4008]. C'est pourquoi il serait préférable, comme il le suggère, qu'une « distinction soit faite entre une responsabilité politique, fût-elle exceptionnelle, dont la sanction naturelle serait la destitution, et

4002 P. Auvret, La responsabilité…, op.cit., p.86.
4003 Article 12 de l'ordonnance n°59-1 du 2 janvier 1959.
4004 P. Auvret, La responsabilité…, op.cit., p.87.
4005 D'après l'article 3 de l'ordonnance de 1959, les juges élus à raison de douze pour chaque assemblée doivent « juger et promettre de bien fidèlement remplir leurs fonctions, de garder le secret des délibérations et des votes et de se conduire en tout comme dignes et loyaux magistrats » (cité par *ibid.*).
4006 L. Trotabas, Manuel..., 12è éd., op.cit., p.74.
4007 La Haute Cour de Justice « se trouve exercer, sans doute le cas échéant, une fonction de répression pénale, mais également, (…) une fonction de mise en jeu de la responsabilité politique exceptionnelle » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.1155).
4008 M. Prélot et J. Boulouis, Institutions politiques…, 11é éd., op.cit., 1990, p.732.

une responsabilité pénale cumulable avec la précédente qui obéisse aux règles qui lui sont propres devant les juridictions compétences en la matière, ce qui est la solution aux États-Unis »[4009]. La responsabilité pénale du Président de la République pour haute trahison s'exercerait ainsi selon les règles du droit pénal commun.

821. Allant plus loin dans la critique de la Haute Cour, quelques constitutionnalistes vont jusqu'à remettre en cause son existence même. Ils mettent en avant la désuétude de cette institution compte tenu de l'évolution du régime marquée par l'élection du Président de la République. André Hauriou et Jean Gicquel observent en ce sens qu'« au nom du *parallélisme des formes*, la haute trahison était concevable à la rigueur, avant 1958, lorsque le chef de l'État était l'élu des parlementaires. Elle ne l'est plus, à n'en pas douter, depuis la réforme de 1962 »[4010]. En d'autres termes, le Président de la République est mis en accusation par les chambres alors qu'il dispose de la même légitimité démocratique qu'elles. C'est pourquoi certains estiment que, depuis 1962, la Haute Cour n'est plus le cadre légitime pour engager sa responsabilité pour haute trahison. Désormais, la responsabilité de l'Exécutif s'apprécie « devant la nation et non devant sa représentation ; en termes électoraux et non plus parlementaires »[4011]. D'où la dernière critique portée à l'encontre de la Haute Cour et de sa procédure. Il est pointé du doigt le risque de dérapage de ce mécanisme car il pourrait être utilisé dans le but de démettre un Président de la République simplement indésirable. L'incertitude de la notion « élastique »[4012] de haute trahison et le rôle important des parlementaires dans la procédure pour haute trahison[4013] sont « susceptibles de transformer la responsabilité pénale du chef de l'État en pseudo-responsabilité politique »[4014]. Burdeau estime que ce détournement est inévitable puisqu'il peut représenter un remède effectif et puissant à son irresponsabilité politique en dépit de son pouvoir éminent[4015]. En plus de l'outil de la mise en cause des ministres contresignataires des décisions du chef de l'État et de la démission forcée du Président de la République[4016], la représentation nationale dispose donc d'une « arme politique »[4017] supplémentaire pour contraindre le Président de la République à se retirer, d'autant plus si celui-ci est désavoué par les électeurs : la mise en accusation directe du chef de l'Etat.

4009 *Ibid.* ; *v.* également P. Auvret, La responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.97.
4010 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, 7è éd., op.cit., p.970.
4011 *Ibid*., p.971. André Hauriou et Jean Gicquel rappellent en ce sens le propos du Président Giscard d'Estaing lors d'une déclaration du 17 septembre 1979 : « un Président de la République ne se cache pas derrière le gouvernement...J'ai été élu pour être responsable devant les Français » (cité par *ibid*., p.970).
4012 « La haute trahison est une notion élastique dont l'appréciation est laissée aux Chambres dans la mise en accusation et à la Haute Cour dans le jugement » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.888).
4013 « La procédure comprend trois phases : accusation, instruction, jugement. Elles ne s'apparentent pas toutes également à un véritable régime juridictionnel. L'accusation y échappe très largement. (…) Il s'agit d'un acte nettement politique dans le cadre d'un bicaméralisme égalitaire » (P. Auvret, La responsabilité…, op.cit., p.86-87).
4014 P. Auvret, La responsabilité…, op.cit., p.100.
4015 G. Burdeau, Cours…, 1963, p.574.
4016 Sur ce point : A. Moreau, La haute trahison, op.cit., p.1582.
4017 *Ibid*., p.1547.

Mais certains constitutionnalistes contestent le rôle prépondérant des chambres dans cette procédure. Moreau considère qu'« il est *a priori* curieux de prévoir sa responsabilité pour haute trahison et de le soumettre à la Haute Cour de Justice, juridiction politique largement dépendante de la majorité parlementaire »[4018]. Ils défendent au contraire l'idée que la justice politique a été conçue de façon à protéger, non pas le pouvoir législatif, mais le *pouvoir exécutif*. Comme l'observe l'un des partisans de cette thèse, l'organisation de la responsabilité du Président de la République pour haute trahison « n'est pas seulement affaire de technique juridique »[4019] mais elle est « étroitement liée à l'esprit qui préside aux institutions françaises contemporaines »[4020]. L'absence de toute précision sur le terme de « haute trahison » présidentielle dans le cadre de la Vème République « et l'incertitude qui en découle quant au contenu de l'infraction, semble s'expliquer par l'intention de rendre la mise en accusation plus difficile en droit et en fait »[4021]. Cette intention peut logiquement être appréciée en raison de la volonté originelle de rationaliser le parlementarisme. À cela s'ajoute l'alourdissement de la procédure qui rend plus difficile la mise en œuvre de ce dispositif[4022]. A l'inverse, le chef de l'État a été doté d'un moyen constitutionnel lui permettant de tenir en échec l'article 68 de la Constitution par l'intermédiaire de la *dissolution* qui fait partie de sa compétence propre. Comme il a été expliqué précédemment, René Capitant a exactement détecté ce processus puisque la dissolution convertirait la procédure de l'article 68 en débat politique soumis à l'arbitrage des électeurs grâce aux élections législatives. Ces auteurs aboutissent donc à la conclusion que l'article 68 de la Constitution est un instrument au service de la protection de l'irresponsabilité du chef de l'État. D'ailleurs, la preuve est qu'en pratique, cette procédure contraignante n'a jamais été mise en œuvre au cours de la Vème République, ou même sous les régimes précédents. Elle constitue donc, à leurs yeux, une arme ineffective au point que Patrick Auvret juge que « la haute trahison n'est qu'un leurre »[4023]. Les constitutionnalistes sont donc partagés sur la finalité institutionnelle réelle de ce dispositif[4024]. Ils apparaissent également divisés sur la question de l'inviolabilité du Président de la République.

4018 *Ibid*., p.1546-1547.
4019 *Ibid*., p.1581.
4020 *Ibid*., p.1546.
4021 R. Charvin, Justice et politique, op.cit., p.262.
4022 Désormais, la résolution de mise en accusation doit résulter d'un vote identique de chacune des deux Assemblées statuant au scrutin public et à la majorité absolue des membres la composant, alors que sous la IIIème et IVème République, la résolution émanait de la chambre basse. Ce formalisme se justifie par le fait que l'aboutissement de cette procédure est la destitution du titulaire de la magistrature suprême. Sur ce point: J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1032-1034.
4023 P. Auvret, La responsabilité du chef de l'État, op.cit., p.85.
4024 Antide Moreau résume ce double positionnement doctrinal : « tantôt le constituant souhaite « intimider » le Président par la menace d'une responsabilité politique (même exceptionnelle), tantôt il s'agit simplement de fixer une limite peu gênante à la liberté d'action du chef de l'État » (A. Moreau, La haute trahison, op.cit., p.1546).

4. L'inviolabilité présidentielle : une problématique délaissée et conflictuelle

822. La problématique de la responsabilité du Président de la République relative à ses actes commis en dehors de ses fonctions était considérée par la doctrine constitutionnaliste de la IVème République comme étant « sans intérêt »[4025]. Cette situation perdure du début de la Vème République jusqu'aux années 1990. En plus de l'absence de thèse sur ce sujet, les manuels de droit constitutionnel de cette période ne l'examinent pas ou le traitent en quelques lignes. Ce silence doctrinal correspond à « la rareté des décisions des juridictions judiciaires qui intervenaient peu dans des cas relatifs au Président de la République, à l'exception notable de la jurisprudence relative aux offenses au chef de l'État »[4026].

823. Mais, malgré cet impensé scientifique, la tradition doctrinale consiste à considérer que le chef de l'État demeure *responsable* civilement et pénalement devant les juridictions de droit commun pour les actes de sa vie privée commis avant ou pendant son mandat. Sous la Vème République, d'un point de vue formel, l'ancien article 68 de la Constitution de 1958 prévoit que l'irresponsabilité présidentielle ne couvre que les actes de la fonction et cède en cas de haute trahison mais cette disposition garde le silence sur une éventuelle inviolabilité reconnue à son profit. Or, sur cet objet, la réflexion des constitutionnalistes de la Vème République est très succincte. Elle n'étudie pas véritablement le problème épineux portant sur le critère permettant de distinguer les actes relevant de la fonction présidentielle pour lesquels sa responsabilité pénale ne peut pas être engagée, et ceux qui n'en relèvent pas[4027]. Elle se penche uniquement, de manière rapide, sur la possibilité ou non de poursuivre le chef de l'État pénalement et civilement pour les actes extérieurs à ses fonctions commis antérieurement ou durant son mandat, ainsi que sur les juridictions compétente pour le juger. Contrairement à l'état de la science constitutionnaliste lors de la IVème République, les spécialistes de droit constitutionnel de la Vème République apparaissent divisés sur cette question.

824. Selon une première thèse majoritaire qualifiable de « thèse du droit commun », les actes privés répréhensibles du chef de l'État peuvent faire l'objet d'un recours en justice et la compétence pour les juger revient aux tribunaux de droit commun[4028]. Cette thèse appréhende donc le Président de la République comme une personne privée lorsqu'il agit en dehors de ses fonctions. Il est, dès lors, soumis en cette qualité, comme tout citoyen, au principe d'égalité devant la loi et devant la justice. C'est pourquoi ses partisans ne lui reconnaissent aucune inviolabilité, principalement en

4025 J. Laferrière, Manuel…, op.cit., 1947, p.1027.
4026 O. Beaud, Irresponsabilité et immunité…, op.cit., p.194.
4027 Sur ce point, Marcel Prélot propose un critère discriminant qui semble relativement subjectif : « à notre avis, il convient de distinguer, affirme-t-il, selon la gravité des actes reprochés au président. S'il s'agit d'une vétille ou d'une imprudence, il n'y a qu'inconvénient à mettre la justice en branle et les éventuelles victimes doivent être dédommagées à l'amiable. Par contre, un crime ou même un délit, à raison de sa gravité propre ou du scandale provoqué, constituerait un cas d'empêchement et conduirait au remplacement, à la suite duquel le président, redevenu simple particulier, pourrait être poursuivi » (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., 1963, p.644).
4028 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour de Justice…, op.cit., p.1027, note 19.

matière pénale[4029], durant son mandat ni aucun privilège de juridiction dans cette hypothèse. Cette solution résulte, selon ses défenseurs, d'une interprétation *a contrario* de l'article 68 de la Constitution selon laquelle cette disposition ne porte que sur les actes accomplis par le Président « dans l'exercice de ses fonctions »[4030]. L'inviolabilité présidentielle n'étant pas visée par la Constitution, celle-ci donne simplement lieu à l'application du droit commun. En outre, sans être explicitement affirmé, ce choix défendu par la plupart des juristes s'explique aussi par la volonté d'atténuer le statut d'irresponsabilité du Président de la République qui représente le talon d'Achille de la Vème République. Cette conception stricte de la protection présidentielle prend en effet tout son sens dans le présidentialisme majoritaire. Cette thèse sera confirmée par la jurisprudence judiciaire puisque le tribunal correctionnel de Paris jugera en décembre 1974 que les actes du président de la République accomplis en dehors de l'exercice de ses fonctions engagent sa responsabilité, civile ou pénale, devant les juridictions de droit commun qui se déclarent compétentes[4031]. Le Président de la République Valéry Giscard d'Estaing sera ainsi jugé, comme un simple prévenu, par les juges du fond alors qu'il avait été élu à la présidence de la République six mois plus tôt. L'affaire concernait une plainte déposée par René Dumont, candidat écologiste à la présidentielle, contre Valéry Giscard d'Estaing pour délit d'affichage sauvage, qui sera relaxé[4032]. À l'inverse, selon la thèse minoritaire qui correspond à la « thèse politique », le Président de la République ne peut pas être poursuivi pour les actes détachables de son mandat commis avant ou pendant son mandant, que ce soit devant les juridictions de droit commun ou devant la Haute Cour de Justice[4033]. Ses partisans justifient leur position par le fait uniquement que la frontière entre les actes accomplis dans l'exercice des fonctions et les autres est extrêmement difficile à tracer[4034]. Juger les actes privés du chef de l'État risquerait de revenir à statuer sur ses actes liés à ses fonctions couverts par l'irresponsabilité. L'argument de la fonction de représentation de la nation dont est investi le chef de l'État à partir de 1962 n'est pas soulevé. Ils reconnaissent ainsi au Président le bénéfice d'une inviolabilité civile et pénale tout au long de son mandat pour les actes détachables de ses fonctions. Il n'est responsable, à leurs yeux, qu'en cas de haute trahison devant la Haute Cour de Justice. Cette conception confère ainsi une protection extrêmement large au chef de l'État.

825. En réalité, à travers ces points de vue opposés s'affrontent en vérité les deux principaux paradigmes qui structurent, de manière officieuse, le discours de la doctrine française de droit constitutionnel : *le paradigme de l'État de droit* commandant une égale soumission des gouvernants

4029 *Ibid*.
4030 *Ibid*.
4031 Tribunal correctionnel de Paris, 3 décembre 1974, Dumont c. Giscard d'Estaing et autres, Semaine Juridique, 1975, II, 17969, note Raymond Lindon.
4032 La citation a été délivrée contre Valéry Giscard d'Estaing entre les deux tours de l'élection présidentielle mais la justice a eu à se prononcer alors qu'il était effectivement président de la République.
4033 M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., 1963, p.644.
4034 *Ibid*.

et des citoyens à la loi commune, contre *le paradigme du droit politique* entendant défendre la différence entre les citoyens et les représentants de l'État et, en dernier ressort, la spécificité du droit constitutionnel. Compte tenu du contexte présidentialiste caractérisant la Vème République, la première sensibilité obtient plus facilement l'assentiment d'une grande partie des constitutionnalistes entre 1958 et 1990, ainsi que de la justice[4035]. Ce faisant, cette orientation légaliste de la part de la doctrine de la Vème République est corroborée par leur appréhension de l'autre face du statut de responsabilité du Président de la République agissant comme un citoyen ordinaire. Pour la majorité de ses membres, le Président, en sa qualité de personne privée, a la possibilité d'agir en justice afin de faire valoir ses droits. Comme le soulignent André Hauriou et Jean Gicquel, « en tant qu'*individu*, celui-ci peut revendiquer le respect de sa vie privée (article 9 du Code civil) ou le droit à l'image »[4036]. C'est ainsi le cas dans les années 1970 lorsque le Président Valéry Giscard d'Estaing agit en justice pour demander le retrait du commerce d'un jeu de cartes, en 1976, ou des masques à son effigie dans le cadre du carnaval de Nice, en 1977[4037]. Les constitutionnalistes approuvent donc, dans les premières années du régime, la « théorie du Président-requérant » selon laquelle le chef de l'État aurait les mêmes droits qu'un justiciable ordinaire et pourrait donc utiliser le droit commun pour se défendre[4038].

826. En fin de compte, la doctrine apparaît encore incertaine par rapport au problème de l'inviolabilité présidentielle dans la première moitié de la Vème République et c'est pourquoi Marcel Prélot juge qu'« aucun événement n'ayant pratiquement obligé à sa précision, le problème reste entier »[4039]. Mais si celui-ci est secondaire durant cette période, il prendra une ampleur inédite à la fin du XXème siècle. Plus largement, le régime de responsabilité du Président de la République, qui devient de manière relativement inédite un thème de réflexion central dès 1958, apparaît largement

4035 Le raisonnement de l'un des magistrats ayant déclaré la requête recevable contre le Président de la République Valéry Giscard d'Estaing, Jacques Hennion, est topique du paradigme de l'État de droit. Il affirme : « on ne peut pas imaginer ou inventer une immunité qui ne repose sur aucun texte. Il n'y a, en droit, d'exception que s'il existe un texte. Si le président de la République écrasait quelqu'un en voiture, rien ne l'immuniserait contre des poursuites. Le problème, c'est qu'il existe une sorte de respect pour la fonction, comme si le président de la République avait été sacré à Reims. (…) Nous, les juges, on nous donne des affaires, et nous devons les juger avec les textes existants » (propos rapporté par A. Thoraval, La citation contre Giscard en 1974 ? Une affaire de routine : entretien avec J. Hennion, Libération, 11 octobre 2000). Obéissant à une logique pénaliste et non pas constitutionnaliste, le juge entend ainsi soumettre les gouvernants à l'action de la justice pour les actes étrangers à l'exercice de leurs fonctions. La question de l'inviolabilité du Président ne présentait donc pas, à ses yeux, de difficulté. C'est pourquoi il observe que « non seulement cela n'a pas posé de problème à la chambre que je présidais, mais cela n'en a pas posé davantage au substitut du procureur, au procureur lui-même, qui était pourtant à l'époque un ancien directeur des affaires criminelles et des grâces, ou même au ministère de la Justice. C'était une affaire de routine. Personne n'est venu me parler de cette affaire pour tenter de me suggérer ce que je devais faire. Cette question n'a pas été soulevée, ni pendant le débat ni après. Et pas même par l'avocate de Valéry Giscard d'Estaing » (*ibid*.). Le jugement se montrera ainsi très bref à propos de la compétence du tribunal correctionnel : « Attendu que celle-ci n'a jamais été contestée par Valéry Giscard d'Estaing malgré son accession à la présidence de la République, les faits reprochés remontant au mois d'avril 1974 ; qu'ainsi la partie civile a saisi valablement la juridiction de droit commun » (*ibid*.).
4036 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, op.cit., 1980, p.969, note 85.
4037*Ibid*.
4038 *v.* O. Beaud, La République injuriée…, RDA, op.cit., p.16.
4039 M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., 1963, p.644.

polémique au sein de la doctrine constitutionnelle de la Vème République. La question relative à la protection des ministres s'avère moins controversée d'un point de vue scientifique.

B. Une réflexion constitutionnelle restreinte fortement consensuelle en matière de responsabilité pénale des ministres : la prédominance de la vision pénaliste

827. Jusqu'aux années 1990, la doctrine constitutionnaliste s'est peu préoccupée des questions liées à la responsabilité pénale des ministres pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions. Cette situation est liée à plusieurs facteurs, principalement institutionnels. Elle s'explique par le fait que la place éminente occupée par le Président de la République au sein des institutions de la Vème République conduit à placer au premier plan la problématique portant sur la responsabilité présidentielle et à reléguer, au second plan, les responsabilités des autres pouvoirs supérieurs[4040]. De plus, à la différence des IIIème et IVème République qui furent marquées par une forte instabilité gouvernementale, la Vème République apparaît, dès ses débuts, relativement stable grâce à la rationalisation du parlementarisme opérée par les constituants de 1958, et à l'émergence du fait majoritaire en 1962. Comme le démontre Pierre Pactet à la fin des années 1970 dans un article ayant fait date[4041], cette stabilité est si forte que la responsabilité des ministres, aussi bien politique que pénale, disparaît quasiment et devient anecdotique[4042]. En l'absence d'effectivité de cette responsabilité et d'exemples pratiques, le thème de la responsabilité pénale des ministres devant la Haute Cour de Justice est délaissé par les constitutionnalistes de cette période.

828. En outre, un dernier élément, de nature scientifique, justifie la place relativement secondaire de ce questionnement. Il s'avère que les difficultés liées au privilège de juridiction des ministres en matière pénale pour les actes liés à leurs fonctions semblent, pour l'essentiel, réglées. Alors que cette question avait suscité sous la IIIème République un fort dissensus entre les membres de la doctrine, un consensus scientifique s'est dessiné dans la science du droit constitutionnel de la IVème République autour de la thèse légaliste d'après laquelle le principe régissant la responsabilité des

4040 « Le Gouvernement qui, sous la IVème République, devait sa prépondérance à ce qu'il était l'émanation de la volonté parlementaire, se trouve placé en retrait dans nos institutions actuelles. Il demeure, certes, dans la dépendance du Parlement qui peut l'obliger à démissionner, mais il est plus encore dans la dépendance du Président puisqu'il lui doit son existence même » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.559).

4041 P. Pactet, L'évolution contemporaine de la responsabilité gouvernementale dans les démocraties pluralistes, in Le Pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau, Paris : LGDJ, 1977, p.202.

4042 En 1987, pour la première fois sous la Vè République, une résolution portant mise en accusation a été votée par les deux chambres. Elle visait M. Nucci, ancien ministre de la Coopération, qui était accusé de complicité de tentative de soustraction de fonds publics par dépositaire public, et de recel de fonds soustraits par dépositaire public, avec l'aide d'une association subventionnée par son ministère, Carrefour du développement (cf. G. Burdeau, F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 21è éd., op.cit., 1988, p.671). Mais la commission d'instruction a déclaré incompétente la Haute Cour en raison d'une loi d'amnistie qui couvrait des délits reprochés à l'ancien ministre, ce qui a « largement contribué à instiller, dans l'opinion publique, l'idée d'une impunité des gouvernants » (O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.431).

ministres devant la Haute Cour de Justice est celui de la légalité des délits et des peines. L'article 68 de la Constitution de 1958 couronne ce mouvement en disposant à l'alinéa 2 que « les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. (…) Dans les cas prévus au présent alinéa, la Haute Cour est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent des lois pénales en vigueur au moment où les faits ont été commis ». La doctrine, quasi-unanime, analyse cette disposition originelle, complétée par l'ordonnance du 2 janvier 1959, comme marquant la consécration de la thèse du droit commun (**1**).

829. C'est, en réalité, l'actualité politique et la jurisprudence judiciaire qui relancent, au cours des années 60, ce sujet de réflexion à propos d'une question particulière qui avait divisé la doctrine publiciste classique. Il s'agit du problème de la compétence juridictionnelle, entre la Haute Cour de Justice et les tribunaux répressifs ordinaires, pour connaître des actes délictueux commis par les ministres dans le cadre de leur fonctions. Il existe, en effet, un doute sur le sens à donner à l'alinéa 2 de l'article 68 de la Constitution que les constitutionnalistes jugent peu clair et imprécis[4043]. Or si la Cour de Cassation, dans sa décision fondatrice du 14 mars 1963, interprète cette disposition comme la reconnaissance d'une compétence *exclusive* de la Haute Cour de Justice pour juger tous les crimes et délits commis par les membres du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, et exclut toute possibilité de mettre en mouvement l'action publique pour le ministère public et les particuliers, la vision dominante de la doctrine constitutionnaliste est toute autre. Elle tient un discours favorable à la compétence *concurrente* de la juridiction d'exception et des tribunaux ordinaires, dénonçant les failles juridiques et constitutionnelles d'une conception extensive du privilège des ministres en matière pénale (2).

1. La persistance de la thèse légaliste en matière de responsabilité pénale des ministres devant la Haute Cour

830. La question de savoir si, dans sa fonction de répression, la juridiction politique peut ou non s'affranchir des règles du droit pénal commun a « toujours été au cœur du problème de la justice politique »[4044]. Or, à l'image de la science du droit constitutionnel de la IVème République, cette difficulté ne pose pas problème aux constitutionnalistes de la Vème République. Ce consensus scientifique se manifeste à travers la très faible production scientifique sur ce thème[4045]. Dans le

4043 Marcel Prélot juge que l'article 68 de la Constitution de 1958 est de « rédaction obscure » (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.683).
4044 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1047.
4045 Sur ce sujet, il est possible de recenser seulement la thèse de Pierre Desmottes. Cf. P. Desmottes, De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français, op.cit.

prolongement de la pensée constitutionnelle de la IVème République, ils s'accordent sur une conception *légaliste*. Loin de valider le précédent Malvy, ils jugent que la Haute Cour ne peut condamner les ministres que pour les crimes et délits prévus par la législation pénale en vigueur au moment où les faits ont été commis et selon les peines pénales correspondantes[4046].

831. Pour défendre cette position, ils observent tout d'abord que l'alinéa 2 de l'article 68 de la Constitution s'inscrit dans la lignée de l'article 56 de la Constitution de 1946. Comme le souligne Jean-Pierre Rougeaux, « le Constituant de 1958 ne modifie pas sur ce point l'œuvre de son prédécesseur puisque le principe *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, est expressément réaffirmé, du moins pour ce qui concerne les membres du Gouvernement par l'article 68 (...) »[4047]. En outre, la consécration du principe pénaliste de la légalité des délits et des peines en matière de justice politique à l'égard des ministres ressort de l'ordonnance portant loi organique sur la Haute Cour de Justice du 2 janvier 1959, née précisément pour empêcher tout scandale politique, comme l'affaire de l'ex-ministre de l'Intérieur Malvy[4048]. Sur le plan du droit procédural, celle-ci prévoit, en vertu des articles 24 et 32, que la procédure devant la Haute Cour de Justice est organisée par renvoi aux dispositions du Code de procédure pénale. Autrement dit, elle procède à une assimilation à la procédure de droit commun sous réserve de quelques dérogations[4049]. Ce faisant, la soumission de la Haute Cour de 1958 au droit commun se manifeste également sur un plan substantiel. L'article 26 alinéa 4 de l'ordonnance accorde à la Commission d'instruction, composée uniquement de magistrats judiciaires, la possibilité de ne pas renvoyer des accusés devant la Haute Cour si elle considère que les poursuites ne sont pas, en fait et en droit, fondées[4050]. De manière topique, cette garantie ne joue pas au profit du Président de la République en cas de haute trahison puisque la Commission d'instruction apprécie seulement « s'il y a preuve suffisante de l'existence des faits énoncés dans la résolution de mise en accusation et non la qualifications de ces faits » d'après l'article 25 alinéa 1. Le constituant de 1958 a bien pris le soin de distinguer les deux régimes, présidentiel et ministériel. La doctrine observe ainsi sans hésitation que le principe de la légalité des

4046 Cela signifie également que la Haute Cour de justice est soumise au principe de non-rétroactivité de la loi pénale. Duverger juge que l'ajout de l'expression « au moment où ils ont été commis » dans l'article 68 alinéa 2 à l'égard des ministres, conférant ainsi valeur constitutionnelle à ce principe, est peut être l'expression « des remords concernant les abus de la Haute Cour spéciale de l'ordonnance du 18 novembre 1944, à l'égard des membres du « Gouvernement de Vichy » » (M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.172) ; *v.* G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.1159 ; A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel, 7è éd., op.cit., 1980, p.1137 ; J. Chatelain, La nouvelle Constitution…, op.cit., p.151 ; A. Hauriou, Droit constitutionnel…, op.cit., 1967, p.782.
4047 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1048.
4048 « L'absence de règles de procédure précises a été source de tant de confusions, de maladresses et d'abus que, quatre ans après [l'affaire Malvy], la doctrine n'ayant pas réglé toutes les controverses nées du procès, se déchirait encore à coups d'articles » (A. Moreau, La haute trahison…, op.cit., p.1549).
4049 Sur ce point : J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1048-1049.
4050 Il s'agit, pour Jean-Pierre Rougeaux, d'« une garantie particulièrement importante du respect du principe de la légalité des délits et des peines, car on est tout de même en droit de penser que des magistrats professionnels, arrivés au sommet de la hiérarchie judiciaire, rejetteront, sans hésitations, toutes poursuites qui pourraient être, certes, politiquement fondées, mais qui seraient dépourvues de tout fondement pénal légal » (J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1048-1049).

délits et des peines est « particulièrement bien garanti par le statut de la Haute Cour »[4051]. Elle ajoute que le respect de ce principe rejaillit sur la nature de la Haute Cour qu'elle appréhende comme exclusivement un tribunal répressif d'exception lorsqu'il s'agit du jugement des ministres[4052], et non comme un organe hybride à l'égard du chef de l'État. Néanmoins, dans la continuité de la tradition doctrinale, la doctrine constitutionnaliste de la Vème République juge que la responsabilité pénale des ministres constitue le prolongement de leur responsabilité *politique*[4053] et ceci explique que certains de ses membres s'étonnent de la participation du Sénat à cette procédure[4054]. Mais, malgré cette carence, ils jugent opportun, dans l'ensemble, de prévoir le principe même d'une justice politique au regard de la tradition constitutionnelle française et du droit comparé[4055] et de ses bienfaits pour les accusés[4056], l'intérêt général[4057] et la magistrature[4058].

4051 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1048.

4052 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.1155. Vedel ajoute que « la responsabilité politique lui échappe, puisqu'elle est organisée d'autre part, devant l'Assemblée Nationale » (*ibid.*).

4053 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1035. André Hauriou et Jean Gicquel précisent que la Haute Cour de justice est « l'émanation du Parlement, dès lors qu'elle lui emprunte ses membres » (A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel, 7è éd., op.cit., 1980, p.1135). Toutefois, les auteurs soulignent qu'à l'image de la Haute Cour de la IVème République, la Vème République a « maintenu le principe d'une Haute Cour *distincte* des assemblées » (*ibid.*). De même, pour Chatelain, la Haute Cour est « une juridiction spéciale dans le fonctionnement de laquelle interviennent des instances politiques » (J. Chatelain, La nouvelle Constitution…, op.cit., p.149). Duverger observe en ce sens que l'organisation de la Haute Cour de 1958 est marquée par une « tendance à restreindre les pouvoirs du Parlement. Commission d'instruction et Parquet lui échappent tout à fait et sont entièrement, désormais, dans les mains de la Cour de Cassation », contrairement à la Constitution de 1946, ce qui empêcherait toute dégénération en responsabilité politique (M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.170; *v.* G. Vedel, Cours, op.cit., 1960, p.1154). En effet, chacune des deux chambres élit, dans son sein, au scrutin secret, douze membres titulaires et suppléants, la Cour étant composée de 24 membres. La Haute Cour désigne elle-même son Président et vice président. En outre, ses membres prêtent serment devant leur assemblées d'origine de se conduire en tout comme dignes et loyaux magistrats (article 3 de l'ordonnance du 2 janvier 1959). Enfin, ils peuvent être récusés dès l'ouverture des débats (article 6 et 7). La Commission d'instruction qui, en 1946, était composée à la fois de parlementaires et de magistrats, ne comprend plus que des magistrats. Elle est formée de cinq membres titulaires et de deux suppléants désignés, chaque année par le bureau de la Cour de cassation. Le ministère public est désormais par le Procureur général près de la Cour de cassation, assisté du premier avocat général et de deux avocats généraux à la même Cour désigné par lui (art 13). Sous la IVe République, le Procureur général et les deux avocats généraux étaient élus par l'Assemblée Nationale parmi ses membres.

4054 « On ne voit pas très bien ce que vient faire le Sénat dans la procédure de mise en accusation des ministres devant la Haute Cour puisque, précisément, les ministres ne sont pas politiquement responsables devant le Sénat » (J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1035) ; G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.1154.

4055 L'existence d'une justice politique « a été souvent contestée dans son principe même, mais en fait, aussi bien dans l'histoire constitutionnelle que dans le droit comparé, des institutions de justice politique se sont constamment rencontrées » (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., 1963, p.782) ; A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel, 7è éd., op.cit., 1980, p.1135 ; M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.192 ; J. Boulouis et M. Prélot, Institutions politiques…, 11è éd., op.cit., 1990, p.888.

4056 « Certains actes, dangereux pour l'État ou pour la nation, peuvent avoir des auteurs si haut placés qu'un tribunal ordinaire serait impuissant à leur égard. Ils peuvent aussi être d'un caractère tel qu'ils ne tombent pas sous l'emprise du droit commun. Il convient donc que des crimes d'une nature particulière, souvent accomplis de surplus par des hommes situés au faîte du pouvoir, aient des juges eux-mêmes d'un recrutement particulier » (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., 1963, p.782-783).

4057 « Il y a des faits exceptionnellement graves pour l'avenir de la Nation qui ne peuvent être jugés selon la morale et la législation courantes, qu'il est certaines fonctions ou certaines circonstances qui mettent un homme en état d'orienter toute la vie du pays » (J. Chatelain, La nouvelle Constitution…, op.cit., p.147).

4058 « Il n'est pas inutile d'être un homme politique pour apprécier si un ministre a trahi ou non les devoirs de sa charge. On comprend (…) qu'un magistrat, qui est assimilé pour sa carrière à un fonctionnaire, puisse redouter les conséquences personnelles de décisions frappant des personnages politiques puissants » (A. Hauriou, Droit constitutionnel…, op.cit., 1985, p.792) ; G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.1153.

2. La contestation doctrinale unanime de la jurisprudence judiciaire favorable à la compétence *exclusive* de la Haute Cour en matière de responsabilité pénale des ministres pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions

832. Au cours des années 1960, l'actualité politique place sur le devant de la scène le thème de la responsabilité pénale des membres du gouvernement pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions devant la Haute Cour de Justice. Plus précisément, elle est à l'origine d'un arrêt Frey c/ Blignières de la Cour de Cassation du 14 mars 1963 vivement discuté par la doctrine, relatif au problème épineux de la compétence concurrente ou exclusive de la Haute Cour pour connaître des crimes ou délits ministériels. D'après l'alinéa 2 de l'article 68 de la Constitution, la Haute Cour a compétence en ce qui concerne les ministres à deux conditions cumulatives : d'une part, il faut qu'il s'agisse de crimes ou délits qualifiés comme tels par la loi pénale au moment des faits, d'autre part, ces crimes ou délits doivent avoir été commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions. Saisie d'une affaire en ce sens, la Cour de Cassation est conduite à interpréter ces deux conditions. L'arrêt Frey marque le point de départ de la jurisprudence de la Cour de cassation dans ce domaine. En l'espèce, suite à l'attentat du Petit-Clamart survenu contre le général De Gaulle le 22 août 1962, le ministre de l'Intérieur de l'époque, M. Frey, met en cause un certain nombre de personnes. Une des personnes accusées, M. Blignières, engage alors des poursuites devant les tribunaux judiciaires contre le ministre pour délit de violation du secret de l'instruction et de publication de fausses nouvelles ainsi qu'un délit de diffamation. Sa plainte revient ainsi « à mettre en mouvement l'action publique contre un ministre »[4059]. La Cour d'appel déclare uniquement recevable la plainte en diffamation et rejette les autres plaintes pour incompétence[4060]. Adoptant une solution plus stricte, la Cour de Cassation juge pour sa part l'ensemble des plaintes irrecevables au motif de la compétence *exclusive* de la Haute Cour. Pour arriver à cette solution, elle se livre, dans un premier temps, à une interprétation des deux alinéas de l'article 68 de la Constitution, le premier prévoyant la faculté de mettre en accusation le Président pour cause de haute trahison uniquement devant la Haute Cour de Justice et le second alinéa relatif aux ministres disposant que la procédure qui « leur est applicable » est celle qui vaut pour le Président de la République. Recourant à une interprétation littérale des deux alinéas de l'article 68 qu'elle combine entre eux, la Cour de Cassation interprète « le mot « applicable » dans le sens de l'équivalence absolue du régime juridictionnel des ministres avec celui du Président de la République, c'est-à-dire dans le sens de la compétence exclusive de la Haute Cour (ou de l'incompétence exclusive des juges répressifs ordinaires) »[4061]. Or cette interprétation

4059 O. Beaud, La renaissance de la compétence concurrente pour juger pénalement des ministres, D., chr., n°17, 1998, p.177.
4060 CA Paris, 20 juin 1962, Gaz. Pal., 1962, 2, Jur., p.84.
4061 O. Beaud, La renaissance…, op.cit., p.177. Comme le note Jean Foyer, la Cour de cassation considère que la procédure de mise en accusation devant la Haute Cour est applicable aux ministres « avec le même caractère d'impérativité et d'exclusivité que celle qui s'attache au Président » (J. Foyer, Rép. pén. Dalloz, v° Haute Cour de justice, n° 47).

jurisprudentielle n'est pas demeurée sans critique de la part de la doctrine constitutionnaliste[4062], comme nous le verrons. Une fois tranchée la difficulté de sa compétence, il revenait à la Cour de Cassation de statuer, dans un second temps, sur la portée de cette compétence exclusive et sur la notion « d'actes commis dans l'exercice des fonctions » prévue par l'ancien article 68 alinéa 2 de la Constitution. Alors que la juridiction d'appel reconnaît la compétence des juridictions ordinaires pour le délit de diffamation en raison de sa spécificité et introduit donc une distinction entre les différents types de délits imputables aux ministres, la Cour de Cassation défend « la thèse de la portée maximale de la compétence exclusive de la Haute Cour en estimant que celle-ci est compétente dans tous les cas, c'est-à-dire, *quelle que soit la nature de l'infraction*, commise par les membres du gouvernement »[4063]. Elle affirme que les dispositions de l'article 68 de la Constitution « qui excluent, pour le ministère public et les particuliers, la possibilité de mettre en mouvement l'action publique et d'en saisir les juridictions, sont d'ordre général et absolu ; qu'elles s'appliquent, sans distinction, à toutes les infractions criminelles ou délictuelles, dont aurait pu se rendre coupable un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions »[4064]. À la lecture de cet attendu, la Cour de Cassation fait valoir une interprétation très extensive des « actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions ». Elle semble consacrer, à travers cet arrêt, la « théorie de l'indivisibilité des actes ministériels » selon l'expression d'Olivier Beaud : « c'est la seule qualité de « ministre » qui le fait échapper à la juridiction répressive ordinaire ; en d'autres termes, selon cette conception formelle (organique) des fonctions ministérielles, le rattachement des « actes » au ministre, à l'auteur de ces « actes » ou souvent même de ces « paroles », suffit à les faire entrer dans la catégorie des « actes accomplis dans l'exercice des fonctions » »[4065]. En fin de compte, par cet arrêt, le ministère public et les particuliers sont dans l'impossibilité de mettre en œuvre l'action publique et de saisir les tribunaux ordinaires de droit commun contre toute infraction criminelle ou délictuelle commises par un ministre dans l'exercice de ses fonctions[4066]. Cette jurisprudence très ferme sera confirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation jusqu'en 1993, et ce en dépit des tentatives ultérieures des juges du fond de remettre en cause la compétence exclusive de la Haute

4062 Comme le note Desmottes dans sa thèse, « l'adjectif « applicable » n'a, dans la langue française, ni un sens unique ni un sens très nettement déterminé » (P. Desmottes, De la responsabilité pénale…, op.cit., p.262). Dès lors, comme le note Jean-Pierre Rougeaux qui adopte un raisonnement pénaliste, « compte tenu du principe suivant lequel seules des dispositions claires et précises peuvent soustraire une personne aux règles du droit commun, spécialement aux règles du droit pénal commun, (…) il s'ensuivrait que la compétence de la Haute Cour à l'égard des ministres ne serait plus une compétence exclusive » (J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1040).
4063 O. Beaud, La renaissance…, op.cit., p.178.
4064 Cass. Crim., 14 mars 1963, Frey/Blignières, Bull. Crim., n°122 ; Gaz. Pal., 1963, 1, Jur., p.434.
4065 O. Beaud, La renaissance…, op.cit., p.178. Sur le rejet jurisprudentiel de toute distinction entre les actes ministériels : *ibid*., p.178-179 ; W. Jeandidier, L'irresponsabilité d'un ministre, JCP, 1987.I.3276-3277.
4066 M. Kamto, La responsabilité pénale des ministres, RD publ. 1991, p. 1271.

Cour[4067]. Mais cette solution jugée de « nouvelle dans le droit français »[4068] fait également largement réagir la doctrine constitutionnaliste de la Vème République contre laquelle elle porte de vives critiques[4069].

833. La doctrine constitutionnaliste note que le problème de la compétence exclusive ou non de la Haute Cour prend sa source, pour une large part, dans la rédaction défectueuse de l'article 68 alinéa 2 de la Constitution[4070]. Ayant le choix entre plusieurs interprétations possibles[4071], la Cour de Cassation a opté pour la lecture la plus stricte possible, c'est-à-dire l'interdiction de toute compétence concurrente entre la Haute Cour et les tribunaux répressifs de droit commun pour connaître des infractions commises par les ministres dans leurs fonctions. Or, la doctrine est unanime pour condamner cette position jurisprudentielle, tant d'un point de vue historique, juridique que constitutionnelle. Elle fait valoir, tout d'abord, que la thèse jurisprudentielle de la compétence exclusive de la Haute Cour est contraire, à la fois, à la tradition constitutionnelle et doctrinale française. Concernant le premier point, les constitutionnalistes soulignent que la compétence de la Haute Cour était, sous l'empire des Constitutions antérieures, « ordinairement facultative »[4072]. Comme le montrent l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 repris par l'article 57 de la Constitution de 1946, les juridictions répressives ordinaires étaient toujours compétentes, mais elles pouvaient être dessaisies par la chambre base au profit de la Haute Cour jusqu'au moment où l'arrêt de renvoi était rendu par la Chambre des mises en accusation[4073]. Les Constitutions précédentes ont ainsi adopté une solution plus nuancée par rapport à celle de la Cour de Cassation. D'ailleurs, la juridiction judiciaire l'avait déjà acceptée à l'encontre du ministre des travaux publics, Baihaut, dans un arrêt du 24 février 1893[4074]. De ce point de vue, Duverger estime que même si la

4067 L'arrêt Frey sera confirmé la même année par deux autres arrêts de la Cour de Cassation (7 mai 1963, Bull. crim. n° 166 ; 7 juin 1963, Gaz. Pal. 1963, 2, Jur. p. 283) ; 9 juillet 1984, 1er arrêt Ralite : Bull. Crim. N° 256 ; D. 1985, 78, note J.M.R. ; 2ème arrêt Ralite : Cass. crim. 28 mai 1986 : Bull. crim., n° 180 ; J.C.P. 1987, II, 20734, note Chambon ; De même, la Commission d'instruction de la Haute Cour reprendra ce raisonnement dans son arrêt du 5 février 1993 relatif à l'affaire du sang contaminé (Haute C. just., com. instr., 5 févr. 1993, D. 1993, Jur. p. 261, note Pradel ; Dr. pén., mars 1993, p. 5, note Maron ; B. Mathieu, La Haute Cour de justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un sabre de bois, RFDC, 1990, p.735-746).

4068 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1037.

4069 Cependant, Olivier Beaud juge que la doctrine constitutionnaliste de la Vème République ne s'est pas assez concentrée sur cette décision de la Cour de Cassation car celle-ci, estime-t-il, « a une tendance regrettable à s'intéresser exclusivement à la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou aux jurisprudences connexes à celle-ci. Cela explique probablement le fait que les arrêts récents de la Cour de cassation n'ont pas véritablement retenu son attention » (O. Beaud, La renaissance…, op.cit., p.177, note 1). Par ailleurs, la doctrine pénaliste a également commenté cet arrêt mais en se concentrant sur les aspects pénaux (abus de biens sociaux, prescription de ce délit, corruption, etc.).

4070 M. Prélot, Institutions politiques..., 2è éd., op.cit., 1961, p.681-682 ; A. Vitu, De la compétence de la Haute Cour de justice à l'égard des ministres, RSC, 1991, p.71 ; W. Jeandidier, L'irresponsabilité d'un ministre, op.cit., p.3276.

4071 Trois interprétations principales étaient possibles. La première, particulièrement restrictive, consistait à affirmer que les ministres relevaient des juridictions de droit commun pour toutes leurs infractions, à l'exception du seul cas de complot pour lequel ils seraient déférés, avec leurs complices, à la Haute cour. La seconde soutenait que la compétence de la Haute cour était, pour les ministres, concurrente de celle des juridictions de droit commun contrairement à la situation du chef de l'État. Autrement dit, si des poursuites devant la Haute Cour n'étaient pas mises en mouvement, les membres du gouvernement pouvaient être recherchés devant les tribunaux ordinaires. La troisième était celle contenue dans l'arrêt Frey de la Cour de Cassation de 1963.

4072 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1037.

4073 M. Prélot, Institutions politiques..., 2è éd., op.cit., 1961, p.681-682.

4074 Le ministre Baihaut fut jugé pour trafic d'influence commis dans l'exercice de ses fonctions dans l'affaire du

Constitution de 1958 emploie des formules un peu différentes de ces prédécesseurs[4075], ses dispositions n'interdisent pas expressément cette compétence concurrente et restent « restrictives à l'égard de la Haute Cour », comme le prouvent les travaux préparatoires qui n'ont pas entendu « rompre sur ce point avec la tradition établie »[4076]. Écartant toute lecture exégétique du texte, il souligne que l'article 68 de la Constitution doit être interprété à la lumière des principes supérieurs du droit constitutionnel, comme nous le verrons ci-dessous[4077]. En outre, d'un point de vue scientifique, si cette question avait entraîné une certaine division entre les membres de la doctrine publiciste classique, la solution de la compétence concurrente de la Haute Cour et des juridictions pénales de droit commun a été unanimement approuvée par la doctrine constitutionnaliste de la IVème République. Dans la lignée de cette position, les spécialistes du droit constitutionnel de la Vème République s'accordent également sur une position intermédiaire[4078]. Ils défendent de concert une lecture souple de l'alinéa 2 de l'article 68 de la Constitution. En effet, comme le note Duverger, « l'opinion de tous les auteurs de traités ou manuels de droit constitutionnel est-elle unanime (phénomène assez rare) : tous estiment que sous la Cinquième République, comme sous la Troisième et la Quatrième, les membres du gouvernement peuvent être poursuivis devant les juridictions ordinaires »[4079].

Panama, par la Cour d'assises de la Seine (S. 1893.1.217, D. 1893.1.393), alors que Malvy et Perret furent traduits pour les mêmes faits devant la Haute Cour.

4075 Il convient de remarquer une différence de rédaction entre les deux articles constitutionnels précités et l'article 68 alinéa 2 de la Constitution. Les premiers disposent que « les ministres *peuvent* être mis en accusation par la Chambre des députés... » [Nous soulignons]. Le verbe « pouvoir » qui exprime une possibilité et non une obligation, est absent de l'article 68 alinéa 2 de la Constitution de 1958 qui utilise plutôt l'indicatif valant impératif.

4076 M. Duverger, Un pays sans justice, Le Monde, 13 décembre 1961. Cet article porte sur la plainte déposée en 1961 par la torturée Djamila Boupacha contre le ministre des armées pour entrave à la justice. Ce dernier conteste les méthodes du juge d'instruction en charge de l'affaire et paralyse en pratique le cours de la justice, garantissant ainsi l'impunité aux tortionnaires.

4077 Pour Duverger, la rupture avec la tradition établie en faveur de la compétence partagée ne peut être qu'« expresse » (*ibid.*).

4078 Pour Vedel, cette tradition de la compétence concurrente « doit être maintenue malgré l'obscurité de l'article 68, alinéa 2. En effet, si ce texte dit que la procédure de mise en accusation (devant la Haute Cour) est applicable aux ministres pour les crimes et délits commis dans l'exercice des fonctions, elle ne dit pas qu'elle leur est seule applicable » (G. Vedel, Cours..., op.cit., 1960-1961, p. 1093). Cependant, il pourrait être « objecter qu'une tradition peut parfois être interrompue ; mais un texte ambigu, comme l'est l'alinéa 2 de l'article 68, suffit-il pour assurer qu'il y a rupture avec le passé ? » (A. Vitu, De la compétence de la Haute cour..., op.cit., p.72). Concernant les constitutionnalistes de la Vème favorables à la thèse de la compétence concurrente : G. Vedel, Débats : Du bon usage de la Haute Cour dans l'affaire du sang contaminé, face à une logique de l'absurde, trois règles devraient permettre de limiter les dégâts, Le Monde, 25 novembre 1992 ; M. Prélot, Institutions politiques..., 2è éd., op.cit., 1961, p.681-682 ; M. Duverger, Institutions politiques et droit constitutionnel, 5è éd., Paris : PUF, 1960, p. 662 ; M. Duverger, Le système politique français, 18e éd., op.cit., 1985, p. 437 ; A. Hauriou, Droit constitutionnel et institutions politiques, 5e éd., op.cit., p. 944 ; Les constitutionnalistes ne changeront d'ailleurs pas de position même après l'arrêt Frey : A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, 7è éd., op.cit., 1980, p.1137.

4079 M. Duverger, Un pays sans justice, op.cit. Il convient toutefois de noter que quelques auteurs ont défendu la thèse de la compétence exclusive de la Haute Cour de Justice mais ceux-ci sont exclusivement *pénalistes*. Leur position est le résultat d'une interprétation combinée de l'alinéa 2 de l'article 68 avec l'article 26 alinéa 3 de l'ordonnance du 2 janvier 1959. Comme le note André Vitu - qui fut favorable à la thèse inverse au départ -, « les articles 25 (al. 2 à 4) et 26 (al. 3) combinés de cette ordonnance indiquent à quelles conditions de procédure la compétence matérielle et personnelle de la commission d'instruction près la haute juridiction peut être élargie en cas de découverte, soit de faits nouveaux s'ajoutant à ceux déjà soumis à cette commission, soit de participants nouveaux (coauteurs ou complices) aux faits de complot contre la sûreté de l'État. De ces dispositions, il résulte bien que le complot n'est que l'un des chefs de compétence de la Haute cour : s'il eût été le seul, on voit mal comment il était possible de prévoir un élargissement de la compétence matérielle de la commission d'instruction à des faits nouveaux, sans doute très différents du complot qui aurait été visé dans sa saisine initiale (A. Vitu, De la compétence de la Haute cour…, op.cit., p.72). Un second pénaliste,

834. Mais l'interprétation qu'en fait la Cour de Cassation est inverse et tend à mettre fin à la compétence subsidiaire des tribunaux répressifs ordinaires. Or, ce choix jurisprudentiel est porteur, selon la doctrine, de graves conséquences juridiques et constitutionnelles qui constituent la deuxième série de critiques. D'une part, la compétence exclusive de la Haute Cour signifie que l'action publique ne peut plus être mise en action par le ministère public, ni par des particuliers, et que les membres du Gouvernement ne peuvent pas être jugés par les juridictions répressives ordinaires. Les poursuites contre les ministres ne peuvent donc s'exercer que devant la Haute Cour sur l'initiative des parlementaires[4080]. Or, comme le remarque Jean-Pierre Rougeaux, cette procédure est « très lourde »[4081] puisque celle-ci nécessite un vote préalable des Assemblées à la majorité absolue des membres les composant. Dès lors, la présente procédure rend « très difficile les poursuites pénales exercées contre les membres du Gouvernement à raison des crimes et des délits commis dans l'exercice de leurs fonctions »[4082]. C'est pourquoi Jean-Pierre Rougeaux estime que l'exclusivité de la compétence de la Haute Cour en la matière fait bénéficier les ministres d'« une sorte d'immunité pénale *de facto* »[4083]. Elle conduit *a fortiori*, selon Duverger, à une remise en cause profonde de l'État de droit, dont l'une des composantes est d'être un État juridictionnel[4084]. D'autre part, l'incompétence absolue des juridictions répressives ordinaires qui empêche toute action en justice des victimes serait contraire à deux principes essentiels du droit français selon la doctrine. Elle entraînerait non seulement pour Prélot une violation du principe d'égalité devant la loi et la

Pierre Chambon, défend également la validité de cette thèse en soutenant que la protection extensive reconnue par la Cour de Cassation aux ministres tient à la nécessité de ne pas entraver le libre exercice de leurs fonctions politiques par le juge judiciaire. Il affirme que « la nature politique des fonctions ministérielles est inséparable de la personne, qu'elle l'imprègne et donne, dès que le ministre agit en cette qualité, à tous ses actes, quel que soit leur objet, un caractère politique. La garantie instituée par l'article 68 de la Constitution demande ainsi à être étendue, plutôt que restreinte » (J.C.P. 1987, II, 20734, note Chambon). Il cite alors le jurisconsulte pénaliste Faustin Hélie qui écrivait sur ce sujet dans son Traité de l'instruction criminelle: « c'est une garantie politique : elle couvre la personne pour assurer l'exercice d'un droit ; elle suspend l'action judiciaire pour ne pas entraver l'action du Gouvernement (…) ; elle ne doit point être considérée comme un privilège (…) ; elle a pour but, non d'accorder une prérogative au rang ou à la position sociale, mais une protection au droit politique ». Et il ajoutait, parlant de la garantie politique en générale : « de ce que cette garantie est politique, on a été conduit à la déclarer *personnelle*, c'est-à-dire à l'étendre à tous les actes de la personne, soit que ces actes appartiennent à sa vie publique ou à sa vie privée. En effet, en matière politique, il est difficile de séparer, comme en matière administrative, la fonction et l'agent qui la remplit (…). *De là la nécessité, pour protéger la fonction, d'étendre la garantie à tous les actes de la personne, puisque les poursuites dirigées contre la personne, quelle qu'en fût la cause, auraient pour résultat de troubler ou de suspendre l'exercice même de la fonction* » (cité par *ibid*. [Nous soulignons]).

4080 Comme l'affirme la Cour de Cassation dans l'arrêt Frey, « un ministre ne peut être mis en accusation qu'en vertu d'une décision prise par les deux assemblées législatives et ne peut être jugé que par la Haute Cour de justice ; que ces dispositions, qui s'appliquent à toutes les infractions criminelles ou délictuelles dont aurait pu se rendre coupable un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions, excluent pour le ministère public et les particuliers la possibilité de mettre en mouvement l'action publique, et d'en saisir les juridictions répressives de droit commun » (cité par O. Beaud, La renaissance de la compétence concurrente…, op.cit., p.178).

4081 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1037.

4082 *Ibid*.

4083 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1037. Dans le même sens, Jeandidier estime que « les ministres jouissent d'une véritable immunité, si l'on sait que la haute Cour de justice par sa composition n'est pas la réalisation idéale pour assurer à la justice sa sérénité et sa dignité, sans compter que les obstacles procéduraux qui la caractérisent sont tels qu'ils évoquent le déni de justice » (W. Jeandidier, L'irresponsabilité d'un ministre, op.cit., p.327) ; *v.* également du même auteur : Les juridictions pénales d'exception dans la France contemporaine, J. C. P. 1985, 1, 31 73, n°6 à 9.

4084 « Une nation pourrait vivre avec des ministres prévaricateurs. Elle ne peut pas vivre sans justice. Si le gouvernement, au nom de la raison d'État, peut empêcher (…) les tribunaux de juger, il n'y a plus de sécurité ni de garanties pour personne. (…) Un pays sans justice est un pays où tout le monde est coupable » (M. Duverger, Un pays sans justice, op.cit.) ; W. Jeandidier, L'irresponsabilité d'un ministre, op.cit., p.327.

justice[4085] alors qu'en principe, « les privilèges, avantages exorbitants, ne peuvent qu'être de droit étroit »[4086]. Mais elle porterait également atteinte, pour Duverger, au principe démocratique du droit au recours en justice. Selon ce dernier, un régime démocratique s'oppose « à ce que les particuliers puissent être privés de tout moyen de recours direct permettant de mettre en jeu la responsabilité pénale des ministres »[4087] au risque de créer un déni de justice[4088]. C'est pourquoi les constitutionnalistes de la Vème République appellent à un revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation sur ce sujet[4089], qui interviendra sous l'impulsion de la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 réformant le mécanisme de la responsabilité pénale des ministres.

835. Plus généralement, au terme de cette étude, il est apparu que les membres de la doctrine constitutionnaliste sont très critiques à l'égard des régimes de responsabilité du Président de la République et des ministres, tels que façonnés par les constituants de 1958 et la jurisprudence judiciaire, dont ils soulignent les défaillances juridiques et constitutionnelles. Une même désapprobation doctrinale se manifeste vis-à-vis du statut dérogatoire des parlementaires.

§2. Les immunités parlementaires : un champ d'étude secondaire entre tradition et rupture

836. Au zénith dans le champ intellectuel sous les Républiques précédentes, le thème des immunités parlementaires perd largement de sa superbe à partir de la Vème République. Ce sujet, nettement en retrait par rapport à celui de la responsabilité du pouvoir exécutif, ne fait plus réellement partie du domaine d'investigation de la doctrine constitutionnaliste de la Vème République. La production scientifique qui lui est consacrée est minime, à part une thèse qui fera date[4090]. Comme le note Robert Pelloux, « la plupart des manuels récents de droit constitutionnel ne consacrent que des développements limités à l'inviolabilité parlementaire »[4091], et, plus

4085 M. Prélot, Institutions politiques..., 2è éd., op.cit., 1961, p.681-682.
4086 Jeandidier ajoute que « privilèges et immunités ne sont admissibles que s'ils sont sévèrement circonscrits (W. Jeandidier, L'irresponsabilité d'un ministre, op.cit., p.3277).
4087 M. Duverger, Un pays sans justice, op.cit.
4088 Olivier Beaud juge que la jurisprudence Frey de 1963 est à l'origine du précédent Nucci qu'il qualifie de « lamentable épisode » dans la mesure où la Haute Cour s'étant déclarée incompétente pour juger le ministre en raison d'une loi d'amnistie, aucun recours n'a été possible devant les juridictions répressives ordinaires (O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.431). Dès lors, nombre de citoyens ont eu « le sentiment que le dénouement de cette affaire était le résultat de tractations politiques menées aux dépens de la justice républicaine » (M. Kamto, La responsabilité pénale des ministres…, op.cit., p.1303).
4089 J.-P. Rougeaux, La Haute Cour…, op.cit., p.1040-1041 ; W. Jeandidier, L'irresponsabilité d'un ministre, op.cit., p.327.
4090 G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire en droit français, LGDJ, 1966. Dans la préface de cette thèse, Robert Pelloux juge que celle-ci constitue « un véritable traité théorique et pratique de l'inviolabilité » (R. Pelloux, Préface, *in* G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire en droit français, LGDJ, 1966, p.I.).
4091 R. Pelloux, Préface, *in* G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire en droit français, op.cit., p.I.

généralement, aux immunités parlementaires. Cette situation est liée, en partie, à une raison institutionnelle tenant à la place secondaire occupée par le pouvoir législatif dans l'architecture des pouvoirs du nouveau régime[4092]. Elle correspond à la volonté des constituants de 1958 de rationaliser le régime parlementaire pour réagir aux dérives de la IIIème et IVème République[4093]. L'avènement du fait majoritaire au cours du régime de 1958 participera également à la dévalorisation du Parlement qui n'est plus qu'un théâtre d'ombres[4094]. Sous la domination du pouvoir exécutif dès le début du régime, les parlementaires ont donc moins à redouter les exactions de sa part. Comme le souligne Cécile Guérin-Bargues, « à partir du moment où les règles du parlementarisme rationalisé ont notamment pour effet de limiter très nettement la capacité du Parlement à entraver la politique gouvernementale, le risque est bien moindre de voir le pouvoir exécutif porter atteinte au bon fonctionnement des assemblées par l'intermédiaire de procédures judiciaires injustifiées, orchestrées à l'encontre de ses opposants »[4095].

837. Ce désintérêt s'explique également par une raison d'ordre scientifique. Consacrées par quasiment l'ensemble des Constitutions françaises selon des modalités qui ont peu changé, les immunités parlementaires apparaissent comme un thème de réflexion largement rebattu au point d'être, en quelque sorte, épuisé. Les constitutionnalistes de la Vème République ne font donc pas preuve d'originalité en la matière et réitèrent, schématiquement, les éléments de présentation largement entendues relatifs aux protections exorbitantes des parlementaires. Ils présentent, de manière classique, les immunités parlementaires comme une tradition constitutionnelle française séculaire[4096], ce qui assoit par là-même leur légitimité. Néanmoins, la thèse de Gérard Soulier et la jurisprudence du Conseil Constitutionnel conduisent conjointement à une remise en cause de ce discours traditionnel (**A**).

838. Mais, à l'image de la littérature constitutionnelle de la IVème République, les constitutionnalistes de la Vème République adoptent un discours critique à l'égard des statuts dérogatoires des parlementaires. L'époque contemporaine voit en effet ressurgir les contestations à

4092 Comme le note André Hauriou, à partir de la Vème République, « il est mis fin au phénomène de la transposition de la Souveraineté nationale en Souveraineté parlementaire, qui trouve ses racines dans l'idéologie révolutionnaire et qui avait été, en fait, mis en application dès la Constitution du 3 septembre 1791. Ce système s'est ensuite épanoui, au-delà de la période révolutionnaire, avec la Constitution de 1875, depuis le 16 mai 1877, et tout au long de la IVème République. Mais, désormais, le Parlement n'est plus l'incarnation de la Souveraineté nationale ; c'est seulement un Pouvoir constitué, placé, du reste, par rapport au Gouvernement, dans une position d'infériorité,car, dans l'ensemble, son fonctionnement est subordonnée au contrôle de ce dernier » (A. Hauriou, Droit constitutionnel…, op.cit., 1967, p.715).
4093 J. Charlot, La Ve République : une mutation politique, Pouvoirs, n°4, 1982, p.107-116.
4094 A. Chandernagor, Un Parlement, pour quoi faire ?, Paris : Gallimard, 1967 ; J. Benetti, Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la Ve République, thèse dactyl., Université Paris 1, 2004, 468 p. ; J. Benetti, L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (Réflexions sur le régime parlementaire de la Ve République), LPA, n°138, 10 juillet 2008 ; J.-C. Zarka, Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle-majorité parlementaire sous la Vè République (1986-1992), Paris, LGDJ, 1992.
4095 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires…, op.cit., p.365.
4096 M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1968, p.117 ; M. Duverger, Institutions politiques…, 5è éd., op.cit., 1960, p.585.

l'encontre, principalement, de l'inviolabilité parlementaire consacrée à l'article 26 de la Constitution de 1958. La doctrine dénonce la dénaturation de ce mécanisme par les parlementaires qui ont tendance à l'appréhender de manière extensive, au point d'en corrompre le principe en le transformant en privilège personnel (**B**).

A. Un discours doctrinal traditionnel en proie à des remises en question

839. Depuis la Révolution française, les immunités parlementaires bénéficient d'une réelle continuité dans la législation constitutionnelle interne. Dans cette perspective, les juristes de droit constitutionnel, sous la Vème République, conçoivent les statuts dérogatoires des parlementaires comme un héritage révolutionnaire ancien enraciné dans le droit constitutionnel français dont leur pérennité démontre la nécessité. Comme l'affirme Trotabas, « le statut des membres des assemblées législatives s'est élaboré à travers une tradition parlementaire qui est maintenant bien établie : la Vè République confirme, dans son ensemble, le régime fixé depuis 1875 »[4097].

840. En ce sens, la Constitution de 1958 reconnaît et distingue, de façon traditionnelle, à l'article 26[4098] les deux volets des immunités parlementaires : l'irresponsabilité et l'inviolabilité[4099]. La doctrine se livre à une analyse dogmatique de cette disposition. Son discours se veut essentiellement descriptif, même si l'inviolabilité fait l'objet, au contraire, d'une véritable théorisation dans la thèse de Gérard Soulier. À cet égard, la souveraineté nationale étant un principe cardinal de la Constitution de 1958[4100] même si elle coexiste avec des procédés de démocratie directe[4101], les auteurs de droit constitutionnel opèrent logiquement une liaison entre le régime représentatif et les

4097 L. Trotabas, Manuel de droit public…, 12è éd., op.cit., 1961, p.66.
4098 Article 26 de la Constitution (version en vigueur du 5 octobre 1958 au 5 août 1995) : Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions. - Aucun membre du Parlement ne peut, pendant la durée des sessions, être poursuivi ou arrêté en matière criminelle ou correctionnelle qu'avec l'autorisation de l'assemblée dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit. - Aucun membre du Parlement ne peut, hors session, être arrêté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit, de poursuites autorisées ou de condamnation définitive. - La détention ou la poursuite d'un membre du Parlement est suspendue si l'assemblée dont il fait partie le requiert.
4099 Comme le note le commissaire du gouvernement M. Janot lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1958, « l'article 24 [le futur article 26 de la Constitution] reprend les dispositions classiques en matière d'immunité parlementaire » (cité *in* Travaux préparatoires de la Constitution. Avis et débats du Comité Consultatif Constitutionnel, La Documentation française, 1960, p.45). Le seul petit point de discorde porte sur la reconnaissance par un amendement d'une inviolabilité hors session pour les parlementaires sauf autorisation du bureau de l'assemblée dont il fait partie. Un commissaire du gouvernement (anonyme) déclare : « personnellement, je trouve fâcheuse une telle disposition : elle risque de donner l'impression que l'immunité parlementaire est faite dans l'intérêt du parlementaire, alors qu'elle ne l'est que dans l'intérêt du Parlement. Le parlementaire ne doit pas être privilégié par rapport aux autres citoyens que dans la mesure où ce privilège est indispensable au fonctionnement du Parlement. L'adoption de l'amendement renforcerait un antiparlementarisme très regrettable au moment où le gouvernement vous présente une Constitution qui est parlementaire » (*ibid*., p.96). L'amendement sera rejeté.
4100 Comme le rappelle le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, « la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale » (*ibid*., considérant 6).
4101 L. Trotabas et P. Isoart, Droit public, 22è éd., op.cit, p.16.

immunités parlementaires dans leur ensemble. Ils sont amenés, en effet, à accorder aux deux privilèges une justification identique qui réside dans la nécessité d'assurer le libre exercice du mandat parlementaire[4102], exigence qui leur confère un caractère d'ordre public. Néanmoins, malgré leurs ressemblances, ils opèrent une claire distinction entre les deux mécanismes et soulignent la spécificité de chacun d'entre eux[4103]. En ce qui concerne l'*irresponsabilité*, cet outil juridique est présenté comme une garantie primordiale destinée à préserver la liberté d'expression des parlementaires à raison des actes accomplis dans le cadre de leur mandat, même si un doute doctrinal demeure sur l'étendue et la nature exacte de cette protection. Généralement, la plupart des constitutionnalistes durant la Vème République lui confèrent une portée étendue (**1**). Pour ce qui est de l'*inviolabilité*, elle est appréhendée classiquement comme un dispositif visant à protéger la personne du parlementaire des entraves qui pourraient être apportées à l'exercice de son mandat à propos de ses actes extérieurs, justifiant à leurs yeux son caractère temporaire et relatif. Mais, tout en reconnaissant son utilité, la majorité des spécialistes de droit constitutionnel font preuve de davantage de sévérité à son encontre dans la mesure où ils se représentent ce mécanisme comme une dérogation au droit commun. L'originalité de la pensée de Gérard Soulier, qui reste ultra-minoritaire, consiste à abandonner cette optique et à le percevoir, au contraire, comme une institution constitutionnelle de droit commun (**2**).

1. Le renouvellement de la problématique de l'irresponsabilité parlementaire sous l'influence de la jurisprudence constitutionnelle

841. La doctrine de la Vème République loue largement l'institution du principe traditionnel de l'irresponsabilité à l'égard des parlementaires dans la Constitution de 1958[4104]. Rattachée de manière classique au mandat représentatif[4105], elle la voit comme « une institution normale et nécessaire du régime représentatif »[4106]. Toutefois, si elle est d'accord sur son principe même, la décision du 7 novembre 1989 du Conseil Constitutionnel relance le débat scientifique, d'une part, sur son champ d'application réel. Si le critère fonctionnel est jugé opportun pour tracer la ligne de démarcation de l'irresponsabilité, la plupart des constitutionnalistes sont opposés à la conception stricte de ce critère mis en avant par le juge constitutionnel (**a**). D'autre part, ils contestent la représentation qu'il se fait

4102 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.981.
4103 « Ces immunités, encore que le singulier soit quelquefois employé, sont au nombre de deux, et chacune d'elles a un but et un régime juridique absolument propres » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.981).
4104 M. Duverger, Institutions politiques…, 10è éd., op.cit., 1968, p.598.
4105 Burdeau note cependant que l'indépendance du parlementaire est relative « car elle dépend de la rigueur de la discipline dans le parti auquel il appartient » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1964, p.629). Sur la remise en cause de la conception abstraite et purement juridique de la représentation : J. Chatelain, La nouvelle Constitution, op.cit., 1959, p.90.
4106 L.-V Fernandez-Maublanc, Le champ d'application de l'irresponsabilité parlementaire, L.P.A., n°47, 1990, p.8.

de la nature de ce privilège, en ce qu'il l'envisage comme une exception au principe d'égalité devant la loi et non comme un principe constitutionnel à part entière (**b**).

a. L'opposition doctrinale à propos du champ d'application de l'article 26 alinéa 1 de la Constitution

842. L'étude de la littérature constitutionnelle de la Vème République montre que l'irresponsabilité parlementaire, visée par l'article 26 alinéa 1 de la Constitution, est perçue par la doctrine comme un dispositif indispensable dans le droit constitutionnel français actuel. Son caractère absolu résulte, pour elle, de son fondement qui n'a pas changé depuis sa naissance. Il s'agit, à travers cet artefact juridique issu du droit révolutionnaire[4107], de permettre, aux parlementaires, en tant de représentants de la Nation, de disposer de la liberté d'expression la plus large possible et, par là-même, de remplir leur mandat en toute indépendance[4108]. De manière traditionnelle, les auteurs de droit constitutionnel établissent un lien entre l'irresponsabilité et la théorie de la souveraineté nationale, consacrée notamment par les articles 3 et 27 de la Constitution de 1958. Comme le note Vedel, « il convient que le parlementaire qui concourt à l'expression de la volonté nationale ne soit pas, dans cette expression, bridé par une règle de droit quelconque, fût-ce une règle de droit pénal »[4109]. Sa volonté étant suprême et première, dotée d'un pouvoir de création et d'abrogation du droit, il est nécessaire qu'« il puisse ne pas être soumis dans l'exercice de ses fonctions aux limitations qu'imposerait normalement la loi existante »[4110]. En ce sens, les constitutionnalistes de la Vème République continuent en quelque sorte de présenter l'irresponsabilité parlementaire comme l'expression de la prééminence institutionnelle du Parlement à l'égard des pouvoirs, qui interdit « toute idée de subordination de l'instance représentative à une autre autorité étatique »[4111]. Or cette présentation peut apparaître paradoxale dans le cadre d'un système présidentialiste et d'un État constitutionnel comme l'est la Vème République. Quoi qu'il en soit, il s'avère que le fondement donnée par la majorité des spécialistes du droit constitutionnel à l'irresponsabilité parlementaire repose sur une justification plus théorique, que pratique. Ce faisant, les raisons d'être de cette protection exorbitante expliquent, pour eux, ses caractères : elle possède un caractère absolu,

4107 T. S. Renoux, Immunités et parlementaires chargés de mission: plaidoyer pour une cause défunte, RFDC, n°2, 1990, p.240.
4108 « Le député et le sénateur doit pouvoir exprimer et défendre sa conception propre de l'intérêt général sans redouter les conséquences personnelles de ses actes publics. Lorsqu'il parle, lorsqu'il écrit, lorsqu'il vote, il est nécessaire qu'il agisse sous les seules inspirations de sa raison et de sa consciences » (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.1963, p.708) ; M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.99 ; G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1964, p.635.
4109 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.981.
4110 *Ibid*. Vedel donne plusieurs exemples : « Telle déclaration qui de la part d'un citoyen ordinaire constituerait, par exemple, une diffamation, une excitation de militaires à la désobéissance, un appel à l'émeute est, dans la bouche du parlementaire et dans l'exercice de ses fonctions, couvert par une immunité absolue » (*ibid*.).
4111 *Ibid*.

permanent et perpétuel[4112]. En revanche, les auteurs soulignent que son irresponsabilité n'est pas un obstacle à un encadrement par ses pairs, chaque membre relevant de la discipline intérieure de l'Assemblée à laquelle il appartient[4113].

843. En outre, les fondements de l'irresponsabilité conditionnent également aux yeux de la doctrine de droit constitutionnel de cette période l'étendue de cet avantage. À cet égard, ils considèrent que le champ de l'irresponsabilité est « limité »[4114], dans la mesure où il ne recouvre que les *actes que le parlementaire accomplit dans l'exercice de ses fonctions,* c'est-à-dire selon les termes de l'article 26 alinéa 1, l'expression de ses opinions ou votes. *A contrario, p*our les actes accomplis en dehors de l'exercice des fonctions, le député rentre dans le droit commun. Mais ce critère de l'exercice des fonctions parlementaires, qui a pu poser problème à la science du droit constitutionnel sous les Républiques précédentes, ne soulève pas de difficulté particulière pour ses membres durant la Vème République. Comme le note Didier Baumont, « l'affaire semble entendue et la plupart des manuels contemporains ne font que peu de cas de la notion d'irresponsabilité parlementaire, ne lui consacrant au plus que quelques lignes de développement »[4115]. La doctrine constitutionnaliste note, tout d'abord, que l'irresponsabilité parlementaire ne bénéficie qu'*aux membres des assemblées parlementaires*, députés et sénateurs confondus. Autrement dit, c'est la qualité intrinsèque de parlementaire qui octroie cette protection[4116]. *A contrario*, dans la mesure où elle constitue une immunité personnelle, cette assertion signifie que le parlementaire agissant comme un simple particulier rentre dans le droit commun, sous réserve de son inviolabilité. Mais la doctrine ajoute que ce critère organique n'est pas suffisant. Encore faut-il que l'acte en question ait été commis dans « l'exercice des fonctions du parlementaire ». Un acte commis dans l'exercice de ses fonctions est-il déterminé par un critère *spatial*, c'est-à-dire un acte commis dans l'enceinte parlementaire, ou un critère *matériel*, c'est-à-dire un acte réalisé dans l'exercice de ses missions indépendamment du lieu ?

844. Sur ce point, il apparaît que la grande majorité des constitutionnalistes de la Vème République privilégient un critère matériel[4117]. Le lieu apparaît comme un critère inopérant pour

4112 L'irresponsabilité parlementaire supprime l'élément légal de l'infraction tant sur le plan civil et pénal. Mais un débat en doctrine s'est élevé sur l'extension de l'irresponsabilité en matière de sanction disciplinaire, après que le député et général Stehlin ait été sanctionné en novembre 1974, pour la diffusion à l'étranger d'une note relative à la politique aéronautique de la France et manquement à l'obligation de réserve. Sur ce point : C. Bidegaray, Sur une lacune du droit parlementaire : L'affaire Stehlin, RDP, 1975, p.751.
4113 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.982.
4114 *Ibid*., p.981.
4115 D. Baumont, Liberté d'expression et irresponsabilité des parlementaires, op.cit., p.36.
4116 « La protection ne couvre que le parlementaire lui-même. Elle ne s'étend ni aux personnes qui sont à son service, ni, le cas échéant, à ses complices. Elle ne couvre ni son lieu de travail, ni son domicile » (M. Prélot, Institutions politiques…, 11è éd., op.cit., 1990, p.800).
4117 « Le parlementaire retombe sous l'application du droit commun dès que l'acte n'est plus motivé par l'exercice direct de la fonction » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.625) ; M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.99 ; L. Trotabas, Manuel…, Manuel…, op.cit., 1982, p.85.

fixer les limites de l'irresponsabilité. Un acte commis à l'extérieur de l'hémicycle par un député peut être couvert par l'irresponsabilité, et, à l'inverse, un acte réalisé dans l'assemblée peut le priver de cette protection[4118]. Toutefois, les difficultés ne sont pas encore toutes surmontées lorsque la doctrine fait le choix du critère matériel. Que signifie exactement la condition d'« exercice des fonctions parlementaires » ?

845. Les constitutionnalistes de la Vème République observent que la difficulté pour définir cette notion tient au fait que le travail parlementaire, à partir de 1958, a évolué et s'est diversifié, d'autant plus que « les lieux de l'exercice des fonctions sont devenus multiples »[4119]. Dès lors, « fonctions et lieux d'exercice ne peuvent plus être définis aussi facilement que sous les régimes précédents »[4120]. Plus exactement, les parlementaires ayant été privés de leurs prérogatives traditionnelles par la rationalisation du parlementaires, leurs missions se sont déplacées. Dans cette optique, la majorité des constitutionnalistes, dès le début de la Vème République, plaident en faveur d'une conception *étendue* du critère fonctionnel. Ils sont favorables à donner un sens extensif à la notion d'« actes que le parlementaire accomplit dans l'exercice de ses fonctions »[4121]. Pour Prélot, « l'activité parlementaire doit être entendue au sens large, c'est-à-dire qu'elle englobe tout ce qui a trait à l'exercice des fonctions »[4122]. Elle englobe ainsi non seulement « l'activité en séance plénière, mais couvre aussi les réunions de groupe et de commission, ainsi que les missions à l'extérieur »[4123], dès lors du moins qu'elles sont ordonnées par l'assemblée[4124]. Par contre, la doctrine encadre ce critère dans la mesure où l'irresponsabilité couvre tous les actes de la fonction parlementaire, mais uniquement ces actes. Dès lors, demeurent du domaine du droit commun pour la doctrine les propos

4118 « Demeurent du domaine du droit commun, c'est-à-dire sont susceptibles de donner lieu à poursuites, les propos tenus à titre privé dans l'enceinte de l'Assemblée ailleurs qu'en séance » (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.1963, p.709). De même, pour Vedel, le parlementaire « n'est pas davantage couvert s'il frappe un de ses collègues, fût-ce en séance, car des coups ne sont ni un vote, ni l'expression d'une opinion et ne correspondent pas à l'exercice de la fonction » (G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.981.). Dans le même ordre d'idées, André Hauriou et Jean Gicquel rappellent l'arrêt *Jannès* du Conseil d'État du 28 mars 1969 par lequel il a décidé qu'un fonctionnaire pris à partie au cours d'une séance publique par un parlementaire a droit à obtenir réparation du préjudice causé, fût-ce à titre symbolique, non pas de celui-ci, mais de l'État, en application du statut général de la fonction publique (*v.* A. Hauriou et J. Giquel, Droit constitutionnel…, 7è éd., op.cit., p.1061 ; AJDA, 1969. II, p.504, note V. Silvera).

4119 D. Baumont, Liberté d'expression et irresponsabilité des députés, op.cit., p.37. Baumont estime que « le Palais-Bourbon, s'il demeure le haut lieu de l'action parlementaire, n'en est plus l'endroit exclusif.

4120 *Ibid*.

4121 À travers cette disposition, il s'agit de protéger « les discours tenus dans le sein de l'une ou l'autre des deux Chambres ; les rapports ou toutes autres pièces imprimées par l'ordre de l'une ou l'autre des deux Chambres ; le compte-rendu des séances publiques des deux Chambres fait de bonne foi dans les journaux (loi du 29 juillet 1881 modifiée par l'ordonnance du 17 novembre 1958, art.9) » (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.1963, p.709). Les auteurs ajoutent également les propositions de loi émanant des parlementaires ainsi que, plus généralement, tout document imprimé sur ordre des Chambres.

4122 M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.1963, p.709.

4123 *Ibid*. Il dira plus tard que « l'exercice des fonctions doit être entendu de manière *compréhensive* » (M. Prélot, Institutions politiques…, 11è éd., op.cit., 1990, p.801.[Nous soulignons]).

4124 C.A. Paris, 31 janvier 1901. D. 1903, 2.189. Toutefois, si l'irresponsabilité assure une protection large aux parlementaires, elle n'entraîne pas pour la doctrine l'impunité totale, puisque dans le cadre de leurs actes ou interventions en séance publique, les députés restent toujours soumis à l'exercice du pouvoir disciplinaire prévu par le règlement de l'Assemblée.

tenus lors d'une réunion publique, d'une campagne électorale[4125] ou d'une émission télévisée[4126] ou dans les colonnes d'un journal[4127] ou, à l'occasion d'une voie de fait commise sur un journaliste ou un tiers[4128] ou, à l'occasion de l'exercice d'autres activités que celles de parlementaires[4129], qui ne sauraient être couverts par l'irresponsabilité, étant donné qu'ils ne sont pas des actes manifestant l'exercice d'une fonction parlementaire.

846. Cette question est relancée à la fin des années 1980 suite à l'adoption par le Parlement d'une proposition de loi tendant à compléter l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la pression afin d'étendre aux *parlementaires en mission temporaire* en application de l'article L.O. 144 du Code électoral, le régime d'irresponsabilité prévu par le premier alinéa de l'article 26 de la Constitution. Il s'agit, en réalité, d'une loi de circonstances destinée à protéger essentiellement un député, M. Vivien, auteur d'un rapport sur les « Sectes en France » qui avait été l'objet de diverses actions en diffamation. Alors qu'une commission ad hoc de l'Assemblée Nationale avait refusé la demande de levée de son immunité parlementaire au motif que les dispositions de l'alinéa 1er de l'article 26 de la Constitution s'appliquent aux travaux réalisés par les parlementaires en mission, le Tribunal correctionnel de Paris, puis la Cour d'appel par arrêt du 11 mars 1987[4130] sont d'un avis contraire et jugent que l'irresponsabilité de l'article 26 alinéa 1 ne couvre que les votes, discours ou opinions émis dans l'exercice des fonctions de députés, et ne saurait, par conséquent, s'appliquer dans le cas d'un rapport établi par un parlementaire sur demande du gouvernement. En réaction, le législateur décide par la proposition précitée que désormais « ne donnera lieu à aucune action le rapport d'un parlementaire établi pour rendre compte d'une telle mission ». Il s'agit d'étendre l'irresponsabilité aux parlementaires chargés d'une mission par le gouvernement pour les rapports qu'ils établissent. Saisi par l'opposition, le Conseil Constitutionnel est amené à se pencher sur le problème du champ d'application de l'irresponsabilité parlementaire. Il rend une décision qui s'attire les critiques d'une partie de la doctrine. Il décide que les missions dévolues aux parlementaires, en vertu des dispositions précitées, ne traduisent pas l'exercice de la fonction parlementaire et que, dès lors, les rapports établis pour rendre compte de ces missions ne peuvent bénéficier de l'immunité prévue par l'article 26 alinéa 1er de la Constitution. Cependant, le parlementaire en mission continue d'avoir la qualité de membre du Parlement et, à ce titre, il bénéficie de l'inviolabilité parlementaire.

4125 « À l'issue d'une campagne électorale, les condamnations d'un député pour diffamation ne sont pas rares » (P. Avril et J. Gicquel, chr., Pouvoirs, n°6, 1978, p.206).
4126 L'irresponsabilité ne couvrant que les actes se rattachant à l'exercice du mandat, le parlementaire Gaston Defferre a été condamné pour injures proférées à l'occasion d'une émission de télévision, à l'égard d'un journaliste.
4127 Le président de la commission des lois à l'Assemblée Nationale, Jean Foyer, a été poursuivi en diffamation par le Syndicat de la Magistrature à propos d'un article intitulé « Des juges contre la justice » dans le quotidien *Le Figaro*.
4128 « Une manifestation d'humeur à l'égard d'un collègue relève du régime des sanctions disciplinaires prévues au règlement de chaque assemblée » (A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, 7è éd., op.cit., 1980, p.1061).
4129 Pour Prélot, les opinions d'un parlementaire « membre d'une assemblée administrative (conseil général ou conseil municipal » ne sont pas couvertes par l'irresponsabilité même si dans ce cas, « il n'est pas d'usage d'entamer des poursuites » (M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., p.1963, p.709).
4130 LPA, 15 décembre 1989, note critique C. Bigaut.

Les motifs du Conseil Constitutionnel pour censurer la loi relative à l'immunité parlementaire, opérée par la décision n°89-262 DC, ont particulièrement retenu l'attention de la doctrine constitutionnaliste.

847. Le premier motif mis en avant par le Conseil Constitutionnel repose sur une interprétation littérale de l'article 26 de la Constitution qui a pour effet de cantonner le champ de l'irresponsabilité aux opinions et votes émis dans l'exercice des fonctions parlementaires. Or, en l'occurrence, une mission effectuée à la demande du gouvernement est, pour le juge constitutionnel, un acte étranger à l'exercice de ses fonctions. Elle n'est pas la traduction du mandat législatif puisqu'« une telle mission peut être confiée à une personnalité qui n'appartient pas au Parlement »[4131]. À cet égard, si la doctrine adhère à l'utilisation faite par le Conseil Constitutionnel d'un critère *fonctionnel* pour fixer la ligne de démarcation de l'irresponsabilité parlementaire, et non pas d'un critère seulement organique ou spatial, certains en contestent l'interprétation stricte. À leurs yeux, l'analyse de la « fonction parlementaire », telle qu'elle est retenue par le Conseil Constitutionnel, est doublement réductrice. *D'une part*, le Conseil Constitutionnel a une conception abstraite de cette notion. Comme le note Thierry-Serge Renoux, « la fonction parlementaire n'est pas assimilable à la fonction législative. L'un concerne le député ou le sénateur, l'autre le Parlement. La fonction parlementaire recouvre une réalité non seulement constitutionnelle mais également législative, voire réglementaire (telle que fixée par les règlements intérieurs des assemblées, couvrant un champ très étendu : travail en commission – non exclusivement affectés à l'œuvre législative -, participation à l'administration des assemblées, travaux d'études et d'information qui ne concernent pas exclusivement l'action gouvernementale... »[4132]. En ce sens, les adversaires de cette décision considèrent que le juge constitutionnel n'a pas pris en compte les évolutions qu'ont subi « les fonctions parlementaires » depuis le début de la Vème République : « les fonctions du parlementaire moderne ne se limitent (…) pas à une présence, dans l'hémicycle, lieu où il passe finalement le moins de temps, mais s'accomplissent de plus en plus fréquemment en dehors de l'enceinte même du Parlement »[4133]. *D'autre part*, ils remarquent que les textes qui régissent l'irresponsabilité parlementaire emploient l'expression « fonctions parlementaires » au pluriel, ce qui « semble inviter à retenir une interprétation large de la notion »[4134]. En ce sens, le critère tiré des conditions de désignation du parlementaire chargé de mission, en l'espèce par le gouvernement et

4131 L-V. Fernandez-Maublanc, Le champ d'application de l'irresponsabilité parlementaire, LPA, n°47, 1990, p.8. Le Conseil Constitutionnel rejoint en cela la position constante de la Cour de Cassation (Cass. Crim, Forni c/ Association professionnelle des magistrats, 7 mars 1988, n°87.80.931 ; Cass. Crim. 12 août 1987, n°86-96-533).
4132 T. S. Renoux, Immunités et parlementaires chargés de mission..., op.cit., p. 239.
4133 *Ibid*. Dans la période récente, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est montrée plus restrictive encore en posant en principe que seules les activités prévues par la Constitution dans ses titres IV (Le Parlement) et V (Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement) caractérisaient les actes de la fonction parlementaire (Cass. Crim 7 mars 1988, Bull. N°113, J.C.P., 1988.II.21.133, note Jeandidier).
4134 *Ibid*.

non par le peuple, est inopérant[4135]. Ils font valoir non seulement que les parlementaires ne sont pas investis d'un mandat impératif, et que le statut du parlementaire qui définit les « fonctions parlementaires » prévoit expressément, à l'article 13 de l'ordonnance du 24 octobre 1958 relative aux incompatibilités parlementaires, la possibilité pour un membre d'une assemblée d'être chargé d'une mission par le gouvernement. En conséquence, pour la majorité des constitutionnalistes, le Conseil Constitutionnel aurait ainsi dû considérer qu'un rapport qui, même s'il est rédigé à la demande du Gouvernement, est précisément présenté sous la signature d'un député ou d'un sénateur, agissant en cette qualité, relève des « fonctions parlementaires[4136].

848. Mais les partisans de cette décision justifient le choix d'une lecture stricte de la notion d'« actes commis dans l'exercice des fonctions parlementaires » prévue à l'article 26 de la Constitutionnel par le fait qu'elle serait conforme à la tradition constitutionnelle française[4137]. Ils démontrent en ce sens que la science du droit constitutionnel, dans son histoire, a pensé l'irresponsabilité comme un droit objectif. Comme l'affirme Lucienne-Victoire Fernandez-Maublanc, « selon la théorie du droit constitutionnel, l'irresponsabilité comme l'immunité n'est pas établie dans l'intérêt du parlementaire, mais dans celui du Parlement ; elle ne s'attache pas à la personne mais à sa fonction »[4138]. Dès lors, la possibilité d'attaquer en justice les opinions contenues par un rapport fait par un parlementaire sur la demande du gouvernement ne met pas en cause, en l'espèce, ni la fonction de parlementaire ni la liberté d'expression du Parlement. Mais les détracteurs de cette décision n'ont pas la même représentation de la tradition constitutionnelle en la matière. Ils observent, au contraire, que « les auteurs de la doctrine classique ne réservent pas un sort particulier aux rapports établis par les parlementaires pour rendre compte d'une mission dont ils ont été chargés. À aucun moment, et bien que le parlementarisme de mission soit très développé, ce type de rapport ne fait l'objet d'un traitement particulier ni n'apparaît exclu du bénéfice de l'immunité »[4139].

849. L'argumentation du Conseil Constitutionnel dans cette décision ne convainc donc pas la plupart des auteurs. Ces derniers jugent logiquement inopportune la solution finale de censure du juge constitutionnel. Il décide que l'élargissement du champ d'application de l'irresponsabilité parlementaire est, dans le cas présent, abusif dans la mesure où cette loi aurait conduit à « étendre les termes de l'article 26, alinéa 1er de la Constitution pour faire entrer dans le champ de

4135 Pour Jean Foyer, les députés et les sénateurs n'étant pas désignés par des électeurs pour être chargés d'une mission par le Gouvernement, la rédaction d'un rapport ne rentre pas dans leur mandat législatif (voir sur ce point, J. Foyer, Le député dans la société française, Paris : Economica, 1991, p. 45).
4136 T. S. Renoux, Immunités et parlementaires chargés de mission…, op.cit., p. 253.
4137 L-V. Fernandez-Maublanc, Le champ d'application..., op.cit., p.9 ; B. Genevois, Chroniques, Annuaire international de justice constitutionnelle, 1991, 5-1989, p.501.
4138 L-V. Fernandez-Maublanc, Le champ d'application..., op.cit., p.9.
4139 T. S. Renoux, Immunités et parlementaires…, op.cit., p. 254. Thierry-Serge Renoux ajoute cependant que « cette conception se développe à un moment où domine encore le dogme de la souveraineté parlementaire, et règne l'irresponsabilité de la loi » (*ibid.*).

l'irresponsabilité des agissements non prévus par le texte constitutionnel et étrangers à l'esprit même de l'institution parlementaire »[4140]. Il dénie à la future loi le caractère de texte tirant les conséquences nécessaires du premier alinéa de l'article 26 de la Constitution[4141]. Seule une révision constitutionnelle aurait pu rendre possible cet élargissement au risque de commettre « un authentique détournement de procédure »[4142]. En outre, s'inspirant de la jurisprudence judiciaire[4143], le Conseil Constitutionnel juge que la présente loi est contraire au principe d'égalité devant la loi pénale, tiré de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 2 de la Constitution de 1958, puisque le parlementaire en mission, ne rentrant pas dans le champ de l'article 26 de la Constitution, agit comme un simple citoyen et est, dès lors, soumis aux mêmes sanctions que tout un chacun[4144]. Par cette décision, le Conseil Constitutionnel éclaire utilement sur sa propre conception de la nature juridique de l'irresponsabilité parlementaire, sans faire l'unanimité au sein de la doctrine.

b. La contestation doctrinale de la représentation de l'irresponsabilité parlementaire comme exception au principe général d'égalité

850. La décision n°89-262 DC présente un second intérêt, en ce qu'elle renseigne le lecteur sur la représentation du Conseil Constitution par rapport à l'essence de l'irresponsabilité parlementaire. En l'espèce, le Conseil Constitutionnel avait le choix entre deux possibilités. L'alternative était la suivante : en consacrant les immunités parlementaires, « l'article 26 de la Constitution a-t-il institué un principe autonome, distinct du droit commun, ou bien au contraire une exception au principe d'égalité d'égalité ? »[4145]. Chaque proposition présente des répercussions juridiques divergentes. Dans le premier cas, si l'irresponsabilité parlementaire est appréhendée comme l'expression d'un *droit particulier*, dérogatoire dans sa totalité, celle-ci n'a pas à être interprétée de manière restrictive. Elle est une institution de droit constitutionnel non soumise aux principes du droit pénal. À l'inverse, si ce mécanisme est perçu comme la manifestation d'une simple *exception au droit commun*, la perspective est différente. Étant une dérogation au principe général d'égalité devant la loi, son interprétation est de droit strict. En fonction de la perspective choisie, la marge de manœuvre du Conseil Constitutionnel dans l'examen de cette loi n'est donc identique[4146]. Or il

4140 L-V. Fernandez-Maublanc, Le champ d'application..., op.cit., p.9.
4141 Le législateur est compétent pour interpréter la Constitution et préciser la portée des immunités parlementaires. Mais il « ne s'est pas limité à expliciter le champ d'une immunité *préexistante*, il a véritablement *créé* un « régime d'irresponsabilité distinct de celui défini par la Constitutionnel » [selon les termes du Conseil Constitutionnel dans sa décision], en méconnaissance du principe d'égalité des citoyens devant la loi » (T. S. Renoux, Immunité et parlementaires…, op.cit., p.256).
4142 *Ibid*.
4143 Sur ce point : voir P. Avril et J. Gicquel, Chronique constitutionnelle française, Pouvoirs, n°53, 1990, p.177.
4144 « Pour des infractions identiques la loi pénale ne saurait, dans l'édiction des crimes ou des délits ainsi que des peines qui leur sont applicables, instituer au profit de quiconque une exonération de responsabilité à caractère absolu, sans par là-même porter atteinte au principe d'égalité » (cité par B. Genevois, Chroniques, op.cit., p.503).
4145 T. S. Renoux, Immunité et parlementaires…, op.cit., p.254.
4146 Cette alternative présentait un second enjeu : « dans la première hypothèse, la Constitution n'aurait défini qu'une

apparaît clairement que son choix penche en faveur de la seconde optique. En l'occurrence, la loi contestée « n'est pas déclarée contraire à l'article 26 de la Constitution, mais au principe général d'égalité des citoyens devant la loi »[4147]. Autrement dit, l'irresponsabilité parlementaire n'est pas appréhendée par le Conseil Constitutionnel comme un principe constitutionnel mais demeure « une dérogation exceptionnelle et limitée par la Constitution ; en dehors de celle-ci s'applique le principe général de l'égalité de tous les citoyens »[4148]. Dans cette optique, allant au bout de son raisonnement, il considère que le principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée entre des agissements de nature différente. Mais il juge qu'en l'espèce, les parlementaires se trouvent dans une situation identique aux citoyens, ce qui suppose que le législateur ne peut, sans violer le principe d'égalité, instituer des régimes de responsabilité différents voire une exonération de responsabilité pour des infractions identiques[4149].

851. Cependant, ce raisonnement égalitariste est contestée par la doctrine constitutionnaliste. Son optique est opposée. Contrairement au Conseil Constitutionnel, elle refuse de voir dans l'irresponsabilité parlementaire une simple exception au droit commun. À ses yeux, il ne s'agit pas d'un privilège accordé à un individu, constituant par là-même une dérogation à la loi générale, mais plutôt d'une « prérogative attachée à la fonction parlementaire »[4150]. L'irresponsabilité est avant tout une protection de la fonction parlementaire et non de la personne du parlementaire[4151]. Dès lors, elle ne représente pas une dérogation à un principe, l'égalité devant la loi, mais un principe constitutionnel en lui-même, un droit spécifique reconnu aux parlementaires[4152]. Comme le note l'un des partisans de cette thèse, Thierry-Serge Renoux, « l'application du principe d'égalité au domaine considéré n'allait pas de soi. On aurait pu considérer que la rupture d'égalité résultait déjà de l'article 26 de la Constitution dont la loi contestée ne faisait finalement que tirer une

règle minimale que le législateur, à défaut de renvoi exprès à la loi organique, aurait pu aménager ; à l'inverse considéré comme une exception au principe général d'égalité, l'article 26 définissait un standard maximal que la loi ordinaire ne pouvait transgresser » (*ibid*.).

4147 *Ibid*., p.255.

4148 *Ibid*.

4149 Cette position du Conseil Constitutionnel est constante : décision n°82-144 DC, 22 octobre 1982, Rec. 61, RDP, 1983, p.333, note L. Favoreu ; Gaz. Pal. 1983, n°28-29, p.6, note F. Chabas.

4150 *Ibid*. C'est également ce que reconnaît la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 16 mars 1983 : « la règle posée par la Constitution n'a pas pour objet de créer un privilège au profit d'une catégorie particulière de citoyens, mais elle est fondée sur la nécessité de protéger les travaux des Assemblées pendant les sessions » (sur ce point : D. Perier-Daville, En marge des procès Hersant : l'immunité parlementaire et ses limites, La Gazette du Palais, 12 juin 1986, p.375).

4151 « Ce sont des exigences supérieures de la vie gouvernementale ; ce ne sont pas à proprement parler, des privilèges, en tant que l'on entendrait par là les lois faites par des particuliers ou à leur bénéfice. L'inégalité de traitement qu'elles consacrent, regardent, non l'ordre des relations privées, mais l'ordre de la vie publique » (proposition de loi de M. Descamps, déposée sur le Bureau du Sénat de Belgique, le 4 avril 1900, cité par E. Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, Paris : Loysel, p.1210, note 1).

4152 Comme le note Marcel Prélot, attachée à leur qualité de parlementaire, il en résulte que l'irresponsabilité est « d'ordre public, ce qui a comme conséquence qu'elle peut être invoquée pour la première fois à tous les niveaux des procédures ; que le parlementaire ne peut pas y renoncer ; que le juge doit la soulever d'office et statuer sur les exceptions qu'elle constitue sans pouvoir la joindre au fond ; enfin, que les actes de procédure accomplis en méconnaissance de l'immunité sont nuls » (M. Prélot, Institutions politiques…, 11è éd., op.cit., 1990, p.800). ; G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.982.

« conséquence nécessaire » »[4153]. Ce faisant, de cette vision constitutionnaliste de l'irresponsabilité parlementaire les auteurs en tirent plusieurs implications. L'irresponsabilité ne doit pas alors être interprétée de manière étroite puisqu'elle ne constitue pas une exception mais le principe même. Au contraire, toutes les dérogations à l'irresponsabilité doivent être interprétées strictement. Il s'agit par la même de souligner la différence de situation entre les représentants de la Nation et les simples citoyens et de marquer la prééminence de la fonction parlementaire sur d'autres considérations.

852. Par ailleurs, des constitutionnalistes contestent la décision du Conseil Constitutionnel sur un second point. Même en admettant que l'irresponsabilité soit une exception à la loi commune, il aurait été possible d'introduire une différence de traitement entre les parlementaires et les citoyens dans la mesure où chacun d'eux ne sont pas dans la même situation. Comme le note Thierry-Serge Renoux, « il n'était pas interdit de penser que le parlementaire en mission se trouvait placé dans une situation différente de celle du simple citoyen, ce qui au regard de la finalité de la loi aurait justifié une différence de traitement »[4154]. Mais le Conseil Constitutionnel n'a pas fait sienne cette position puisqu'il considère que le parlementaire en mission est dans la même situation qu'un citoyen auquel le gouvernement confèrerait une tâche identique, supposant ainsi que « la qualité de parlementaire soit sans influence sur la nature de la mission confiée »[4155].

853. Pour l'ensemble de ces raisons, la décision du Conseil Constitutionnel reçoit donc un accueil doctrinal mitigé. La doctrine regrette par-dessus tout les conséquences de cette décision dans la mesure où elle aboutit à amoindrir la protection des parlementaires « à un moment où la fonction parlementaire est l'objet de critiques et de diverses controverses »[4156], comme par exemple sur le sujet des sectes. Le risque est donc fort de « s'attendre à une certaine auto-censure de la part des auteurs de tels rapports »[4157]. Pour leur part, les auteurs de droit constitutionnel sont davantage favorables, en majorité, à une conception *large* de l'irresponsabilité parlementaire compte tenu de son rôle « indispensable dans une démocratie »[4158], en ce qu'elle garantit une liberté d'expression étendue aux représentants. Cependant, si le parlementaire reste protégé en l'espèce par son inviolabilité, la doctrine de droit constitutionnel doute de son efficacité étant donné son caractère temporaire et son impuissance à faire obstacle à l'égard des poursuites civiles, contraventionnelles ou disciplinaires. Elle reste, néanmoins, un mécanisme indispensable à leurs yeux.

4153 T. S. Renoux, Immunité et parlementaires…, op.cit., p.256.
4154 *Ibid*.
4155 *Ibid*.
4156 *Ibid*., p.257 ; C. Bigaut, L'étendue de l'immunité parlementaire, LPA, 21 octobre 1989, p. 3.
4157 *Ibid*. Thierry-SergeRenoux ajoute qu'une solution possible pour contourner ce risque serait que les commission parlementaires, en accord avec le Gouvernement, nomme un parlementaire qui a été précédemment chargé de mission par le Premier Ministre sur un sujet identique, « donnant lieu, après vote, à une impression par les services de l'assemblée concernée. Auquel cas l'auteur du rapport serait entièrement protégé par les immunités parlementaires » (*ibid*.).
4158 *Ibid*. L'auteur ajoute : « ne plaçons pas les propos et les écrits des parlementaires chargés d'une mission, sous la menace constante du glaive d'une justice elle aussi en crise » (*ibid*.).

2. La réflexion constitutionnelle relative à l'inviolabilité parlementaire : entre continuité et rupture

854. Entre 1958 et 1990, la doctrine constitutionnaliste approuve l'institution d'une inviolabilité en faveur des représentants de la Nation. Influencée par la pensée révolutionnaire, elle assigne à ce mécanisme constitutionnel qu'elle juge ancien une double finalité classique : protéger les parlementaires contre les manœuvres de l'exécutif par le truchement du ministère public et garantir, par là-même le bon fonctionnement du Parlement en assurant sa complétude. L'institution fait figure, d'un point de vue scientifique, de principe de bonne organisation constitutionnelle et d'axiome du régime représentatif (**a**). Mais la doctrine s'oppose sur la nature de cet outil juridique. La majorité de ses membres la perçoivent, dans une optique pénale, comme une dérogation au droit commun, devant être interprétée de manière étroite. Or la thèse de Gérard Soulier tente de repenser ce concept en soulignant sa spécificité constitutionnelle. Il s'agit, à ses yeux, intrinsèquement d'un principe constitutionnel qui n'a à s'incliner devant aucune autre règle (**b**).

a. Une unanimité doctrinale sur les fondements de l'inviolabilité parlementaire dans le régime représentatif de la Vème République

855. La doctrine de la Vème République ne remet pas en cause la mise en place dans la Constitution de 1958 d'une inviolabilité à l'égard des parlementaires pour les actes extérieurs à leurs fonctions. Elle souligne en ce sens que cette protection possède un héritage historique aussi solide que l'irresponsabilité. À part son abolition sous quelques régimes qui a eu pour effet de décimer ses membres, elle a été instaurée par toutes les Constitutions successives. Comme le note Gérard Soulier, « l'effacement de l'immunité – en particulier sous la Convention, le Premier puis le Second Empire - correspond à celui des assemblées parlementaires »[4159]. L'inviolabilité est ainsi présentée par la doctrine comme une tradition constitutionnelle nationale. Sa permanence est justifiée par sa finalité originelle qui n'a pas disparu au fil des régimes.

856. Présentée comme le complément de l'irresponsabilité parlementaire[4160], les constitutionnalistes considèrent néanmoins que l'inviolabilité parlementaire instituée à l'article 26 de la Constitution possède deux buts propres, tout aussi légitimes. *D'une part*, elle constitue une « règle de bonne organisation constitutionnelle »[4161]. De ce point de vue, elle est une mesure

4159 G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire…, op.cit., p.14.
4160 « L'inviolabilité ne vise que les actes étrangers à la fonction, puisque ceux de la fonction sont couverts par l'irresponsabilité » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.625).
4161 G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire…, op.cit., p.8.

destinée à assurer le bon fonctionnement du Parlement, « l'organe essentiel du pouvoir »[4162], car, comme l'estime Gérard Soulier, le bon fonctionnement des assemblées « nécessite la présence de tous leurs membres »[4163]. À travers elle, il s'agit d'assurer que « rien ne viendra distraire (…) de leur fonction, les individus qui composent ces assemblées »[4164], notamment par une action pénale qui permet le plus facilement d'éloigner un parlementaire de sa fonction. La doctrine défend donc l'idée que l'inviolabilité tend à protéger l'intégralité de la représentation nationale. Comme le note Jean Foyer, « l'inviolabilité protège, au-delà de la personne du parlementaire, la complétude de l'assemblée »[4165]. Cette façon de voir constitue également le cœur de la thèse de Gérard Soulier. D'ailleurs, ce dernier estime que la garantie de l'inviolabilité du parlementaire est un préalable indispensable à l'effectivité de l'irresponsabilité parlementaire[4166]. Par le biais du fondement de la complétude de l'assemblée, la doctrine est donc amenée à rattacher l'inviolabilité, de façon classique, aux exigences du régime représentatif[4167] . Gérard Soulier souligne en ce sens que « le but principal de l'institution est de permettre aux parlementaires de siéger »[4168]. Mais il reconnaît que le mandat impératif concorde parfaitement aussi avec la reconnaissance d'une inviolabilité aux parlementaires[4169].

857. *D'autre part*, en plus d'être une règle de bonne organisation constitutionnelle, elle est également, pour la doctrine, une « sage mesure de défense »[4170]. En complément de sa première finalité explicitée ci-dessus, l'inviolabilité parlementaire vise à « protéger le parlementaire contre les intimidations et les pressions dont il pourrait être l'objet de la part du Gouvernement en raison de la possibilité pour celui-ci de mettre en mouvement l'action pénale »[4171]. À la lumière de la littérature constitutionnelle entre 1958 et 1990, l'inviolabilité parlementaire est encore dirigée essentiellement contre l'exécutif[4172] et, éventuellement, sa majorité parlementaire[4173]. Les constitutionnalistes mettent en avant, en effet, que l'inviolabilité sauvegarde l'expression de la minorité, dont la majorité

4162 *Ibid*.
4163 *Ibid*.
4164 *Ibid*.
4165 J. Foyer, Le député dans la société française, op.cit., p.50.
4166 « Assurons-nous d'abord que le parlementaire puisse déjà siéger ; il sera temps ensuite de prendre soin de sa liberté et de son indépendance » (*ibid*., p.38).
4167 M. Prélot et J. Boulouis, Institutions politiques…, op.cit., 1990, p.802.
4168 G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire…, op.cit., p.8. Gérard Soulier ajoute que l'inviolabilité vise non seulement à permettre au parlementaire de siéger, mais également de « siéger librement » (*ibid*., p.34). C'est pourquoi cette protection « ne tend pas seulement à protéger le parlementaire des poursuites « tracassières », malveillantes, elle veut les protéger contre toute poursuite » (*ibid*.), dans le but d'assurer le bon fonctionnement du régime représentatif.
4169 cf. *ibid*., p.36.
4170 *Ibid*., p.8.
4171 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.983.
4172 G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.625 ; M. Prélot, Institutions politiques…, op.cit., 1963, p.710 ; J. Chatelain, La nouvelle Constitution, op.cit., p.86 ; M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.99 ; A. Hauriou, Droit constitutionnel…, op.cit., 1967, p.722 ; G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire…, op.cit., p.30.
4173 De manière relativement isolée par rapport au reste des constitutionnalistes de la Vème République, Gérard Soulier estime que l'inviolabilité est également une garantie des Assemblées contre les particuliers (cf. G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire…, op.cit., p.8.).

pourrait avoir intérêt à museler les ténors[4174]. Mais, quoi qu'il en soit, cette protection n'est pas encore appréhendée, comme elle le sera plus tard, comme servant à protéger avant tout les parlementaires de l'autorité judiciaire. En conséquence, il apparaît qu'à travers ce fondement, les constitutionnalistes de la Vème République perpétuent le tropisme révolutionnaire ayant conçu ce mécanisme, dès l'origine, comme une garantie offerte à la représentation nationale contre les exactions potentielles du *pouvoir exécutif* par le biais de poursuites pénales diligentées par une autorité judiciaire dépendante[4175]. En dépit de la rationalisation du parlementarisme, ils estiment que cette crainte traditionnelle conserve toute sa pertinence sous le régime de la Vème République. Vedel observe en ce sens que « dans notre organisation judiciaire, si les juges sont indépendants, le Parquet ne l'est pas. (…) Ainsi, par l'intermédiaire du Garde des Sceaux, le gouvernement aurait à sa disposition un moyen d'intimider les parlementaires au cours de leur mandat en les menaçant de poursuites pénales »[4176]. Ce faisant, ils ne voient pas l'irresponsabilité parlementaire comme une protection suffisante puisqu'elle ne met à l'abri le représentant que de certaines poursuites pénales. Ils observent que ce danger est si fort qu'il explique les précautions prises par les constituants de 1958 pour les périodes où le Parlement ne siège pas, c'est-à-dire l'obligation d'obtenir l'autorisation du bureau de l'Assemblée pour opérer l'arrestation d'un parlementaire hors session et la possibilité des assemblées de demander la suspension de la détention ou des poursuites régulièrement entreprises avant la session. Dans la science constitutionnelle de la Vème République, l'inviolabilité parlementaire est donc perçue comme une nécessité dans un régime libéral et démocratique. À cet égard, ces deux finalités dessinent, pour la doctrine, la nature de l'inviolabilité parlementaire, point sur lequel ses membres s'opposent.

b. Le dissensus doctrinal sur la nature du mécanisme de l'inviolabilité : entre exception au droit commun et principe de droit constitutionnel

858. De manière classique, l'inviolabilité parlementaire est conçue par la majorité des constitutionnalistes de la Vème République comme une exception au principe d'égalité devant la loi et devant la justice. Il s'agit, à leurs yeux, d'un privilège accordé à un individu, c'est-à-dire une entorse à la loi générale. Elle assure un régime juridique dérogatoire aux parlementaires dans leur rapport à la justice afin de préserver leur indépendance. Mais elle introduit, selon les partisans de la

4174 Gérard Soulier souligne néanmoins que l'inviolabilité est une bien faible garantie dans cette hypothèse, dans la mesure où sa levée est généralement subordonnée à un vote de l'assemblée, qui peut être facile à acquérir pour des raisons partisanes (G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire…, op.cit., p.32-33) ; A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, op.cit., 1980, p.1061.

4175 « Le parlementaire doit redouter l'exécutif qu'il est chargé de surveiller (…) [essayant] de l'atteindre dans sa fonction en le livrant à la justice pour une cause futile ou mal fondée. C'est d'ailleurs dans cet esprit que l'institution fut créée en 1789 et il faut bien reconnaître que, à cet égard, elle n'a pas cessé de se justifier » (G. Soulier, L'inviolabilité…, op.cit., p.8). Pour Gérard Soulier, l'inviolabilité vise également à le protéger des « adversaires politiques qui, lui cherchant querelle » (*ibid.*)

4176 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.983.

thèse majoritaire, un déséquilibre entre la nécessaire protection du fonctionnement des assemblées parlementaires et le principe d'égalité des citoyens devant la loi et devant la justice. Ce caractère exorbitant explique que l'inviolabilité doive être interprétée de manière stricte, comme toute exemption.

859. Or, Gérard Soulier a pour ambition de redéfinir, dans sa thèse, la manière dont est appréhendée l'essence de l'inviolabilité parlementaire par la doctrine majoritaire. Il entend démontrer, de manière originale au regard de la littérature constitutionnelle française classique, que l'inviolabilité parlementaire n'est pas une exception au principe d'égalité devant la loi mais un principe constitutionnel en lui-même qui n'a à se plier à aucune autre règle. Son raisonnement prend pour point de départ le caractère de l'inviolabilité parlementaire. En tant que garantie donnée à l'Assemblée afin que son bon fonctionnement ne soit pas entravé par une malveillance « ou même, éventuellement, pour une juste cause »[4177], elle présente une dimension, non pas personnelle, mais institutionnelle fortement marquée. Cet aspect fondamental se manifeste, pour lui, par son caractère d'ordre public[4178] et l'impossibilité pour un parlementaire d'y renoncer. Le parlementaire concerné pourra seulement s'associer à une demande de mainlevée. Mais seule la Chambre, en tant que titulaire de l'immunité, peut décider de déroger aux immunités en décidant la levée de son inviolabilité. Gérard Soulier entend alors penser l'inviolabilité parlementaire comme une institution de droit constitutionnel et non comme une exception de droit pénal. Les implications de la conception constitutionnaliste – et non pénaliste - de l'inviolabilité mise en avant par Gérard Soulier sont importantes. L'inviolabilité n'a plus à être interprétée strictement. Au contraire, « ce sont les exceptions à l'inviolabilité qu'il y a lieu d'interpréter de la sorte. S'il y a contradiction entre l'inviolabilité et une disposition législative, c'est la première qui doit l'emporter, car l'inviolabilité est la règle, et même la règle constitutionnelle »[4179]. Dans cette optique, il convient de satisfaire en priorité, pour Gérard Soulier, les exigences de l'Assemblée par rapport à ceux de la justice[4180]. Comme il l'affirme de manière topique, il s'agit de garantir « l'intérêt supérieur qui s'attache au rôle de député : participer à la formation de la volonté nationale ; et il n'est aucune autre préoccupation dans l'État qui puisse prévaloir sur celles-là ». C'est pourquoi, estime Gérard Soulier, « même en présence de demandes loyales, sérieuses, c'est-à-dire bien fondées, l'intérêt supérieur tenant au fonctionnement de l'organe essentiel du régime représentatif peut amener à refuser l'autorisation de poursuite »[4181]. Le parlementaire est donc protégé contre *toute* poursuite. Par là-même, Gérard Soulier marque la prééminence institutionnelle du Parlement à l'égard des pouvoirs constitués

4177 G. Soulier, L'inviolabilité parlementaire…, op.cit., p.9.
4178 « Tenant à l'économie générale des institutions, l'inviolabilité est un principe d'ordre public, et il n'est, dans notre Droit, aucune autre exigence qui ne doive céder devant elle » (*ibid*., p.36).
4179 R. Pelloux, Préface, op.cit., p.III.
4180 Pour Gérard Soulier, il est impératif de « satisfaire d'abord les exigences de l'Assemblée ; et cela est normal, car il n'est plus temps de s'inquiéter du bon fonctionnement de l'appareil judiciaire lorsque l'organe législatif est en déroute » (*ibid*., p.8).
4181 *Ibid*., p.34-35.

concurrents[4182], bannissant toute idée de subordination de l'institution représentative à une autre autorité étatique. Toutefois, Gérard Soulier souligne que la prédominance de l'exigence du bon fonctionnement du Parlement n'emporte pas toute disparition de respect des exigences de la justice. L'entorse faite au déroulement normal de la justice n'a, à ses yeux, qu'« un caractère bénin » puisque « l'inviolabilité n'empêche pas les poursuites, elle ne fait qu'en différer l'exercice »[4183]. En tant qu'immunité de procédure, l'inviolabilité ne consiste pas à supprimer l'infraction, mais à retarder le moment de la poursuite ou l'arrestation d'un parlementaire[4184]. Il ajoute que « la justice va fonctionner sans entrave lorsque le Parlement ne siège plus ou lorsque l'Assemblée estime que, contrairement au schéma normal, c'est la justice qui doit d'abord être satisfaite : elle va alors lever l'immunité, c'est-à-dire autoriser l'exercice des poursuites et éventuellement l'arrestation »[4185]. Néanmoins, cette décision reste à la totale liberté d'appréciation des Chambre. On peut enfin ajouter que le champ d'application de l'inviolabilité ne met à l'abri le parlementaire qu'en matière de poursuites pénales, et non point en matière de poursuites civile et contraventionnelle.

Mais l'accueil doctrinal favorable à l'existence d'une inviolabilité parlementaire ne doit pas occulter les nombreuses critiques dont elle est l'objet, tant vis-à-vis de son domaine d'application que de sa mise en œuvre.

B. Un discours fortement critique à l'égard de l'inviolabilité parlementaire en raison de sa dénaturation

860. Dans la continuité des écrits constitutionnels de la IVème République, le statut dérogatoire des parlementaires subit de lourds reproches de la part des constitutionnalistes durant la Vème République, qui portent exclusivement sur l'inviolabilité parlementaire. Si ce mécanisme n'avait pas été épargné sous la République précédente[4186], il est à nouveau sous le feu des critiques dans le discours de la doctrine constitutionnaliste de la Vème République. Ils mettent en avant la tendance des parlementaires à détourner ce privilège dont la mise en œuvre dépend nécessairement d'eux-mêmes dans le but qu'ils puissent se protéger des menaces extérieures, et qui aboutit à en pervertir le principe. C'est le cas notamment s'agissant du régime d'inviolabilité différencié dans le temps prévu par la Constitution de 1958 dans sa version antérieure à la révision constitutionnelle du 4 août

4182 De même, pour Prélot, « Dans l'intérêt public, il convient que [les parlementaires] ne soient pas distraits de leurs fonctions et même soustraits à celles-ci par des poursuites arbitraires ou vexatoires, émanant soit d'un adversaire politique, soit d'un gouvernement » (M. Prélot, Institutions politiques…, op.cit., p.710).
4183 *Ibid*., p.36.
4184 A. Hauriou et J. Gicquel, Droit constitutionnel…, op.cit., 1980, p.1061.
4185 *Ibid*., p.8.
4186 Sous la Vème République, le problème du détournement de l'inviolabilité par les parlementaire-directeurs de presse est réglé. Comme le constate Prélot, « avant la loi du 25 mars 1952, un très grand nombre de demandes de levée d'immunité (90% entre février 1945 et novembre 1952) était motivé par des infractions à la loi sur la presse, commises par un parlementaire en tant que directeur de journal. Aujourd'hui, elles ont perdu leur raison d'être » (M. Prélot, Institutions politiques…, op.cit., 1963, p.712).

1995 (**1**). En outre, « loin d'en limiter strictement l'usage aux exigences de la protection du mandat »[4187], ils font valoir que les parlementaires la perçoivent comme « leur attribut personnel, ce qui les incitent à intervenir, plus que nécessaire, dans le cours de la procédure judiciaire »[4188] (**2**).

1. Le détournement abusif de la protection de l'inviolabilité de la part des parlementaires

À l'image de la littérature constitutionnelle de la IVème République, les constitutionnalistes dénoncent les abus commis par les parlementaires dans l'utilisation de l'inviolabilité parlementaire qui conduit à vicier cet instrument juridique.

861. Comme l'avaient constaté les constitutionnalistes de la IVème République, l'article 9 de la loi constitutionnelle du 7 décembre 1954 avait déjà tenté de lutter contre la dénaturation du régime juridique de l'inviolabilité. Alors que le texte initial de 1946 avait supprimé le régime des sessions et étendu la protection à toute la durée du mandat ce qui avait entraîné une quasi-impunité de ses membres, la réforme de 1954 l'avait rétabli et avait aménagé l'inviolabilité parlementaire en la cantonnant à la durée des sessions, c'est-à-dire sept mois, sous réserve du flagrant délit ou de condamnation définitive. Voulant éviter la même erreur que les constituants de 1946, la Constitution de 1958 jusqu'à la loi constitutionnelle du 4 août 1995, lie l'inviolabilité au régime des sessions. D'après les trois derniers alinéas de l'ancien article 26 la Constitution de 1958, la règle est que tout acte de poursuite, et a fortiori, toute arrestation, est interdit pendant la durée des sessions sans que l'Assemblée à laquelle le parlementaire appartient ait été préalablement saisie d'une demande d'autorisation de poursuite et qu'elle ait donné cette autorisation. Il n'en est autrement que dans le cas de flagrant délit, c'est-à-dire dans le cas où le parlementaire est en train de commettre ou vient de commettre l'infraction qui justifie son arrestation immédiate ainsi que la poursuite, sous réserve des pouvoirs de l'Assemblée dans ce cas-là. Pour les périodes *hors session* (juillet, août et septembre), la poursuite peut avoir lieu normalement, à moins que l'assemblée ne fasse usage de son droit de suspension, mais l'arrestation nécessite encore l'autorisation du Bureau de l'Assemblée. Dans ce cas, à l'exception du flagrant délit et du domaine contraventionnel[4189], s'en ajoute une autre qui est logique : le cas où l'arrestation est la conséquence des poursuites déjà autorisées ou d'une condamnation devenue définitive. Ainsi, comme le constate Vedel, « le régime des poursuites et de l'arrestation hors session est plus nuancé que le régime qui interdit en principe l'arrestation et la poursuite en cours de session »[4190]. Le fondement d'une telle distinction repose sur « l'idée que

4187 C. Guérin-Bargues, Inviolabilité et régime représentatif français, op.cit., p.361.
4188 *Ibid.*, p.361.
4189 P. Avril et J. Gicquel, chr., Pouvoirs, n°9, 1979, p.197.
4190 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.985.

l'inviolabilité n'étant pas un privilège personnel, mais une protection attachée au mandat, elle ne devait s'exercer pleinement que lorsque le Parlement est en session »[4191]. *A contrario*, la détention ou la poursuite d'un élu est suspendu, *jusqu'à l'expiration de son mandat*[4192], à la demande de l'assemblée intéressée, dont la décision est laissée à son appréciation[4193].

862. Compte tenu du dispositif mis en place, la protection parlementaire est variable dans le temps. Or la doctrine juge que les constituants ont introduit une « immunité à éclipse »[4194] qui fait surgir, à ses yeux, de nouvelles difficultés et de nouveaux abus. Tout d'abord, elle note l'incohérence théorique de ce système dans la mesure où même en période d'inter-session, le parlementaire continue d'être un représentant de la Nation compte tenu de son mandat électif d'une durée de cinq ans[4195]. Cette idée a été rappelée avec force par la Cour de Cassation dans un arrêt du 5 mai 1964 à propos de la durée de la suspension des poursuites qui a précisé que l'immunité est attachée au mandat parlementaire indépendamment du régime des sessions. Il n'est donc pas logique, pour la doctrine, d'autoriser l'engagement des poursuites sans autorisation de l'Assemblée en hors-session. Cela reviendrait à dire que le parlementaire ne serait un élu que par intermittence. Comme l'affirme Chatelain, « cette limitation repose sur une conception trop étroite de la fonction parlementaire, car celle-ci ne comporte pas uniquement l'activité accomplie à la Chambre »[4196]. En outre, la doctrine avance que cette discontinuité est contraire à l'esprit de l'inviolabilité parlementaire. Destinée à

4191 Y. Guchet, Droit parlementaire, op.cit., p.93.

4192 Pour la première fois depuis 1875, le Sénat est amené à examiner, le 29 juin 1977 une proposition de résolution de M. Georges Dardel tendant à ordonner la suspension de poursuites engagées contre lui. Cette possibilité récente – puisqu'introduite en 1875 - se fonde, selon la doctrine, sur « la volonté d'assurer l'indépendance physique des parlementaires et de préserver l'intégrité de la représentation nationale » (P. Avril et J. Gicquel, chr., Pouvoirs, n°3, 1977, p.175). Mais cette proposition pose un problème non résolu par le texte constitutionnel relatif à la durée de la suspension des poursuites : *prend-elle fin, en d'autres termes, avec la session en cours, ou avec l'expiration du mandat de l'intéressé* ? La IIIe République penchait en faveur de la première réponse (art. 14 de la loi du 16 juillet 1875), tandis que la IVe République en faveur de la seconde (art. 22 dans sa version initiale de la Constitution du 27 octobre 1946). Cependant, « la révision opérée en 1954 ayant retranché du texte la précision d'ordre temporel, cette rédaction a été reprise par les constituants de 1958 » (*ibid.*). Sans ressources textuelles, le Sénat s'est basé « sur le seul précédent, à ce jour, sous la Ve République, celui de Raymond Schmittlein, député poursuivi, en 1964, devant le tribunal correctionnel pour délit de presse. Sans perdre de vue les divergences qui s'étaient manifestées à l'époque entre le rapporteur, René Capitant, favorable à une suspension limitée à la session en cours, et l'Assemblée nationale préférant une suspension sans fixation de durée, le Sénat s'est rallié, en la circonstance, à la motivation retenue par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation (arrêts du 5 mai 1964), selon laquelle l'immunité est attachée au mandat parlementaire indépendamment du régime des sessions » (*ibid.*). Par conséquent, la suspension des poursuites, au sens de l'article 26 in fine de la Constitution, s'applique *jusqu'à l'expiration du mandat* de l'intéressé. La jurisprudence de l'Assemblée Nationale s'est alignée sur celle du Sénat en 1980 « en l'état de la prise de position de la [chambre haute] et compte tenu du fait que les parlementaires membres par ailleurs du Parlement européen bénéficient à ce dernier titre d'une immunité permanente, la « session » de cette assemblée étant annuelle » (M. Prélot et J. Boulouis, Institutions politiques…, 11è éd., op.cit., p.807). Comme le notent Marcel Prélot et Jean Boulouis, « le cumul des mandats parlementaires nationaux et communautaires crée une situation de nature à interférer sur le régime des immunités » (*ibid.*). Par un arrêt R. Wybot c/ E. Faure du 10 juillet 1986, la Cour de Justice de l'Union Européenne, statuant sur renvoi de la Cour d'appel de Paris, a décidé que le Parlement européen devait être considéré en session même s'il n'est pas effectivement en séance jusqu'à la décision par laquelle il prononce la clôture des sessions annuelles ou extraordinaires. La protection est ainsi continue, sous réserve du flagrant délit ou d'une levée d'immunité prononcée par le Parlement européen lui-même. La CJUE défend par là-même une conception *large* de la fonction parlementaire.

4193 G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.627.

4194 Expression de M. Rudloff. Voir sur ce point : C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires…, op.cit., p.362.

4195 Y. Guchet, Droit parlementaire, op.cit., p.93.

4196 J. Chatelain, La nouvelle Constitution..., op.cit., 1959, p.86.

protéger les représentants des représailles potentielles de l'Exécutif ou des poursuites malveillantes de la justice, « il n'y a aucune raison de penser que celles-ci prennent fin avec la session »[4197]. Enfin, elle observe que le caractère épisodique de la protection de l'inviolabilité en matière de poursuites a entraîné des abus de la part des représentants puisque ce système « a facilité les détournements de procédure propres à porter atteinte à la légitimité même de de la protection »[4198]. Les parlementaires ont eu tendance à laisser traîner les demandes de levée d'immunité de l'autorité judiciaire et à tabler sur une prochaine clôture de session afin d'« épargner à l'hémicycle une séance publique fort désagréable où l'exposé, même succinct, des faits reprochés par la justice pénale à l'un des leurs, entamait le prestige de tous »[4199]. La première demande de levée de l'immunité de Bernard Tapie lors de la séance du 7 décembre 1993 en est l'exemple-type. Il fut déposé par un député une motion de renvoi en commission pour complément d'information alors que le débat sur l'autorisation de poursuite du député M. Tapie intervint à moins de deux semaines de la clôture de la session[4200]. Un député résume parfaitement la manœuvre du parlementaire : elle consiste « à faire siéger la commission à perte de vue jusqu'au plongeon final dans l'océan de l'intersession »[4201]. Or une telle pratique est contraire à la finalité même de l'autorisation parlementaire qui est un instrument de protection dont la mise en œuvre appartient nécessairement aux Chambres elles-mêmes. En laissant à l'autorité judiciaire le soin de trancher à la place du Parlement, ses membres s'exposent alors aux exactions éventuelles de l'Exécutif ou aux poursuites malintentionnées de la justice[4202]. À l'opposé de cette stratégie de caducité de la demande, la doctrine observe que « les assemblées [font] preuve parfois d'une célérité partisane »[4203]. En définitive, le régime des sessions « illustre la capacité des assemblées à jouer avec la procédure pour mieux protéger le parlementaire ou au contraire s'en désolidariser »[4204], au point de remettre en cause par là-même le caractère d'ordre public de cette protection. L'ensemble du système sera profondément réformé par la révision constitutionnelle du 4 août 1995.

4197 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires…, op.cit., p.362. Duverger juge que la Constitution de 1958, dans sa version antérieure à 1995, a « accru (…) les possibilités de poursuites hors session » (M. Duverger, La Cinquième République, op.cit., 1959, p.100). Il ajoute, avant l'apparition du fait majoritaire, qu'« en emprisonnant un certain nombre de députés, le Gouvernement pourrait ainsi faire basculer la majorité » (M. Duverger, Institutions politiques…, 5è éd., op.cit., p.591). Dans le même sens : Y. Guchet, Droit parlementaire, op.cit., p.93.
4198 *Ibid*.
4199 *Ibid*.
4200 Pour de plus amples précisions : P. Avril et J. Gicquel, chr. Pouvoirs, n°69, 1994, p.203 ; D. Mauss, La pratique institutionnelle française, RFDC, n°17, 1994, p.109-110.
4201 Propos de M. Jacques Limouzy, cité par C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires…, op.cit., p.363.
4202 Comme le note Yves Guchet, « le manque de cohérence de ce régime juridique a été souligné par le Sénat. Saisi en 1985 d'une demande de levée de l'immunité parlementaire concernant l'un de ses membres, la seconde assemblée n'avait pas estimé nécessaire d'y accéder. La plainte ayant été renouvelée hors session, les poursuites devenaient libres. Soumise au Sénat à l'ouverture de la session suivante une résolution réclamant la suspension des poursuites était adoptée. Il est significatif que le rapporteur ait déploré à cette occasion que des poursuites interviennent hors session, alors que le Sénat, avait refusé de les autoriser antérieurement » (Y. Guchet, Droit parlementaire, op.cit., p.93).
4203 C. Guérin-Bargues, *ibid*., p.363. Pour des exemples précis : *ibid*., p.363.
4204 *Ibid*.

2. La propension exagérée des Chambres à intervenir dans la procédure judiciaire en matière de demande de levée de l'immunité parlementaire

863. Entre 1958 et les années 1990 environ, la doctrine dénonce une seconde pratique des parlementaires qui conduit à vicier l'inviolabilité. Il s'agit de leur « nette tendance à se prononcer sur le fond du dossier qui leur est soumis, dans l'espoir, plus ou moins avoué, d'influer sur l'appréciation qu'est susceptible d'en avoir l'autorité judiciaire »[4205] en matière de demande de levée d'immunité. Cet usage n'est pas, en réalité, totalement nouveau et rappelle la fameuse affaire des députés malgaches sous la IVème République. Le problème relatif à la liberté offerte à la chambre et les conditions pour lever l'inviolabilité avait fait naître un véritable débat en doctrine. Divisée entre la thèse pénaliste et la thèse constitutionnaliste, la première s'était imposée doctrinalement, en vertu de laquelle l'inviolabilité étant une dérogation au principe d'égalité devant la loi, il existe une présomption que l'autorisation doit être, en principe, accordée sauf démonstration du caractère *déloyal* et *non sérieux* de la demande. Dans cette optique, les parlementaires n'ont qu'à exercer un contrôle souple de la demande. Sous la Vème République, cette conception est partagée par la majorité des constitutionnalistes[4206], malgré les reproches qu'elle a subi de la part de Marcel Prélot et Jean Boulouis[4207]. Comme le déclare Vedel, « les autorisations de poursuite (…) sont essentiellement destinées à éviter une poursuite arbitraire de la part du Gouvernement, destinée à intimider un parlementaire ou à l'écarter de son siège. Ce que l'Assemblée a donc à se demander dans ces cas-là, ce n'est pas la couleur politique du poursuivi, ni s'il lui paraît que le délit est certain – elle n'a pas à se substituer à la juridiction de jugement – mais ce qu'elle doit rechercher c'est si la poursuite est ou non arbitraire, c'est-à-dire en termes très simples, si un citoyen ordinaire, qui se trouverait dans la même situation, serait ou non poursuivi »[4208] et ajoute que « c'est le seul problème qu'une Assemblée devrait se poser »[4209].

864. Or la doctrine observe que ce mode de raisonnement n'est absolument pas celui des Chambres. Les parlementaires exercent un contrôle, tout d'abord, *partisan* sur les demandes de

4205 *Ibid*. Toutefois, la chambre ne va pas jusqu'à conditionner la levée de l'immunité au respect de la juridiction qu'elle a choisi. Comme le note Burdeau, « lors des débats soulevés par la demande de levée de l'immunité parlementaire de M. Lauriol, député d'Alger, l'Assemblée a admis (22 juin1961) qu'elle ne pouvait qu'autoriser ou refuser les poursuites, mais non spécifier la juridiction devant laquelle elles devraient avoir lieu. Il s'agissait de savoir s'il pourrait être déféré aux juridictions d'exception créées en vertu de l'art. 16. L'Assemblée a renoncé à assortir la levée de l'immunité de conditions relatives au juge compétent. Mais cette attitude s'explique par une déclaration du Garde des sceaux qui estima que le cas de M. Lauriol ne relevait pas des juridictions d'exception » (G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.626).
4206 G. Burdeau, Cours…, op.cit., 1963, p.626 ; M. Prélot, Institutions politiques…, 3è éd., op.cit., 1963, p.711.
4207 « « Suivant la pratique et l'opinion dominante de la doctrine traditionnelle, il appartient seulement [à l'assemblée saisie] de considérer si la demande de levée d'immunité est « sérieuse et loyale ». Cette conception est assurément insuffisante, notamment dans la mesure où elle aboutit à ne faire contrôler que le caractère non arbitraire ou vexatoire de la poursuite alors que l'inviolabilité vise un autre but qui est (…) d'empêcher que le parlementaire soit distrait de l'exercice de son mandat » (M. Prélot et J. Boulouis, , Institutions politiques…, 11è éd., op.cit., 1990, p.806).
4208 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.986.
4209 *Ibid*.

levée d'immunité. Vedel remarque en ce sens que « dans certains cas, les poursuites [sont] autorisées suivant que l'on [est] affaire ou non à un membre de la fraction minoritaire du Parlement. Dans d'autres cas, la camaraderie parlementaire, qui [va] de l'extrême-droite à l'extrême-gauche, [fait] qu'il [est] impossible d'obtenir la levée de cette immunité parlementaire et on [tient] le raisonnement suivant : ou bien il s'[agit] d'une infraction minime – par exemple une gifle donnée à un électeur – auquel cas l'infraction [est] trop minime pour justifier la levée de l'immunité ; ou bien, l'infraction [est] trop grave, et alors, la camaraderie [veut] que l'on exposât pas un collègue à une poursuite dans laquelle il [risque] de nombreux désagréments, du fait de la déchéance qui [peut] être entraînée par une condamnation pénale emportant inéligibilité »[4210]. Il existe donc une une tendance des parlementaires à faire de l'inviolabilité « un moyen commode de garantir leur impunité pour des faits ressortant du droit commun »[4211].

865. En outre, en plus d'être partisan, les constitutionnalistes font valoir que l'examen des chambres est également *approfondi*, ce qui a pour effet de paralyser le principe de la séparation des pouvoirs : « l'Assemblée se [pose] en juge et [fonde] sa décision sur le caractère prouvé ou non prouvé (selon elle) des faits reprochés »[4212]. Vedel observe sur ce point que « le problème de l'inviolabilité est beaucoup plus un problème de pratique »[4213], que de droit. Le contrôle strict exercé par les parlementaires constitue, en réalité, un vestige de la prééminence institutionnelle des assemblées, auquel ses membres sont profondément attachés par crainte du pouvoir exécutif. En définitive, que ce soit à travers le détournement de la procédure ou le contrôle poussé réalisé sur les demandes de levée d'immunité, la doctrine sous la Vème République condamne avec force l'usage vicié du mécanisme de l'inviolabilité parlementaire, perpétuant ainsi la tradition constitutionnelle de stigmatisation de cette protection.

*
**

4210 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.986. Comme le note Yves Guchet, « entre 1958 et 1993, 25 demandes levées d'immunité avaient été adressées à l'Assemblée nationale, dont 15 émanaient de particuliers. Deux observations avaient pu être faites concernant la pratique parlementaire. En règle générale lorsqu'il s'agissait de demandes émanant de particuliers, liés à des affaires mineures l'Assemblée considérait que les accusations visaient surtout à déstabiliser le député et elle refusait la levée de l'immunité. Lorsque la demande provenait du Garde des sceaux et se trouvait fondée sur des infractions plus graves, l'Assemblée hésitait moins à autoriser les poursuites. Il demeure que certaines hésitations et lenteur, en particulier dans le cas du député Boucheron ont contribué fâcheusement à ancrer dans l'opinion publique l'idée fausse selon laquelle l'inviolabilité constituait un privilège destiné à assurer l'impunité de parlementaires auteurs d'infractions pénales » (Y. Guchet, Droit parlementaire, op.cit., p.96).
4211 G. Soulier, L'inviolabilité…, op.cit., p.64.
4212 G. Vedel, Cours…, op.cit., 1960, p.986. Voir sur ce point la troisième demande de levée d'immunité concernant Bernard Tapie (JO AN, Débats, séance du 28juin 1994, p.3716).
4213 *Ibid*., p.985.

Conclusion du chapitre 2

866. Au terme de cette étude, il ressort que la science du droit constitutionnel, au cours de la période compris entre les années 1930 et 1990, place au second plan la problématique des immunités des pouvoirs constitués. Matérialisé par une baisse de la production scientifique, le délaissement doctrinal de ce champ d'investigation est le résultat de facteurs politique et méthodologique combinés. *D'une part*, les deux tournants épistémologiques successifs de la science française du droit constitutionnel, c'est-à-dire empirique et contentieux, conduisent à détourner l'attention de la doctrine vers la science politique et la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Ces évolutions amènent également les constitutionnalistes de cette période à ne plus structurer le problème des statuts exorbitants autour de constructions théoriques d'ensemble comme l'avait réalisé la doctrine publiciste classique, mais à favoriser un examen pragmatique de celui-ci. Or, jusqu'aux années 1990, la pratique constitutionnelle en la matière est extrêmement pauvre. Les dispositifs régissant la responsabilité des pouvoirs supérieurs sont ineffectifs puisque la responsabilité politico-pénale du Président de la République ou celle des ministres ne seront jamais engagées devant la Haute Cour de justice. La seule affaire retentissante sera celle des députés malgaches en 1947, qui conduit à ce que les constitutionnalistes de cette époque examinent des questions inédites en matière d'immunités parlementaires, comme la théorie du flagrant délit continu et la possibilité ou non pour les autorités judiciaires d'étendre les poursuites contre un parlementaire sans l'autorisation de la chambre intéressée. De même, la jurisprudence constitutionnelle et judiciaire sur ce thème sont relativement pauvres, à l'exception notable de la jurisprudence relative aux offenses au chef de l'État.

867. *D'autre part*, ce désintérêt doctrinal découle également du fait que l'objet des privilèges constitutionnels apparaît, au cours de cette phase, comme un thème de réflexion largement rebattu. Les constitutionnalistes ont à leur disposition, désormais, des travaux riches et solides fournis par la doctrine publiciste classique. Des consensus doctrinaux s'opèrent alors sur des questions autrefois hautement polémiques, telles que l'essence *politique* du concept de haute trahison, la nature *politico-pénale* de la responsabilité présidentielle et ministérielle en matière de justice politique.

868. Cependant, au-delà de ce consensus scientifique, il est intéressant d'observer que le problème portant sur les protections dérogatoires des pouvoirs constitutionnels connaît un double renouvellement au cours de cet épisode. En premier lieu, cette période a le mérite de démontrer que les ordres de priorité de la réflexion doctrinale relative à la problématique des privilèges constitutionnels, sont dictés par la nature du régime et par les rapports de force institutionnels dominants. La pensée constitutionnelle en la matière suit l'évolution des régimes de la IVème et de

la Vème Républiques. En ce sens, si, en période de parlementarisme absolu, les constitutionnalistes se focalisent majoritairement sur les immunités parlementaires et délaissent le thème de la responsabilité de l'exécutif, la donne est inversée en période de présidentialisme majoritaire. Les privilèges du Président deviennent alors le sujet de préoccupation doctrinal prioritaire, mettant de côté la responsabilité des autorités subordonnées à lui. Ce schéma s'illustre parfaitement à travers l'étude des écrits constitutionnels des deux Républiques. Néanmoins, il est important de souligner l'effort des spécialistes du droit constitutionnel au cours de cette phase pour penser les immunités parlementaires comme un principe de droit constitutionnel et non comme une dérogation au droit commun.

869. En second lieu, cette époque est marquée par l'apparition inédite d'un discours critique au sein de la doctrine constitutionnelle vis-à-vis des mécanismes de protection des pouvoirs constitués. L'unité du discours critique se cristallise, principalement, autour de l'inviolabilité parlementaire à partir de la IVème République et, à compter de la naissance de la Vème République, autour du statut d'irresponsabilité du Président de la République. Dans le premier cas, sans remettre en cause son existence même, la plupart des constitutionnalistes dénoncent les abus commis par les parlementaires dans l'utilisation de leur inviolabilité, qui ont une propension à interpréter de manière extensive ce privilège ainsi que d'en faire un usage partisan, au point d'en dénaturer l'esprit et, par là-même, d'affaiblir sa légitimité. Cette dérive, propre au régime d'assemblée, se perpétue durant la Vème République, et apparaît comme un vestige de la prééminence institutionnelle des Chambres à l'égard des pouvoirs constitués concurrents. Dans le second cas, se saisissant véritablement de ce problème dès le début de la Vème République, la doctrine constitutionnelle exprime de fortes réserves à l'égard du statut présidentiel bâti par les constituants de 1958. Compte tenu du système présidentialiste qui se met en place à partir de De Gaulle, ils lui reprochent, d'une même voix, son *anachronisme* et son *déséquilibre*. La distorsion entre son irresponsabilité et les pouvoirs qu'il exerce effectivement contredit, à leur point de vue, l'un des principes cardinaux du constitutionnalisme selon lequel tout pouvoir effectif doit être responsable, « gage d'une véritable démocratie »[4214]. D'où les propositions doctrinales de refonte de son statut d'irresponsabilité[4215].

4214 P. Auvret, La responsabilité du chef de l'État, op.cit., p.79.
4215 Parmi celles-ci, il est notamment proposé d'« infirmer le principe d'irresponsabilité pour mettre en accord le droit avec la réalité et prévoir, en conséquence, une procédure proprement pénale à laquelle pourrait être jointe une action civile » (*ibid*., p.97).

CONCLUSION DU TITRE 1

870. La période comprise entre 1875 et 1990 est marquée par la « génération des continuateurs » qui joue un rôle charnière par rapport à la problématique de la protection des pouvoirs constitués. Elle entend, de manière inédite, théoriser ce questionnement, avec un degré variable, en s'appuyant sur l'œuvre révolutionnaire.

Entre les années 1875 et 1930, la doctrine publiciste classique pose les jalons d'une systématisation vis-à-vis du problème des privilèges exorbitants des pouvoirs constitués. Elle manifeste d'un réel investissement théorique à l'égard de celui-ci. Cette démarche dogmatique est favorisée par un double facteur politique et scientifique. Les progrès de la discipline du droit constitutionnel grâce à la généralisation des cours de droit constitutionnel au sein des Facultés de droit à la fin du XIXème siècle, combinés avec une stabilisation et un enracinement de la République et du régime représentatif dans les institutions françaises, permet un intense travail doctrinal de conceptualisation sans précédent. Pour ce faire, son ambition scientifique est de consolider et de pérenniser le legs révolutionnaire. De ce point de vue, il est apparu que la conception française des immunités constitutionnelles a pour caractéristique majeure d'être construite autour du paradigme révolutionnaire de la souveraineté nationale. À ce titre, la doctrine publiciste classique articule les immunités parlementaires dans leur ensemble, au caractère représentatif du mandat. De même, elle pense la responsabilité du Président de la République et des ministres devant la justice politique comme le prolongement pénal de la responsabilité politique de l'exécutif devant la représentation nationale. La liaison opérée entre la souveraineté nationale et les privilèges constitutionnels permet par là-même de fonder et de garantir le triomphe de la souveraineté parlementaire, ainsi que d'asseoir le caractère démocratique et républicain de ces mécanismes.

871. Toutefois, ce climat scientifique consensuel n'est pas exempt de vives disputes juridiques, principalement en ce qui concerne la responsabilité présidentielle et ministérielle devant la justice politique. Cette question est laissée en suspens par les lois constitutionnelles de 1875 en raison de leur équivocité. Elle présente un enjeu primordial, étant donné que sa réponse détermine la nature monarchiste ou républicaine des institutions de 1875 et résout le compromis exprimé dans la Constitution de 1875. Si la plupart des membres de la doctrine constitutionnelle - en majorité républicaine - sont favorables à l'instauration d'une responsabilité présidentielle limitée conçue sur le modèle d'un chef d'État parlementaire, ils se divisent sur ses modalités, tant sur le sens indéterminé de la haute trahison que sur la reconnaissance ou non d'une inviolabilité à son égard. De même, la responsabilité des ministres devant la Sénat constitué en Cour de Justice, qui est encore organisée par des dispositions constitutionnelles lacunaires, est propice au dissensus entre

les membres de la doctrine publiciste classique. Les auteurs s'affrontent non seulement sur la définition de la notion de « crimes commis dans l'exercice des fonctions », ainsi que sur l'étendue de la compétence respective de la Chambre des députés et du Sénat constitué en tribunal d'exception. De surcroît, ce problème est ravivé par la fameuse affaire Malvy de 1918 qui provoque une intense controverse doctrinale au sujet de la reconnaissance ou non d'un pouvoir souverain au Sénat réuni en Cour de Justice et de sa nature politique ou pénale. En réalité, toutes ces oppositions doctrinales tiennent au fait que chacun des problèmes exposés est profondément solidaire des postulats méthodologiques, juridiques et politiques propres à chaque auteur, auxquels s'ajoute un facteur exogène qui est le contexte institutionnel. L'étude des travaux scientifiques sur ces sujets a permis également de mettre en lumière la fracture profonde qui traverse la doctrine constitutionnelle française, partagée entre un courant pénaliste et un courant constitutionnaliste, chacun d'eux défendant deux visions diamétralement opposées du droit constitutionnel. Mais, au-delà de ces divisions, il n'en demeure pas moins que l'œuvre de la doctrine publiciste sous la IIIe République témoigne d'une profonde réflexion sur le thème des statuts dérogatoires des gouvernants.

872. Or, à partir des années 1930 jusqu'au début des années 1990, il est significatif d'observer que l'entreprise de théorisation de la doctrine constitutionnelle s'estompe. Cette perte d'intérêt tient notamment à un facteur épistémologique lié à l'apparition des méthodes empirique et contentieuse dans la science du droit constitutionnel, ainsi qu'à un facteur politique qui est l'absence de mise en œuvre des mécanismes d'engagement de la responsabilité des pouvoirs publics. L'affaire des parlementaires malgaches en 1947 est le seul fait d'actualité politique marquant mettant en jeu les privilèges constitutionnels, spécialement les immunités parlementaires. Néanmoins, sur le fond, les constitutionnalistes de la IVème République et ceux du début de la Vème République ne rejettent pas la pensée de la doctrine publiciste classique relative au questionnement des statuts exorbitants des gouvernants. Au contraire, les cathédrales doctrinales héritées des « maîtres » se perpétuent et constituent un terreau pour leur réflexion. Elles demeurent une grille d'analyse pertinente pour les membres de cette période dans un contexte parlementaire et républicain similaire. Cet héritage intellectuel se manifeste notamment dans leur représentation des immunités parlementaires qu'ils continuent de structurer autour du principe ancien du régime représentatif.

873. Mais, à l'inverse de la doctrine publiciste classique qui connaît de nombreux dissensus entre ses membres sur la question des privilèges constitutionnels de l'exécutif, le discours de la doctrine constitutionnelle sur ce sujet est davantage consensuel à partir de la IVème République. S'inspirant de la production scientifique antérieure qui leur fournissent un matériau exceptionnel, la majorité de ses membres s'entendent sur le caractère *politique* du concept de haute trahison, ainsi que sur la nature *politico-pénale* de la responsabilité présidentielle et ministérielle devant la Haute Cour de

Justice. En outre, la seconde différence avec la doctrine publiciste classique réside dans la priorité des thèmes de réflexion relatifs aux immunités constitutionnelles. Véritable chef de l'exécutif, la responsabilité du chef de l'État devient, dès la naissance de la Vème République, une question de premier ordre dans la pensée constitutionnelle, au détriment de la responsabilité ministérielle et parlementaire, contrairement aux précédentes Républiques. Enfin, dernière particularité notable, il émerge et s'ancre un discours doctrinal critique qui constituera, à l'avenir, l'un des signes distinctifs de la génération suivante. Ce discours critique se cristallise autour de l'inviolabilité parlementaire et du statut d'irresponsabilité du Président de la République. Or, loin d'être un sujet éprouvé, la génération suivante apporte un souffle nouveau à cette problématique compte tenu d'un contexte politico-juridique fortement modifié par rapport aux périodes précédentes.

TITRE 2. LA GÉNÉRATION DES RÉFORMATEURS : UNE RÉNOVATION DOCTRINALE FRACTURÉE AU CŒUR D'ENJEUX CONCEPTUELS NOUVEAUX (1990-2020)

874. Loin d'être un épisode anecdotique, la période comprise entre les années 1990 et le début du XXIème siècle ouvre une nouvelle page de l'histoire de la problématique des immunités constitutionnelles. Elle représente un formidable moment de rénovation de cette question. Une nouvelle génération de constitutionnalistes accède au devant de la scène. À la génération des « continuateurs », qui elle-même avait succédé à la génération des « fondateurs » et des « constructeurs », succède une quatrième génération de constitutionnalistes qui est la génération des « réformateurs ».

Alors qu'il s'agissait d'un sujet qui pouvait sembler épuisé, poli par des générations de juristes publicistes, la question de la protection des pouvoirs supérieurs devient, au cours des années 1990, une question doctrinale de premier ordre. À la différence des constitutionnalistes de la IVème et du début de la Vème République qui se sont peu préoccupés de ce champ d'étude, les constitutionnalistes s'intéressent à nouveau au droit de la responsabilité. Ce regain d'intérêt tient à plusieurs facteurs, que sont les nombreuses affaires internes à la République compromettant des ministres, ou d'anciens ministres, voire le chef de l'État lui-même, initiées par l'affaire du sang contaminé, associées aux diverses révisions constitutionnelles touchant les immunités de chaque pouvoir constitué. Ces événements ont fait de l'objet des immunités constitutionnelles un objet constitutionnel qui n'a jamais été autant discuté par la doctrine constitutionnelle française. Il suscite à partir de 1993, un nombre important d'articles doctrinaux ou encore de thèses, colloques et ouvrages collectifs. L'effectivité de la responsabilité des pouvoirs publics à la fin du XXème siècle se traduit également par l'irruption de la jurisprudence judiciaire, constitutionnelle et européenne qui s'affirme comme un corpus d'analyse pertinent pour les constitutionnalistes français.

875. La rénovation scientifique de ce thème de réflexion se manifeste par l'apparition d'interrogations qui ne se sont jamais posées à la doctrine en matière de protection exorbitante. En effet, le statut pénal du Président de la République fait naître, à partir des années 1990, des controverses doctrinales sur des problèmes constitutionnels inédits, tels que la reconnaissance ou non d'une inviolabilité au chef de l'État pour ses actes extérieurs à ses fonctions, la possible extension de l'immunité présidentielle à ses conseillers ou encore la théorie du Président-requérant. De même, l'affaire du sang contaminé en 1993 illustre le glissement de la responsabilité politique

des ministres vers la responsabilité pénale pour leurs actes accomplis pendant l'exercice de leur « mandat » ministériel. Ce processus nouveau de « criminalisation de la responsabilité ministérielle »[4216] est vivement critiqué par la doctrine. Enfin, on observe durant cette période une évolution des fondements des immunités parlementaires compte tenu de la montée en puissance de l'autorité judiciaire qui tend à avoir le statut d'un pouvoir quasi-autonome.

876. Or ce renouveau transparaît également dans les réponses apportées par la doctrine à ces questionnements, compte tenu d'un cadre politico-juridique renouvelé. Depuis les années 1980, le concept d'*État de droit* connaît un nouvel essor[4217] et occupe désormais une place centrale dans le discours constitutionnel moderne. Propulsé au cœur des débats juridiques, il est devenu le moteur de transformations politiques. Cette notion, porteuse d'enjeux idéologiques nouveaux, a pour effet de remettre en cause la conception traditionnelle de la démocratie fondée sur la toute-puissance des élus, tirant leur légitimité du suffrage universel. L'État de droit implique, au contraire, que « la liberté de décision des organes de l'État soit, à tous les niveaux, limitée par l'existence de règles, dont le respect est garanti par un juge »[4218]. Il tend dès lors à promouvoir une démocratie juridique dont le sens profond est la prééminence du droit à l'égard des gouvernants et des gouvernés, une égalité devant la loi pour tous ainsi qu'une meilleure protection des droits fondamentaux des citoyens. De plus, la diffusion de l'idée d'État de droit favorise la montée en puissance du pouvoir juridictionnel qui apparaît comme la pierre angulaire et la condition de réalisation de l'État de droit. Or, d'un point de vue constitutionnel, cette montée en puissance se traduit par l'émergence d'un nouveau « pouvoir judiciaire », qui « n'hésite plus à traquer les pratiques de corruption politique ». La justice apparaît alors comme « la nouvelle scène de la démocratie, offrant aux citoyens la possibilité d'interpeller directement les gouvernants »[4219]. Sur un plan scientifique, la doctrine de l'État de droit est devenue progressivement le nouveau paradigme cristallisant le champ scientifique du droit public[4220]. En ce sens, la façon dont la doctrine moderne conçoit les nouveaux problèmes posés par les immunités constitutionnelles est le reflet des tendances de fond qui traversent la démocratie française (**chapitre 1**).

877. Par ailleurs, les années 1990 sont également marquées par la persistance d'un discours constitutionnel critique à l'encontre des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués, qui n'est en rien nouveau puisque apparu durant la IVème République. Mais si ce type de discours restait relativement modéré, il prend un aspect beaucoup plus radical à la fin du XXème siècle. En effet,

4216 O. Beaud, Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité..., op.cit., p.3.
4217 C.-M. Herrera, Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit, L'Homme et la société, n°113, 1994, pp. 89-103.
4218 J. Chevallier, Les doctrines de l'État de droit, in Le droit dans la société, Les Cahiers français, n° 288, oct.-déc. 1998, p.8.
4219 *Ibid*. Voir sur ce point : A. Garapon, Le gardien des promesses. Le juge et la démocratie, Paris, Ed. Odile Jacob, 1996.
4220 J. Chevallier, Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, op.cit., p.18-19.

sous l'influence des nouveaux paradigmes scientifiques, un fort mouvement doctrinal voit le jour en France, de manière inédite au regard de l'histoire de cette problématique. Il tend à aménager drastiquement voire à *faire disparaître* la plupart des immunités constitutionnelles, que ce soit celles du Président de la République, des ministres ou encore des parlementaires. Ses défenseurs, qualifiables de « fossoyeurs des immunités constitutionnelles » fondent axiologiquement une telle réforme sur les exigences de l'État de droit. Leur discours prescriptif les amène d'ailleurs à s'interroger sur l'office de la doctrine universitaire et sur le sens de la recherche juridique. Mais, en réponse à ce discours scientifique dominant, se développe un discours hétérodoxe qui tente de défendre la légitimité des privilèges exorbitants dans le droit constitutionnel français. Pour cela, ses partisans mettent en avant les logiques institutionnelle et démocratique sur lesquelles reposent les privilèges constitutionnels, cherchant à renouer par là-même avec la dimension politique du droit constitutionnel et avec la théorie générale de l'État. Il se dessine dès lors, actuellement, dans la science française du droit constitutionnel un discours antagoniste par rapport au questionnement des immunités constitutionnelles qui, par effet de miroir, confirme une fracture évidente en son sein traversée par un double courant (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1.

LA RÉAPPROPRIATION DE L'OBJET DES IMMUNITÉS CONSTITUTIONNELLES PAR LA DOCTRINE DANS UN CONTEXTE D'AFFERMISSEMENT DE L'ÉTAT DE DROIT

878. Sous l'impact d'affaires retentissantes et de plusieurs révisions constitutionnelles importantes, la réflexion doctrinale relative à la responsabilité des pouvoirs constitués connaît un regain d'intérêt sans précédent à partir de la fin du XXème siècle. Provoquant une production scientifique conséquente, cette question n'a jamais été autant discutée par la doctrine dans l'histoire de cette problématique. Sur le fond, le questionnement des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués subit une véritable transmutation à compter des années 1990. Elle s'insère dans un contexte politico-juridique véritablement renouvelé. Compte tenu de l'expansion du concept d'État de droit sous l'influence notamment de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme[4221], l'aspiration à une justice égale pour tous trouve un regain de vigueur dans la démocratie française actuelle. Elle se traduit par une volonté de rapprocher les autorités de l'État des citoyens ordinaires en aménageant voire en abolissant leurs privilèges, et d'assurer une sanction effective de leurs actes répréhensibles grâce au procès pénal. Cette tendance se manifeste particulièrement à la suite de l'affaire dite du « sang contaminé ». La réponse apportée à la demande de justice des citoyens

4221 Par exemple, le rapport de la Commission de Venise relatif à l'étendue et la levée des immunités parlementaires de mars 2014 affirme, de manière caractéristique, que si « la CEDH ne dit rien de l'immunité parlementaire (…), l'exercice de l'immunité peut, toutefois, dans certains cas, entrer en conflit avec des droits garantis par la Convention. Cela s'est produit jusqu'à présent en ce qui concerne l'article 6 sur le droit d'accès à un tribunal, lorsqu'une partie qui s'estimait lésée par des déclarations ou des actes d'un parlementaire a été empêchée par l'immunité de porter son affaire devant la justice » (rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires, op.cit., p.7). Dès lors, le rapport en tire la conséquence que les règles nationales en matière d'immunités – pourtant de valeur constitutionnelle - « ne sauraient (…) en tant que telles, déroger à la Convention, même s'il existe une marge d'appréciation » (*ibid.*). Le rapport ajoute également que l'immunité parlementaire peut entrer en contradiction avec le principe de l'égalité de tous devant la loi, « l'un des fondements de l'Etat de droit » (*ibid.*, p.8) et en cas d'abus de leurs bénéficiaires, « son existence même peut aussi saper la confiance du public dans son parlement et jeter le discrédit sur la classe politique et le système démocratique » (*ibid.*). C'est pourquoi le rapport fixe les modalités du contrôle du juge européen vis-à-vis des privilèges des membres des assemblées : « si la CEDH ne restreint pas l'immunité parlementaire en soi, elle pose (…) certaines bornes à l'application de ses règles, et peut conduire à faire valoir d'une façon plus générale que l'usage de l'immunité parlementaire doit toujours être justifié, et ne jamais enfreindre les impératifs de proportionnalité et de nécessité dans une société démocratique » (*ibid.*). Ce triple contrôle a été illustré précédemment par la jurisprudence européenne. Par exemple, la Cour a jugé dans un arrêt Cordova c. Italie du 30 janvier 2003 que « les déclarations litigieuses [du député concerné] n'étaient pas liées à l'exercice de fonctions parlementaires stricto sensu », ce qui constitue une violation de l'article 6 par déni d'accès au tribunal. Au contraire, dans l'arrêt A. c. Royaume-Uni, 35373/97, 17 décembre 2002, la Cour a estimé au paragraphe 77 que les règles nationales en matière d'immunité parlementaire peuvent viser « les buts légitimes que sont la protection de la liberté d'expression au parlement et le maintien de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire » (*ibid.*, p.7). Les exigences conventionnelles impactent donc les contours le mécanisme constitutionnel de l''immunité parlementaire. Elles touchent également celui du Président de la République, comme l'illustre l'arrêt de la Cour EDH, 2 décembre 2014, Urechean et Pavlicenco c. République de Moldova dans lequel la Cour Européenne des droits de l'Homme a décidé qu'elle était susceptible de se prononcer sur la conventionnalité de l'immunité juridictionnelle civile dont bénéficie un Président à la lumière du droit à un procès équitable. Concernant l'analyse de la jurisprudence européenne sur cette question avant cet arrêt : cf. J.-F. Flauss, Le statut pénal du Président de la République et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, LPA, n°261, 2002, p.4-10.

français s'illustre à travers la révision constitutionnelle du statut pénal des ministres en 1993 complétée, en 1995, par la réforme touchant l'immunité parlementaire et en 2007, par la révision relative au statut pénal du Président de la République, qui ont le plus souvent réduit l'étendue de leurs privilèges, même si certains auteurs considèrent au contraire que la dernière réforme citée a renforcé la protection présidentielle[4222]. En outre, à coté de problèmes classiques, la doctrine constitutionnelle est confrontée à des questionnements sur cet objet que les générations précédentes n'ont jamais rencontré. Les thèmes qu'elle a à examiner sont certes inédits mais elle peut désormais s'appuyer sur la jurisprudence, à la fois judiciaire, constitutionnelle et européenne, qui intervient désormais en matière d'immunités constitutionnelles, contrairement aux régimes antérieurs. Toutefois, certains juristes universitaires refusent de se contenter de proposer un commentaire de ces arrêts et pensent cet objet juridique au-delà de la jurisprudence en privilégiant une perspective politique et extra-textuelle du droit constitutionnel[4223].

879. Or, à l'image du début de la Vème République, les privilèges de l'exécutif occupent le devant de la scène scientifique constitutionnelle. Ce rôle premier est le reflet de l'équilibre institutionnel instauré par le régime de 1958 et la pratique qui en a résulté, caractérisé par la prédominance du Président de la République sur les autres organes, hors période de cohabitation. De surcroît, ce problème prend une importance encore plus grande à partir des années 1990, comme en témoignent les deux révisions constitutionnelles précitées au cours de cette période, celle du 27 juillet 1993 relative à la responsabilité pénale des membres du gouvernement et celle du 23 février 2007 portant sur la responsabilité pénale du Président de la République. L'enjeu des ces deux réformes réside dans la volonté affichée des constituants d'éliminer toute trace de justice politique en séparant strictement droit pénal et politique, afin de construire un système de responsabilité plus conforme aux canons du constitutionnalisme moderne[4224]. En outre, ce sont les deux affaires internes à la République qui ont fait de cette question du statut pénal de l'exécutif une question constitutionnelle discutée à la fin du XXème siècle. Dans la période récente, cette interrogation a cessé en effet de revêtir un caractère théorique. Pour la première fois sous la Vème République et même pour la première fois depuis la collaboration de Vichy, des ministres seront traduits devant la Cour de Justice de la République. De même, un ancien Président de la République sera condamné pour des actes extérieurs à ses fonctions. Dès lors, dans la continuité de la pensée constitutionnelle comprise

4222 D'une part, pour Marie-Anne Cohendet, la réforme du 23 février 2007 a reconnu une inviolabilité au Président de la République pour les actes extérieurs à ses fonctions alors que « jusque-là, pour les actes accomplis (…) en tant qu'homme et non pas en tant que président, il était responsable comme n'importe quel individu » (M.-A. Cohendet, Le président de la République, 2è éd., op.cit., p.38). D'autre part, le mécanisme de la destitution du Président de la République institué par la réforme du 23 février 2007 « est tellement restrictif, dans les motifs de sa mise en œuvre comme dans ses conditions procédurales, que cette destitution est presque inconcevable » (M-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.526).

4223 Cf. O. Beaud, Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution, op.cit., p.1195.

4224 Pour certains constitutionnalistes, la réforme du 23 février 2007 relative à la responsabilité présidentielle avait surtout comme objectif, en pratique, de protéger le chef d'Etat en exercice contre d'éventuelles poursuites judiciaires.

entre les années 1958 et 1990, le statut pénal des membres du gouvernement et du Président de la République continuent à poser des difficultés à la doctrine. L'ensemble de ces événements juridiques et judiciaires soulève des questions qui sont source d'intenses réflexions ainsi que de nombreuses disputes entre les constitutionnalistes (**section 1**).

880. Dans une moindre mesure, l'objet des immunités parlementaires occupe également la pensée des constitutionnalistes de la fin du XXème siècle. Cette interrogation demeure d'actualité compte tenu de la révision constitutionnelle du 4 août 1995 voulue par l'opinion publique qui « impose au régime juridique de l'inviolabilité parlementaire des modifications sans précédent dans l'histoire constitutionnelle française »[4225]. Jugée bienvenue par les juristes universitaires, elle limite de manière notable le champ d'application de l'inviolabilité en supprimant l'immunité de poursuites et accroît par là-même, indéniablement la liberté d'action de l'autorité judiciaire à l'égard des parlementaires. Les juristes de droit constitutionnel contemporains sont donc amenés à réfléchir sur le bien-fondé des fondements classiques des statuts dérogatoires des membres des assemblées, dans un contexte de rationalisation du parlementarisme et de montée en puissance de l'autorité judiciaire dont « la manifestation la plus spectaculaire réside dans sa capacité à soumettre un nombre croissant de personnalités (…) à la loi commune »[4226]. Plus généralement, les évolutions modernes de la démocratie, marquées notamment par l'indépendance et l'autonomie de la justice, qui font que l'exécutif a bien moins la possibilité d'abuser des tribunaux contre ses adversaires politiques au parlement ou encore l'exigence populaire de transparence des députés, ont ouvert un débat doctrinal sur la place et la nécessité des privilèges parlementaires, en particulier l'inviolabilité (**section 2**). Mais, loin de susciter l'unanimité, le problème des immunités présidentielles, ministérielles et parlementaires causent de vifs dissensus au sein de la science contemporaine du droit constitutionnel. Outre un facteur exogène qui est l'essor de l'idée d'État de droit dans le droit positif français imposant ses exigences particulières, ces oppositions scientifiques puisent leur source dans la divergence des postulats méthodologiques et théoriques propres à chaque auteur.

4225 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.373.
4226 *Ibid*., p.367.

SECTION 1. LES IMMUNITÉS EXÉCUTIVES AUX CONTOURS VIVEMENT DISCUTÉS

À partir des années 1990, le régime des immunités pénales reconnues au Président de la République et aux ministres subit de profondes évolutions. Accompagnant le mouvement récent de recul de leur protection, la doctrine constitutionnelle contemporaine réexamine ce problème à la lumière des contraintes nouvelles de l'État de droit.

881. Chronologiquement, la réforme du statut pénal du pouvoir exécutif s'est portée en premier sur le privilège de juridiction des membres du gouvernement. L'origine de cette révision est principalement circonstancielle. L'affaire du sang contaminé a mis en lumière que la responsabilité pénale des ministres devant la Haute Cour prévue à l'article 68 alinéa 2 de la Constitution de 1958 fonctionnait « plutôt mal »[4227]. Tout d'abord, les victimes contaminés par le virus du sida à la suite d'une transfusion sanguine et leurs familles étaient dans l'impossibilité de déclencher elles-mêmes les poursuites contre certains membres du gouvernement de l'époque puisque la mise en accusation appartenait exclusivement aux assemblées parlementaires. De plus, la mise en accusation des chambres était dictée en arrière-plan par des clivages politiques[4228]. Enfin, la Haute Cour avait jugé le 5 février 1993 que les délits concernés étaient prescrits, mécontentant grandement l'opinion publique[4229]. Face à ces carences, le constituant décide, par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, d'autonomiser la responsabilité pénale gouvernementale en créant un titre nouveau spécifique (titre X) dans la Constitution de 1958, intitulé « De la responsabilité pénale des membres du gouvernement ». Dans cet esprit, est instaurée la Cour de Justice de la République, en lieu et place de la Haute Cour, pour juger les ministres. Dans le même sens, cette réforme, largement inspirée par les propositions de réforme du Comité Vedel, introduit trois innovations majeures par rapport à l'ancien état du droit. D'une part, le déclenchement des poursuites ne dépend plus des assemblées parlementaires. Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes composée de magistrats membres de la Cour de Cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes[4230]. D'autre part, « la mise en accusation » des ministres est terminée puisque le stade

4227 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.629.
4228 « La mise en accusation était d'autant plus facilement votée que la personne visée n'appartenait pas (ou n'appartenait plus) à la tendance majoritaire au sein de l'Assemblée » (*ibid.*).
4229 « Lors de cette révision, le régime constitutionnel de la responsabilité pénale des ministres a été modifié afin de mettre fin à l'impunité de facto dont ils bénéficiaient, impunité dont on estimait (…) qu'elle était particulièrement illustrée par l'affaire du sang contaminé » (O. Beaud, La renaissance de la compétence concurrente…, op.cit., p.180-181).
4230 La commission des requêtes peut être saisie non seulement par une personne privée mais aussi par le procureur général près la Cour de Cassation. La commission des requêtes décide soit de classer la plainte, soit d'y donner suite.

de la procédure relève désormais de la compétence de magistrats professionnels : d'abord, la Commission des requêtes, qui filtre les plaintes des particuliers, et, ensuite, la Commission d'Instruction qui décide s'il y a lieu de juger les ministres. La dernière modification tient à la composition de l'instance de jugement qui est dorénavant composée de parlementaires et de magistrats. Au regard de ces éléments, l'instauration de la Cour de Justice de la République obéit donc à un double objectif. D'un côté, il s'agit de judiciariser la procédure pour éviter la justice politique et tendre à un rapprochement vers un procès pénal classique. D'autre part, elle cherche à éviter toute soumission pure et simple des ministres au droit commun en conservant un privilège de juridiction aux ministres afin de prendre en compte la particularité de leur tâche[4231]. La réforme de 1993 apparaît alors, pour la doctrine de droit constitutionnel, comme un compromis équilibré entre les exigences d'une responsabilité spécifique des gouvernants et le respect dû aux principes essentiels du droit pénal et de la procédure pénale[4232]. Mais les premiers arrêts rendus par cette nouvelle Cour ne répondent pas aux attentes des constitutionnalistes qui mettent en lumière les nombreuses imperfections du nouveau système (**§1**).

882. Depuis cette affaire du sang contaminé, la question de la responsabilité pénale du Président de la République a progressivement supplanté celle des membres du gouvernement dans la science française du droit constitutionnel. Si ce thème de réflexion avait déjà agité la doctrine depuis la naissance de la Vème République, il prend une ampleur qu'il n'a jamais connu dans son histoire. Cette envergure apparaît comme un miroir de la place centrale occupée par le chef de l'État au sein des institutions de la Vème République. Or, dans les prémisses du régime de 1958, les juristes de droit constitutionnel considéraient ce problème comme théorique du fait de la faible probabilité que le chef d'État puisse être impliqué dans une affaire pénale réellement sérieuse. Cette situation change profondément comme l'illustrent les poursuites de plusieurs Présidents de la Vème République pour les actes extérieurs à leurs fonctions. Mais, ce sont des raisons purement conjoncturelles qui expliquent le bouleversement juridique des immunités pénales présidentielles. La jurisprudence, qui historiquement interférait peu dans des cas relatifs au Président de la République, va avoir, de manière involontaire, un rôle déclencheur. Dans une décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, le Conseil Constitutionnel saisi de la comptabilité de l'ancien article 68 de la Constitution avec les dispositions du Traité de Rome prévoyant la responsabilité du chef de l'État

4231 Comme l'affirme le rapport du Comité consultatif pour une révision de la Constitution présidé par le doyen Georges Vedel, il existe « un fort courant favorable à la soumission des ministres au pur et simple régime de droit commun des juridictions ordinaires. Cette banalisation totale comporterait toutefois le risque de paralyser le fonctionnement de l'État par l'utilisation des procédures à des fins partisanes, notamment par l'usage abusif des constitutions de partie civile. En outre, la nature de l'action gouvernementale rend nécessaire, selon le comité, la création d'une juridiction proche des juridictions ordinaires mais néanmoins spécifique » (Rapport au Président de la République, Propositions pour une révision de la Constitution, Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, 15 février 1993, p.36).

4232 B. Genevois, France. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 17-2001, 2002. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction - Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel, p.211.

devant la Cour Pénale Internationale, prononce son inconstitutionnalité au motif que la responsabilité pénale du Président ne peut, selon lui, être « mise en cause que devant la Haute Cour »[4233]. Mais ce sont principalement les affaires internes à la République qui ont fait de cette question des immunités pénales une question constitutionnelle qui accapare l'attention de la doctrine. Dans son fameux arrêt Breisacher du 10 octobre 2001, la Cour de cassation limite le privilège de juridiction au seul cas de haute trahison, et donc rend une solution différente du Conseil constitutionnel qui avait reconnu, dans sa décision précitée, un privilège général de juridiction. Pour le reste, elle admet une inviolabilité temporaire au profit du chef de l'État pour les actes étrangers à ses fonctions de Président. L'interprétation de l'ancien article 68 de la Constitution suscite alors une vive controverse au sein de la doctrine constitutionnelle française dont les argumentaires révèlent des axiomes méthodologiques et théoriques opposés entre ses membres. Par la suite, l'adoption de la loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février, directement inspirée des travaux de la Commission « Avril », réunie à l'initiative du président Jacques Chirac, tente de clarifier son régime de responsabilité. Mais les contours de cette réforme opposent les constitutionnalistes qui ne lui donnent pas tous la même portée. Ils s'affronteront également sur l'extension future de l'immunité présidentielle provoquée par la jurisprudence judiciaire (**§2**).

§1. Une doctrine très *critique* à l'égard de la jurisprudence de la Cour de Justice de la République dans l'affaire du sang contaminé : les prémices d'un discours réformateur

883. « Au moment où le législateur et les citoyens s'interrogent, avec plus d'intensité encore que dans le passé, sur les rapports entre le pouvoir politique et la justice, la question de la responsabilité pénale des ministres revêt une importance accrue. Elle s'avère aussi d'une complexité particulière, pour des raisons qui tiennent aux principes mêmes de l'État de droit et, notamment, à la séparation des pouvoirs. Comment, en effet, la justice pénale peut-elle connaître des actes d'un ministre dès l'instant où ceux-ci s'inscrivent dans sa fonction, sans une immixtion caractérisée, même *a posteriori*, dans le fonctionnement du gouvernement ? »[4234]. Par cette affirmation, le juriste Robert Badinter résume les données contemporaines du problème de la protection pénale des ministres. En ce sens, la doctrine observe que la réforme du 27 juillet 1993 et la loi organique du 23 novembre 1993[4235] qui font suite à l'affaire du sang contaminé apportent un début de réponse en essayant de

4233 Déc. Conseil Constitutionnel, 98-408 DC, 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour Pénale Internationale, cons. 16. D'où la modification ultérieure de la Constitution de 1958 qui créa l'article 53-2 reconnaissant une nouvelle juridiction dont la compétence est dérogatoire à celle de la Haute Cour.
4234 R. Badinter, Préface : le jugement des ministres, *in* Association française pour l'histoire de la justice, Les ministres devant la justice, op.cit., p.7.
4235 Loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de Justice de la République (JO, 24 novembre 1993, p.16168); CC, 19 novembre 1993, JO 23 novembre 1993, p.16141).

concilier ces différents impératifs. En effet, les fondements du privilège de juridiction ministériel affichés par le père fondateur de cette révision, Georges Vedel[4236], se traduisent par la savante combinaison de deux objectifs principaux. Il s'agit non seulement d'établir « un mécanisme qui tend à calquer le procès de ministres *lato sensu* sur le procès pénal ordinaire, tant en ce qui concerne les règles de forme (procédure pénale) que de fond (droit commun pénal) »[4237], tout en le protégeant contre le harcèlement judiciaire et pour tenir compte de la particularité politique de leurs actes. Malgré les quelques caractères politiques de ce dispositif, la doctrine constitutionnelle se réjouit, au départ, du rapprochement de la responsabilité pénale des membres du gouvernement au droit commun. La criminalisation de la responsabilité au nom de l'égalité de tous devant la loi signifierait la fin de la justice politique et le triomphe de l'État de droit[4238]. En outre, les experts du droit constitutionnel se félicitent de cette réforme à un double niveau. Celle-ci ne rouvre pas une controverse doctrinale ancienne relative à la souveraineté de la juridiction d'exception pour juger les ministres mais se drape plutôt dans la tradition pénaliste en vigueur depuis la IVème République pour asseoir la nature juridictionnelle de la Cour de Justice[4239]. De plus, elle met fin à un défaut du système antérieur souligné par la doctrine en autorisant la compétence *concurrente* des juridictions ordinaires pour poursuivre les membres du gouvernement[4240].

4236 Deux articles de Vedel (dont l'un en collaboration avec Olivier Duhamel) parus dans le Monde en 1992 contiennent la véritable philosophie de la réforme constitutionnelle de 1993 : G. Vedel, Haute Cour et déficits juridiques, Le Monde, 31 octobre 1992 ; G. Vedel et O. Duhamel, Du bon usage de la Haute Cour, Le Monde, 25 novembre 1992.

4237 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.432. Comme l'affirme le rapport Vedel du 15 février 1993, « sous réserve de quelques particularismes, le comité considère que les règles du code pénal et du code de procédure pénale doivent s'appliquer et qu'il convient d'écarter l'exception au droit commun faisant dépendre la mise en accusation d'une décision des assemblées politiques » (Rapport au Président de la République, Propositions pour une révision de la Constitution, op.cit., p.36).

4238 La jurisprudence de la Cour de Cassation de 1963 citée précédemment ayant conféré indirectement une compétence exclusive à la Haute Cour pour tous les actes accomplis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions ou même à l'occasio de celles-ci, « beaucoup d'observateurs ont (…) estimé que le droit constitutionnel positif réservait aux ministres un privilège de juridiction qui a été considéré comme une impunité pénale » (O. Beaud, L'affaire du sang contaminé…, op.cit., p.98).

4239 Selon l'article 68-1 alinéa 3 issu de la loi n°93-952 du 27 juillet 1993, « la Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi ».

4240 Par deux arrêts (Cass. Crim., 26 juin 1995, Bull. Crim. n°235 ; Cass. Crim., 6 février 1997, Bull. Crim. n°48), la Cour de Cassation décide que les juridictions répressives de droit commun peuvent être saisies lorsque les actes du ministre sont commis « en dehors de l'exercice de ses fonctions ». En effet, elle accepte de juger d'anciens ministres pour des faits commis non pas dans l'exercice de leurs fonctions ministérielles, mais seulement « à leur occasion ». La Cour de Justice n'est donc plus automatiquement et exclusivement compétente dès que l'action d'un ministre est en cause. La Cour de cassation met en avant désormais une nouvelle définition plus restrictive des « actes ministériels ». Elle reconnaît par là même la compétence concurrente entre juges répressifs ordinaires et Cour de Justice. Ce revirement de jurisprudence, accueilli favorablement par la jurisprudence, intervient alors que « le législateur constitutionnel a étendu ou a voulu étendre la compétence du tribunal extraordinaire qu'est la Cour de Justice en banalisant la responsabilité pénale des ministres » (O. Beaud, La renaissance de la compétence concurrente…, op.cit., p.185). Cette solution a été étendue par la suite. En 2007, le ministre Dominique De Villepin, poursuivi pour dénonciation calomnieuse dans l'affaire Clearstream – autrement dit à raison d'actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions - s'est abstenu de soulever l'incompétence du tribunal correctionnel car il pensait qu'« un acquittement par une juridiction de droit commun aura un plus grand retentissement dans l'opinion » et « que l'instruction de son dossier serait plus rapide et que ses juges seraient moins suspects de complaisance envers lui » (F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.632).

884. Or, en dépit de ces bienfaits, les quelques arrêts rendus par la suite par la Cour de Justice déçoivent profondément la doctrine constitutionnelle, en particulier celui rendu dans l'affaire du sang contaminé. Elle juge la jurisprudence de cette cour spéciale doublement insatisfaisante. Elle marque, à ses yeux, la reconnaissance officielle du processus de la « criminalisation de la responsabilité » des gouvernants. Elle observe que pour la première fois, sous le régime de 1958, « des membres du gouvernement, dont (…) le Premier Ministre de l'époque, ont été traduits en justice pour répondre, sur *le fondement d'une responsabilité purement pénale*, d'actes accomplis *pendant l'exercice de leur mandat ministériel et dans le cadre de leurs fonctions ministérielles* »[4241] (**A**). En outre, le compromis affiché par les constituants en 1993 échoue dans l'affaire du sang contaminé. La volonté d'exorciser la justice politique pour les membres du gouvernement semble, pour les juristes de droit constitutionnel, « une gageure »[4242] (**B**).

A. La forte opposition des constitutionnalistes à la criminalisation de la responsabilité ministérielle et du droit constitutionnel justifiant une refonte du système

885. L'une des principales imperfections mises en avant par la doctrine constitutionnelle à l'encontre des arrêts rendus par la Cour de Justice, et spécialement celui du 9 mars 1999 dans l'affaire du sang contaminé, est le mouvement de criminalisation de la responsabilité ministérielle et du droit constitutionnel qu'elle amorce. Ce phénomène récent, mis en lumière principalement par Olivier Beaud, suscite une vive indignation doctrinale, qui se traduit par une forte production scientifique en droit constitutionnel[4243]. La poursuite pénale des ministres sur le fondement de délits de droit commun pour les actes essentiellement politiques aboutit, pour les juristes de droit constitutionnel, à une « grave impasse »[4244] et dénature le droit constitutionnel en le dépolitisant (**1**).

886. En outre, la doctrine observe que cette criminalisation du droit se double d'une criminalisation de la science du droit. Sans être nouveau, il s'ancre encore plus profondément un mode de pensée pénaliste au sein de la science française du droit constitutionnel, qui deviendra dominant au début du XXIème siècle (**2**). Face à ce double phénomène, la doctrine constitutionnelle tente d'apporter des solutions. Si certains de ses membres commencent à défendre l'idée d'une suppression de la Cour de Justice de la République, d'autres avancent l'idée de réhabiliter la responsabilité politique

4241 O. Beaud, La Cinquième République au miroir de la responsabilité des gouvernants, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, N.F. Bd 52, 2004, p.367.
4242 J. Delfont, Responsabilité pénale et fonction politique, op.cit., p.82.
4243 On peut citer les contributions rassemblées dans le n°2 de la RDP de 1999, ainsi que l'essai d'Olivier Beaud : Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants, Paris, PUF, 1999, 171 p.
4244 O. Beaud, Le sang contaminé..., op.cit., p.3.

grâce à un mécanisme de « responsabilité politique posthume », sans faire l'unanimité parmi ses membres (**3**).

1. La dénonciation du processus de criminalisation de l'action gouvernementale

887. La doctrine constitutionnelle juge que l'affaire du sang contaminé révèle « une véritable régression du droit constitutionnel qui consiste dans sa criminalisation, et plus exactement dans la « criminalisation de la responsabilité » »[4245]. Par cette dernière expression, elle entend décrire « le mouvement tendant à subsumer les faits politiques sous les normes pénales, ce qui revient, en dernière analyse, à subordonner le droit constitutionnel au droit pénal »[4246]. En effet, dans son arrêt du 9 mars 1999, la Cour de Justice est amenée à examiner la problématique suivante : *la responsabilité pénale est-elle une solution adéquate pour juger l'action politique d'anciens ministres et secrétaires d'État qui n'ont pas été à la hauteur de leur tâche* ? La Cour répond clairement par la positive. Elle se déclare compétente, parallèlement au Parlement, pour juger les trois membres du gouvernement impliqués dans cette affaire (Laurent Fabius, ancien Premier Ministre, Georgina Dufoix, ancien ministre des affaires sociales, et Edmond Hervé, ancien secrétaire d'État à la santé) et en examinant le fond, estime que la mauvaise gestion de leur activité ministérielle, c'est-à-dire la santé publique, pouvait être constitutive d'un délit pénal. Elle justifie sa position – fortement contestée par les juristes de droit constitutionnel - par l'*autonomie de la responsabilité pénale des membres du gouvernement* en cas de crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions par rapport à la responsabilité politique[4247]. Cette autonomie résulte, selon une interprétation littérale et étroite de la Cour inspirée de l'argumentaire de la Commission d'instruction, des dispositions de l'article 68-1 de la Constitution de 1958 : « ni la Constitution, ni la loi ne limitent aux infractions intentionnelles la responsabilité pénale éventuellement encourue par les membres du Gouvernement pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions »[4248]. Par conséquent, les fautes d'un ministre, même involontaires, entrent dans le champ d'application de l'article 68-1 de la Constitution et relèvent de la compétence de la Cour de Justice. En d'autres termes, elle s'estime compétente pour exercer un contrôle judiciaire de l'action politique – erreurs ou

4245 O. Beaud, Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité des ministres et sur la criminalisation du droit constitutionnel, op. cit., p. 997.
4246 *Ibid*.
4247 « Attendu que la responsabilité politique - à en supposer la notion, les critères, et la mise en œuvre précisément définis, ce qui n'est pas de la compétence de la Cour, - n'est exclusive ni de la responsabilité civile et administrative de l'État, ni de la responsabilité pénale. Qu'en effet, les dispositions de l'article 68-1 de la Constitution, applicables en l'espèce, consacrent expressément l'autonomie de la responsabilité pénale des membres du gouvernement en cas de crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, sans faire de distinction entre les infractions intentionnelles et les infractions non intentionnelles » (cité par O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.436).
4248 Propos de la Commission d'instruction de la Cour de Justice de la République cité par O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.437.

fautes des ministres – et de son opportunité en vertu de l'autonomie de la responsabilité pénale. Or, à l'analyse, ce choix d'assujettir l'action gouvernementale au droit pénal est fermement condamnée par les spécialistes de droit constitutionnel.

888. À leurs yeux, cette criminalisation de la responsabilité ministérielle est insatisfaisante pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ils soutiennent que la solution pénale pour juger des faits ou des actes politiques est *inappropriée* dans la mesure où les incriminations répressives ne sont pas adaptées. Ils observent en effet qu'au prix d'un fort acharnement et d'une conception extensive de l'expression « crimes et délits » contenue à l'article 68-1 par l'inclusion des « délits involontaires », la Cour de Justice a évalué l'action politique ordinaire des ministres en fonction d'infractions pénales *de droit commun*, « qui ne sont pas nécessairement des crimes ou délits « politiques » relevant auparavant de la justice politique, ni de la « criminalité gouvernante » relevant (ou devant relever) des tribunaux répressifs ordinaires »[4249]. Preuve en est, pour les constitutionnalistes, « la difficulté à qualifier les faits reprochés [dans la présente affaire] : « homicide involontaire, coups et blessures involontaires, non-assistance à personne en danger », empoisonnement, etc. Sous aucune qualification n'est adéquatement subsumée l'attitude des ministres impliqués »[4250]. Or ces incriminations qui sont appliquées à l'action ministérielle proprement dite sont, pour Olivier Beaud, représentatives de la tendance au développement d'un « contentieux ministériel pénal » et à la répression de l'activité des gouvernants au moyen du droit pénal[4251]. Pourtant, la doctrine considère que l'appréciation de l'opportunité de l'action gouvernementale qui relève en principe de la compétence du Parlement, ne convient à aucune qualification criminelle[4252]. Cette dernière

4249 O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.103. La notion de « criminalité gouvernante » désigne « une notion autonome de *droit constitutionnel*, distincte à la fois de la criminalité de pur droit commun et des « délits politiques » » (*ibid*., p.91). Elle fait référence à deux types de délits : d'une part, des infractions classiques comme la prévarication, la corruption et la malversation, et, d'autre part, des délits impliquant de graves violations de droits fondamentaux (écoutes téléphoniques, usage illégitime de la violence publique). Cependant, il peut apparaître une difficulté à distinguer la criminalité gouvernante avec les hypothèses de la justice politique, telles que la haute trahison. Mais cette notion a le mérite de « circonscrire, d'un point de vue pénal, des fautes répréhensibles des gouvernants au regard des principes de la démocratie constitutionnelle, et présente donc l'intérêt de limiter la solution pénale à des cas relativement bien identifiés » (*ibid*., p.92-93).

4250 D. Baranger, Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud : « Le sang contaminé », RDP, n°1, 1999, p.30. De même, comme le notent Olivier Duhamel et Georges Vedel dans un article du quotidien Le Monde dans lequel ils tirent les leçons de l'affaire du sang contaminé, « les erreurs politiques ne sauraient être assimilées à des fautes pénales. Une faute pénale est presque toujours personnelle, une erreur politique presque toujours collective. Une faute pénale est, sauf exception, intentionnelle, une erreur politique à peu près jamais. Une faute pénale est précisément définie dans un texte, une erreur politique ne l'est généralement pas » (O. Duhamel et G. Vedel, Le pénal et le politique, Le Monde, 3 mars 1999). Voir également : O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.28.

4251 « Alors que la tradition constitutionnelle française ne connaissait que la responsabilité devant la Haute Cour, et donc un cas très marginal de justice politique, la responsabilité pénale en cause dans l'affaire du sang contaminé et dans la réforme constitutionnelle de 1993 est désormais engagée pour *tous* crimes et délits de *droit commun*, y compris les « délits involontaires » ou ce qu'on appelait jadis des « délits négatifs », c'est-à-dire la simple négligence dans l'exécution de la loi. Ce changement a une immense portée : une telle responsabilité des ministres n'est plus la responsabilité pénale classique de la Haute Cour qu'on qualifiait (…) de « responsabilité politico-pénale » ou mieux encore de responsabilité politique « sous une forme criminelle » (Hauriou), mais une responsabilité pénale de droit commun » (O. Beaud, Le sang contaminé..., op.cit., p.94) ; cf. M. Degoffe, Responsabilité pénale et responsabilité politique des ministres, RFDC, n°26, 1996, p.389.

4252 Cette intrusion du juge judiciaire dans l'activité gouvernementale est d'autant plus condamnable, selon la doctrine, que les trois magistrats du siège à la Cour de Cassation qui composent une partie de la Cour de Justice de la République

remarque doctrinale amène à la seconde critique contre la criminalisation de la responsabilité gouvernementale.

889. Cette évolution traduit une confusion entre la responsabilité politique et la responsabilité pénale et *a fortiori* entre le droit pénal et le droit constitutionnel. Or la doctrine constitutionnelle fait valoir que cette position est « intenable au regard de la dogmatique constitutionnelle »[4253]. Elle souligne que le principe de l'autonomie de la responsabilité pénale défendue par la Cour de Justice de la République contrevient à l'article 20 de la Constitution de 1958[4254]. Mais la doctrine constate qu'elle a parfaitement négligé cet article, ce qui a eu pour conséquence qu'elle élude le problème fondamental de l'articulation entre les deux responsabilités pénale et politique[4255]. Les juristes de droit constitutionnel démontrent, au contraire, l'interdépendance des responsabilité pénale et politique[4256]. Comme le soutient Olivier Beaud, « dans une démocratie constitutionnelle, la responsabilité politique et la responsabilité criminelle se conjuguent de manière harmonieuse, tant que la primauté de la première sur la seconde est conservée »[4257]. La responsabilité des gouvernants est garantie principalement par le Parlement et devant le peuple, ce qui signifie que la responsabilité pénale n'a qu'un caractère résiduel[4258].

890. Or, en soutenant l'autonomie de la responsabilité criminelle, ils jugent que « la Cour de Justice a empiété inévitablement sur la responsabilité politique, c'est-à-dire sur la fonction politique de contrôle du Gouvernement exercée normalement par le Parlement »[4259]. En outre, la doctrine ajoute que le choix de la responsabilité criminelle opérée par la Cour de Justice de la République au détriment de la responsabilité politique postule une équivalence entre les deux responsabilités alors que leurs régimes juridiques sont opposés. Elle note que dans une démocratie constitutionnelle, la responsabilité politique, qui implique l'obligation pour les ministres de répondre de leurs actes devant le Parlement et le droit pour celui-ci de prendre des sanctions, « n'a pas besoin d'être sanctionnée par un juge »[4260]. En outre, la responsabilité politique est collective et revêt l'aspect d'une responsabilité du fait d'autrui[4261]. En revanche, la responsabilité pénale - qui est une forme de

ne sont pas compétents car ils ignorent les réalités politico-admnistratives. Elle juge qu'« ils ne connaissent guère le droit public – que ce soit le droit administratif ou le droit constitutionnel » ainsi que la science politique ou la science administrative (O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.134).

4253 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.438.

4254 *Ibid*.

4255 O. Beaud, La Cour de justice de la République est-elle vraiment compétente pour juger les ministres dans l'affaire du sang contaminé ?, Chronique Recueil Dalloz, 25 novembre 1999, p.78.

4256 « Il y a inévitablement un chevauchement des deux responsabilités qui portent sur le même objet, et on essaie de fonder l'autonomie pénale sur un critère formel, alors que l'utilisation du critère matériel prouve l'interdépendance » (O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.438).

4257 O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.120.

4258 « Lorsqu'un conflit de compétences survient entre les deux responsabilités, la priorité appartient à la responsabilité politique pour « contrôler » les ministres » (*ibid*.), la responsabilité pénale ne devant intervenir qu'en cas de grave faillite du ministre.

4259 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.438

4260 O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.109.

4261 Comme l'a démontré la thèse de Denis Baranger relative à la naissance de la responsabilité politique en Angleterre

responsabilité individuelle - ne peut être engagée devant et par un juge si l'imputation n'est pas effective. Elle suppose donc une qualification pénale et formaliste rigoureuse fondée sur des faits établis contrairement à la responsabilité politique dont l'originalité réside dans le « caractère nécessairement vague des principes ou normes de référence »[4262] par rapport auxquels on l'évalue. Cette dernière est nécessairement régie par un principe d'opportunité[4263]. Dès lors, la doctrine en conclut que la criminalisation de la responsabilité aboutit « nécessairement à transposer les deux traits du régime de la responsabilité politique (responsabilité pour fait d'autrui et « principe d'opportunité ») à la responsabilité criminelle, et entraîne une immixtion sans bornes de l'inspection judiciaire dans le domaine de l'action gouvernementale »[4264]. Cette confusion débouche, par là-même, selon la face inversée, à « une politisation de la responsabilité criminelle » et entraîne quelques dérives, telles que « la responsabilité pénale du fait d'autrui »[4265]. Or le fait de substituer indûment un système de responsabilité à un autre, apparaît, pour la doctrine, comme une « régression »[4266] puisque la différenciation des responsabilités politique et pénale a été historiquement un progrès juridique. Comme le note Denis Baranger, « si les régimes dits « parlementaires » ont le mérite de la modernité politique, c'est précisément parce que la question de la qualification pénale des actions des gouvernants y a été dépassée au profit d'une nouvelle intelligence de leur légitimité et des moyens de la contester »[4267]. Mais la criminalisation du droit « accomplit (…) en marche arrière le parcours qui a mené au régime parlementaire »[4268]. Portant un constat plus général, Olivier Beaud évoque « un droit constitutionnel en marche arrière »[4269], illustré par plusieurs éléments exposés ci-dessous.

---

au XVIIIè siècle à partir de la procédure de l'*impeachment*, la responsabilité politique a pour caractéristique d'être une responsabilité pour fait d'autrui « en raison du mécanisme de l'imputation d'une faute (politique) d'un ministre à cet ensemble collectif qu'on appelle, le gouvernement » (O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.113-114).

4262 O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.118.

4263 « Le trait « légaliste » et « formaliste » de la responsabilité pénale tient à à ce qu'elle est juridiquement qualifiée par la loi (principe de légalité des délits et des peines). (…) Par opposition à cet encadrement juridique maximal et sophistiqué, la responsabilité souffre de la comparaison. (…) Les faits reprochés, l'ampleur et l'intensité de la sanction et, inclus, la décision de mettre en marche les mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité politique dépendent, par définition, d'un jugement d'appréciation et d'opportunité politiques » (propos du juriste espagnol Luis Diez-Picazo cité par O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.117).

4264 D. Baranger, Une tragédie de la responsabilité..., op.cit., p.28-29. Or les sanctions que peuvent prendre le Parlement et la Cour de Justice de la République diffèrent grandement puisque « la privation de la liberté (…) fait la grandeur et le tragique de tout procès pénal » (O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.435).

4265 Pour le Procureur près la Cour de Justice de la République, « le ministre, qui ne peut déléguer ses responsabilités dans l'exercice du pouvoir normatif que sous des conditions strictes, ne peut tirer argument (...) de ses indisponibilités ou de ses activités multiples et dispersées pour échapper à la responsabilité criminelle éventuelle née des errances de son entourage » (Réq. I, p. 297). Le ministre tend donc à devenir responsable pénalement du fait d'autrui, c'est-à-dire du fait de ses collaborateurs. Sur ce point : O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.120 et s.

4266 O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.104.

4267 D. Baranger, Une tragédie de la responsabilité..., op.cit., p.31.

4268 Propos d'André Demichel cité par O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.104.

4269 O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.104.

2. La criminalisation de la science du droit et du droit constitutionnel : l'ancrage de « l'idéologie du droit commun »

891. La criminalisation de la responsabilité ministérielle revêt une dernière dimension juridique. Il s'agit, pour Olivier Beaud, de la *criminalisation de la science du droit*[4270] qui représente un tournant scientifique majeur pour l'avenir. Ce processus se caractérise par l'application d'un vocabulaire et d'un raisonnement de nature pénaliste « à des situations jadis interprétées d'une manière constitutionnelle »[4271]. Cette opposition entre les constitutionnalistes et les pénalistes se manifestent à travers la manière de concevoir la Constitution et sur la façon de l'interpréter. Comme le met en lumière Olivier Beaud, la Constitution – en particulier l'article 68-1 de la Constitution de 1958 - est appréhendée par les pénalistes comme un Code pénal ou un article de loi, alors que les constitutionnalistes la perçoivent traditionnellement comme un acte politique en raison de son objet. Produit de l'Histoire, elle est « l'instrument par lequel se réalise la politique et sur lequel la politique réagit pour l'adapter aux contraintes de l'action »[4272]. Dès lors, la particularité du texte constitutionnel, c'est-à-dire sa nature politique et historique, explique la spécificité de la méthode du droit constitutionnel. Les constitutionnalistes sont enclins à privilégier une interprétation historique et systémique, contrairement aux pénalistes qui ont tendance à privilégier une interprétation littérale et exégétique, comme l'illustre leur analyse de l'article 68-1 de la Constitution de 1958 qu'ils ont examiné indépendamment du reste des autres dispositions constitutionnelles.

892. En outre, et surtout, la criminalisation de la science du droit marque « le triomphe de « l'idéologie du droit commun » »[4273]. Cette dernière postule une conception *extensive* de l'égalité devant la loi pénale, c'est-à-dire une assimilation systématique du statut du ministre à celui du simple citoyen[4274]. En d'autres termes, tout ministre doit être jugé comme n'importe quel citoyen pour ses actes commis dans l'exercice de ses fonctions, et à propos de n'importe quelle affaire selon la loi pénale commune et ce, pour remédier à son impunité[4275]. L'inféodation de la responsabilité ministérielle pour les faits et actes commis dans l'exercice des fonctions aux règles et aux mécanismes du droit criminel en est l'exemple le plus net. Cette idéologie met donc en lumière « la crise actuelle de la représentation de l'État, et implique, si elle était poussée jusqu'à son terme, la

4270 *Ibid*., p.103.
4271 *Ibid*.
4272 Propos de Pierre Avril cité par O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.439.
4273 O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.104.
4274 C'est d'ailleurs la conception extensive de l'égalité de la loi pénale mise en avant par la Cour de Justice de la République qui explique implicitement son interprétation littérale. Sur ce point : O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.440.
4275 Pour Badinter, « assurer l'impunité du ministre pour les infractions qu'il aurait commises dans l'exercice de ses fonctions, ce serait méconnaître les exigences de la démocratie et le principe de l'égalité des citoyens devant la loi pénale » (propos de Robert Badinter cité par O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.95).

disparition du droit public, et donc du droit constitutionnel »[4276]. Néanmoins, cette affirmation appelle deux remarques. D'une part, la criminalisation de la science française du droit constitutionnel ne concerne pas tous ses membres. Une frange, certes en minorité, défend une interprétation *stricte* du principe d'égalité devant la loi et *a fortiori* de la responsabilité pénale des ministres « au nom de la spécificité du statut du droit public des gouvernants et donc de la nature du droit constitutionnel »[4277]. En outre, cette tendance scientifique n'est pas nouvelle d'un point de vue historique si on opère un parallèle avec le thème de la justice politique. Depuis son origine, la problématique de la responsabilité des ministres a été traversée par un conflit entre un courant constitutionnel et un courant de droit commun, comme l'a illustré par exemple l'affaire Malvy. Les seules différences résident dans la prévalence actuelle de la thèse de droit commun sur la thèse de droit constitutionnel[4278] qui, historiquement, a longtemps été prédominante, ainsi que dans la radicalisation de la première thèse. Or l'affaire du sang contaminé aura des répercussions évidentes sur la science française du droit constitutionnel du début du XXIème siècle. Elle marque le point de départ d'une lecture *extrême* du principe d'égalité devant la loi par la majorité des juristes de droit constitutionnel au nom de l'État de droit, qui annonce le fort courant en faveur de la disparition des régimes dérogatoires.

3. La naissance d'un discours réformateur en matière de responsabilité pénale des ministres devant la Cour de Justice de la République

893. Il a pu être observé que la doctrine constitutionnelle porte un jugement sévère sur le phénomène de criminalisation de la responsabilité des membres du gouvernement pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions au regard de l'arrêt rendu par la Cour de Justice de la République. Deux directions sont envisagées par ses membres pour faire évoluer ce système. La première demeure dans une optique *pénale*. En effet, commence à émerger, à partir de la fin du XXème siècle, l'idée d'une suppression pure et simple de la Cour de Justice de la République plutôt que celle d'une réformation[4279]. Dans un article que le père fondateur de la réforme de 1993,

4276 *Ibid*. Pour Emmanuel Aubin, « la contamination pénale du droit constitutionnel est critiquable car elle contribue à banaliser la responsabilité criminelle des ministres en propageant un raisonnement aporétique qui a pour effet de gommer la coloration politique de la fonction ministérielle » (E. Aubin, [Olivier Beaud] : Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants, LPA, n°196, 1999, p.18).

4277 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.440. Cette thèse est également défendue par le Procureur général Burgelin dans l'affaire du sang contaminé. Il défend la relative égalité des individus devant la loi car celle-ci est « indispensable au bon fonctionnement du pouvoir exécutif et à l'équilibre des institutions démocratiques » (propos de M. Burgelin cité par *ibid*., p.435).

4278 « La doctrine française a salué de manière quasiment unanime cette réforme de 1993 en considérant que la solution pénale adoptée pour dénouer l'affaire du sang contaminé parachevait l'idéal de l'État de droit. Ce dernier se caractérisait par deux traits : d'une part, la soumission de l'État de droit au même titre que les particuliers, au respect du droit positif, et, d'autre part, le fait que ce respect est sanctionné en dernier ressort par un juge » (O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.96).

4279 Tout en conservant la Cour de Justice, certains juristes suggèrent quelques correctifs : restreindre les délits aux

Georges Vedel, cosigne dans Le Monde avec Olivier Duhamel le 3 mars 1999 dans lequel ils reconnaissent eux-mêmes leur erreur[4280], ces deux auteurs recommandent, avant même le délibéré de la Cour de Justice, de la remplacer par une commission des requêtes chargée de statuer sur les plaintes en classant celles qui ne révèlent pas de fautes pénales et en renvoyant les autres devant les tribunaux ordinaires[4281]. Dans le même ordre d'idées, la doctrine conseille à la Cour de Cassation de donner une interprétation restrictive à la notion d'« actes commis dans l'exercice des fonctions ministérielles » afin d'accroître sa compétence et de vider par là-même indirectement de son contenu la réforme de 1993[4282].

894. La seconde direction est d'ordre *politique*. Ses partisans considèrent que la cause de ce processus tient à l'impossibilité de contrôler politiquement les ministres. En effet, à l'origine, la responsabilité pénale des ministres était apparue comme un palliatif permettant de remédier à l'impunité des gouvernants et de calmer l'opinion publique. Un tel constat avait fait par Vedel pour qui « la responsabilité politique a à peu près disparu de notre horizon institutionnel. Le dernier vestige en a été le départ du général de Gaulle en 1969. Actuellement à l'irresponsabilité du chef de l'État garantie par la Constitution, s'ajoute celle du gouvernement irrenversable, des ministres

seuls délits intentionnels, modification de la procédure pour la calquer à l'identique avec la procédure pénale de droit commun (prolongation du dépôt de plaintes par des particuliers par leur accession au rang de parties civiles afin de porter la contradiction à la défense des accusés), réfléchir au problème posé par l'audition des témoins mis en examen dans une autre procédure… ; Sur ce point : O. Beaud, Refondons la responsabilité politique, replaçons les cas d'improbité personnelle des ministres devant les juridictions ordinaires mais abandonnons la Cour de justice à son triste sort, Libération, 6 mars 1999.

4280 « Nous avons eu tort de proposer ce compromis », c'est-à-dire « le maintien d'une juridiction spéciale pour juger des actes accomplis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions, faisant simplement une place plus large au droit commun ». Ils avouent avoir souscrit à une « logique de l'absurde » pour limiter les dégâts mais qu'ils abandonnent compte tenu des carences avérées de la Cour de Justice. Par excès de conservatisme, « personne, ou presque, n'osait remettre en cause l'acquis républicain depuis un siècle : l'existence d'une juridiction particulière, politique, pour juger des éventuelles fautes pénales commises par des ministres. (…) Mais d'une compétence concurrente de la juridiction politique, on est hélas passé à une compétence exclusive. Cette erreur a été maintenue en 1993. C'est elle qu'il faut réparer » (O. Duhamel et G. Vedel, Le pénal et le politique, Le Monde, 3 mars 1999). Cette ambiguïté sur la nature de la Cour de Justice avait également été mise en lumière en 1993 par Bertrand Mathieu qui soulignait néanmoins à leur décharge que cette confusion entre le pénal et le politique « n'était pas propre à la France » (B. Mathieu, La responsabilité pénale des ministres devant la Cour de Justice de la République, RFDC, n°15, 1993, p.610 ; *v.* également : B. Mathieu, L'affaire du sang contaminé et la perspective de la constitution de la Haute Cour. A l'étranger, la responsabilité pénale des ministres relève de systèmes complexes mais peu efficaces, Le Monde, 18 novembre 1992).

4281 *Ibid*. Comme le précisent les deux auteurs, « faire le départ entre la faute pénale et l'erreur politique n'est (…) pas toujours aisé. Les plaintes devenant de plus en plus nombreuses, devant des juges multiples, la sagesse impose de n'introduire qu'une particularité par rapport rapport au droit commun : l'instauration d'une commission des requêtes dotée d'une indiscutable autorité. Elle vérifiera si les tribunaux ordinaires peuvent raisonnablement être saisis, quitte à se livrer préalablement aux instructions nécessaires. Et si le dossier révèle que nous ne sommes pas dans le domaine de la faute pénale, elle le dira, empêchant le glissement dangereux de la responsabilité politique vers le procès pénal » (*ibid*.) ; B. Mathieu, La responsabilité pénale des ministres…, op.cit., p.610.

4282 *«* Il serait de bonne politique juridique qu'un seul et même juge, c'est-à-dire le juge répressif ordinaire, soit compétent pour les affaires de la criminalité gouvernante, dont la corruption et le recel d'abus de biens sociaux sont des exemples malheureusement limpides. (…) Ne serait-il pas judicieux que la Cour de cassation soit encore plus audacieuse dans sa jurisprudence et reconnaisse (…) [qu'] un ministre qui commet des crimes ou délits de droit commun se déqualifie lui-même car, agissant à des fins personnelles, il n'agit plus comme ministre, mais comme un simple citoyen. En agissant ainsi, la Cour de cassation, après avoir sérieusement limité la portée de la réforme de 1993 sur la Cour de justice, la réduirait désormais à néant. Mais ne serait-ce pas là précisément une très bonne chose ?... » (O. Beaud, La renaissance de la compétence concurrente…, op.cit., p.181-182). Voir également : O. Beaud, Refondons la responsabilité politique…, op.cit.

intouchables, des caciques de partis inamovibles (…) »[4283]. En raison du fait majoritaire et du système dualiste du parlementarisme de la Vème République, la responsabilité politique devant le Parlement[4284] et la responsabilité pénale devant la Haute Cour – dont la mise en accusation appartient exclusivement aux assemblées parlementaires – étaient ineffectives sous la Vème République. D'où la réforme de 1993 visant à étendre et à faciliter la mise en cause pénale des ministres, tout en octroyant les garanties judiciaires ordinaires aux ministres. Mais, comme il a été noté précédemment, les constitutionnalistes ont mis en lumière de nombreux défauts vis-à-vis de ce système mis en œuvre pour régler l'affaire du sang contaminé.

895. Pour sortir de cette impasse, plutôt que de vouloir condamner pénalement les ministres, certains spécialistes du droit constitutionnel axent sur un retour et une rénovation de la responsabilité politique et de ses mécanismes. Pour Olivier Duhamel et Georges Vedel, « réinventer la responsabilité politique figure parmi les réformes les plus urgentes. Nul besoin d'une Haute Cour pour cela, pourvu que le débat et le jugement politique trouvent leur vraie place dans notre démocratie. Il faudrait, en la matière, agir sur toute la palette, et changer ce qui doit l'être dans nos mœurs, nos règlements parlementaires, et nos lois, ordinaires, organiques ou constitutionnelles »[4285]. Ce « jugement civique », selon les termes de Paul Ricoeur, serait organisé par le Parlement, par l'intermédiaire d'une commission d'enquête parlementaire, dont les travaux seraient diffusés par les médias. Les deux auteurs réfléchissent également à la restauration d'« une responsabilité politique individuelle » des ministres devant les députés, « déliés pour cette occasion de la discipline majoritaire »[4286].

896. De même, Oliver Beaud, à travers son ouvrage spécifique sur l'affaire du sang contaminé, cherche à résister à la dérive pénaliste. Sans écarter la solution du juge ordinaire pour la criminalité gouvernante, il observe que « pour des faits équivalents à ceux de l'affaire du sang contaminé, c'est-à-dire des cas d'impéritie de l'État, des exemples d'erreurs ministérielles sans improbité ni malhonnêteté, le juge tout court n'est pas compétent. Seul l'est le Parlement qui est l'organe constitutionnel de contrôle des gouvernants »[4287]. Mais il note qu'en l'occurrence, en plus du fait majoritaire, les actes ministériels fautifs ont été révélés trop tardivement pour que le contrôle parlementaire puisse avoir lieu correctement[4288]. En outre, la sanction normale de la responsabilité

4283 Propos de Georges Vedel cité par O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.99.
4284 Comme le note Marie-Anne Cohendet, « la France est le seul pays de l'UE à avoir un régime moniste qui fonctionne dans un système dualiste, du moins hors cohabitation. (…) Hors cohabitation, le président s'efforce de confisquer au Parlement la légitimation et le contrôle du gouvernement, pour donner l'illusion qu'il ne dépend que de son bon plaisir » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.564).
4285 O. Duhamel et G. Vedel, Le pénal et le politique, *ibid*.
4286 *Ibid*.
4287 O. Beaud, Refondons la responsabilité politique…, op.cit.
4288 La Commission d'instruction de la Haute Cour a estimé « en février 1993 que la date de départ du délai de prescription de l'abstention délictueuse des ministres étaient celle de la fin des fonctions du gouvernement auquel ils appartenaient, c'est-à-dire le 20 mai 1986 » (O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.101). Pour surmonter la

politique, c'est-à-dire la destitution des fonctions par un vote de défiance parlementaire, est devenue sans objet compte tenu du fait que les ministres n'étaient plus en fonctions au moment des faits. C'est pourquoi Olivier Beaud avance la proposition d'instaurer « une responsabilité politique posthume »[4289]. Il s'agirait pour les anciens ministres de rendre des comptes *a posteriori* de leur action[4290]. En cas de mauvaise gestion, ils pourraient ainsi faire l'objet, non d'une destitution, mais d'un *blâme public*[4291] qui est « la manifestation la plus élémentaire de la responsabilité politique, telle qu'elle fonctionne dans le système anglais, où il est considéré comme la première sanction d'un ministre chargé de rendre compte de son action (…) devant le Parlement »[4292]. Publiquement informés *a posteriori* de l'inefficacité de tel homme politique, les citoyens français pourraient le sanctionner électoralement par sa non-réélection[4293]. En réalité, Olivier Beaud avoue que sa proposition tient à deux considérations complémentaires. Sa défense de la responsabilité politique des ministres au détriment de leur responsabilité pénale « s'adosse (…) à une défense du droit public contre le droit pénal »[4294] en raison de sa vertu propre qui est un droit objectif destiné à protéger la société. La seconde raison est liée « à l'état de notre droit pénal et de l'organisation du système judiciaire en France (…) qui est tout sauf libéral »[4295]. Olivier Beaud raisonne donc avant tout comme un publiciste.

897. Malgré l'originalité de cette proposition, elle ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine constitutionnelle. Julien Boudon estime qu'« il est inconcevable d'imaginer une responsabilité

prescription du recours, il a été introduit l'article 68 alinéa 3 de la Constitution prévoyant explicitement la compétence de la Cour de Justice de la République pour juger des faits commis avant l'entrée en vigueur de la révision.

4289 O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.157.

4290 Certes il aurait pu être instauré une commission d'enquête pour faire toute la lumière sur l'affaire du sang contaminé mais, au nom de la séparation des pouvoirs, « il ne peut être crée de commission d'enquête sur les faits ayant donné lieu à des poursuites et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours » (article 6, Ord. org. du 17 novembre 1958, mod. Loi 1991). C'est pourquoi Olivier Beaud propose d'étendre le droit de contrôle des commissions parlementaires en renforçant des pouvoirs d'investigation des commissions parlementaires. De cette façon, il serait enrayé « la dérive vers la criminalisation effrénée et la tendance à l'irresponsabilité politique » mais « encore faudrait-il que les gouvernants reprennent l'habitude de s'estimer comptables de la gestion de leur ministère devant la représentation parlementaire et devant l'opinion publique » (O. Beaud, Le sang contaminé…, op.cit., p.161).

4291 *Ibid*., p.164.

4292 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.446. D'ailleurs le Procureur Burgelin proposa la sanction de « blâme public » à la Cour de Justice de la République qui revenait à lui conférer une libre appréciation des peines modulée par un juge qui se prétendait législateur. Le blâme n'étant pas une sanction pénale, le Procureur invitait donc la Cour de Justice de la République à se référer à la justice politique et sa jurisprudence, notamment l'arrêt Péret dans lequel l'ancien ministre, tout en étant relaxé, avait été condamné pour son action politique. Mais la Cour de Justice refusa cette proposition au motif qu'« exerçant une fonction judiciaire et non civique, [elle] ne saurait, en décernant aujourd'hui un blâme ou demain un satisfecit, s'arroger le rôle d'arbitre de la vie politique française sans compromettre le fonctionnement normal des institutions de la République » (cité par O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.447).

4293 Plus généralement, l'affaire du sang contaminé est le résultat, au yeux d'Olivier Beaud, des dysfonctionnements du régime actuel. Le procès des institutions aurait été plus judicieux que le procès pénal des hommes politiques : « plutôt que de vouloir condamner pénalement les hommes, il serait plus utile, selon moi, de réfléchir aux institutions. À des questions comme le cumul des mandats, les excès de tutelle ou encore au fonctionnement des cabinets ministériels. Toutes ces questions, d'une manière ou d'une autre, ont à voir avec l'affaire du sang contaminé et ne seront pas traitées, au fond, par un procès pénal devant la Cour de justice de la République (O. Beaud, « Il ne faut pas confondre mauvais ministre et ministre délinquant », Les Échos, 9 février 1999).

4294 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.454.

4295 *Ibid*.

politique *ex post facto* »[4296] dans la mesure où ce serait « ressusciter l'infamie »[4297]. En outre, certains auteurs ne croient pas à la réhabilitation de la responsabilité politique des ministres et des techniques de contrôle politique dans l'époque moderne car « c'est précisément la faiblesse du contrôle politique qui est à l'origine de la création de la Cour de Justice de la République »[4298]. À moins d'une réforme des institutions de la Vème République, ils estiment que le mouvement de dépérissement de la responsabilité politique est irréversible. La réussite de la solution proposée par Olivier Beaud repose sur « une éthique publique « à l'ancienne » »[4299] par laquelle les hommes d'État s'estiment redevables d'une obligation de rendre compte devant la représentation nationale[4300], qui a été perdue.

B. Un système « bancal » et « impraticable » : la réapparition de la justice politique

898. La doctrine constitutionnelle condamne l'arrêt rendu dans l'affaire du sang contaminé pour une seconde raison : il manifeste la résurgence imprévue du « spectre de la justice politique que les constituants avaient voulu conjurer en 1993 en calquant le procès des ministres sur le droit pénal commun »[4301]. En effet, l'instauration de la Cour de justice de la République répondait à la volonté de judiciariser la procédure[4302] et les règles de fond pour éviter la justice politique, tout en conservant certains privilèges pour les membres du gouvernement[4303]. Cette volonté se matérialisait notamment par la fin de la mise en accusation par le Parlement, le rôle de « filtre » de la commission des requêtes constituant l'équivalent fonctionnel du ministère public dans les procès ordinaires[4304], le respect des droits de la défense comme le droit de récusation des juges[4305], le principe du contradictoire[4306], le droit au recours conformément à l'article 6 §1 de la Convention

4296 J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.1, op.cit., 2019, p.120.
4297 *Ibid*.
4298 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, op.cit., p.631.
4299 D. Baranger, Une tragédie…, op.cit., p.35.
4300 Sur la transformation profonde de l'éthique publique : cf. D. Baranger, Une tragédie…, op.cit., p.32.
4301 O. Beaud, La Cinquième République au miroir de la responsabilité des gouvernants, op.cit., p.367[Nous soulignons].
4302 L'article 18 de la loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de Justice de la République érige en règle de droit commun l'application des règles de procédure pénale. En ce sens, le principe traditionnel gouvernant la procédure juridictionnelle de la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement est respecté puisque la loi organique précitée met en place une commission des requêtes, une commission d'instruction et une formation de jugement.
4303 Comme le note Vedel, « dans le système institué en 1993, les procédures d'instruction et de jugement de ces affaires sont calquées sur la procédure pénale ordinaire » (cité par O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.432).
4304 En vertu de l'article 68-2 alinéa 3 de la Constitution de 1958, « toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes ». Cette commission peut décider ou non de la poursuite des ministres héritant ainsi du principe de procédure pénale de l'opportunité des poursuites. D'après l'article 68-2 alinéa 4 de la Constitution de 1958, « cette commission ordonne soit le classement de la procédure, soit sa transmission au procureur général près la Cour de Cassation aux fins de saisine de la Cour de justice de la République ».
4305 Article 4 de la loi organique du 23 novembre 1993.
4306 Article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993.

Européenne des Droits de l'Homme[4307], ou encore, du point de vue du fond, la consécration du principe de légalité des délits et des peines dans le nouvel article 68-1 de la Constitution de 1958. L'ensemble de ces règles témoignait donc, pour les constitutionnalistes, de « ce souci poussé à l'extrême d'encadrer le jugement des ministres par les règles de la justice ordinaire »[4308]. Certes, la doctrine souligne le maintien de certains traits de la justice politique, tels que la procédure de filtrage et d'instruction qui déroge au droit ordinaire, l'absence de constitution de parties civiles et la composition hybride de la formation de jugement. Néanmoins, malgré ces quelques exceptions, elle juge que « la tendance dominante visait bien à rapprocher la responsabilité pénale des membres du gouvernement du droit commun »[4309].

899. Or la doctrine estime que le résultat de l'arrêt du 9 mars 1999 est un échec étant donné que « cette décision est constitutive d'une décision de justice politique »[4310], contrairement à l'objectif affiché par les constituants en 1993. Cette opinion doctrinale est largement péjorative puisque la justice politique est considérée habituellement comme « une dérogation aux normes juridiques ordinaires ou même une violation de la légalité. Elle représente l'un des cas limites où le principe de légalité succombe face au principe de légitimité »[4311]. Elle observe qu'en l'espèce, les manifestations de la justice politique dans cet arrêt sont multiples. D'une part, la Cour de Justice de la République n'a pas suivi scrupuleusement la procédure pénale de droit commun. Comme le note Olivier Beaud, « du débat sur le port du costume, en passant par l'audition des témoins et du rôle des victimes, elle n'a cessé de créer des précédents au fur et à mesure du déroulement du procès »[4312]. La Cour a fait preuve de beaucoup d'improvisations et ne s'est pas cantonnée aux règles de forme pénales classiques. De plus, les parties au procès n'ont pas pu bénéficier des garanties principales du droit pénal, telles que le droit de récusation des magistrats de la Cour alors que cette dernière était

4307 On distingue deux grands recours : *premièrement*, les prévenus ont la faculté d'introduire un pourvoi en cassation contre les arrêts de la commission d'instruction devant l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation. *Deuxièmement*, un pourvoi en cassation est ouvert selon les conditions et formes déterminées par le Titre 1er du livre III du code de procédure pénal contre les arrêts de la Cour de Justice de la République et devant l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation pour respecter les exigences de la Convention Européenne des droits de l'homme.
4308 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.433.
4309 *Ibid*.
4310 *Ibid*., p.420. Pour Julien Boudon, « cette malheureuse affaire met en lumière les tares de toute justice politique ou qui apparaît telle dès lors qu'elle doit se prononcer en matière pénale » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.120).
4311 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.445. D'où la différence avec le phénomène de politisation de la responsabilité pénale qui demeure dans le cadre de la légalité.
4312 *Ibid*.

composé notamment de juges parlementaires[4313], le principe du contradictoire[4314] ou encore le droit au recours devant la Cour de Cassation sous la pression de l'opinion publique[4315].

900. D'autre part, et surtout, elle s'est écartée arbitrairement des prescriptions du droit commun pénal. Pour la doctrine, cette liberté s'exprime, de manière topique, par l'intermédiaire de *la dispense de peine* dont elle a assorti la condamnation du seul membre du gouvernement jugé coupable, Edmond Hervé, sur le fondement de l'article 469-1 du code de procédure pénale. Elle n'a pas respecté le principe pénal cardinal de la légalité de la peine auquel elle est, en principe, soumise selon l'article 68-1 de la Constitution de 1958. Comme l'estime la doctrine, la Cour « a réintroduit des considérations d'équité qui sont propres à la justice politique et utilisé un des artifices qu'affectionnent les Hautes Cours ingénieuses pour sortir de situations inextricables »[4316]. En l'occurrence, dans sa volonté d'absoudre le secrétaire d'État sur la base de la violation de sa présomption d'innocence tout en reconnaissant sa culpabilité, la Cour a ajouté une condition légale aux cas d'application de la dispense de peine[4317]. Le non-respect de la présomption d'innocence n'est en effet pas une condition prévue par l'article 132-59 du Code pénal. C'est pourquoi la doctrine juge que la Cour de Justice de la République « a fait œuvre de législateur » et « s'est conduite comme une Haute Cour souveraine »[4318] qui rappelle le précédent Malvy de 1918[4319]. La souveraineté de la Cour s'illustre également à travers son choix de la dispense de peine, expression de sa bonté[4320].

4313 « La composition mixte de la Cour ne donne pas suffisamment de garanties quant à l'impartialité des juges : les parlementaires, qui constituent les 4/5 de l'effectif, peuvent être choisis, selon la majorité siégeant à l'Assemblée Nationale ou au Sénat, parmi les amis ou les adversaires politiques des accusés » (F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.630-631). De plus, Olivier Beaud remarque que les juges parlementaires « n'ont pas voulu adopter la posture de juge professionnel, refusant par exemple de se plier à une sorte de devoir de réserve avant le procès (participation à des émissions publiques sur le futur procès) et surtout ils n'ont pas su, apparemment, garder le secret du délibéré (…). Bref, ils n'ont pas respecté le serment de magistrat prévu dans la loi organique » (O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.449-450). Tirant les leçons de l'affaire du sang contaminé, Olivier Duhamel et Georges Vedel soulignent qu'« une juridiction politique, même mâtinée de magistrats, ne produira jamais des jugements parfaitement acceptés. Le soupçon de partialité pèsera toujours sur elle » (O. Duhamel et G. Vedel, Le pénal et le politique, op.cit.)

4314 Francis Hamon et Michel Troper observent que « la Cour n'est compétente que pour juger les ministres eux-mêmes ; la responsabilité des complices ou coauteurs des actes qui leur sont reprochés ne peut être mise en œuvre que devant les juridictions répressives de droit commun ; afin de respecter les droits de ces complices ou coauteurs, la Cour a renoncé à les entendre sous serment et elle n'a donc pas pu disposer de tous les témoignages qui eussent été utiles à la manifestation de la vérité » (F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.630-631). L'atteinte au principe du contradictoire ressort également du fait que les victimes ne peuvent pas se porter partie civile devant la Cour : « elles sont donc totalement absentes de la procédure et ne peuvent soulever aucun argument tendant à établir la culpabilité des accusés ; tout au plus peuvent-elles être entendues comme témoins ; on a dit que les victimes étaient en quelque sorte « bâillonnées » (*ibid*., p.630).

4315 La renonciation au droit au recours par les parties au procès tient à des motifs de fait qui est « la crainte du caractère contre-productif de ces recours qui auraient pu être jugés dilatoires par l'opinion publique » (*ibid*., p.450).

4316 O. Beaud, Le double écueil..., op.cit., p.447.

4317 L'article 132-59 alinéa 1 du Code pénal pose trois conditions cumulatives pour le prononcé d'une dispense de peine : « la dispense de peine peut être accordée lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé ».

4318 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.448.

4319 La doctrine fait également mention de l'arrêt Abel Bonnard rendu par la Haute Cour de justice issue de la Libération dans lequel, pour la première fois, une juridiction d'exception a employé sa souveraineté pour adoucir la peine et non pour l'aggraver. V. sur ce point : *ibid*., p.448.

4320 La Cour de Justice de la République « a utilisé l'ancestrale technique de la dispense, au sens d'un signe de la bonté du Souverain », qui emprunte lui-même « à la miséricorde divine » (*ibid*., p.449). Sur le lien intrinsèque entre dispense et souveraineté : *ibid*., p.449.

Autrement dit, cet arrêt a fait prédominer, pour les constitutionnalistes, une logique politique sur une logique judiciaire du procès. Pour Olivier Beaud, cette dérive s'explique par le fait que la justice politique « qui a ressurgi est celle de la justice d'opinion, forme particulière de justice populaire. En effet, ce procès a eu lieu sous la pression fantastique de l'opinion publique et de ses représentants institutionnalisés. Si le droit pénal est tordu ici ou là, c'est au nom de l'opinion publique, « au nom du peuple » »[4321]. C'est pourquoi les constitutionnalistes en concluent que la réforme de 1993 est « irréaliste » dans la mesure où « l'on ne se débarrasse pas si facilement de la justice politique quand on entend juger des hommes politiques »[4322].

901. En définitive, ce premier procès a mis en exergue pour la doctrine toutes les faiblesses du système. Par la suite, l'activité de la Cour de Justice de la République s'est considérablement ralentie à tel point qu'on a pu la qualifier de « belle endormie de la République »[4323]. Elle a prononcé un jugement à l'encontre de sept ministres mais « a fait l'objet de moins de critiques parce ce qu'elle a eu à traiter des dossiers qui suscitaient moins de passions et dans lesquels les responsabilités étaient relativement faciles à cerner »[4324]. C'est pourquoi la doctrine s'interroge s'il était « vraiment bien nécessaire d'ajouter une institution judiciaire pour régler un problème *ad hoc*, l'affaire du sang contaminé ? »[4325]. Elle considère dès lors, à la fin du XXème siècle, que « le problème de la réforme de la Cour de justice de la République reste posé »[4326]. En ce sens, certains constitutionnalistes plaident en faveur d'un « nouveau paradigme de responsabilité »[4327], ce qui annonce le discours réformateur de la majorité de la doctrine constitutionnelle française favorable à la suppression du privilège de juridiction des ministres.

§2. Les immunités présidentielles au centre des discussions des constitutionnalistes de la fin du XX ème siècle : une porte d'entrée sur les fractures scientifiques contemporaines

902. Après l'affaire du sang contaminé, les juristes de droit constitutionnel se polarisent sur les immunités pénales du Président de la République. Si ce thème occupait déjà grandement l'esprit des constitutionnalistes entre la naissance de la Vème République et les années 1990 comme il a pu être constaté – et en particulier son irresponsabilité politique - , celui-ci prend un essor sans commune

4321 *Ibid*., p.452.
4322 *Ibid*., p.454. Pour Olivier Beaud, la révision constitutionnelle de 1993, « en voulant concilier abusivement l'inconciliable (la justice politique et la responsabilité pénale de droit commun) n'a qu'abouti à un système bancal et impraticable » (O. Beaud, La renaissance de la compétence concurrente…, op.cit., p.181). D'ailleurs, dès 1995, Christian Bidégaray et Claude Emeri qualifiaient la Cour de Justice de la République de « juge politique » (C. Bidégaray et C. Emeri, La responsabilité politique, Paris : Dalloz, 1998).
4323 E. Vincent, La CJR, belle endormie de la République, Le Monde, 5 décembre 2007, p.3.
4324 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.631.
4325 O. Beaud, Le double écueil…, op.cit., p.454.
4326 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.631.
4327 D. Baranger, Une tragédie…, op.cit., p.36.

mesure au regard de l'histoire de cette problématique. Comme l'affirme Louis Favoreu, « de quelques lignes (voire de quelques mots, ou même d'une absence complète de mention) dans les manuels de droit constitutionnel sous la Ve République, on est passé aujourd'hui à la nécessité de consacrer un chapitre entier à ce qui constituait une curiosité auparavant, à savoir la responsabilité pénale du chef de l'État »[4328]. Les poursuites pénales contre deux anciens Présidents de la République, l'accroissement de la jurisprudence - longtemps restreinte à l'égard du chef de l'État - et la révision constitutionnelle du 23 février 2007 donnent à ce questionnement une grande actualité et conduisent à un renouvellement du cadre de réflexion.

903. Pour des raisons essentiellement conjoncturelles, la doctrine constitutionnelle se concentre, d'abord, davantage sur la responsabilité pénale du chef de l'État pour les actes accomplis en dehors de ses fonctions. Or, « jusqu'à une date récente, ces questions n'avaient suscité qu'un intérêt limité car il paraissait extrêmement peu probable que le chef de l'État pût jamais être impliqué dans une affaire pénale réellement sérieuse »[4329], à l'excepté du précédent judiciaire de 1974[4330]. Mais, au cours des années 1990, des magistrats judiciaires, encouragés par l'opinion publique et les médias, commencent à s'attaquer à des dossiers politiquement délicats, illustrant par la même le mouvement d'émancipation de la justice à l'égard du pouvoir exécutif. En l'occurrence, peu après son élection à la présidence de la République, en 1995, Jacques Chirac est menacé d'une mise en examen pour des affaires touchant à sa gestion de la mairie de Paris. Ces affaires sont manifestement dépourvues de tout lien avec les fonctions présidentielles dans la mesure où elles remontent à une époque antérieure à l'accession du Président à la magistrature suprême. Devant la prétendue ambiguïté de l'article 68 de la Constitution de 1958, le Conseil Constitutionnel et la Cour de Cassation s'opposent quelque peu sur le sens à donner à cet article, le premier lui reconnaissant un privilège de juridiction devant la Haute Cour pour ses actes étrangers à ses fonctions et le second plutôt une inviolabilité temporaire pendant toute la durée de son mandat. Les juristes de droit constitutionnel semblent fortement divisés sur la solution de ce cas juridique (**A**).

904. Par la suite, en réponse aux divergences de jurisprudence et à l'incompréhension de l'opinion publique, le statut pénal du Président de la République est réformé en profondeur. Entérinant largement les propositions de la Commission Avril mise en place par le Président Chirac en 2002, les constituants mettent en place par la réforme du 23 février 2007 une nouvelle forme de responsabilité politique du chef de l'État en substituant à la notion floue de « haute trahison » celle

4328 L. Favoreu, De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République, RFDC, n° 49, 2002, p.7.
4329 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 35è éd., op.cit., p.594.
4330 En 1974, le tribunal correctionnel s'était déclaré compétent pour statuer sur une plainte déposé contre Giscard d'Estaing, nouvellement élu, par un opposant politique qui lui reprochait des affichages illégaux durant la campagne. Mais le Tribunal avait rejeté le recours sur le fond (Dumont c/ Giscard d'Estaing, 3 décembre 1974, GP 1975, I, p.315). Cette jurisprudence qui met en avant une conception étroite de la compétence de la Haute Cour de justice, sera confirmée par la Cour d'appel.

de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat », tout en étendant l'immunité du Président de la République à l'égard d'éventuelles actions judiciaires. Mais la doctrine se dispute sur la nature de la responsabilité présidentielle instituée par les nouvelles dispositions. Ses membres s'opposent également sur les problèmes inédits qui vont surgir par rapport aux statuts dérogatoires du chef de l'État, tels que la responsabilité des conseillers présidentielles, la théorie du Président-requérant ou la suppression du délit d'offense (**B**).

905. En réalité, à l'image des autres privilèges constitutionnels des pouvoirs constitués, le traitement de la problématique des immunités constitutionnelles du chef de l'État est un parfait témoignage des courants sous-jacents qui structurent la doctrine constitutionnelle contemporaine. Les divergences de position doctrinale reposent, non seulement, sur l'adoption d'une *méthodologie* différente qui découle d'une conception opposée de la Constitution, ainsi que sur la défense de principes constitutionnels théoriques particuliers et d'une philosophie différente du droit constitutionnel. En effet, les nombreuses controverses relatives aux privilèges du Président de la République proviennent principalement du tiraillement entre, d'un côté, *une doctrine de l'État de droit* gouvernée par des exigences égalitaires et, de l'autre, *une doctrine du droit politique*, favorable à la protection étendue des privilèges des autorités étatiques. Dans cette optique, il conviendra d'opérer pour chaque dispute juridique sur ce sujet une déconstruction des modes d'argumentation employés par la majorité des juristes de droit constitutionnel.

A. Le débat doctrinal passionné sur la responsabilité pénale du chef de l'État pour ses actes privés, reflet des paradigmes méthodologiques et théoriques opposés de la doctrine contemporaine

906. La science française du droit constitutionnel est traversée, au début du XXIème siècle, par une controverse doctrinale sans précédent relative à une éventuelle responsabilité pénale du Président de la République pour des faits commis antérieurement à l'exercice de ses fonctions. Les deux décisions rendues à ce sujet, l'une par le Conseil Constitutionnel le 22 janvier 1999 et l'autre par l'Assemblée Plénière la Cour de Cassation dans l'arrêt Breisacher du 10 octobre 2001, n'ont pas véritablement clos le débat et ont suscité des polémiques doctrinales antérieurement et postérieurement à celles-ci[4331]. La première interprète l'ancien article 68 de la Constitution comme donnant compétence à la Haute Cour pour juger le Président de la République pour des faits

4331 Pour Pierre Avril et Jean Gicquel, l'interprétation de l'ancien article 68 a suscité « une espèce d'hystérie » (P. Avril et J. Gicquel, Ombres et lumières sur la Constitution (à propos de Cass. Ass. Plén., 10 octobre 2001), LPA, n°216, 2001, p.14).

extérieurs à sa fonction, tandis que le juge suprême considère que cette disposition met le Président de la République à l'abri de poursuites pénales ou d'actes d'instruction « pendant la durée de son mandat », tout en estimant incompétente la Haute Cour pour juger d'éventuelles infractions commises en dehors de l'exercice des fonctions. Les deux institutions rendent donc des décisions quelque peu opposées, démontrant que le droit n'est pas encore bien établi sur ce point précis. En l'absence de consensus, le rôle de la doctrine est primordial par son éclairage[4332]. Il est alors intéressant d'examiner la manière dont la doctrine constitutionnelle moderne analyse et répond à ce problème constitutionnel d'une ampleur inédite. À cet égard, cette difficulté provient de « l'insoutenable légèreté des textes »[4333] qui ouvre la voie à d'innombrables interprétations[4334]. Or, par contraste avec la production scientifique relativement faible sous les régimes précédents, de très nombreux articles et une thèse[4335] ont été spécialement consacrés à l'inviolabilité présidentielle à partir des années 90. Leur étude révèle l'existence d'un profond dissensus doctrinal qui puise sa source dans l'emploi de paradigmes méthodologiques et théoriques opposés. Une majorité de constitutionnalistes lui reconnaissent un privilège de juridiction devant la Haute Cour pour la durée de son mandat dans un souci de protection de la fonction présidentielle (**1**), alors qu'une minorité l'estime soumis, au contraire, aux juridictions pénales de droit commun pour les actes délictueux ou dommageables commis en dehors de ses fonctions conformément au principe d'égalité devant la loi (**2**).

1. La thèse majoritaire du privilège de juridiction extensif fondée sur une lecture extra-textuelle de l'article 68 et le paradigme du droit politique

907. Par la décision du 22 janvier 1999 du Conseil Constitutionnel et l'arrêt Breisacher du 10 octobre 2001 de la Cour de Cassation, la question de droit à laquelle doit alors réfléchir la doctrine constitutionnelle française est la suivante : *le Président de la République peut être poursuivi devant les juridictions pénales de droit commun pour des actes détachables de sa fonction, en l'occurrence dans la seconde décision, antérieurs à son entrée en fonction* ? *Et si oui, devant quelle juridiction, et à quel moment* ? Plus précisément, dans l'arrêt Breisacher, il s'agit de rechercher si un Président

4332 En amont de la décision du Conseil Constitutionnel et celle de la Cour de Cassation, la doctrine a également joué un rôle crucial sur leurs solutions respectives. Comme le note Olivier Beaud en ce qui concerne l'arrêt du 10 octobre 2001, « les rapports et conclusions du conseiller rapporteur Roman et de l'avocat général De Gouttes dans l'arrêt Breisacher fourmillent de références à la doctrine constitutionnelle » (O. Beaud, Pour une autre interprétation..., op.cit., p.1188, note 4).

4333 Propos du Premier avocat général, M. De Gouttes, dans ses conclusions de l'arrêt Breisacher, cité par O. Jouanjan et P. Wachsmann, La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République, op.cit., p.1180.

4334 L'article 68 de la Constitution n'est pas « le siège d'un énoncé clair, porteur d'une signification intelligible (...). Le droit en général et l'article 68 en particulier n'ont pas ces qualités ; les énoncés de droit sont d'abord des actes de langage et, comme tels, ils sont toujours porteurs de plusieurs sens » (propos de D. Rousseau in Ph. Ardant, G. Carcassonne, D. Chagnollaud, D. Rousseau, G. Vedel, La responsabilité pénale du Président de la République. Réponses à deux questions, Pouvoirs, n° 92, 2000, p.71).

4335 P.-O. Caille, L'inviolabilité pénale du chef de l'État sous la Vème République : contribution à l'étude des immunités en droit constitutionnel, op.cit.

de la République en exercice peut être entendu par un juge d'instruction en qualité de témoin, voire être mis en examen, dans une procédure pénale pour des actes étrangers à ses missions.

908. La thèse doctrinale majoritaire, dite du « *privilège de juridiction extensif* », soutient que le Président de la République jouit d'une immunité quasi-absolue, lui permettant de se soustraire - du moins pendant la durée de son mandat - à toute forme de poursuite ou instruction par les juridictions pénales, pour les faits commis en dehors de ses fonctions. Néanmoins, la Haute Cour demeure compétente, si elle était saisie, pour juger ses actes détachables de ses fonctions commis antérieurement ou pendant son mandat. En d'autres termes, dans cette hypothèse, le chef de l'État bénéficie d'un privilège de juridiction. Les partisans d'une telle thèse font valoir ainsi une conception relativement *large* de la protection du Président de la République en donnant une interprétation extensive du privilège de juridiction prévu à l'article 68 de la Constitution.

Pour parvenir à cette solution - exprimée avant même la décision du Conseil Constitutionnel de 1999[4336] -, les tenants de cette thèse obéissent à une méthodologie quelque peu particulière. Dans un premier temps, ils emploient une méthodologie traditionnelle qui se rapproche de celle utilisée par leurs opposants, puisqu'ils recourent à une démarche *exégétique.* En effet, ils tentent de fonder juridiquement leur lecture de l'ancien article 68[4337] en utilisant une interprétation sémiotique selon laquelle les deux phrases de cette disposition constitutionnelle sont indépendantes. Comme le souligne Guy Carcassonne, « l'article 68 [de la Constitution de 1958] comporte deux phrases. Qu'on les lise séparément ou qu'on les lie ensemble, elles prennent un sens radicalement différent »[4338]. Il démontre, à cet égard, que la lecture séparée de l'ancien article 68 de la Constitution tient au fait que le constituant utilise généralement l'expression « dans ce cas » lorsqu'il veut lier les deux sujets dans un même alinéa. Or cette expression est absente dans l'article 68 de la Constitution[4339]. Il évoque aussi pour fonder la compétence exclusive des deux Assemblées le fait que l'article 68 de la Constitution figure dans le titre IX « La Haute Cour de justice »[4340].

909. Mais les tenants de cette thèse recourent également et, surtout, à une méthode qui est propre à la *doctrine du droit politique*. Il s'agit d'une méthode allant au-delà du texte, mettant en avant une conception institutionnelle de la Constitution. Comme l'affirme Olivier Beaud, « le

4336 Le professeur Guy Carcassonne défend cette thèse dès mai 1998 dans la presse : cf. Guy Carcassonne, L'immunité du Président, Le Point, 23 mai 1998.
4337 Article 68 de la Constitution de 1958 : « Le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de Justice ».
4338 G. Carcassonne, Le Président de la République et le juge pénal, *in* Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant, Paris : LGDJ, 1999, p.276.
4339 *Ibid*., p.277.
4340 *Ibid*.

constitutionnaliste n'est pas obligé de raisonner comme la Cour de cassation, ni même d'ailleurs comme le Conseil constitutionnel. Il peut, et même il doit, derrière les dispositions constitutionnelles voir les « principes » s'il ne veut pas « être un juriste, exégétique, formaliste, étriqué dans le commentaire des articles » [selon les termes de René Capitant][4341]. (…) En admettant que la résolution d'(un) cas juridique n'est pas donnée par le texte de la Constitution de 1958, on présuppose que la Constitution et le texte constitutionnel ne sont pas nécessairement identiques »[4342]. En outre, selon cette méthode, l'ancien article 68 de la Constitution doit être lu et appréhendé à la lumière de l'histoire constitutionnelle et de la tradition républicaine[4343]. De cet examen combiné, ces juristes de droit constitutionnel considèrent que le privilège de juridiction du chef de l'État pour les actes extérieurs à ses fonctions est clairement établi. Même s'ils constatent qu'« il n'y a pas de précédent direct »[4344], l'enseignement des lois constitutionnelles de 1875 et des écrits des constitutionnalistes de cette époque est « clair : le Président, quoi qu'il fît, ne pouvait être mis en accusation que dans les conditions dérogatoires prévues par le texte constitutionnel et, en aucun cas, dans celles du droit commun »[4345]. Ils ajoutent que les régimes politiques suivants ne font que valider cette interprétation : « La IIIè affirme, la IVè confirme, la Vè corrobore »[4346].

910. De plus, comme il a été noté précédemment, la question de l'inviolabilité du chef de l'État n'est pas traitée, selon eux, par l'ancien article 68 de la Constitution. La réponse ne figure pas formellement dans une disposition écrite du texte de 1958 mais se trouve, de manière diffuse, dans d'autres dispositions de la Constitution et dans les principes du droit public qui leur sont sous-jacents[4347]. Le premier de ces principes non-écrits est le « principe démocratique », qui revêt deux aspects complémentaires. *D'une part*, il implique que « l'immunité présidentielle procède du statut d'élu du peuple et de la nécessité de protéger tout titulaire d'un mandat électoral, pendant la durée de son mandat, contre des actions qui viendraient à remettre en cause son mandat »[4348]. Selon un

4341 R. Capitant, L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1937, n°1-2, p.88.
4342 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1201. La conception institutionnelle de la Constitution, qui s'oppose à la conception normative de la Constitution, suppose de concevoir le droit constitutionnel comme allant au-delà du texte constitutionnel puisque la Constitution n'est pas perçue principalement comme une loi mais plutôt « une sorte « d'instrument de gouvernement » comme l'appelait jadis la doctrine constitutionnelle, un règlement de nature politique qui doit s'imposer aux gouvernants » (O. Beaud, La mise en œuvre de la responsabilité politique du Président de la République française peut-elle être paralysée par l'absence de la loi organique prévue par l'article 68 ?, in La responsabilité du chef de l'État, [Actes de la 20è journée d'étude du groupe de droit constitutionnel de la société de législation comparée, 27 mars 2009], Paris : Société de Législation comparée, coll. Colloques, 2009, p.173).
4343 Comme le note Pierre Avril, « la Constitution de 1958 ne s'est pas établie sur une table rase et ses dispositions ne sauraient se lire isolément, parce que leur portée doit s'entendre par référence aux dispositions antérieures qu'elles modifient, contredisent... ou reprennent. Cette supputation n'implique aucune « force constitutionnelle », mais elle ajoute à la « logique grammaticale » la vraisemblable politique » (P. Avril, Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international : à propos de l'interprétation littérale de l'article 68 de la Constitution, RDFA, juillet-août 1999, p.715).
4344 G. Carcassonne, Le Président de la République et le juge pénal, op.cit., p.279.
4345 *Ibid*.
4346 *Ibid*., p.280.
4347 Pour Olivier Beaud, « au risque de surprendre, une telle assertion nous paraît moins arbitraire que celle qui revient pour le juriste à jouer au ventriloque en faisant dire à cet article 68 ce qu'il ne peut pas signifier » (O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1200).
4348 *Ibid*., p.1200.

raisonnement par analogie et *a fortiori*, les parlementaires, en qualité de représentants du peuple, bénéficient d'une inviolabilité pour les actes extérieurs à leurs fonctions au titre de l'article 26 de la Constitution. Le Président de la République élu au suffrage universel direct peut, dès lors, prétendre à cette protection associée à la durée du mandat[4349]. *D'autre part*, le principe démocratique suppose que la fonction présidentielle ne soit pas déstabilisée par un autre pouvoir, notamment la justice pénale[4350]. Il s'agit par là-même de faire respecter, selon Olivier Beaud, le principe écrit de *la séparation des pouvoirs* qui impose que le chef de l'État ne soit pas compromis, par des interventions judiciaires intempestives[4351]. À cet égard, « le « cas Chirac » est, pour lui, une variation nouvelle sur un thème récurrent qui est le conflit opposant depuis quelques années les « pouvoirs politiques » au « pouvoir juridique » (Hauriou), c'est-à-dire les gouvernants aux juges judiciaires qui se sont, pour quelques-uns d'entre eux, auto-proclamés représentants de la société civile (des citoyens) et qui, au nom d'un droit pénal très élastique, entendent contrôler la vertu des gouvernants »[4352]. Les défenseurs de la thèse du privilège de juridiction extensif, qui refusent à un juge d'instruction de pouvoir entendre le Président comme témoin, veillent à protéger la fonction présidentielle contre la fonction judiciaire « en avançant un argument très classique en démocratie : la supériorité de légitimité d'une autorité élue sur une autorité non élue »[4353]. Enfin, le dernier

4349 « Le sort fait à tous les représentants du peuple est régi par des logiques impérieuses et identiques : par-delà les différences de modalités, justifiées par les différences de fonction, les immunités protégeant le mandat parlementaire trouvent leur pendant dans les immunités protégeant le mandat présidentiel. Toutes, dès lors, peuvent s'adosser ainsi aux principes les mieux établis de notre droit public » (G. Carcassonne, Le Président de la République et le juge pénal, op.cit., p.286). Toutefois, Olivier Camy conteste cet argument : « à supposer que la Constitution soit finalisée, il resterait à démontrer que le constituant a été parfaitement cohérent » (O. Camy, La controverse de l'article 68. Aspects théologiques, RDP, n°3, 2001, p.817). Autrement dit, cette interprétation systémique suppose que la Constitution de 1958 forme un tout cohérent et que ses dispositions s'éclairent les uns par rapport aux autres, ce dont doute Olivier Camy dans l'article précité.

4350 « Le Président de la République ne peut être considéré comme un citoyen ordinaire : nombre de ces velléités de poursuites ne s'expliquent que par l'existence même de son mandat. Tout mandat électif doit être protégé » (J.-P. Camby, La responsabilité pénale du Chef de l'État : épilogue ou nouveau départ, RDP, n°1, 2003, p.58). Cependant, cet argument est contesté par Marie-Anne Cohendet : « les députés ne sont-ils pas, eux aussi, directement choisis par le peuple ? Pour autant, ils ne sont pas irresponsables » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.528).

4351 Selon lui, la protection du chef de l'État pour ses actes extérieurs est « une technique juridique destinée à assurer l'autonomie de la présidence (et non de l'homme qui occupe cette fonction) par rapport aux autres pouvoirs. C'est une garantie particulière censée protéger un représentant de l'État contre l'action d'un autre représentant de l'État » (O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1201). Cependant, Marie-Anne Cohendet modère cette interprétation du concept de la séparation des pouvoirs car elle estime que son objet « n'est pas de protéger chacun des pouvoirs mais au contraire de faire en sorte que chacun des pouvoirs soit en mesure d'éviter les abus de pouvoirs des autres » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.528). Dans cette optique, des poursuites peuvent donc être engagées contre le Président de la République.

4352 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1200-1201. Par là-même est mis en avant l'idée d'une Constitution « vivante » puisqu'« elle est alors réinterprétée à partir des valeurs récentes, des nécessités du moment » (O. Camy, La controverse de l'article 68…, op.cit., p.820).

4353 *Ibid*., p.1201. Comme le souligne Michel Troper, « s'il s'agit d'apprécier l'opportunité des poursuites [contre le chef de l'État], la décision ne peut appartenir qu'à une autorité politique, c'est-à-dire, selon la Constitution française, aux Assemblées parlementaires. De même, le jugement, qui est aussi un acte politique, ne peut être prononcé que par une autorité politique, la Haute Cour » (M. Troper, Comment décident les juges constitutionnels ?, Le Monde, 13 février 1999). Dans le même ordre d'idées, pour Vedel, « si l'on admettait que le président de la République relève de la justice répressive ordinaire pour les faits ou les actes étrangers à la fonction présidentielle et antérieurs ou concomitants à son mandat, l'on irait de paradoxe en paradoxe. L'élu de la nation pourrait être désinvesti de son mandat national par des juges aussi indépendants et aussi sages que l'on voudra, mais appliquant le droit pénal de tout le monde au risque de révoquer, en fait ou en droit, l'élu du peuple français rassemblé en un seul corps. A moins que, pour éviter ce contresens institutionnel, le juge ne baisse les bras et n'adapte la procédure ou l'échelle des peines au cas particulier pour des raisons de bon sens, mais juridiquement inappropriées » (propos de G. Vedel, in Ph. Ardant, et *al*., La responsabilité

principe du droit français qui structure l'inviolabilité présidentielle est, selon eux, *la continuité de l'État*[4354]. Pour 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 continuité de l'État suppose l'égale continuité de son chef »[4355]. Pour eux, la personne du Président se confond avec la fonction présidentielle qu'il incarne[4356]. Par là-même est protégée sa dignité[4357].

911. En définitive, les partisans de cette thèse entendent faire prévaloir le principe démocratique comme principe politique sur le principe de l'État de droit, qui impose une stricte égalité devant la loi des citoyens. Néanmoins, ils soutiennent en dernier ressort que leur conception demeure respectueuse également de ce dernier principe pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ils soulignent que ce principe ne suppose pas un traitement égal face à une différence de situation : « La démocratie, comme principe, élève le simple citoyen au rang de président, ce dont le droit constitutionnel doit rendre compte en lui conférant des prérogatives, voire des « privilèges » »[4358]. De plus, le champ temporel de ce privilège de juridiction est limité puisqu'il « cesse avec la détention du mandat présidentiel »[4359], le Président de la République étant redevenu un particulier

pénale du Président de la République, op.cit., p.74). En quelque sorte, pour Carcassonne, la compétence exclusive de la Haute Cour de Justice à l'égard du Président de la République pour ses actes privés garantit « la bonne administration de la justice » : « s'agissant de la poursuite et de la répression de tout manquement dont un chef de l'État aurait pu se rendre coupable, la seconde phrase de l'article 68 a créé, probablement sans en avoir eu conscience, il est vrai, un bloc de compétences au profit de la Haute Cour de justice, qui emporte application de la procédure prévue pour la saisir » (G. Carcassonne, Le Président de la République et le juge pénal, op.cit., p.286).

4354 Les tenants de la thèse du privilège de juridiction extensif se fondent énormément sur une interprétation *fonctionnelle* de la Constitution de 1958. Comme le note Camy, « ce type d'arguments repose en réalité sur le postulat de l'unité fonctionnelle du droit : la Constitution et toutes les dispositions sont censées avoir un rôle utile, remplir une fonction conforme à l'intérêt d'un État ou de ses institutions. (…) On admet implicitement que l'ordre juridique est rationnel et cohérent » mais il observe que les auteurs « n'explicitent pas et ne cherchent pas à justifier » ce postulat (O. Camy, La controverse de l'article 68. Aspects théologiques, RDP, n°3, 2001, p.818).

4355 G. Carcassonne, Le Président de la République française et le juge pénal, op.cit., p.282. Il ajoute qu'« il n'existe pas de frontière ferme entre la fonction et ce qui lui serait extérieur : qui serait juge de son tracé ? Le droit commun ne peut l'être à demi: le chef de l'État, qui y serait soumis par hypothèse, serait-il sujet à être placé en garde à vue, en détention provisoire ? » (propos de Guy Carcassonne in Ph. Ardant, G. Carcassonne, D. Chagnollaud, D. Rousseau, G. Vedel, La responsabilité pénale du Président de la République. Réponses à deux questions, Pouvoirs, n° 92, 2000, p.64).

4356 « Aussi longtemps qu'il est à l'Élysée, l'homme disparaît derrière la fonction. Le premier, s'il y a lieu, peut être poursuivi avant et après. La seconde est intouchable pendant, sauf décision des assemblées. C'est la norme dans la majeure partie des pays développés, même les moins laxistes, où l'on convient aisément que le chef de l'État n'est certes pas un citoyen comme les autres » (propos de Guy Carcassonne in Ph. Ardant, et *al*., La responsabilité pénale du Président de la République, op.cit., p.64-65) ; P.-H. Prélot, Le perdreau mort. L'irresponsabilité du président de la République : inviolabilité personnelle, immunité fonctionnelle, privilège de juridiction ?, Recueil Dalloz, 2001 p.949.

4357 Pour Robert Badinter, « un président de la République, poursuivi en cours de mandat pour des « affaires » antérieures à ces fonctions ou étrangères à celles-ci, deviendrait un président dont le prestige, si nécessaire à sa fonction, serait atteint. Dans la mesure où il représente la France sur la scène internationale, c'est le prestige national qui s'en trouverait altéré. En outre, l'attention du président de la République doit être consacrée aux affaires de l'État, et non mobilisée par les soucis de sa défense » (R. Badinter, La responsabilité pénale du président de la République sous la Vè République, *in* Mélanges Patrice Gélard : droit constitutionnel, Paris : Montchrestien, 2000, p.157).

4358 *Ibid*., p.1201. De même, Carcassonne considère qu'est concernée ici « une personne, celle du Président de la République, placée dans une situation juridique éminemment distincte de celle de tous les autres citoyens. Et si l'on tenait, malgré tout, à déceler une atteinte, serait-il déraisonnable de plaider qu'elle répond à une claire exigence d'intérêt général, celle qui s'attache à la dignité et à la continuité de la fonction présidentielle ? » (G. Carcassonne, Le Président de la République et le juge pénal, op.cit., p.286).

4359 O Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1200.

comme les autres[4360]. Enfin, même s'il bénéficie d'un privilège de juridiction, Robert Badinter note qu'« il demeure pénalement responsable des actes commis antérieurement à ses fonctions, ou extérieurs à ses fonctions »[4361] devant la Haute Cour de Justice. Il apparaît donc que cette position présente l'avantage, à leurs yeux, « de concilier les principes constitutionnels d'égalité devant la justice, de légalité des peines et des délits, de séparation des pouvoirs, de continuité de l'État tout en respectant la place éminente assignée aux fonctions présidentielles par la Constitution »[4362]. Enfin, inscrite dans une perspective comparative, elle a le mérite d'être conforme aux traditions constitutionnelles de nombreux pays[4363]. Le Président de la République se voit donc reconnaître par la majorité des juristes de droit constitutionnel un privilège de juridiction pendant son mandat pour les actes étrangers à l'exercice de ses fonctions. Toutefois, une minorité conteste leurs arguments et défend plutôt la thèse du droit commun.

2. La thèse minoritaire du droit commun fondée sur une lecture exégétique de l'article 68 et le paradigme de l'État de droit

912. Même limitée à une simple extension du privilège de juridiction, cette solution est contestée par une frange de constitutionnalistes. Les contradicteurs défendent la « thèse du droit commun » s'agissant de responsabilité pénale du Président de la République pour les actes extérieurs à ses fonctions. Selon celle-ci, défendue par la majorité des auteurs entre 1958 et la décision du Conseil Constitutionnel du 22 janvier 1999, « le chef de l'État répond pénalement des infractions détachables de sa fonction, sans même bénéficier d'un privilège de juridiction »[4364] ou d'une

4360 « […] L'individu est responsable mais la fonction est protégée. Aussi longtemps que le premier exerce la seconde, il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées, donc par personne d'autre. « Dès la fin des fonctions, tout juge peut reprendre des poursuites suspendues dans l'intervalle. Bref, impunité non, immunité oui, qu'exigent ensemble la Constitution, la séparation des pouvoirs et la tradition républicaine » (propos de Guy Carcassonne cité par L. Favoreu, De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République, RFDC, 2002/1, n° 49, p.9).

4361 R. Badinter, La responsabilité pénale du Président de la République, RDP, n°1/2, 2002, p.107. Comme l'a rappelé le Conseil Constitutionnel, Robert Badinter ajoute que le statut du Président « ne confère pas une immunité pénale, mais un privilège de juridiction pendant la durée de son mandat » (*ibid.*).

4362 J.-E. Schoettl, La responsabilité du chef de l'État, RDP, n° 4, 1999, p.1037. Pour Carcassonne, « L'inviolabilité (…) est proportionnée à ce qu'exige la protection du mandat, et non de celui qui l'occupe : levée d'immunité pour les parlementaires », mise en accusation par les deux assemblées pour le chef de l'État » (G. Carcassonne, Le Président de la République et le juge pénal, op.cit., p.286) ; *v.* également : C. Debbasch, La responsabilité pénale du président de la République, D. 2002. 237.

4363 Prenant l'exemple des Présidents autrichien, portugais ou islandais issus du suffrage universel direct, Carcassonne observe que « la France ne fait pas tache dans l'ensemble des démocraties. Au contraire, elle reprend la norme » (G. Carcassonne, Le Président de la République française et le juge pénal, op.cit., p.283-284). Voir également : B. Genevois, Les immunités prévues par la Constitution et le contrôle juridictionnel. Le droit français confronté au droit italien, RFDA 2000 p.511 ; L. Favoreu, De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République, op.cit., p.17 ; B. Genevois, France, *in* Annuaire international de justice constitutionnelle, 17-2001, 2002. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction - Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel, p.195-228.

4364 D. Chagnollaud, A relire la Constitution, on y apprend que le chef de l'État répond pénalement des infractions détachables de sa fonction, sans bénéficier d'un privilège de juridiction. La responsabilité pénale d'un Président citoyen, Libération, 7 septembre 1998 ; O. Duhamel, Droit constitutionnel, t.1, 4è éd., Paris : Seuil,1999, (Coll. Points essais)

inviolabilité. En d'autres termes, pour ses actes privés commis antérieurement ou pendant son mandat, le Président ne jouit d'aucune protection étant donné qu'il est considéré comme un simple citoyen. Les défenseurs de cette thèse mettent en avant « la théorie du Président-requérant » en matière de responsabilité pénale.

913. Or, par contraste avec la thèse exposée précédemment, il est intéressant de remarquer qu'ils recourent à des paradigmes méthodologiques et théoriques opposées pour aboutir à cette position. Du point de vue de leur méthodologie, ils utilisent à la méthode *littérale*, qui présuppose une conception normative et « législative »[4365] du texte constitutionnel compris comme la loi constitutionnelle suprême[4366]. Ils rejettent la méthode *historique* employée par les tenants de la thèse du privilège de juridiction exclusif, caractéristique de la doctrine du droit politique. Ils font valoir à cet égard qu'il n'existe ni de tradition constitutionnelle[4367] ni de tradition doctrinale[4368] établies en matière de responsabilité pénale du Président de la République pour ses actes privés commis antérieurement ou pendant son mandat. Basée sur une méthode exégétique empruntée au droit civil, ils défendent une lecture unitaire de l'article 68 de la Constitution[4369]. Pour eux, l'article forme un tout indissociable[4370], ce qui signifie que le Président de la République ne bénéficie d'un

p.162 ; Ph. Ardant, Institutions politiques et droit constitutionnel, 10e éd., Paris : LGDJ, 1998, p. 463 ; J. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 15è éd., Paris : Montchrestien, 1997, p. 567 ; D.-G. Lavroff, Droit constitutionnel de la Vè République, 2è éd., Paris : Dalloz, 1997, p. 588 ; P. Pactet, Institutions politiques, droit constitutionnel, 16è éd., Paris : A. Colin, 1997, p.194; D. Turpin, Droit constitutionnel, 2è éd., Paris : PUF, 1994, p. 352.

4365 Cette expression est empruntée à Olivier Beaud : cf. O. Beaud, La mise en œuvre de la responsabilité politique…, op.cit., p.162.

4366 La conception « législative » de la Constitution « s'est imposée en France. Celle-ci doit être comprise comme une altération d'un modèle qui mettait non pas la Constitution, mais la loi au centre du droit public français. (…) Dès lors, si la Constitution est principalement une loi, alors on peut lui appliquer les techniques et les modes de raisonnement qui vont de pair avec la notion de loi en droit positif » (O. Beaud, La mise en œuvre de la responsabilité politique…, op.cit., p.162).

4367 « Il est difficile d'invoquer la tradition constitutionnelle française dans la mesure où, sous la Ve République, les conditions d'exercice du pouvoir par le président sont différentes des Républiques précédentes » (P. Esplugas, Le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du chef de l'Etat, LPA, n°132, 5 juillet 1999, p.7).

4368 Comme il a pu être observé précédemment, la doctrine de la IIIème République est loin d'être unanime sur la protection du chef de l'État pour ses actes extérieurs à ses fonctions. À cet égard, les partisans de la thèse du droit commun invoquent souvent l'autorité de Barthélemy et Duez. De même, une partie significative de la doctrine de la IVème République et du début de la Vème République défendent majoritairement la justiciabilité ordinaire du Président de la République dans ce cas. Voir sur ce point : P.-H. Prélot, Le perdreau mort…, op.cit., p.949 ; D. Chagnollaud, in Ph. Ardant et *al*., La responsabilité pénale…, op.cit., p.68.

4369 Les partisans de la thèse de droit commun se réclament « d'une règle d'interprétation qu'à propos des contrats rappelle l'article 1161 du Code civil : «Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. » (propos de G. Vedel in Ph. Ardant, et *al*., La responsabilité pénale..., op.cit., p.75). Voir sur ce point : P. Esplugas, Le Conseil Constitutionnel et la responsabilité pénale du Chef de l'État, LPA, n°132, 5 juillet 1999, p.6 ; P. Chrestia, La responsabilité pénale du président de la République dans la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 (à propos d'un *obiter dictum* regrettable), D. 1999, p.285.

4370 Pour Dominique Chagnollaud, l'ancien article 68 de la Constitution « forme un seul et même ensemble. (…) Le constituant a pris la peine de viser les « actes accomplis dans l'exercice des fonctions » (…) pour les dissocier des autres » (*ibid*.). À l'appui de cette idée, le conseiller d'État Bruno Genevois invoque les étapes de la rédaction telles qu'elles sont retracées par les *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution* (sur ce point : B. Genevois, Le Conseil Constitutionnel et le droit pénal international, RFDA, mars-avril 1999, p.297). Or, pour Pierre Avril, ce dernier argument n'est pas recevable car « les documents retraçant les rédactions successives de l'article 68 ne constituent pas des travaux préparatoires au sens technique du terme et ne sauraient être invoqués pour déterminer la volonté de l'auteur lorsque l'interprétation d'une disposition ambiguë pose problème » (P. Avril, Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international : à propos de l'interprétation littérale de l'article 68 de la Constitution, RFDA, juillet-août 1999, p.715). Il ajoute que « le précepte positiviste de Carré de Malberg, selon lequel « la

privilège de juridiction qu'en cas de haute trahison pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions.[4371] *A contrario*, pour les actes accomplis hors l'exercice de ses fonctions, soit parce qu'ils sont antérieurs, soit parce qu'ils sont extérieurs, à celles-ci, l'article 68 de la Constitution ne s'applique pas et c'est donc le droit commun qui s'impose[4372]. Les deux thèses ont donc pour point commun de reconnaître que l'article 68 de la Constitution n'évoque pas véritablement l'hypothèse de l'inviolabilité présidentielle. Cependant, les opposants à la thèse du droit commun soulignent que la démarche exégétique n'est pas la méthode la plus appropriée pour analyser la Constitution de 1958 dans la mesure où ils considèrent que ce texte est mal rédigé[4373].

914. Outre un argument textuel, les partisans de la thèse du droit commun se basent également sur des principes établis du droit constitutionnel français qui diffèrent sensiblement de ceux de la thèse du privilège de juridiction extensif. À cet égard, ils déclarent que l'absence d'immunité du chef de l'État pour les actes détachables de l'exercice des fonctions ne met pas en péril le principe de la continuité de l'État puisque celui-ci « peut être assuré par les procédures constitutionnelles destinées à pourvoir à un empêchement, sous le contrôle du Conseil constitutionnel »[4374]. De

Constitution se fait uniquement au moyen de textes : les intentions de ses auteurs ne comptent pas ou, du moins, elles ne possèdent pas force constitutionnelle », s'impose donc ici avec une vigueur particulière dès lors que les travaux préparatoires n'existent juridiquement pas, et que les intentions des rédacteurs ne présentent qu'un intérêt historique » (*ibid.*). D'autant plus que, selon lui, l'étude de ces documents démontre l'indépendance des deux phrases de l'article 68 de la Constitution de 1958.

4371 Comme le note Marie-Anne Cohendet, avant la révision constitutionnelle du 23 février 2007, « pour les actes accomplis en tant qu'individu et non plus en tant que Président, et notamment pour les actes accomplis avant son mandat, sa responsabilité suivait les règles de droit commun » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.523).

4372 Pour les tenants de cette thèse, cette interprétation est particulièrement exacte pour les actes antérieures au mandat présidentiel : « on peut bien sûr sérieusement mettre en balance cette interprétation avec l'arrêt *Blignières* de la Cour de cassation du 14 mars 1963 rendant exclusive la compétence de la Haute Cour pour tous les actes des ministres – jusqu'à la révision de 1993, au prétexte que la Constitution n'a pas été modifiée s'agissant du président de la République. Certes, mais quid des actes antérieurs ? » (propos de D. Chagnollaud, in Ph. Ardant, et *al*., La responsabilité pénale du Président de la République, op.cit., p.68) ; v. également : M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.528).

4373 Pour Carcassonne, « la rigueur de rédaction n'est pas la qualité première du texte » de 1958 (G. Carcassonne, Le Président de la République française et le juge pénal, op.cit., p.277). De même, Olivier Beaud critique l'utilisation de la méthode exégétique qui va de pair avec une conception législative de la Constitution, pour deux raisons. En procédant ainsi, il estime, tout d'abord, que la doctrine « s'expose, à la vigoureuse critique adressée, jadis, par Henry Nézard à ceux qui voulaient transposer cette méthode (prise ainsi dans son sens péjoratif), c'est-à-dire les « techniques de droit civil dans le droit constitutionnel » ; il leur objectait que les lois constitutionnelles de 1875 ne formaient pas un code constitutionnel, analogue à un code civil » (O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1188). En outre, il juge que la Constitution de 1958 « ne mérite pas l'exégèse » pour des raisons à la fois conjoncturelles et structurelles : « la raison circonstancielle tient à l'écriture de la Constitution de 1958, dont la qualité a été souvent contestée. Faut-il rappeler ici le jugement féroce de René Capitant selon lequel le texte de la Constitution de 1958 est le « texte le plus mal rédigé de notre histoire constitutionnelle, inférieur même à la Constitution de 1946 ? Ce qui est particulièrement vrai pour l'article 68, dont la rédaction est issue d'un « bricolage » effectué à partir de collage de textes constitutionnels antérieurs, et à partir duquel il est difficile de tirer des leçons, même en s'appuyant sur la lecture des travaux préparatoires. Mais plus encore, des raisons structurelles interdisent d'interpréter la Constitution de façon exégétique. (…) Malgré des ressemblances formelles, *la Constitution n'équivaut pas à une loi*. En effet, à la différence de la loi, « la Constitution, du point de vue de son élaboration conceptuelle-normative, est incomplète et fragmentaire » » (*ibid.*). Comme le note Pierre Avril, Pierre Avril, « la rédaction du texte de 1958 offre un parfait exemple de « compromis dilatoire » (pour reprendre la formule de Carl Schmitt), c'est-à-dire d'un compromis sur les mots qui masque des intentions contradictoires sur le fond » (P. Avril, Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international…, op.cit., p.715).

4374 B. Genevois, Le Conseil Constitutionnel et le droit pénal international, op.cit., p.297. De même, pour Marie-Anne Cohendet, « la simple lecture de l'article 7 suffit à démonter l'argument [de la continuité de l'Etat] puisque l'intérim peut être assurée si nécessaire par le président du Sénat » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.528).

surcroît, l'argument de la difficulté pour distinguer les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et les actes privés n'est pas, pour eux, décisif : « s'il est exact que plus on monte dans la hiérarchie des fonctions et plus il est difficile d'isoler une faute personnelle, (…) il est sans portée à l'égard des actes antérieurs à la prise de fonction »[4375]. En outre, la séparation des pouvoirs ne serait pas violée puisque, pour Pierre Esplugas, « pour les actes indépendants de cette fonction, [ce principe] ne semble pas s'opposer à l'exercice de poursuites judiciaires »[4376], d'autant plus s'ils sont antérieurs à son entrée en fonction[4377]. Enfin, Marie-Anne Cohendet estime que le fait que le Président de la République soit le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire au titre de l'article 64 alinéa 1 de la Constitution de 1958 ne saurait « en aucun cas le placer au-dessus des juges et des lois »[4378].

915. Au contraire, le choix de leurs principes est représentatif du mouvement tendant à soumettre les gouvernants au droit commun. Selon leur raisonnement, l'article 68 de la Constitution prévoit une exception qui ne concerne que les actes accomplis par le Président de la République « dans l'exercice des fonctions ». Dès lors, le droit dérogatoire n'existant qu'autant qu'il est prévu formellement, « l'idéal de l'État de droit command[e] que les gouvernants ne soient pas soustraits à la loi générale »[4379]. Autrement dit, à travers cette lecture stricte de l'article 68 de la Constitution, les partisans de cette thèse entendent défendre le principe constitutionnel écrit de *l'égalité des citoyens devant la loi pénale*, qui serait l'une des caractéristiques de l'État de droit et de la démocratie dans

D'ailleurs, cette interprétation fonctionnelle est contestée par les tenants du droit commun : « il est (…) intéressant de noter comment on a assisté à une dérive de l'interprétation en droit constitutionnel qui, en présence d'un texte obscur, doit privilégier l'intention du constituant éclairée par les travaux préparatoires. Au sens strict, ils sont inexistants. Dès lors, il est loisible d'adopter une interprétation « logique » (*quid* des deux paragraphes ?) pour glisser vers une interprétation d'ordre téléologique qui, par rapport à la finalité de la règle posée, ouvrait la voie à toutes les remises en cause d'un texte clair… » (propos de D. Chagnollaud, in Ph. Ardant et *al*., La responsabilité pénale…, op.cit., p.68).

4375 *Ibid*. Au demeurant, Pierre Esplugas observe que cette notion d'acte détachable de la fonction a été précisée par la jurisprudence judiciaire : « elle a déjà été utilisée par certains tribunaux répressifs de première instance à l'égard du président de la République. Plus significative encore est (...) l'utilisation de cette même notion par la Cour de cassation en l995 et 1997 à propos de faits reprochés à Alain Carignon et Michel Noir lorsque ceux-ci étaient ministres. La Haute juridiction judiciaire revient ici sur une interprétation ancienne, stricte, mais critiquée, notamment par le doyen Vedel, de cette notion. Elle définit ainsi aujourd'hui les actes détachables d'une fonction ministérielle comme ceux qui ont « un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relevant de ses attributions, à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux ». Il nous semble que l'on pourrait parfaitement appliquer cette définition aux actes du président de la République. Cette solution a, d'un point de vue plus général, pour mérite de garantir une nécessaire protection au chef de l'État pour des activités liées à la marche de l'État, sans que cette protection s'étende abusivement aux activités indépendantes de sa fonction » (P. Esplugas, Le Conseil Constitutionnel et la responsabilité pénale du chef de l'État, op.cit., p.6).

4376 *Ibid*., p.7. Comme l'indique Marie-Anne Cohendet, l'argument de la séparation des pouvoirs pour empêcher des poursuites contre le Président de la République est « un contre-sens sur ce concept, dont l'objet n'est pas de protéger chacun des pouvoirs mais au contraire de faire en sorte que chacun des pouvoirs soit en mesure d'éviter les abus de pouvoirs des autres » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.528).

4377 « La séparation des pouvoirs – l'argument du désespoir – serait atteinte si un juge ordinaire pouvait poursuivre le chef de l'État. Mais que vient-elle faire ici, s'agissant d'actes détachables des fonctions, et *a fortiori* antérieurs ? » (propos de D. Chagnollaud, *in* Ph. Ardant, et *al*., La responsabilité pénale du Président de la République, op.cit., p.68).

4378 M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.528.

4379 O. Jouanjan et P. Wachsmann, La controverse doctrinale…, op.cit., p.1182 ; P. Ardant, G. Carcassonne, D. Chagnollaud, D. Rousseau, G. Vedel, La responsabilité pénale du président français. Réponses à deux questions, Pouvoirs, n°92, 2000, p.62.

son sens juridique[4380]. Dans le cas contraire, ils estiment que la protection spéciale dont profiterait le chef de l'État pour les actes sans lien avec sa fonction, commis antérieurement ou pendant le mandat, serait de nature monarchique et donc anti-démocratique[4381]. Dominique Chagnollaud observe en ce sens que « le débat reste empoisonné par la déférence monarchique entretenue en France à l'endroit de la fonction présidentielle »[4382]. Ce courant est donc guidée par la volonté de soumettre le Président de la République, au moins lorsqu'il n'agit pas dans l'exercice de ses fonctions, à l'action du juge[4383]. Ses partisans entendent favoriser la fonction judiciaire sur la fonction présidentielle. Ils notent d'ailleurs que leur point de vue a été confirmé par la jurisprudence puisque, d'une part, « les juridictions de droit commun se reconnaissent compétentes pour recevoir les plaintes contre le chef de l'État, agissant comme personne privée pour des actes engageant sa responsabilité civile ou pénale ((…) tribunal correctionnel de Paris, 5 décembre 1974, Dumont contre Valéry Giscard d'Estaing et autres) »[4384] et, d'autre part, « la Cour de cassation (…) a distingué en 1995, mais seulement pour les ministres, deux types d'infractions: 1) celles ayant un lien direct avec les fonctions ministérielles; 2) celles relatives à la vie privée ou les mandats électifs locaux. Les premières relèvent de la Cour de justice de la République, les secondes du droit commun »[4385]. En outre, ils soulignent que leur thèse est appuyée par les enseignements du droit comparé, et notamment la jurisprudence américaine récente[4386], même si toute comparaison avec les régimes étrangers est difficile, selon Robert Badinter, compte tenu de la spécificité du système français[4387]. En dernière analyse, les constitutionnalistes disciples de la thèse de droit commun font

4380 Comme le note Bruno Genevois, « le principe d'égalité des citoyens devant la loi, qui avait conduit le Conseil constitutionnel à interpréter restrictivement l'irresponsabilité parlementaire (cf. déc., 7 nov. 1989) y convie pareillement. Si le Président de la République est protégé dans l'exercice de ses fonctions, sa personne n'est pas inviolable » (B. Genevois, Le Conseil Constitutionnel et le droit pénal international, RFDA, mars-avril 1999, p.297)

4381 Le Président de la République « serait alors à l'image du monarque inviolable, à l'abri de toute poursuite pénale, quelle que soit la nature de l'acte commis » (D. Chagnollaud, À relire la Constitution…, op.cit.).

4382 *Ibid*.

4383 D'ailleurs, Cette solution doctrinale a également l'avantage de « préserver les droits du citoyen-Président dans le déroulement de la procédure pénale. Rappelons que la procédure devant la Haute Cour reste dérogatoire à nombre de droits fondamentaux, et non des moindres, comme le principe de légalité des peines et des délits ou le droit de former appel. Rien ne justifie que le statut particulier du Président, qui se veut protecteur, aboutisse en réalité à le priver de ses droits fondamentaux » (R. Badinter, La responsabilité pénale du Président de la République, op.cit., p.110).

4384 D. Chagnollaud, À relire la Constitution…, op.cit.

4385 *Ibid*.

4386 Comme le note Pierre Esplugas, « l'arrêt de la Cour suprême Clinton v. Jones de 1997 (117 S.C.T. 1636) confirme l'arrêt United v. Nixon de 1974 (418 U.S. 683) selon lequel un président américain en exercice peut être poursuivi pour des actes relatifs à ses fonctions, pour des actes strictement privés accomplis pendant ses fonctions ou pour des actes antérieurs à ses fonctions. (…) [Les juges] ont considéré de manière (...) radicale (...) que le principe de séparation des pouvoirs ne faisait pas obstacle à des poursuites judiciaires engagées contre un président américain en exercice, non seulement pour des actes strictement privés accomplis pendant ses fonctions ou pour des actes antérieurs à ses fonctions, mais aussi pour des actes relatifs à ses fonctions », ni à la continuité de l'État » (P. Esplugas, Le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale..., op.cit., p. 10). Cependant, les partisans de la thèse du privilège de juridiction extensif contestent cet argument au regard du risque de déstabilisation du chef de l'État par ses adversaires politiques. Michel Troper juge que « l'affaire Clinton permet de mesurer à quel point il serait facile de déclencher contre le chef de l'État des poursuites qui, même dépourvues de fondement ou exercées à propos d'infractions mineures, pourraient suffire à empoisonner la vie politique » (M. Troper, Comment décident les juges constitutionnels ?, Le Monde, 13 février 1999).

4387 « Le régime français est sensiblement différent de ses voisins, en raison des prérogatives du Président de la République dans ce régime semi-parlementaire. (…) La perspective d'un Président qui « gouverne » change les données de la comparaison » (R. Badinter, La responsabilité pénale du Président de la République, op.cit., p.115). Comme le souligne Marie-Anne Cohendet, « aucune Constitution de l'UE (en dehors, toujours, du régime présidentiel de Chypre)

valoir un argument de type moral : la responsabilité pénale du Président de la République pour ses actes privés renforcera la dignité de la fonction au lieu de l'affaiblir[4388].

916. En définitive, ils aboutissent à une solution de compromis par laquelle le chef de l'État bénéficie d'une protection nécessaire en ce qui concerne ses fonctions tout en soumettant sa personne au droit commun pour éviter d'en faire un monarque inviolable[4389]. C'est pour cette raison que les tenants de cette thèse jugent la décision du Conseil Constitutionnel – et *a fortiori* de la Cour de Cassation – préjudiciable car elle apparaît « comme décalée par rapport à l'évolution générale du droit constitutionnel et du droit pénal »[4390] qui va « dans le sens d'un affaiblissement, voire d'une disparition, du régime des immunités pénales. Au contraire, la décision du Conseil constitutionnel tend à renforcer l'immunité du chef de l'État et paraît donc à contre-courant de cette évolution »[4391]. De manière symptomatique, ils estiment que la reconnaissance d'un privilège de juridiction voire une inviolabilité au chef de l'État est contraire à un paradigme auquel sont particulièrement attachés les partisans de la thèse du droit commun qui est l'État de droit. Comme l'affirme Pierre Esplugas, « il n'est pas bon dans un État de droit de laisser penser que la loi n'est pas égale pour tous »[4392]. Au contraire, pour eux, les actes privés du Président de la République auraient dû être soumis au droit pénal, afin de s'inscrire dans le mouvement général de pénalisation de la responsabilité des

n'attribue au président le pouvoir ni le droit de diriger la politique nationale, même quand il est élu directement par le peuple. Cette fonction est toujours attribuée au gouvernement » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.273). Marie-Anne Cohendet ajoute d'ailleurs qu'en pratique, « il y a eu une certaine tendance, pendant les premières années du régime [biélectif], à désigner un leader politique influent à la présidence, que ce soit par exemple en Autriche, en Croatie ou en Pologne. Cependant très vite la logique du régime parlementaire l'a emporté ». C'est pourquoi certains auteurs estiment que la responsabilité du Président français devait être comparée à celle du Premier Ministre et du Chancelier. Mais cette réflexion est contestée par Guy Carcassonne : « d'une part, il est un peu trop commode de prétendre passer par dessus le droit – la fonction exercée -, pour aller au seul fait – la réalité politique. D'autre part, et la période actuelle le prouve bien, il est difficile de voir dans le Président de la République le principal détenteur du pouvoir exécutif. Il ne l'est que si sont réunies des conditions qui ne sont pas toujours remplies. Enfin, et surtout, une telle comparaison serait de toutes façons sans portée : le Président de la République française, même lorsqu'il est effectivement le principal détenteur du pouvoir exécutif, est le seul, dans tous les régimes parlementaires, à ne pouvoir être renversé par aucune assemblée » (G. Carcassonne, Le Président de la République française et le juge pénal, op.cit., p.284). Il n'en demeure pas moins qu'en raison de la différence de clarté entre les textes constitutionnels étrangers et celui de la France, l'argument du droit comparé invoqué par les tenants de la thèse du droit politique est également contesté par Dominique Chagnollaud (*in* Ph. Ardant, G. Carcassonne, D. Chagnollaud, D. Rousseau, G. Vedel, La responsabilité pénale du Président de la République. Réponses à deux questions, Pouvoirs, n° 92, 2000, p.69) et Bruno Genevois (Le Conseil Constitutionnel et le droit pénal international, RFDA, mars-avril 1999, p.297).

4388 « S'il n'est pas souhaitable pour la démocratie qu'un président de la République soit mis en examen, il est aussi souhaitable qu'il soit non seulement au-dessus de tout soupçon mais justiciable, quel qu'il soit, de ses lois » (*ibid.*). « Indépendamment de considérations strictement juridiques, on peut penser par ailleurs que le pouvoir du plus haut responsable de l'État doit être légitime. Dans ce but, il n'est pas sain que celui-ci échappe à des poursuites judiciaires compte tenu de sa fonction pour des faits indépendants de cette dernière. On est même en droit d'attendre, vu la hauteur de la fonction présidentielle, que son titulaire ait un comportement particulièrement irréprochable. De plus, l'immunité présidentielle présente le risque de raviver des sentiments « poujadistes », toujours latents en France, selon lesquels il y aurait « une justice à deux vitesses ». Il est vrai que l'absence de poursuites pour des faits criminels ou délictueux et indépendants de la fonction présidentielle peut apparaître comme moralement choquant et conduire à un déni de justice » (P. Esplugas, Le Conseil Constitutionnel et la responsabilité pénale du chef de l'État, op.cit., p.8).

4389 « Tenons-nous-en à la Constitution d'un État démocratique et républicain où le chef de l'État n'est pas vraiment un citoyen comme les autres ni l'héritier en ligne directe en République du roi, « inviolable et sacré » de la monarchie absolue » (D. Chagnollaud, À relire la Constitution…, op.cit).

4390 P. Esplugas, Le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale..., op.cit., p. 6.

4391 *Ibid.*, p.7.

4392 *Ibid.*, p.6.

gouvernants[4393]. Comme le déclare Philippe Chrestia, « cette décision va à l'encontre de la volonté actuelle, tant du Président de la République que du Gouvernement, de dépolitiser les procédures judiciaires. (…) Depuis la révision de 1993 et la création de la Haute Cour de justice, on assiste, en effet, à la volonté, pas toujours concrétisée il est vrai, de dépolitiser la responsabilité pénale des hommes politiques »[4394]. Pour eux, la mise en cause du chef de l'État devant la Haute Cour pour ses actes personnels comporte le risque de renforcer la politisation de la responsabilité pénale[4395].

917. Ainsi, la controverse sur la responsabilité *pénale* du chef de l'État pour les actes extérieurs à ses fonctions[4396] est révélatrice des soubassements épistémologiques et théoriques qui structurent la doctrine constitutionnelle contemporaine. La pluralité des interprétations de l'ancien article 68 de la Constitution provient principalement d'une opposition des méthodes herméneutiques et des paradigmes du droit politique et de l'État de droit, même si, en réalité, les deux thèses se réclament du principe d'égalité devant la loi. Sur ce point, chaque auteur a tendance à mettre en balance les principes et à faire prédominer une solution tout en veillant à respecter un certain compromis[4397]. Entre ces interprétations, le choix de l'une par rapport à l'autre ne signifie pas que l'un est vraie ou l'autre est fausse mais il est le résultat des différentes contraintes argumentatives internes et externes pensant sur chaque auteur[4398]. Il est d'ailleurs important de souligner que la thèse du droit politique est encore majoritaire à cette époque[4399]. En définitive, la question de la responsabilité présidentielle

4393 D'ailleurs, comme le note Jean-François Dreuille, la thèse du droit commun est largement partagée par les pénalistes : « la thèse qui suscite l'adhésion de tous les pénalistes, retient une lecture unitaire de l'article 68 impliquant d'écarter tout privilège de juridiction en faveur du président de la République pour les actes commis en dehors de l'exercice de ses fonctions » (J.-F. Dreuille, La Haute Cour, Répertoire du droit pénal et du droit de la procédure pénale, 2014, Paris, Dalloz, point 15).

4394 Il ajoute qu'en matière de responsabilité pénale des ministres, « la jurisprudence tente de limiter restrictivement la notion de « fonction ministérielle » et, dans ce contexte, la décision du Conseil constitutionnel va à contre-courant. Quant à la Cour de cassation, elle est revenue sur sa jurisprudence antérieure qui retenait le principe de la compétence exclusive de la juridiction spécialisée. En effet, dans un arrêt de 1995, confirmant en cela une jurisprudence entamée en 1988, la Cour de cassation a jugé que la compétence de la Cour de justice de la République « est limitée aux actes constituant des crimes ou délits commis par des ministres dans l'exercice de leurs fonctions et qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relavant de leurs attributions, à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux » » (P. Chrestia, La responsabilité pénale du Président de la République dans la décision du Conseil Constitutionnel du 22 janvier 1999 (à propos d'un *obiter dictum* regrettable…), Recueil Dalloz, 1999, p.285).

4395 P. Chrestia, Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de la société, RDP, 2000, p.751.

4396 Concernant la responsabilité *civile* du Président de la République pour ses actes privés, antérieurs ou pendant son mandant, la doctrine est favorable à sa responsabilité, même s'il est en fonction. Sur ce point : M. Troper, Comment décident les juges constitutionnels ?, op.cit.

4397 Comme l'affirme Guy Carcassonne, « comme très souvent, un principe ne s'impose pas seul et doit se combiner avec d'autres, éventuellement contradictoires, au moins en partie. Et c'est pour se concilier avec les exigences résultant du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs et de cet autre principe constitutionnel qu'est la continuité de l'État que les principes, également constitutionnels, d'égalité des citoyens devant la loi ou d'impossibilité d'être soustrait à toute responsabilité pénale doivent souffrir des limites – le monopole d'initiative parlementaire – ou des retards – le sursis à l'engagement des poursuites pendant la durée du mandat » (G. Carcassonne, Le Président de la République et le juge pénal, op.cit., p.286).

4398 Le raisonnement de Guy Carcassonne est caractéristique de cette mise en balance : « ce n'est pas faire injure à l'autorité judiciaire que de lui nier des droits qui seraient abusifs et que, au demeurant, elle ne revendique pas. Ce qu'y perd le principe d'égalité devant la justice est incomparablement moins grave que ce que perdraient, dans l'hypothèse inverse, la séparation des pouvoirs et la continuité de l'État » (propos de G. Carcassonne, in Ph. Ardant et *al*., La responsabilité pénale…, op.cit., p.64-65).

4399 Comme le remarque de manière topique Dominique Chagnollaud, « c'est cette thèse (…) [du droit commun] que

pour ses actes privés antérieures ou pendant son mandat sera réglée par le nouvel article 67 alinéa 2 et 3[4400] issu de la réforme constitutionnelle du 23 février 2007 qui tranche, dans un sens encore plus extrême, en faveur de la thèse du droit politique. Cependant, cette réforme laisse en suspens de nombreuses questions par rapport à l'irresponsabilité présidentielle.

B. Le nouveau statut immunitaire du chef de l'État et ses extensions vivement discutés

918. Par la réforme constitutionnelle du 23 février 2007, le statut dérogatoire du Président de la République fait l'objet d'une profonde réforme afin de clarifier son régime en réponse à la divergence d'interprétation de l'article 68 de la Constitution entre le Conseil Constitutionnel et la Cour de Cassation[4401]. Ce régime était également sous le feux des critiques de la doctrine constitutionnelle et très peu d'auteurs plaidaient en faveur de son maintien[4402]. Le dispositif adopté, largement inspiré des conclusions du rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République présidée par le professeur Pierre Avril[4403] et de l'arrêt Breisacher, confère une *large* immunité au chef de l'État. En effet, le nouvel article 67 contient les deux formes classiques de l'immunité, transposées des immunités parlementaires, en distinguant parmi les actes du Président entre ceux qui ont été accomplis en cette qualité et ceux qui l'ont été en dehors de cette qualité[4404]. D'une part, il reconnaît une irresponsabilité politique, pénale et civile pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions, d'autre part, une inviolabilité pour les actes extérieurs à ses fonctions, antérieurs ou pendant son mandat. À cet égard, la nouvelle formulation constitue une extension de l'inviolabilité du Président de la République dans la mesure où celle-ci n'est plus seulement pénale, mais aussi civile et même administrative ou financière. Une partie de la doctrine juge donc que le régime des immunités est ainsi clarifié[4405].

le signataire de ces lignes a plaidé *au risque de faire scandale...* » (propos de D. Chagnollaud, in Ph. Ardant et *al*., La responsabilité pénale…, op.cit., p.66-67 [Nous soulignons]).

4400 Article 67 alinéa 2 et alinéa 3 de la Constitution de 1958 : « (...) Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. - Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions ».

4401 « Cette révision était d'autant plus nécessaire que cette divergence pouvait dès lors faire obstacle à une éventuelle mise en œuvre effective de la procédure prévue par l'article 68 de la Constitution » puisque « la commission d'instruction saisie préalablement au renvoi devant la Haute Cour de Justice, était en effet composée de magistrats du siège de la Cour de Cassation » (T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime de responsabilité du Chef de l'État issu de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 : à la recherche d'une responsabilité pénale perdue !, RPDP, n°2, 2007, p.454).

4402 Des contributions ont été réunies dans : La responsabilité pénale du Président de la République, RFDC, 2002/1, n° 49 ; Statut pénal du chef de l'État, Dossier spécial de la RDP, 2003, p.53 et s.

4403 Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, Le statut pénal du Président de la République,présidée par le Pr Pierre Avril, Rapport au Président de la République, La documentation française, 2003.

4404 Comme le souligne Thierry-Serge Renoux et Xavier Magnon, « l'ancienne formule des « actes accomplis dans l'exercice des fonctions » disparaît » (T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.455).

4405 « Le nouvel article 67 de la Constitution (…) s'inscrit dans la tradition républicaine française en la matière, mais en tirant la conséquence de la jurisprudence de la Cour de Cassation. Il confère une immunité fonctionnelle en réitérant le principe de l'irresponsabilité du Président (…) en raison de sa qualité. Dans le même temps, il clarifie son régime

919. Mais, pour atténuer cette protection étendue du chef de l'État qui suscite d'ailleurs de vives critiques doctrinales[4406], les constituants prévoient la possibilité pour la Haute Cour – et non plus la Haute Cour de Justice – de le destituer en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de ses fonctions », en lieu et place de l'hypothèse indéterminée de « haute trahison ». Mais cette exception prévue à l'article 68 de la Constitution – qui s'ajoute à celle de l'article 53-2 du même texte, pose problème aux spécialistes du droit constitutionnel en raison de son « obscure clarté »[4407]. Ils apparaissent divisés sur son sens et son étendue. Pour une minorité d'entre eux, cette exception s'inscrit uniquement dans le cadre de la fonction présidentielle, tandis que pour la majorité, elle englobe *à la fois* les actes commis dans l'exercice des fonctions mais également ceux commis dans sa vie privée qui seraient susceptibles de rejaillir sur la dignité de la fonction présidentielle (**1**). Toutefois, les juristes de droit constitutionnel semblent interpréter, de manière unanime, cette dérogation comme la mise en place d'une responsabilité exceptionnelle *sui generis*. Alors que les constitutionnalistes entre 1958 et les années 1990 regrettaient la nature hybride de la Haute Cour de Justice qui aboutissait à une confusion des responsabilités politique et pénale, ils louent la volonté d'éviter les deux défauts de la justice politique et de la logique judiciaire. Ils émettent, néanmoins, quelques critiques contre le privilège de juridiction présidentielle (**2**).

920. Mais la réforme de 2007 ne va pas clore les débats doctrinaux relatifs aux immunités du chef de l'État. L'activisme du Président de la République sous la Vème République suscite des problèmes inédits qui renouvellent les virtualités de cet objet. En effet, l'actualité « braque une lumière crue sur le statut constitutionnel du Président de la République »[4408] dans la mesure où la doctrine est amenée à réfléchir sur l'extension des immunités présidentielles à ses collaborateurs et à la possibilité reconnue au chef de l'État de se constituer partie civile comme un citoyen ordinaire (**3**).

personnel, en conférant un caractère temporaire à l'inviolabilité, liée à la durée de l'exercice du mandat politique » (*ibid*., p.458-459).

4406 La majorité des auteurs contestent cette extension de l'inviolabilité présidentielle dans la mesure où, appréhendant ce mécanisme juridique comme une dérogation au principe d'égalité devant la loi, celui-ci doit être interprétée strictement. Sur ce point : F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 37è éd., op.cit., p.598 ; M.-A. Cohendet, Le Président de la République, 2e éd., Paris : Dalloz, 2012, p.38-39 ; Y. Zoubeidi-Defert, La responsabilité du chef de l'État, la révision constitutionnelle du 23 février 2007, Pouvoirs, n°122, 2007, p.155.

4407 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.463.

4408 P. Chrestia, Il faut modifier le statut du président de la République, D. 2010. 24.

1. Une opposition doctrinale sur le sens de la notion floue de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de ses fonctions »

921. Dans la version antérieure à la révision constitutionnelle de 2007, le Président de la République n'était responsable que dans le cas de « haute trahison ». Or les constitutionnalistes de la Vème République déplorent ce terme car ils jugent que cette notion « introuvable » est « fort ambiguë », étant donné qu'elle recouvre « tout autant un aspect pénal que politique »[4409]. C'est pourquoi ils se réjouissent de l'introduction d'un nouveau fait générateur de la responsabilité présidentielle devant la Haute Cour inscrit à l'article 68 de la Constitution : « le manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». Toutefois, en dépit de cette modification lexicale, ils constatent que cette notion est tout aussi imprécise que la notion précédente. Comme le soulignent Thierry-Serge Renoux et Xavier Magnon, « une telle formule dont la clarté n'a cessé d'être louée par les différents promoteurs du projet de révision, au moins par rapport à celle de « haute trahison », est loin d'être univoque »[4410]. À cet égard, dans leur travail d'éclaircissement de ce terme, les constitutionnalistes observent, tout d'abord, qu'il n'est pas nouveau et entrait déjà dans la notion de haute trahison, qui pouvait notamment se définir d'un point de vue matériel comme « un manquement aux devoirs de la charge »[4411]. En outre, à l'image de la haute trahison[4412], cette nouvelle expression n'est définie par aucun texte juridique, dont la loi organique du 24 novembre 2014 destinée à détailler l'article 68 de la Constitution. Mais les spécialistes du droit constitutionnel s'opposent sur le sens à lui donner. En réponse à cette indétermination cognitive, deux interprétations principales sont retenues, « impliquant des utilisations potentielles de la procédure de destitution »[4413].

922. La première conception met en avant une conception *étroite* de la notion de « manquement à ses devoirs ». Selon celle-ci, basée sur un critère matériel, le Président de la République ne pourrait être destitué qu'en cas de « violation grave de la Constitution »[4414]. La doctrine donne deux exemples tirés de la pratique de la Vème République. Il peut faire référence, par exemple, à l'utilisation du référendum législatif de l'article 11 de la Constitution dans le but de de réviser le

4409 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.459. Pour Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, la haute trahison est une notion « obsolète » ou, selon les termes de Pierre Avril, « un fossile constitutionnel » (J. Gicquel et J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 25e éd., Paris : Montchrestien, 2011, p.576).
4410 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.463.
4411 A. Moreau, La notion de haute trahison…, op.cit., p.1579.
4412 Sous réserve de l'article 68 de la Constitution du 4 novembre 1848.
4413 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.463.
4414 La doctrine souligne que cette situation rejoint celle prévue par de nombreuses constitutions étrangères, telles que l'article 61 de la Loi fondamentale allemande, l'article 85 de la Constitution brésilienne, l'article 103 de la Constitution bulgare, l'article 198 de la Constitution colombienne, l'article 90 de la Constitution italienne… ; Sur ce point : T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.464.

texte constitutionnel, ou encore le refus du chef de l'État de signer les ordonnances[4415], qui pourrait justifier la mise en œuvre de l'article 68 de la Constitution. À cet égard, la lecture stricte défendue par ce courant minoritaire repose sur une interprétation littérale du nouvel article 67 de la Constitution. Pour ses partisans, la procédure de destitution prévue à l'article 68 de la Constitution ne peut être comprise sans la première phrase de l'article 67. Comme l'affirment Thierry-Serge Renoux et Xavier Magnon, « cette dernière pose le principe de l'irresponsabilité du Président pour les actes accomplis *en cette qualité*, la destitution étant une exception à ce principe. La destitution ne concerne donc que les actes accomplis par le Président *en cette qualité* »[4416]. Autrement dit, les actes privés du chef de l'État – antérieures ou pendant son mandat -, n'étant pas commis en cette qualité mais en tant que citoyen ordinaire, ne rentreraient pas dans le champ de l'alinéa 1er de l'article 67 et de l'article 68 de la Constitution et ne pourraient pas être considérés comme « un manquement à ses devoirs ». La doctrine ajoute que le lien entre la fonction présidentielle et le « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » est renforcé « encore par le motif susceptible d'enclencher la procédure de destitution »[4417]. À leurs yeux, le terme de « devoir » contenu dans cette formule, semble renvoyer aux obligations constitutionnelles imposées au chef de l'État. En définitive, cette conception étroite a pour conséquence que tout acte du Président en tant que particulier, commis antérieurement ou pendant son mandat, ne pourrait pas justifier la mise en œuvre de l'article 68 de la Constitution et serait couvert par l'inviolabilité présidentielle[4418].

923. La seconde conception, partagée par la majorité des constitutionnalistes, soutient une conception *large* de l'expression de « manquement à ses devoirs ». Ses défenseurs englobent sous ce terme, non seulement, les actes commis en qualité de Chef de l'État mais aussi ceux commis en qualité de citoyen, antérieurement ou durant son mandat[4419]. Comme le note Carcassonne, « il peut s'agir aussi bien d'une infraction de droit commun qu'il serait gravement soupçonné d'avoir commise, ou couverte, que d'une violation de la Constitution (par exemple en abusant de l'article 16), mais ce peut être bien d'autres choses encore telles que la révélation tardive d'un comportement antérieur déshonorant voire le discrédit encouru du fait de très graves agissements d'un membre de

4415 M. Troper, La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse, Pouvoirs, n°41, 1987, p.75-91.
4416 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.462. Comme le note la pénaliste Michèle-Laure Rassat, « au motif que « dans l'exercice » des fonctions peut renvoyer indifféremment à la durée du mandat ou à la nature des actes accomplis, et qu'il y aurait là « incertitude », on a substitué à cette expression celle de « en cette qualité » tout en reconnaissant qu'elle « peut, certes, laisser place à des interprétations » » selon le rapport Avril (M.-L. Rassat, Du statut dit « pénal » du Président de la République, Droit pénal, n°5, mai 2007, Étude 8, point 12).
4417 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.463.
4418 *Ibid*.
4419 H. Portelli, Droit constitutionnel, 10e éd., Paris : Dalloz, 2013, p.231 ; J. Gicquel, J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 25è éd., op.cit., p.573 ; O. Beaud, Irresponsabilité et immunité du Président de la République sous la Vème République, op.cit., p.193 ; Ph. Ardant et B. Mathieu, Institutions politiques et droit constitutionnel, 25è éd., Paris : LGDJ, 2013, p.370 ; J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, Tome 2 : la Vème République, Paris : PUF, 2014, p.79.

son entourage, professionnel ou familial »[4420]. Dans cette conception, le « manquement » peut donc revêtir une dimension aussi bien pénale – auquel cas l'intéressé en répondra dans les conditions du droit commun après sa destitution[4421] -, institutionnelle que, même, morale[4422]. Pour démontrer le bien-fondé de leur point de vue, ses défenseurs vont au-delà de la lettre de l'article 67 alinéa 1 de la Constitution de 1958 et mettent en avant l'esprit de la réforme du 23 février 2007. Ils remarquent que cette procédure de responsabilité devant la Haute Cour a été conçue comme un moyen d'atténuer l'immunité très largement offerte au président, utilisant l'expression « soupape de sûreté »[4423] pour définir cette procédure dérogatoire au droit commun. C'est pourquoi ils estiment que cette notion de « manquement à ses devoirs » (…) ne gagnerait rien à être définie par les textes »[4424]. L'appréciation doit relever de la plus pure opportunité politique[4425], afin de parer à tout manquement imprévisible[4426]. Cette conception large définit donc « le manquement à ses devoirs » par un critère formel. C'est en effet aux parlementaires, autorités politiques, qu'il incombe d'apprécier si le Président a commis un manquement grave incompatible manifestement avec l'exercice de la fonction présidentielle, laquelle suppose une certaine dignité[4427]. La définition d'un « manquement aux devoirs » est donc, selon eux, purement nominaliste[4428]. Mais cette

4420 G. Carcassonne, La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne, 9è éd., op.cit., p.328.

4421 « La mise en œuvre réussie de la procédure de destitution permettrait de lui retirer sa qualité de Chef de l'État de telle sorte qu'il redevienne un citoyen ordinaire justiciable des juridictions de droit commun. L'immunité personnelle dont dispose le Président de la République devant les juridictions de droit commun pendant son mandat pourrait être de la sorte supprimée par la mise en œuvre de la procédure de destitution. La commission de crimes et délits de droit commun par le Chef de l'État le conduirait devant les juges ordinaires après sa destitution » (T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, p.465). Cependant, Michel Verpeaux et Bertrand Mathieu contestent cette idée. La destitution par la Haute Cour ne peut pas être un préalable à un jugement devant les juridictions de droit commun car « cette destitution ne devrait intervenir qu'après le jugement, sauf à remettre en cause le principe, bien malmené, de la présomption d'innocence » (B. Mathieu et M. Verpeaux, Remarques sur la proposition de loi constitutionnelle relative à la responsabilité pénale du Président de la République, Recueil Dalloz 2001, p.1956).

4422 « Il est possible d'y intégrer des obligations juridiques (…) mais la polysémie du mot « devoir » semble inclure des obligations d'autres types : politiques voire morales » (T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.464).

4423 Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, op.cit., p.34.

4424 M. de Villiers et A. Le Divellec, Dictionnaire du droit constitutionnel, 8è éd., Paris : Sirey, p.231.

4425 Pour Carcassonne, « c'est bien avant tout des appréciations politiques qu'il s'agit de porter – le manquement invoqué existe-t-il ? Si oui, est-il compatible avec l'exercice du mandat ? - et il est naturel qu'elles soient remises aux autres autorités politiques qui représentent la nation », étant observé que les faits de nature à justifier cette procédure n'ont nullement besoin d'être qualifiés de faute pénale ou civile (G. Carcassonne, La Constitution…, 9è éd., op.cit., p.329).

4426 Comme le note Pierre Avril, la définition de ce terme relève de la gageure dans la mesure où « une telle situation de crise, par définition imprévisible, ne peut être qualifiée que par les symptômes qui la révèlent » (P. Avril, Destituer plutôt que juger, Le Monde, 22 juillet 2003). C'est d'ailleurs l'une des justifications avancées par le rapport du projet de loi organique n°3071 portant application de l'article 68 de la Constitution pour expliquer l'absence de définition de cette expression dans la loi organique du 24 novembre 2014.

4427 O. Gohin, Droit constitutionnel, Paris : Litec-LexisNexis, 2010, p.655.

4428 « Le constituant français offre une coquille vide aux parlementaires en ce sens qu'il leur appartiendra de qualifier le manquement de « manifestement incompatible » (Y. Zoubeidi-Defert, La responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.155). C'est d'ailleurs en cela que la doctrine observe que le modèle français de destitution s'éloigne du modèle américain de l'*impeachment* puisque « l'appréciation ne sera pas fondée sur des faits juridiques apparemment objectifs, tel le système américain, mais sera bel et bien politique. Il serait effectivement possible d'objecter à cette affirmation que les précédents de tentative de mise en œuvre de la procédure d'impeachment se sont faits à des fins politiques, à savoir lorsqu'il existait un désaccord majeur entre le Congrès et le président – à l'exception de l'affaire Clinton née notamment du fait qu'un procureur indépendant était un de ses farouches opposants. Il n'en demeure pas moins qu'il y avait, malgré tout, une lie judiciaire permettant d'engager la procédure. Ainsi, le Congrès dispose-t-il du choix politique de décider de l'opportunité d'ouvrir ou non des poursuites et, par la suite, d'éventuellement condamner ou non le président » (*ibid.*). En outre, « aux États-Unis, mise en accusation et jugement sont distribués entre les deux chambres,

interprétation, qui laisse le champ libre au Parlement, est contestée par la conception opposée dans la mesure où, selon eux, « la destitution ne concerne que les actes accomplis *en qualité de Président* »[4429] et fait retomber « sur la difficulté de concevoir des crimes et délits de droit commun, non plus « dans l'exercice des fonctions », ce qui exigeait déjà de l'imagination, mais en qualité de Président, car constitutifs de manquements manifestes « à ses devoirs » au regard de son mandat politique »[4430].

924. Par conséquent, dans la mesure où une grande partie des constitutionnalistes adhère à une conception large du « manquement », ils sont nombreux pour reconnaître la nature *sui generis* de la responsabilité présidentielle prévue à l'article 68 de la Constitution.

2. Le large consensus doctrinal sur la nature *sui generis* de la responsabilité présidentielle devant la Haute Cour

Dans la période antérieure aux années 1990, les constitutionnalistes français avaient dénoncé la nature ambivalente de la Haute Cour de Justice et de sa procédure qui conduisait à un amalgame des responsabilités pénale et politique. Certains se félicitent donc, en partie, de la

---

et non confiés tous deux aux deux chambres comme c'est le cas en France, mais c'est le *chief justice*, c'est-à-dire le Président de la plus haute juridiction du pays, la Cour Suprême, qui préside le Sénat lorsqu'il juge le Président des États-Unis. Un tel choix marque une « juridicisation » symbolique mais absente de la réforme française » (T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.467). Du reste, à l'opposé de son homologue américain,le Président français n'est pas frappé d'inéligibilité au point d'être candidat à sa propre succession. Enfin, les régimes constitutionnels des deux pays sont trop différents pour qu'un tel rapprochement soit pertinent (*v.* O. Beaud et Ph. Lauvaux, Sur le prétendu « *impeachment* à la française». Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du président de la République, Recueil Dalloz, 2003, p.2646 ; *v.* également : J.-P. Lassale, Le Président de la République et ses juges : réflexions sur la notion d'immunités présidentielles aux États-Unis, *in* Mélanges Philippe Ardant, op.cit., p.77 et s. ; E. Zoller, De Nixon à Clinton. Malentendus juridiques transatlantiques, Paris : PUF, 1999.

4429 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, p.465. La pénaliste Marie-Laure Rassat souligne en effet que « permettre de poursuivre le président de la République devant la Haute cour pour une infraction pénale commise en dehors de la qualité de président de la République ce serait, d'abord, en effet, contredire l'article 67 par l'article 68. Si l'on voulait que dans tel ou tel cas, la commission d'une infraction pénale puisse être jugée incompatible avec l'exercice du mandat, il fallait réserver cette hypothèse dans l'article 67. Or, cela n'est fait que pour les infractions commises en qualité de président de la République et encore d'une façon douteuse (littéralement, un « acte » n'est pas une infraction). Il est donc certain que la Haute cour ne peut pas se saisir d'une infraction sans rapport avec la fonction » (M.-L. Rassat, Du statut dit « pénal » du Président de la République, op.cit., point 15)

4430 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, p.465. Les deux constitutionnalistes donnent plusieurs exemples : « une violence conjugale commise par le Chef de l'État peut-elle être considérée comme accomplie en « qualité de Président » ? Faut-il qu'elle le soit au cours d'une cérémonie publique et/ou officielle pour que le Président soit considéré comme ayant agi en cette qualité ? (…) A l'inverse, le non-paiement d'une pension alimentaire suite à un divorce ne pourrait être rattaché à la qualité de Président et serait donc couvert par l'inviolabilité de l'article 67 de la Constitution. En tout état de cause, pour que la destitution soit utilisée pour renvoyer le Président devant le juge ordinaire, en cas de crimes ou délits, il faut que ces derniers soient accomplis en cette qualité » (*ibid*., p.465-466). De même, « pour reprendre l'exemple du perdreau tué alors que seule la chasse à la bécasse est ouverte, il faudrait déjà que la chasse soit organisée de manière officielle pour que le perdreau soit tué par le Président *en cette qualité*. Il y aurai bien un manquement à un devoir, juridique de respecter la loi en l'occurrence, voire moral de respecter les espèces animales ; serait-il pour autant manifestement incompatible avec l'exercice du mandat ? La réponse relève de la plus pure opportunité » (*ibid*., p.464).

« décriminalisation »[4431] de la responsabilité exceptionnelle du chef de l'État opérée par les constituants à travers la révision constitutionnelle du 23 février 2007[4432]. À ce titre, pour démontrer que la procédure constitutionnelle de destitution ne constitue plus totalement une responsabilité politico-criminelle se rapprochant d'une justice politique, ils mettent en avant les motifs retenus, la procédure à suivre et la sanction possible.

925. Selon la majorité des constitutionnalistes contemporains, ce large processus de dépénalisation se reflète, tout d'abord, à travers *le motif* enclenchant la responsabilité exceptionnelle du chef de l'État et le vocabulaire employé[4433]. Pour Francis Hamon et Michel Troper, l'expression de « manquement à ses devoirs » ne revêt pas une connotation pénale infamante comme la haute trahison mais est plus « neutre »[4434]. Dans le même ordre d'idées, ils soulignent que l'article 68 de la Constitution de 1958 évite « soigneusement toutes les expressions pouvant évoquer une démarche juridictionnelle »[4435], telles que la *mise en accusation* ou le *jugement* du Président de la République. Désormais, le texte se contente de déclarer que la destitution relève de la compétence du Parlement constitué en Haute Cour qui perd son qualificatif de « justice ».

926. Ce glissement politique s'affirme également, selon la doctrine constitutionnelle, par la *procédure* de destitution. Malgré quelques résidus[4436], les juristes de droit constitutionnel considèrent qu'elle « perd tout caractère juridictionnel »[4437]. À l'image de l'ancienne procédure, elle est mise en mouvement par une résolution adoptée dans les mêmes termes par les deux assemblées. Mais les constitutionnalistes notent qu'à la différence du système ancien, entre la mise en accusation et le jugement, la commission d'instruction composée de magistrats de la Cour de Cassation, chargée de vérifier si les charges retenues contre le Président de la République reposaient sur des faits bien établis, a disparu, ce qui a pour conséquence d'« enfermer la procédure dans des délais

4431 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime de responsabilité du Chef de l'État…, op.cit., p.458.
4432 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.596.
4433 Guy Carcassonne et Marc Guillaume jugent en ce sens que la réforme du 23 février 2007 aurait pu « faire l'économie de (la) dénomination de [Haute Cour] » (G. Carcassonne et M. Guillaume, La Constitution, 15è éd., op.cit., p.341). D'ailleurs, comme le note Julien Boudon, la commission Jospin « propose même de l'appeler « le Congrès » » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.79).
4434 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.596. Cependant, pour Julien Boudon, cette notion est mixte : le manquement aux devoirs de la charge a « une dimension à la fois politique et pénale » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.79) même si le constitutionnaliste estime que cette qualification est « nettement politique » (*ibid*.).
4435 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.596.
4436 Les constitutionnalistes soulignent que l'ordre de mission de la Commission Avril porté sur « le statut pénal » du Président de la République (cf. décret n°2002-961 du 4 juillet 202 portant création d'une Commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du Président de la République). En outre, la loi organique du 24 novembre 2014 prévoit, dans son article 6, qu'après l'adoption de la proposition de réunion de la Haute Cour par les deux chambres et après la réunion du Bureau de la Haute Cour chargée de prendre les dispositions nécessaires pour organiser les travaux de cette « juridiction », une Commission constituée de six vice-présidents de l'Assemblée Nationale et de six vice-présidents du Sénat est chargée de recueillir toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission par la Haute Cour ». La doctrine assimile en quelque sorte cette Commission ad hoc à une commission d'instruction comme en matière de procédure pénale au regard de son rôle et de ses prérogatives.
4437 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime de responsabilité du Chef de l'État…, op.cit., p.466.

extrêmement brefs »[4438]. Dès que la résolution a été adoptée par l'une des assemblées, la proposition de réunion de la Haute Cour est transmise à l'autre assemblée qui se prononce dans les quinze jours ; si elle confirme la proposition, le Parlement constitué en Haute Cour, qui est présidée par le Président de l'Assemblée Nationale[4439], statue dans le délai d'un mois et sa décision est d'effet immédiat. Il n'est donc plus question, selon la doctrine constitutionnelle, de « singer la Justice avec la mise en place d'une juridiction d'exception »[4440]. Elle considère que « d'un bout à l'autre, la procédure est (...) entre les mains d'acteurs politiques et le rythme selon lequel elle se déroule a quelque chose d'expéditif qui contraste avec la lenteur habituelle des procédures juridictionnelles »[4441]. Enfin, la forte politisation de la procédure ressort, pour les constitutionnalistes, de la sanction que peut prononcer la Haute Cour : « alors que le système ancien, sans mentionner expressément des sanctions pénales, n'en excluait cependant pas la possibilité, la nouvelle procédure ne peut déboucher que sur une sanction purement politique : la destitution »[4442]. Déchu, il reste rééligible – à condition de ne pas dépasser deux mandats successifs - , le dernier mot appartenant au peuple[4443]. La procédure de destitution n'est pas une procédure pénale destinée à prononcer une peine pour réprimer une infraction pénale[4444].

Par conséquent, au regard de ces caractéristiques, beaucoup de constitutionnalistes estiment que la responsabilité présidentielle prévue à l'article 68 de la Constitution de 1958 se rapproche en partie de la responsabilité politique, tout en soulignant qu'elle ne répond pas toutefois aux trois critères de cette responsabilité, tels que définis par Michel Troper[4445]. C'est pourquoi il s'agit pour les

4438 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32e éd., op.cit., p.596.

4439 La composition de la Haute Cour témoigne également, selon Julien Boudon, de l'aspect fortement politique de cette procédure : « jadis bornée à douze parlementaires élus par leurs pairs, ce qui lui donnait l'allure d'un tribunal, la Cour correspond aujourd'hui à l'ensemble du Parlement, soit près de mille « juges » » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.80).

4440 G. Carcassonne, La Constitution…, 9e éd., op.cit., p.329.

4441 *Ibid*., p.597.

4442 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32e éd., op.cit., p.597 ; J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.80.

4443 D'ailleurs, la doctrine observe que « n'a pas été réglée non plus par la loi constitutionnelle la situation du Président destitué à l'égard du Conseil constitutionnel. Les anciens présidents de la République sont, en effet, selon l'article 56, alinéa 2 de la Constitution, membres de droit du Conseil » (M. Verpeaux, Le faux impeachment à la française ou la nouvelle combinaison du pénale et du politique. À propos de la révision du Titre IX de la Constitution, JCP G, n°15, 2007, Doctr. 141, point 33).

4444 D'ailleurs, comme le constate la doctrine, « l'argument décisif qui semble avoir été retenu [par la Commission Avril] pour « décriminaliser » la procédure est un argument de fait : dans certains pays étrangers, les mécanismes de responsabilité pénale de chefs d'État sont détournés à des fins politiques » (T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.464) : cf. F. Delpérée, La responsabilité du chef de l'État. Brèves observations comparatives, RFDC, 2002/1, n° 49, p. 31 et s.

4445 « La responsabilité politique (…) s'exerce, à propos d'une divergence politique entre une assemblée et un gouvernement selon une procédure politique, une décision prise à la majorité par cette assemblée, et elle se traduit par une sanction politique, la perte du poste » (M. Troper, Responsabilité politique et formation gouvernementale, in O. Beaud et M. Blanquer (dir.), La responsabilité des gouvernants, op.cit., p.33). Or, pour Marie-Anne Cohendet, la responsabilité présidentielle prévue à l'article 68 de la Constitution « n'est certainement pas une responsabilité politique, puisqu'elle ne vise pas tous les actes qui seraient politiquement désapprouvés par la majorité, mais seulement les actes qui sont manifestement incompatibles avec l'exercice du mandat présidentiel. Cette restriction écarte la qualification de responsabilité politique, comme avant la révision de 2007 et alors même que certains de ces actes pourraient être des actes politiques. En outre, la procédure très restrictive confirme qu'il ne s'agit pas d'une véritable responsabilité politique » (M.-A. Cohendet, Dorit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.525-526). Pour Julien Boudon, il s'agit d'une

constitutionnalistes d'une « forme de responsabilité *sui generis* » puisqu'elle n'est pas « à proprement parler politique (la Haute Cour bien que composée des membres du Parlement, se distingue juridiquement du Congrès et les conditions de majorité visent à exclure une destitution par une simple majorité) ou pénale (la Haute Cour n'étant pas de justice) »[4446]. À cet égard, Michel Verpeaux estime que cette procédure formelle de destitution d'un genre nouveau, « conçue comme une procédure de mise en cause (…) du président de la République, devant le Parlement (…) constitue une innovation majeure par rapport aux régimes parlementaires traditionnels, caractérisés par l'irresponsabilité du chef de l'État, qu'il soit un monarque ou non, et par rapport à la logique même de la Ve République qui ne concevait de responsabilité que directe, devant le peuple, et non devant le Parlement, même constitué en Haute cour »[4447].

927. Néanmoins, certains constitutionnalistes formulent deux critiques contradictoires contre la politisation de la responsabilité du chef de l'État devant la Haute Cour. *D'un côté*, certains craignent le risque de détournement de cette procédure vers une responsabilité politique de type gouvernemental pour le Président de la République devant le Parlement[4448], en particulier dans des périodes de cohabitation[4449], qui pourrait « contribuer à une grave déstabilisation du régime si son

responsabilité « politico-criminelle » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel. Tome 2 : la Vème République, Paris : PUF, 2014, p.80 ; cf. également : V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, Droit constitutionnel, 6e éd., Paris : PUF, 2013, p.340.

4446 B. Mathieu, Statut pénal du Président de la République. 12 ans pour réaliser une réforme !, JCP G, n°52, 2014, p.1357. Pour Didier Mauss, « il n'est pas question ici de juger la politique menée par un Président mais d'apprécier son rôle comme gardien de la Constitution » (propos reproduit *in* P. Moullot, Est-il possible de destituer le président de la République? Et si oui, pour quelles raisons ?, Libération, 25 juillet 2018). Dans le même ordre d'idées, Pinon qualifie la responsabilité présidentielle prévue à l'article 68 de la Constitution de « responsabilité caméléon, intrinsèquement mixte, un peu finalement à l'image du régime constitutionnel dans lequel il opère. Elle se détache peut-être du pénal, mais le pénal ne se détache pas de la responsabilité, affirme-t-il. Le manquement manifeste du président peut relever d'une variété de faits (…), jamais cet élément déclencheur – ou élément matériel – de la responsabilité ne pourra être dissout dans une procédure – l'élément formel – voulue exclusivement politique. Il donnera toujours à la responsabilité son aspect multiforme, inclassable, qui déroge tout à la fois au droit pénal et au caractère purement politique d'une procédure. Ainsi, et plutôt que de parler de responsabilité « politico-pénale », suggérant un équilibre des tendances, il serait sans doute préférable à propos de l'article 68 d'évoquer un régime mixte à dominante politique. Elle est politique sans être dépourvue de tout lien avec la responsabilité de type civil ou pénal » (S. Pinon, Le statut du président de la République : quelle loi organique pour l'article 68 de la Constitution ?, Constitutions, juillet-septembre 2013, p.365). Pour sa part, Anne Levade parle d'« une responsabilité constitutionnelle d'un genre nouveau » (A. Levade, La procédure de destitution du président de la République enfin applicable...ou presque, JCP G, n°51, 2014, p.2307) ; *v.* également : J. Gicquel, J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 25è éd., op.cit., p.576 ; Y. Zoubeidi-Defert, La responsabilité du chef de l'État : la révision constitutionnelle du 23 février 2007, op.cit., p.155.

4447 Michel Verpeaux ajoute : « (…) il est remarquable que ce soit une majorité se réclamant, même d'assez loin, du gaullisme, qui introduise un élément aussi extérieur à l'esprit des institutions » (M. Verpeaux, Le faux impeachment…, op.cit., point 32) ; v. également : M. de Cazals, La Vè République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République. Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958 », RFDC, 2007/3, n° 71, p. 451 ; P. Auvret, La réforme de la responsabilité du président de la République, RDP, 2007 n° 2, p.409 ; R. Badinter, La destitution du Président de la République, Le Monde, 12 juillet 2003.

4448 « Comme [les parlementaires] sont interprètes en dernier ressort, rien ne pourrait les empêcher de considérer que le manquement aux devoirs de la fonction résulterait aussi d'un mauvais exercice du pouvoir présidentiel » (O. Beaud, Irresponsabilité et immunité…, op.cit., p.193) ; cf. également : O. Beaud et P. Lauvaux, Sur le prétendu « *impeachment* à la française». Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du président de la République, Recueil Dalloz, 2003, p.2646.

4449 G. Carcassonne, La Constitution…, 9è éd., op.cit., p.329. Dans le même sens, en période de concordance des majorités, Michel Verpeaux observe que « cette politisation des relations directes entre le Parlement et le président, aggravée par la concomitance des mandats présidentiel et parlementaire, et alors qu'elles se limitaient au seul cas de la dissolution, pose la question de la composition des deux assemblées françaises. Les parlementaires de l'opposition n'ont

application est banalisée »[4450]. Compte tenu de l'essence politique du droit constitutionnel, Florian Savonitto observe que « les parlementaires n'hésitent pas à détourner de leurs buts les moyens d'action qui leur sont offerts, comme l'attestent certaines motivations de motion de censure qui visent – parfois expressément – le président de la République »[4451]. Mais les opposants à cette idée soulignent l'existence d'un double garde-fou. D'une part, la majorité retenue de deux tiers des membres de l'assemblée ou de la Haute Cour pour respectivement convoquer la Haute Cour ou prononcer la destitution du chef de l'État évite une exploitation politicienne de la destitution[4452]. D'autre part, la limite à l'opportunité politique des motifs, qui singularise la destitution par rapport à la motion de censure, repose sur la nécessité de caractériser un manquement à une obligation, à « un devoir »[4453]. En outre, ils soulignent que le risque existait déjà avec le système antérieur de la haute trahison, or, aucun chef de l'État n'a été destitué sous les Républiques précédentes et, de surcroît, pour des motifs politiques[4454]. *De l'autre*, une grande partie d'entre eux redoute l'effet inverse de cette procédure. Ils mettent en avant le verrouillage de cette procédure « dont la mise en œuvre

pas manqué de faire remarquer que, du fait de la majorité existant au Sénat depuis 1959 et qui trouve des causes notamment dans la composition du collège électoral chargé d'élire le Sénat, un président de la République se réclamant de la gauche avait beaucoup plus de chance d'être destitué qu'un président de droite. Ce « risque » a motivé l'abstention ou le rejet de la part des députés et des sénateurs de l'opposition » (M. Verpeaux, Le faux impeachment…, op.cit., pt. 33).

4450 O. Beaud, Irresponsabilité et immunité…, op.cit., p.194. Comme le note Anne Levade, « point n'est ici question pour le Parlement de contrôler l'action du président de la République à la manière de ce que l'article 24 de la Constitution prévoit concernant l'action du Gouvernement. Parce que le chef de l'État présente la triple caractéristique d'être élu par le peuple, de garantir la continuité de l'État et de s'inscrire dans la séparation des pouvoirs, nul ne contestera que sa destitution ne puisse être envisagée que comme la solution exceptionnelle à une situation exceptionnelle » (A. Levade, La procédure de destitution.., op.cit., p.2308).

4451 F. Savonitto, Les discours constitutionnels sur la violation de la Constitution sous la Vème République, LGDJ, Lextenso éditions, p.328.

4452 Le but est de « souligner le caractère manifestement incompatible du manquement et d'éviter une décision partisane », comme en matière de motion de censure (P. Avril, Responsabilité pénale, responsabilité politique : le cas du Président de la République, op.cit., p.11 ; cf. T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.467-468.

4453 « L'insigne maladresse politique comme l'incompétence de l'élu ne peuvent (…) être à l'origine d'une destitution alors qu'elles autorisent l'engagement de la responsabilité politique du gouvernement dans le cadre de l'article 49, alinéa 2, de la Constitution. Une dissolution malheureuse du Président de la République ne saurait autoriser à ce titre la nouvelle majorité parlementaire à destituer le Président » (T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.464).

4454 Cependant, cet argument est contesté par Olivier Beaud qui constate que la pratique constitutionnelle sous les régimes précédents a vu l'apparition d'une responsabilité politique *de fait* du Président, contrairement à la lettre des textes : « la IIIème République fournit un cas classique d'involution de la règle de l'irresponsabilité présidentielle ». Et les exemples sont nombreux : « à partir de 1879, dès la démission de Mac Mahon le Parlement a dominé les autres institutions, et en particulier le Président de la république (…). On peut citer les précédents de la démission (…) de Perier, et plus tard, Millerand poussés à la démission par un Parlement qui usa de la technique du « refus de concours » pour s'opposer victorieusement à leur velléité d'indépendance », de sorte que le Président devient, dans les faits, responsable politiquement devant le Parlement (O. Beaud, La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président…, op.cit., p. 1191). Ainsi « à l'opposé de la lettre de la Constitution, la pratique constitutionnelle a enregistré l'émergence d'une responsabilité présidentielle devant le Parlement, qui a accompagné le glissement vers le républicanisme (1877-1879) et vers le triomphe de la souveraineté parlementaire » (*ibid*., p.1192). Il en conclut qu' « il est impossible de déduire du droit constitutionnel de la Troisième République l'existence d'une quelconque « tradition républicaine qui aurait consacré l'irresponsabilité politique du Président de la République » et élargit son propos à la Vème République : « paradoxalement, le même constat peut être effectué pour la Vème République, où malgré la césure que constitue l'émergence de ce régime par rapport aux régimes républicains antérieurs, le principe de l'irresponsabilité présidentielle a conservé une semblable dualité entre lettre et pratique. » (*ibid*.). Néanmoins, pour Anne Levade, l'article 68 de la Constitution et la loi organique du 24 novembre 2014 sont respectueux de la séparation des pouvoirs. La procédure de destitution instaurée, qui place le chef de l'État seul face au Parlement, révèle « un subtil équilibre entre pouvoirs constitués » (A. Levade, La procédure de destitution.., op.cit., p.2308).

concrète est toute théorique »[4455]. En témoignent les modalités de vote de la résolution et du jugement à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée concernée ou la Haute Cour[4456]. En outre, le blocage de cette procédure proviendrait également de l'absence de loi organique chargée de détailler les modalités de la procédure[4457], en remplacement de l'ordonnance du 2 janvier 1959. Mais ce dernier problème semble être désormais résolu puisque la loi organique a été finalement promulguée le 24 novembre 2014[4458], soit sept ans après l'adoption de la réforme. Pour autant, quelques constitutionnalistes jugent que ladite loi organique a durci encore davantage la procédure de destitution prévue à l'article 68 de la Constitution au point de la rendre illusoire[4459].

928. La réforme du 23 février 2007 transforme profondément la responsabilité du chef de l'État devant la Haute Cour et la procédure dérogatoire au droit commun dont il bénéficie. Mais cette révision est loin de clore les débats scientifiques sur les immunités constitutionnelles. L'actualité politique est être l'occasion de renouveler les virtualités de cet objet sur lequel se penchent avec intérêt les constitutionnalistes.

4455 « Il y a fort peu de chances que le Président soit condamné » de sorte que « le Président est presque irresponsable » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., Paris : Montchrestien, 2008, p.411) ; *v.* également : T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime…, op.cit., p.463 ; v. A.-M. Le Pourhiet, Droit constitutionnel, 6è éd., Economica, 2014, p.356 ; B. Chantebout, Droit constitutionnel, 31 è éd., 2014, p.469.

4456 « On observe une régression puisque le système antérieur prévoyait une mise en accusation seulement à la majorité absolue des membres composant chacune des assemblées » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.411). Comme le notent Renoux et Magnon, « il est donc autrement plus facile de réviser la Constitution que de parvenir à destituer le Président » (*ibid*., p.468).

4457 O. Pluen, L'inapplicabilité du nouveau régime de responsabilité du Président de la République, RDP, n°5, 2009, p., 1401 ; J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel. Tome 2 : la Vème République, Paris : PUF, 2014, p.80 ; S. Pinon, Le statut du président de la République : quelle loi organique pour l'article 68 de la Constitution ?, Constitutions, juillet-septembre 2013, p.358 et s. ; Toutefois, Olivier Beaud a soutenu l'effectivité de cette procédure même en l'absence d'un tel texte, en raison d'une représentation politique de la Constitution de 1958 (cf. O. Beaud, La mise en œuvre de la responsabilité politique du Président de la République…, op.cit., p.149 et s.).

4458 Loi organique n°2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution, JORF n°0272 du 25 novembre 2014, p.19697 ; Cons. Const., déc. 19 nov. 2014, n°2014-703 DC ; M. Verpeaux, La destitution du président de la République peut être prononcée !, JCP A., n°48, 2014, p.2335.

4459 L'esprit de cette loi organique était de concilier la nécessité de protéger la fonction présidentielle avec l'exigence d'instaurer une responsabilité exceptionnelle du Président de la République devant la Haute Cour en essayant de la rendre possible. Cependant, les constitutionnalistes doutent de l'effectivité de cette procédure en raison de son encadrement trop strict. Sur ce point : J. Benetti, Brèves remarques sur le projet de loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution, Constitutions, 2011, p.186. A. Levade, La procédure de destitution..., op.cit., p.2305 ; F. Savonitto, Un Président de la République enfin responsable politiquement. Enfin presque…, Constitutions, 2014, n°4, p. 450). Ce durcissement se manifeste au regard de la procédure générale puisque « pour parvenir à la destitution du président de la République pour un manquement (…), il est accordé un rôle prépondérant à pas moins de 8 organes composés exclusivement de parlementaires » (*ibid*.). En outre, la proposition de résolution de la Haute Cour est soumise à des exigences très élevées. La loi organique prévoit notamment qu'elle doit, à la fois, être motivée, justifier des motifs susceptibles de caractériser un manquement et être signée par au moins un dixième des membres de l'assemblée devant laquelle elle est déposée. Elle ne peut être amendée à aucun stade de son examen devant l'une ou l'autre assemblée, et son examen ne peut être amendée à aucun stade de son examen devant l'une ou l'autre assemblée. Malgré l'assouplissement de la procédure par le Conseil Constitutionnel qui a supprimé l'interdiction pour un député ou un sénateur d'être signataire de plus d'une proposition de résolution au cours d'un même mandat présidentiel dans sa décision du 19 novembre 2014, la procédure de destitution est une procédure complexe, parsemée d'obstacles, encadrée dans des délais stricts dont le non-respect entraîne l'irrecevabilité ou la caducité de la proposition de résolution. De plus, des points centraux ont été laissés en suspend par la loi organique : la composition de la Commission ad hoc chargée de recueillir toute information nécessaire à l'accomplissement de la mission de la Haute Cour, et le pouvoir de dissolution du chef de l'État. Pour la doctrine constitutionnelle, l'impératif de protection du Président de la République a primé sur l'effectivité de la procédure et de sa responsabilité.

3. Les immunités du chef de l'État à l'aune de la présidentialisation de la Vè République : le renouvellement des virtualités du débat

929. Sous la Vème République, l'objet des immunités constitutionnelles du Président de la République ne s'épuise pas car, le quinquennat aidant, le Président gouverne hors cohabitation. En effet, au cours des années 2010, les potentialités de ce thème de réflexion sont profondément rénovées. L'activisme du Président fait naître des questionnements inédits vis-à-vis de ce thème de réflexion[4460]. Reflet du présidentialisme majoritaire de la Vème République, les avantages présidentiels connaissent, par un effet de cascade, une double extension qui sont les deux faces d'une même médaille. *D'un côté*, les juges du fond ont étendu le champ des immunités présidentielles à ses proches conseillers, avant que la Cour de Cassation ne mette un terme à cette extension en 2012. À la lecture des décisions de première et seconde instance, de nombreux constitutionnalistes contemporains contestent la dimension envahissante de l'immunité pénale présidentielle, considérée comme une « dérive institutionnelle inquiétante »[4461], dans la mesure où, pour eux, l'immunité pénale, étant une exception au principe constitutionnel d'égalité devant la loi, doit être interprétée strictement (**a**). *De l'autre*, le juge pénal de droit commun a déclaré le chef de l'État recevable, en sa qualité de victime, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, à exercer les droits de la partie civile pendant la durée de son mandat. Le Président de la République en exercice se montre en effet alors particulièrement actif dans la défense de ses intérêts privés durant l'exercice de ses fonctions. Mais, en raison de postulats épistémologique et théoriques contraires, la doctrine est divisée sur le bien-fondé de la « théorie du Président-requérant », ce problème opposant les défenseurs de l'État de droit à ceux de l'institution étatique (**b**).

a. L'extension critiquée des immunités présidentielles à ses proches conseillers par les juges du fond : l'accroissement des poches immunitaires

930. Au cours des années 2010, la doctrine constitutionnelle est confrontée à un problème nouveau au regard de l'histoire de la question des immunités présidentielles[4462]. Il s'agit de savoir si

4460 Le quinquennat du Président de la République Nicolas Sarkozy a été mine d'or pour les constitutionnalistes français en raison des nombreux événements survenus au cours de sa présidence qui ont été à l'origine de problèmes constitutionnels nouveaux (cf. J.-Ph. Feldman, « Les constitutionnalistes devraient dresser une statue au président de la République qui leur donne beaucoup de travail ! ». Entretien, JCP G, 28 sept. 2009, p. 279).
4461 O. Beaud, L'inique immunité des conseillers du Président, Le Monde, 12 novembre 2010.
4462 Toutefois, cela n'est pas la première fois qu'un collaborateur invoque l'immunité conçue pour le Président de la République. Comme le rappelle Christian Bidegaray, « convoqué par une commission parlementaire enquêtant sur l'affaire Habache, Gilles Ménage, collaborateur proche du président Mitterrand, a refusé de déférer à cette convocation. Selon lui, « les dispositions de la Constitution qui régissent, conformément à la tradition républicaine et parlementaire les rapports du président de la République et du Parlement dans l'exercice de leurs responsabilités respectives, ne me permettent pas, en tant que collaborateur du président de répondre positivement à votre convocation » » (cité par C. Bidegaray, Les paradoxes de l'irresponsabilité, in B. Mathieu et M. Verpeaux, Responsabilité et démocratie, Paris : Dalloz, 2008, p.82).

les privilèges présidentiels s'étendent aux actes effectués, au nom de la présidence de la République, par ses collaborateurs, dans un contexte marqué par une présidentialisation du système de la Vème République caractérisée par une irresponsabilité étendue du chef de l'État vivement dénoncée par la doctrine. Autrement dit, la question porte sur le caractère personnel ou fonctionnel de l'immunité présidentielle, point sur lequel la littérature constitutionnelle française est très restreinte[4463].

931. En l'espèce, une association dont l'objet est de combattre la corruption dépose une plainte simple pour favoritisme à l'encontre d'un contrat passé par la présidence de la république, plus précisément par un directeur de cabinet présidentiel, avec une société spécialisée pour la réalisation de sondages, dirigée par un proche du chef de l'État[4464]. Par une décision du 25 octobre 2010, celle-ci est classée sans suite par le parquet sur le fondement du principe de l'irresponsabilité des collaborateurs appréhendée comme un obstacle procédural. Pour aboutir à une telle solution juridique, elle assimile, tout d'abord, les conseillers présidentiels aux conseillers ministériels pour lesquels on considère que les actes qu'ils prennent sont faits au nom du ministre, y compris en cas de délégation de signature[4465]. Par conséquent, par cette assimilation des conseillers, elle en déduit que « l'irresponsabilité permanente absolue et réelle qui vise à protéger la fonction présidentielle et non son titulaire doit être étendue aux actes effectués au nom de la présidence de la République par

4463 Pourtant, le travail de l'exécutif sous la Vème République repose énormément sur des équipes de conseillers et de collaborateurs – en particulier depuis la Troisième République qui a vu la naissance de la bureaucratisation des cabinets ministériels. Michel Eymeri-Douzans et Xavier Boy jugent en effet que « nos régimes politiques sont devenus des « républiques de conseillers » dont le procès est partout instruit de façon rituelle » (propos cité par L. Godmer, « Jean-Michel Eymeri-Douzans, Xavier Bioy et Stéphane Mouton (dir.), Le Règne des entourages. Cabinets et conseillers de l'exécutif », Quaderni, 92, 2017, p.125). Mais la culture du secret est encore très forte, malgré certaines évolutions juridiques comme la Charte de déontologie du 19 décembre 2014. Alors que les conseillers et collaborateurs jouent un rôle crucial dans le choix des décisions des autorités politiques et l'activité des services administratifs bien qu'ils soient supposés en principe ne pas y interférer, leur responsabilité juridique demeure sous-codifiée car, en tout logique, compte tenu de leur rôle en théorie, ils ne sont soumis à aucune responsabilité. Sur ce point : J.-L. Quermonne, La « mise en examen » des cabinets ministériels, Pouvoirs, n°68, 1994, p.61-75 ; S. Mouton, L'existence juridique du collaborateur de l'exécutif. De l'insoutenable insaisissabilité constitutionnelle des entourages, *in* M. Eymeri-Douzans, X. Bioy et S. Mouton (dir.), Le Règne des entourages..., op.cit., p.281-312 ; P. Ségur, L'absence de responsabilité juridique des collaborateurs, *in* M. Eymeri-Douzans [et *al.*], op.cit., p.337-358.

4464 Dans son rapport du 15 juillet 2009, la Cour des Comptes qui a été autorisée par le chef de l'État en place à contrôler la gestion des fonds publics de la présidence de la République en réponse à la parution du livre du député René Dosière (« L'argent caché de l'Élysée »), avait relevé, suite à deux enquêtes, que ladite convention avait été passée sans appel d'offres (cf. Pouvoirs, chron. n° 133, 2010, p. 192).

4465 Pour le parquet, « le directeur de cabinet d'un ministre « n'a juridiquement aucun pouvoir en propre », y compris dans l'hypothèse d'une délégation de signature puisque l'auteur, au sens juridique, reste le délégant » (O. Beaud, L'extension de l'immunité pénale aux collaborateurs du président. Un retour à la raison d'État ?, Rec. Dalloz, 2011, p.2947). Il étend ce raisonnement à la présidence ; sur ce point : F. Blondeau, La responsabilité des conseillers ministériels et le cabinet ministériel, La Revue administrative, n°333, 2003, pp. 246-258; J.-R. Catta, Le cabinet ministériel à la française, un serviteur entre deux maîtres, Éthique publique [En ligne], vol. 20, n° 1, 2018, mis en ligne le 13 juillet 2018: http://journals.openedition.org/ethiquepublique/3171; J.-M. Eymeri-Douzans, X. Bioy et S. Mouton (dir.), Le règne des entourages. Cabinets et conseillers de l'exécutif, Paris : SciencesPo Les Presses, 2015, 876 p. ; O. Beaud, Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés, *in* O. Beaud et J.-M. Blanquer, La responsabilité des gouvernants, op.cit., p.203-234. À l'inverse, les relations entre l'élu et son assistant sont régies par le droit privé. Les collaborateurs des députés sont liés par un contrat de droit privé au député-employeur, qui s'inscrit dans le cadre du droit commun du travail et de la protection sociale : cf. X. Prétot, Les collaborateurs des parlementaires et le droit du travail, Droit social, 1986, p.431.

ses collaborateurs »[4466]. Les conseillers de l'Élysée bénéficient dès lors d'« une immunité par ricochet ». Par cette position, le parquet fait donc prédominer une conception *fonctionnelle* et non personnelle de l'immunité présidentielle. En d'autres termes, il s'agit d'« une protection (...) accordée moins à un homme (le président) qu'à une institution (la présidence composée du président et de son équipe) »[4467]. Il met en avant ainsi, par son raisonnement juridique, une interprétation extensive de l'irresponsabilité qui profite autant au chef de l'État qu'à ses proches collaborateurs.

932. Par la suite, la même association dépose, pour les mêmes faits, une plainte avec constitution de partie civile contre l'ancien directeur de cabinet du président de la République, qui conduit à des positions contraires entre le parquet et le magistrat instructeur. « Reprenant l'argument de la décision de classement, le parquet prend des réquisitions de non-informer en se fondant sur l'idée d'une irresponsabilité du directeur de cabinet. En revanche, le juge d'instruction prend, le 9 mars 2011, une ordonnance d'informer en estimant que l'immunité devait être interprétée strictement, et que, si elle pouvait bénéficier au président de la République, elle ne pouvait pas, en l'espèce, être étendue automatiquement à son directeur de cabinet. Seule une enquête judiciaire permettrait d'établir si celui-ci avait agi ou non sur ordre du président et était réputé avoir agi en son nom et pour son compte »[4468]. Le jour suivant, le procureur général fait appel de cette ordonnance, dans la mesure où il considère que l'article 67 de la Constitution est une cause objective d'irresponsabilité pénale qui devrait être étendue aux conseillers proches du président, alors que l'association invoque dans son mémoire confirmatif le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi pour contester ce point de vue. Par une décision du 7 novembre 2011, la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris considère que le juge d'instruction ne peut pas ouvrir une information judiciaire en l'occurrence, et confirme par là-même l'attribution d'une immunité pénale au directeur de cabinet du président de la République. Mais, à la différence du parquet qui avait fondé cette immunité sur la notion d'irresponsabilité, elle s'appuie sur celle d'inviolabilité. En conséquence, les juges du fond étendent de manière très large le champ de l'immunité présidentielle.

933. La doctrine constitutionnelle conteste principalement le raisonnement suivi par le parquet. Ses arguments reflètent le souci de ne pas étendre les immunités présidentielles et de les cantonner au strict nécessaire face à un phénomène qui ne cesse de prendre de l'ampleur, l'accroissement du pouvoir des proches conseillers du chef de l'État[4469] dont le statut semble davantage régi par l'usage

4466 Cité par Pouvoirs, chron. n°137, 2011, p.236.
4467 Le parquet considère que « parce qu'elle s'attache aux fonctions et qu'elle a pour but de protéger l'institution, elle [l'immunité] oppose un obstacle définitif à toute poursuite, même lorsque les fonctions ont cessé ; l'acte n'est imputable qu'à l'institution, non à la personne » (cité par O. Beaud, L'extension de l'immunité…, op.cit., p.2947).
4468 O. Beaud, L'extension de l'immunité pénale…, op.cit., p.2946 ; Pouvoirs, chron., n°138, 2011, p.177.
4469 Jean-Michel Eymeri-Douzans et Xavier Bioy constatent le « « triomphe » des entourages, qui conduit les exécutifs à ne plus jamais gouverner seuls ni travailler sans collaborateurs » et ajoutent que « nos régimes politiques sont devenus des « républiques de conseillers » dont le procès est partout instruit de façon rituelle » (J.-M. Eymeri-Douzans, X. Bioy, in J.-M. Eymeri-Douzans, X. Bioy et S. Mouton (dir.), Le règne des entourages..., op.cit., p.17).

que par le texte constitutionnel. En ce sens, elle commence par établir un parallèle entre les conseillers présidentiels et les conseillers ministériels. Elle observe que le droit ne reconnaît à ces derniers aucune immunité pénale, ce qui explique qu'ils puissent être poursuivis. Comme le notent Michel Troper et Francis Hamon, « si les collaborateurs des membres du gouvernement bénéficiaient d'une semblable protection – ce qui n'est heureusement pas le cas – les hauts fonctionnaires responsables du scandale du sang contaminé n'auraient probablement pas pu être poursuivis devant les tribunaux judiciaires »[4470]. En outre, le second argument reflète la tendance contemporaine tendant à appréhender les immunités présidentielles, et les statuts dérogatoires en général, non comme une institution du droit constitutionnel commun mais comme une dérogation au principe constitutionnel d'égalité devant la loi qui suppose, dès lors, une interprétation restrictive[4471]. Ainsi, compte tenu du fait que la Constitution de 1958 n'a prévu aucune exception à l'égard des conseillers présidentiels, la doctrine constitutionnelle juge que « le parquet aurait dû interpréter de façon stricte le principe de l'immunité et ne pas pratiquer une extension de celle-ci »[4472]. Enfin, le dernier argument mis en avant par les constitutionnalistes est de nature libérale. L'extension de la protection du Président de la République pour ses actes commis dans l'exercice de ses fonctions, qui est déjà exorbitante, au service de la présidence, accroît l'arbitraire de l'État. La doctrine observe que le rôle et les pouvoirs des conseillers du Président de la République ne cessent de croître, « notamment [ceux] du secrétaire général de l'Élysée, que d'aucuns n'ont pas hésité à comparer à une sorte de vice-premier ministre »[4473]. La fiction juridique selon laquelle ils ne possèdent pas de pouvoir propre et qui justifierait la jouissance de l'irresponsabilité présidentielle, est, pour la doctrine, contredite par la réalité politique, mais surtout est contraire « à la logique du constitutionnalisme » d'après laquelle « dans une démocratie constitutionnelle, l'exercice du pouvoir a pour contrepartie légitime la responsabilité. (…) Le droit constitutionnel est né de la volonté de limiter l'arbitraire et le bon plaisir des gouvernants »[4474]. Olivier Beaud, en chef de file, dénonce donc sévèrement l'ouverture « d'une brèche considérable en direction d'une raison d'État galopante : ce n'est plus une poche d'irresponsabilité, mais un gouffre »[4475]. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que les membres de la doctrine constitutionnelle moderne qui défendent le bien-fondé des immunités présidentielles – représentant une frange relativement minoritaire en son sein – encadrent strictement l'étendue des statuts exorbitants de droit commun et s'opposent à tout élargissement de leur champ personnel qui serait contraire à l'esprit de ce mécanisme juridique. En

4470 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.599.
4471 « Cette décision, frappée de cassation, témoigne de l'attractivité de l'immunité du chef de l'État ici livrée à une interprétation extensive, quand bien même son immunité pénale, exception au principe constitutionnel d'égalité devant la loi, devrait être interprétée strictement » (P. Gonod, Retour à la Constitution de l'an VIII ?, AJDA, 2011, p.2313).
4472 O. Beaud, L'inique immunité des conseillers du Président, op.cit. Pour Paul Cassia, « la Constitution ne confère pourtant qu'au seul titulaire de la fonction » le bénéfice de cette immunité-irresponsabilité » (P. Cassia, Repenser le statut contentieux du président de la République, AJDA, 2012 p.1).
4473 O. Beaud, L'inique immunité des conseillers du Président, op.cit.
4474 *Ibid*.
4475 *Ibid*. Sur ce point : J. Gerstlé, Les entourages et le syndrome du pouvoir occulte, in J.-M. Eymeri-Douzans, X. Bioy et S. Mouton (dir.), Le règne des entourages..., op.cit., p.637-652.

outre, ils pointent également du doigt la dérive de la logique *fonctionnelle* de l'immunité qui semble être celle du juge. Pour Olivier Beaud, cette logique a « un effet irradiant et [conduit] à toucher finalement toutes les personnes qui entrent avec lui en contact, juridique ou politique »[4476]. Il prend notamment l'exemple, dans le domaine civil, de la procédure de divorce de l'épouse du chef de l'État qui n'aurait pas abouti, étant donné que celle-ci se serait vue opposer l'immunité, non pas de son mari, mais du Président de la République[4477].

934. Dans une moindre mesure, le raisonnement de la Cour d'appel fait l'objet de critique de la part des juristes de droit constitutionnel. Selon le juge d'appel, les conseillers présidentiels n'auraient pas automatiquement droit au bénéfice de l'immunité présidentielle contrairement à la position du parquet[4478]. Par une décision du 7 novembre 2011, le principe devient ainsi l'exception. Le juge doit alors apprécier *in concreto* si l'acte en cause peut être imputé ou non au directeur de cabinet pour décider ensuite de son éventuelle responsabilité individuelle ou personnelle. Or, en l'espèce, le contrat litigieux semble avoir été « signé à la demande ou, à tout le moins, avec l'accord du chef de l'État et pour les besoins de son action politique »[4479]. Mais le juge d'appel estime que, pour établir ce lien, l'enquête doit être approfondie par des actes d'instruction auxquels l'inviolabilité présidentielle prévue à l'article 67 alinéa 2 de la Constitution fait obstacle. De ce point de vue, la doctrine constitutionnelle salue l'habileté de cette solution à caractère de « joker »[4480], étant donné que dans les faits, « elle réussit à obtenir le même résultat que la décision du parquet, à savoir octroyer l'immunité au directeur de cabinet mais en prétendant restreindre le champ d'application de l'immunité. Elle réalise par ailleurs cette prouesse de ne jamais affirmer explicitement que le directeur de cabinet bénéficie d'une immunité. Or la plainte ayant été déposée contre le directeur de cabinet, il faut bien admettre que c'est lui qui en est le bénéficiaire »[4481]. En outre, en se plaçant sur le terrain de l'inviolabilité, le second avantage de cette solution réside dans le fait, pour les juristes de droit constitutionnel, que l'enquête pourra reprendre un mois après la fin du mandat présidentiel,

4476 O. Beaud, L'extension de l'immunité pénale…, op.cit., p.2949.
4477 En définitive, le divorce a pu être prononcé par le TGI de Nanterre puisque celui-ci a eu lieu par la voie du « consentement mutuel », le Président ayant renoncé au bénéfice de son immunité. Toutefois, cette solution avait été contestée précédemment par la doctrine constitutionnelle en raison de la nature objective de l'immunité présidentielle. Pour Norbert Foulquier et Vincent Valentin, « la Cour de cassation laissait entendre dans son arrêt Breisacher du 10 octobre 2001 que si aucune mesure d'instruction ou de comparution ne peut être imposée au chef de l'État, celui-ci peut néanmoins se rendre de son plein gré devant le juge, les pouvoirs de ce dernier étant limités par le bon vouloir du président. Mais ce raisonnement bute sur le principe de l'indisponibilité des immunités. Pour que le divorce par consentement mutuel soit possible, il faudrait que le chef de l'État renonce au statut (donc en dispose ?) qu'a prescrit le pouvoir constituant. En droit, l'épouse du chef de l'État ne peut donc demander le divorce. En fait, elle doit attendre qu'il veuille bien le lui proposer, et donc qu'il prenne le contre-pied de la Constitution » (N. Foulquier et V. Valentin, Cécilia, l'impossible divorce, Libération, 17 octobre 2007). Cependant, à l'opposé, comme le rappelle Olivier Beaud, « Guy Carcassonne considère qu'il vaut mieux encore avoir cette large immunité que les plaintes abusives au civil que connaissent des vedettes du show-business » (cité par O. Beaud, L'extension de l'immunité…, op.cit., note 20).
4478 « La protection du chef de l'État ne peut pas s'étendre à l'ensemble des actes et faits commis par les services et personnels de la présidence de la République » (cité par O. Beaud, L'extension de l'immunité…, op.cit., p.2947).
4479 O. Beaud, L'extension des immunités…, op.cit., p.2948.
4480 *Ibid.*
4481 *Ibid.*

diminuant ainsi la poche d'irresponsabilité de l'Élysée[4482]. Néanmoins, ils regrettent le manque de clarté et l'absence de critère pour distinguer l'inviolabilité de l'irresponsabilité. Comme l'observe Olivier Beaud, « nulle part la décision ne mentionne la raison pour laquelle la convention visant à faire effectuer des sondages pour l'Élysée appartiendrait non pas aux actes couverts par l'irresponsabilité, mais à ceux couverts par l'inviolabilité »[4483].

935. En définitive, le juge d'appel est sorti de l'alternative entre l'immunité fonctionnelle et l'immunité personnelle pour préférer l'inviolabilité présidentielle, sans totalement convaincre la doctrine constitutionnelle. C'est pourquoi la majorité de ses membres se réjouissent de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 19 décembre 2012[4484] qui stoppe cette dérive[4485]. Interprétant étroitement l'article 67 de la Constitution, la cour suprême décide qu'« aucune disposition constitutionnelle, légale ou conventionnelle ne prévoit l'immunité ou l'irresponsabilité pénale des membres du cabinet du président de la République »[4486]. Mais surtout cette affaire témoigne plus généralement, pour elle, de la disproportion manifeste du statut immunitaire présidentiel[4487], cette dérive institutionnelle inquiétante étant confirmée à ses yeux par plusieurs cas mettant en jeu la « théorie du Président-requérant ».

b. La dénonciation doctrinale du pouvoir contentieux asymétrique du Président de la République

936. En raison de la vigueur avec laquelle le Président de la République entre 2002 et 2007 veille à protéger ses intérêts personnels, les spécialistes du droit constitutionnel sont conduits à réfléchir, de manière sans précédent, à l'autre face du pouvoir contentieux du chef de l'État, appelé « le statut offensif », c'est-à-dire le droit d'agir en justice. En effet, aux antipodes de ses prédécesseurs restés discrets en justice durant leur mandat présidentiel[4488], le Président en exercice à cette période a

4482 P. Ségur, L'absence de responsabilité juridique des collaborateurs, in J.-M. Eymeri-Douzans, X. Bioy et S. Mouton (dir.), Le règne des entourages..., op.cit., p.337-358.
4483 O. Beaud, L'extension de l'immunité…, op.cit., p.2948.
4484 Voir par exemple : M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.524 ; J. Gicquel et J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 34è éd., LGDJ, 2020, p.648.
4485 Dans le prolongement de cette affaire, la présidence de l'Elysée a adopté le 19 décembre 2014, pour la première fois de son histoire, une Charte de déontologie des collaborateurs du chef de l'Etat. Si ce texte est considéré comme une avancée par l'avis de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique du 18 décembre 2014, Matthieu Caron regrette son caractère non contraignant qui affaiblit l'objectif de transparence affiché (M. Caron, La Charte de déontologie du 19 décembre 2014 : vers un statut transparent pour les collaborateurs de l'Elysée ?, Constitutions, n°2, 2015, p.198).
4486 Cass. Crim., 19 déc. 2012, n°12-81043. Par cet arrêt, la chambre criminelle de la Cour de Cassation casse l'arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris du 7 novembre 2011. Elle juge que l'immunité du Président de la République ne peut pas être invoquée à ce stade de l'information. Pour une brève analyse : M. Léna, Sondages de l'Elysée : la chambre criminelle ordonne le retour du dossier au juge d'instruction, Dalloz actualité, 15 janvier 2013.
4487 Avant l'arrêt de la chambre criminelle du 19 décembre 2012, Marie-Anne Cohendet juge que l'impunité étendue à une partie de l'entourage présidentiel était « proprement ahurissante en démocratie » et l'absence de poursuites contre les collaborateurs du président qui avait violé les règles de droit laissait penser que « l'Elysée devenait une zone de non-droit » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.524).
4488 « Les présidents F. Mitterrand et J. Chirac se sont toujours interdit de saisir la justice durant leurs mandats

intenté pas moins de sept actions civiles au cours de son mandat dans le but de défendre principalement ses droits personnels à l'image, à la dignité ou à la vie privée[4489]. De plus, victime d'une escroquerie à la carte bancaire, il se constitue partie civile après que sa banque ait déposé plainte, comme il l'avait déjà fait dans l'affaire Clearstream[4490]. Face à ces nombreux événements politiques qui concernent des faits répréhensibles subis par le chef de l'État en tant que personne privée[4491], les juristes de droit constitutionnel doivent, dès lors, examiner si, durant l'exercice de son mandat, en contre-partie des immunités dont ils jouit, le Président de la République n'est pas limité dans son droit d'agir en justice, et notamment dans sa possibilité de se constituer partie civile, étant observé que cette question n'a été examinée par la Commission Avril ni réglée par la Constitution de 1958[4492]. N'opérant pas de distinction entre la qualité des justiciables, le problème juridique est celui de l'interprétation de l'article 2, alinéa 1er, du code de procédure pénale qui dispose que « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention, appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Cependant, cette question demeure peu étudiée par la doctrine et est quasiment oubliée par l'ensemble des ouvrages généraux de droit constitutionnel. Pour autant, deux thèses principales s'affrontent au sein de la doctrine constitutionnelle française vis-à-vis de la « théorie du Président-citoyen », dont la plupart de ses membres préfèrent l'expression de « Président-requérant »[4493]. D'après celle-ci, le Président de la République, en qualité de personne privée,

respectifs » (O. Desaulnay, La constitution de partie civile du Président de la République : la discordance des statuts révélée, RFDA, n°6, 2012, p.1203).

4489 Parmi celles-ci, de manière successive, au début de l'année 2008, le chef de l'État saisit le tribunal en référé pour atteinte par une société commerciale à son « droit à l'image » protégée à l'article 9 du Code civil, qui constitue « la première procédure de ce type depuis Georges Pompidou » (J.-Ph. Feldman, « Les constitutionnalistes devraient dresser une statue... », op.cit., p. 279). Dans ses ordonnances de référé 08/50947 et 08/50939 rendues le 5 février 2008, le tribunal de grande instance de Paris condamne la compagnie aérienne à des dommages et intérêts pour atteinte au droit à l'image de M. Sarkozy et Mme Bruni. En février de la même année, il dépose plainte pour faux, usage de faux et recel contre un organe de presse, « une première depuis les années 1970 » (*ibid.*), pour avoir publié un prétendu sms adressé à son ancienne épouse, information d'ordre privé qu'il contestait mais il retira sa plainte. Il demande ensuite sur le fondement d'une atteinte à son droit à l'image, le retrait des différents circuits commerciaux d'un coffret contenant un livre illustré en couverture par une figurine de N. Sarkozy, plantée de trois aiguilles, une poupée de tissu, correspondant à la figurine, et recouverte de diverses mentions et un lot de douze aiguilles. Le jugement, rendu le 29 oct. 2008 par le tribunal de Paris, n'a pas accueilli cette demande. Le président de la République a interjeté appel et a finalement obtenu partiellement gain de cause, le 28 nov. 2008, sur le terrain de l'atteinte à la dignité. Enfin, le 23 mai 2008, N. Sarkozy s'est constitué partie civile dans une affaire pénale instruite à Alberville et portant sur des tee-shirts parodiques dont certains utilisaient son patronyme suivi du slogan « tolérance zéro ». Pour de plus amples précisions : J. Martinez, L'action en justice du Président de la République : un citoyen comme un autre ?, RFDC, 2014/3, n°99, p.543-547.

4490 Sans entrer dans le détail de cette longue affaire, un ancien Premier ministre, faisant l'objet d'une procédure pénale, conteste devant le prétoire du Conseil d'État un décret signé par le président de la République, lui-même partie civile à la même instance pénale, prolongeant exceptionnellement les fonctions de l'un des deux magistrats instructeurs. Sur ce point : I. De Silva, Statut et pouvoirs du président de la République en matière judiciaire. À propos de l'affaire Clearstream. Conclusions sur Conseil d'État, 5 juin 2009, M. Dominique de Villepin, req. N° 322283, RFDA, 2009 p.803.

4491 L'hypothèse du délit d'offense au président de la République ne sera pas mentionnée car, d'une part, elle ne concerne pas un délit subi par le Président en tant que personne privée, d'autre part, elle ne fait pas intervenir directement celui-ci en justice.

4492 Pour la doctrine, cette question « révèle les béances du statut juridictionnel du président de la République, envisagé jusque-là que de manière bancale, du seul côté de l'accusé » (C. Ambroise-Casterot, « Le président de la République partie civile au procès pénal : statut unique, statut inique ? », JCP G., n° 36, 2012, p. 933).

4493 Cette expression est quelque peu contestée par la doctrine du fait qu'elle soit source d'incompréhension : « l'exercice d'une fonction ne peut être adossé à la citoyenneté. Les individus deviennent par un processus d'arrachement, des êtres abstraitement égaux – des citoyens – au-dessus des inégalités de fait les individus ne sauraient

dispose d'un droit d'agir en justice devant n'importe quelle juridiction de droit commun. Le raisonnement suivi par chaque « école » reflète l'opposition qui structure la science française du droit constitutionnel, entre un courant pénaliste soucieux de protéger les acquis du droit à un procès équitable et de l'État de droit et un courant constitutionnaliste imprégné par la théorie générale de l'État.

937. Pour les tenants de la thèse majoritaire qui dénient toute validité à la théorie du Président-requérant, ils envisagent ce problème à la lumière des garanties offertes par un texte qui n'a cessé de prendre de l'importance à l'époque contemporaine dans le droit français, la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. À cet égard, à leurs yeux, la constitution de partie civile d'un Président de la République en exercice est irrecevable dans la mesure où elle porte atteinte au « procès équitable » sauvegardée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, quotidiennement invoqué devant les juridictions pénales, à deux égards. D'une part, étant donné que le chef de l'État français ne peut pas lui-même être cité en justice ou mis en examen – ni faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite durant son mandat et devant aucune juridiction aux termes de l'article 67 alinéa 2 de la Constitution -, les partisans de cette thèse invoquent le risque d'une rupture de l'égalité des armes. Selon eux, pour résoudre ce problème de « parallélisme des formes »[4494], le chef de l'État doit « attendre la fin de son mandat pour pouvoir exercer les droits de la partie civile »[4495]. En outre, une seconde garantie de la Convention européenne serait violée à travers cette théorie du Président-requérant qui est le droit à un tribunal indépendant et impartial, prévu par l'article 6, § 1, de la Convention européenne puisque « l'avenir professionnel des magistrats dépend en partie de lui »[4496]. En effet, la Constitution de 1958 confère au chef de l'État un pouvoir de nomination des juges à l'article 13 et un rôle de gardien de l'indépendance judiciaire à l'article 64 alinéa 1er. De surcroît, du point de vue du bloc de constitutionnalité interne, la séparation des pouvoirs protégée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen serait également transgressée car la doctrine estime que « le chef de la fonction gouvernante, c'est-à-dire, en régime parlementaire moderne, les fonctions exécutive et législative, pèserait sur la fonction judiciaire »[4497], d'autant plus que jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le chef de l'État est le président du Conseil Supérieur de la Magistrature[4498]. Autrement dit, pour les défenseurs de cette thèse, « le

en aucun cas influer sur la condition de citoyenneté. La notion de « citoyen-président » distinguerait là où le droit ne peut distinguer. C'est pourquoi, le président de la République ne peut être conçu autrement que comme un citoyen lorsqu'il agit en justice », même si « la fonction de président peut « coexister » avec le statut de citoyen : le président de la République devient un citoyen-président lorsqu'il agit en justice » (J. Martinez, L'action en justice..., op.cit., p.535-536).

4494 *Ibid*.

4495 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 35è éd., Paris : LGDJ, 2014, p.532.

4496 *Ibid*.

4497 J.-Ph. Feldman, « Les constitutionnalistes devraient dresser une statue... », op.cit., p. 279.

4498 Guy Carcassonne juge que le premier alinéa de l'article 64 est surprenant : « autant proclamer que le loup est garant de la sécurité de la bergerie » (G. Carcassonne, La Constitution, 4è éd., Paris ; Seuil, 2000, p. 282).

Président réussirait l'exploit de cumuler les qualités de juge, de procureur et de partie civile… »[4499], ce qui « n'apparaît guère compatible avec le respect de l'État de droit, dont l'indépendance de la justice est l'une des clés de voûte »[4500].

938. En ce qui concerne la thèse minoritaire, ses disciplines se placent dans une optique davantage constitutionnaliste et mettent au second plan le texte de la Convention Européenne des droits de l'Homme. Comme le note Olivier Beaud, « le problème dépasse de loin le droit au procès équitable : il relève de ce que le statut juridictionnel du président de la République change en fonction de sa position dans le procès »[4501]. En ce sens, ils se basent sur la théorie constitutionnelle des deux corps du Roi développée par Ernst Kantorowicz[4502] pour défendre le bien-fondé de cette théorie. De ce point de vue, ils observent que « la règle de droit varie selon qu'il est dans une situation dite « défensive » (immunité) ou « offensive » (droit d'agir en justice) »[4503]. Il dispose de ce qu'Olivier Beaud appelle un « statut judiciaire asymétrique »[4504]. *D'un côté*, dans la phase *défensive*, c'est-à-dire attaqué par un tiers en justice, le Président de la République est protégée par une immunité largement entendue étant donné que, dans cette situation, « il n'est pas un citoyen comme les autres et que, à ce titre - en tant que gouvernant (chef de l'État, démocratiquement élu) -, il a droit à une protection spéciale qui lui confère un privilège, le droit d'être soustrait à l'action de la justice, soit définitivement (irresponsabilité, art. 67, al. 1er), soit temporairement (inviolabilité, art. 67, al. 2) »[4505]. La doctrine observe, à ce titre, que cette protection obéit à « une logique institutionnelle propre à cette immunité qui, sur le principe, ne doit pas choquer, du moins tant qu'on reconnaît la validité aux immunités politiques »[4506]. *De l'autre côté*, en phase *offensive*, dans le cadre d'un litige purement privé qui ne met pas en jeu le bien de l'État, le Président a, compte tenu de sa qualité de citoyen ordinaire, le droit d'accès aux tribunaux – droit garanti par la Convention Européenne des droits de l'homme - comme n'importe quel justiciable. La doctrine fait sienne l'idée mise en avant par le Président lui-même selon laquelle, en tant que particulier, il n'a pas moins de droits que les autres[4507]. Or, en l'espèce, le Président a agi, en matière civile et pénale, comme une personne privée et non comme un représentant de l'État[4508]. D'ailleurs, comme le note Jean-Philippe Feldman, « ni la Constitution, ni la loi n'interdit au chef de l'État de se constituer partie civile. L'article 67 ne

4499 J.-Ph. Feldman, « Les constitutionnalistes devraient dresser une statue... », op.cit., p. 280.
4500 M. Poujol, La constitution de partie civile du chef de l'État. État des lieux et perspectives, RFDC, 2013/2, n°94, p.400.
4501 O. Beaud, Président et partie civile : une compatibilité problématique ?, op.cit., p.1919.
4502 E. Kantorowicz, Les deux corps du Roi : essai sur la théologie politique au Moyen-âge, Paris : Gallimard, 1989.
4503 O. Beaud, Président et partie civile : une compatibilité problématique ?, op.cit., p.1919.
4504 *Ibid*.
4505 *Ibid*.
4506 *Ibid*.
4507 « L'argument sans cesse martelé par M. Sarkozy en personne selon lequel « le fait d'être président, ne me donne pas moins de droits que les autres citoyens français » n'est pas sans pertinence en soi » (O. Beaud, Président et partie civile…, op.cit., p.1919).
4508 Néanmoins, pour éviter toute asymétrie trop forte du statut contentieux présidentiel entre la phase offensive et la phase défensive, les partisans de cette thèse estiment que lorsque le Président agit en tant que représentant de l'État, il ne peut pas se constituer partie civile. Cf. O. Beaud, Président et partie civile…, op.cit., p.1919.

prévoit rien de tel ; il n'y a donc pas lieu de distinguer là où la plus haute des normes ne distingue pas »[4509]. D'ailleurs, les défenseurs de cette thèse ajoutent que, d'un point de vue historique, « le Président actuel a déjà agi en justice à plusieurs reprises et que certains de ses prédécesseurs l'ont également fait »[4510]. Dès lors, les défenseurs de cette thèse en conclut que « le ressort conceptuel qu'il faut actionner (…) est la nécessité de toujours distinguer entre les deux faces de tout gouvernant (et même de tout agent public) : il y a d'un côté l'individu, la face privée, qu'on peut appeler si l'on veut la personne physique, et de l'autre la face publique, l'agent qui agit au nom et pour le compte de l'État (l'organe de l'État, disait Carré de Malberg). À ce dernier titre, la face publique du représentant de l'État, le gouvernant est saisi par le droit constitutionnel. Une telle distinction est une des clés de compréhension de l'État moderne perçu comme une institution »[4511]. Cependant, les opposants à cette thèse rétorquent que la distinction entre les cas dans lesquels le Président agit en tant que personne privée et ceux dans lesquels il agit comme personne publique est arbitraire et imprécise[4512]. Enfin, ils écartent l'argument de l'atteinte à l'impartialité et à l'indépendance du tribunal car ces deux garanties sont protégées constitutionnellement[4513]. D'ailleurs, pour garder une certaine distance entre les juges et le chef de l'État, la doctrine propose d'« inventer des aménagements procéduraux (…) en prévoyant par exemple qu'il serait le seul à

4509 J.-Ph. Feldman, « Les constitutionnalistes devraient dresser une statue... », op.cit., p. 280.

4510 *Ibid*. Plus exactement, « seuls les présidents V. Giscard d'Estaing, en 1976 (condamnation de l'éditeur d'un jeu de sept familles baptisé « le Giscarte »), et G. Pompidou, en 1970 (interdiction d'une publicité qui utilisait sa photo pour vanter des moteurs de bateaux) s'étaient retournés en justice contre des sociétés qui avaient usé de leur image à des fins commerciales. Ils avaient obtenu gain de cause » (O. Desaulnay, La constitution de partie civile…, op.cit., p.1203). Pour de plus amples précisions : J. Martinez, L'action en justice du Président de la République…, op.cit., p.541-542.

4511 O. Beaud, Président et partie civile…, op.cit., p.1919.

4512 En outre, la doctrine ajoute que le Président même « agissant en qualité de citoyen reste un président. Cet aspect se manifeste sur l'ensemble des procédures judiciaires impliquant le citoyen-président et se révèle dans certains détails procéduraux. Par exemple, dès la présidence de M. Pompidou, les pièces judiciaires révèlent que le tribunal s'adresse à celui-ci en indiquant : « Monsieur le Président » (J. Martinez, L'action en justice du Président…, op.cit., p.555-556).

4513 La doctrine estime qu'au regard de l'article 64 de la Constitution, « le chef de l'État n'est jamais seul dans l'exercice de sa compétence [de nomination des juges]. Toutes ses décisions donnent lieu à l'intervention plus ou moins large d'organismes consultatifs, Conseil supérieur de la magistrature (CSM) et Commission d'avancement, dans lesquels sont représentés les magistrats, à voix consultative parfois, délibérative le plus souvent. (…) L'intervention du CSM dans l'exercice de la compétence présidentielle fait de cette institution l'un des garants de l'indépendance des magistrats. Et ce d'autant plus qu'il a été réformé récemment en ce sens par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 prise sur le fondement du nouvel article 65 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (51). (…) Le président ne décide jamais seul et discrétionnairement, le pouvoir de proposition et d'avis conforme du CSM jouant le rôle de filtre en l'associant de près à la décision, éloignant ainsi le risque d'arbitraire » (O. Desaulnay, La constitution de partie civile…, op.cit., p.1209). À l'image de la Cour de Cassation, la doctrine ajoute que le pouvoir de nomination des juges par le Président de la République ne conduit pas à une dépendance à son égard une fois nommés dans la mesure où les juges du siège, inamovibles, ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Cependant, cette thèse est contestée par Olivier Beaud en ce qu'« elle occulte le problème de l'indépendance dans la carrière » et l'auteur doute qu'« une fois nommés, les magistrats du siège [soient] complètement indépendants du chef du pouvoir exécutif » (O. Beaud, Président et partie civile…, op.cit., p.1918). En outre, Desaulnay estime que « les doutes demeurent (...) à l'endroit des magistrats du siège en dépit de l'argumentation juridique sérieuse en faveur de leur indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. Le ministre de la justice demeure libre dans son pouvoir de proposition et toute la bonne volonté du CSM n'y changera rien. Le président de la République peut ne pas nommer et l'avis conforme du CSM restera lettre morte. (…) Le chef de l'État demeure, en dernier lieu, toujours libre de nommer ou non, promouvoir ou non, voire de jouer, au préalable, de son influence auprès du ministre de la justice pour orienter son choix au stade de l'initiative. La gestion de l'institution judiciaire et, plus particulièrement, l'avancement des magistrats du siège, sans être entre les mains uniquement de l'Exécutif, n'est pas dans une situation de parfaite autonomie ou indépendance à son égard » (O. Desaulnay, La constitution de partie civile…, op.cit., p.1210-1211). Voir également sur cette question : M. Poujol, La constitution de partie civile…, op.cit., p.404-408).

pouvoir « plaider par procureur » »[4514]. Aux termes de leur raisonnement, ils estiment donc que rien ne doit interdire au chef de l'État, agissant en tant que personne privée et non comme représentant de l'État – pour empêcher toute asymétrie de son statut contentieux -, d'agir en justice que ce soit au pénal ou au civil, et de se constituer partie civile.

939. En définitive, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation confirme le bien-fondé de la théorie du Président-requérant dans un arrêt du 15 juin 2012[4515], ce que fera ensuite la Cour Européenne des droits de l'homme. Les deux juridictions la déclarent toutes deux conforme au droit à un procès équitable[4516]. Mais la plupart des constitutionnalistes regrettent cette solution dans la mesure où elle accroît encore un peu plus l'incohérence[4517] ainsi que la singularité et la disproportion du statut juridictionnel du chef de l'État. Comme le notent Francis Hamon et Michel Troper, « le statut du Président est à sens unique : il le met provisoirement à l'abri de toutes les poursuites, qu'elles soient civiles ou pénales, mais ne limite en rien son droit d'agir »[4518]. Plus généralement, les juristes de droit constitutionnel observent que depuis la révision du 23 février 2007, la pratique institutionnelle a vu « s'enclencher une mécanique incontrôlable de l'immunité conduisant à conférer au chef de l'État un privilège juridique extravagant, comme le prouvent, d'une part, l'asymétrie (…) de son statut pénal et, d'autre part, l'extension imprévisible de l'immunité, aux

4514 L'idée est celle de Rémy Libchaber cité par O. Beaud, Président et partie civile…, op.cit., p.1920.

4515 Cependant, comme le note Desaulnay, la Cour de Cassation ne pouvait pas prendre une décision contraire. Sinon cela revenait à considérer « comme légitimes les doutes du prévenu quant à l'indépendance et à l'impartialité des juges (…) [et] à jeter le discrédit sur l'ensemble de l'organisation judiciaire française à l'heure où paradoxalement cette dernière tend, depuis 1993 puis 2008, à être de plus en plus dissociée du chef de l'État » (O. Desaulnay, La constitution de partie civile…, op.cit., p.1210) ; Cass., Ass. Plen., n°10-85678, 15 juin 2012 ; Pour une analyse en profondeur : O. Desaulnay, La constitution de partie civile…, op.cit., p.1203.

4516 Dans un arrêt Thiam c. France du 28 octobre 2018, la Cour Européenne décide que le chef de l'État a le droit de se constituer partie civile quand, victime d'un délit, il entend obtenir réparation d'un préjudice direct et personnel comme le prévoit l'article 2 du code de procédure pénale, sans que les principes tirés de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, reconnaissant un droit au procès équitable, puissent y faire obstacle. En effet, elle juge que l'intervention du Président de la République en qualité de partie civile dans la procédure pénale visant un particulier n'a pas eu pour effet de créer un déséquilibre dans les droits des parties et le déroulement de la procédure puisque la Cour observe, en l'espèce, qu'il n'est pas prouvé que l'intervention du Président ait encouragé le ministère public à des agissements visant à influencer indûment la juridiction pénale ou à empêcher le requérant de se défendre efficacement. Le particulier a également bénéficié du contradictoire. En outre, la Cour note que la participation à la procédure d'une personnalité ayant un rôle institutionnel dans le déroulement de la carrière des juges est susceptible de créer un doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité de ceux-ci. Mais, après examen du mode de nomination des magistrats, de leur condition statutaire et des circonstances particulières de l'espèce, aucun motif ne permet de constater que les juges appelés à statuer sur sa cause n'étaient pas indépendants au sens de l'article 6 § 1 de la Convention (CEDH, 18 octobre 2018, Thiam c. France, req. N°80018/12).

4517 « On accorde une protection au chef de l'État pour qu'il ne soit pas distrait de ses importantes fonctions exécutives - fondement le plus solide de l'immunité - alors que, au contraire, on l'autoriserait à être partie civile dans des procès qui l'accaparent nécessairement » (O. Beaud, La constitution de partie civile du chef de l'État, D. 2009, p.2408) ; *v.* également : D. Rousseau, Sur la possibilité pour le président de la République de se constituer partie civile, Gaz. Pal., n°187, 2012, p.6.

4518 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 35è éd., Paris : LGDJ, 2014, p.532. Comme le note Olivier Beaud, cette asymétrie ressemble à « la vielle histoire de la fable de La Fontaine de la chauve-souris et des deux belettes : « Voyez mes ailes, je suis président protégé par une immunité », mais « Voyez mon corps, je suis le citoyen Sarkozy qui peut être partie civile et voir aboutir, pendant mon mandat, une action entamée avant mon élection » (O. Beaud, La constitution de partie civile du chef de l'État, op.cit., p.2408) ; *v.* également : M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel..., 4è éd., 527 ; C. Ambroise-Casterot, Le président de la République…, op.cit., p. 933.

conseillers du président »[4519]. Le droit constitutionnel moderne semble être marquée, à leurs yeux, par un retour de la raison d'État[4520].

940. C'est pourquoi la majorité des juristes de droit constitutionnel appellent impérativement à une réforme globale du statut juridictionnel du Président de la République[4521]. Il s'agirait, à leurs yeux, non seulement de « supprimer l'asymétrie choquante entre les statuts offensif et défensif et de fonder une solution d'ensemble cohérente pour le statut juridictionnel du chef de l'État »[4522], mais également d'établir formellement un statut des conseillers présidentiels. Pour ce faire, deux solutions principales sont envisagées par les constitutionnalistes : *soit* la suspension des poursuites pendant la durée du mandat présidentiel en cas de maintien de son inviolabilité en phase défensive *soit* la renonciation ponctuelle du chef d'État à son immunité protégée par la Constitution – voire même la suppression de son inviolabilité civile et pénale – en cas d'autorisation au Président à agir en justice en phase offensive[4523]. Mais la doctrine note que chacune de ces solutions présentent des inconvénients[4524]. En outre, certains constitutionnalistes modèrent ce besoin en mettant en avant un

4519 O. Beaud, Président et partie civile…, op.cit., p. 1919. Cette dérive est d'autant plus grande que ses conseillers présidentiels invoquent également le bénéfice de la théorie du Président-requérant et un droit d'agir en justice sur un plan offensif (tandis que sur le plan défensif, ils disposent de la protection de l'inviolabilité comme nous l'avons vu). En effet, le secrétaire général de l'Élysée, M. Claude Guéant, a attaqué en diffamation un journal qui l'a accusé d'avoir fait espionner des journalistes enquêtant sur l'affaire Woerth Bettencourt. Or, « le secrétaire général invoque le droit d'agir en justice pour se défendre contre des allégations qui seraient selon lui diffamatoires. (…) Ainsi, ce conseiller présidentiel revendiquerait le même droit que le président de la République : attaquer en justice comme un citoyen ordinaire tous ceux qui lui porteraient un certain préjudice » (O. Beaud, L'inique immunité des conseillers du Président, op.cit.).

4520 « Dans le corps du président de la République, il y a deux personnes : la personne publique et la personne privée. Devenir président ne supprime pas la personne privée. Devenir président n'est pas acquérir un bouclier pour protéger la personne privée. Devenir président ne fait pas disparaître l'homme. Bref, la fonction présidentielle n'avale pas l'homme. Or, aujourd'hui et depuis la révision de février 2007, le statut judiciaire du chef de l'État mélange les deux, confond les deux personnes et, ce faisant, heurte un principe de base du constitutionnalisme : la protection des citoyens contre les pouvoirs » (D. Rousseau, Sur la possibilité pour le président..., op.cit., p.2).

4521 J. Martinez, L'action en justice…, op.cit., p.556 ; P. Cassia, Repenser le statut contentieux du président de la République, AJDA, 2012 p.1 ; O. Beaud, Président et partie civile…, op.cit., 1919 ; O. Desaulnay, La constitution de partie civile..., op.cit., p.1210) ; D. Rousseau, Sur la possibilité pour le président de la République de se constituer partice civile, op.cit., p.6 ; M. Poujol, La constitution de partie civile du chef de l'État. État des lieux et perspectives, RFDC, 2013/2, n°94, p.397.

4522 O. Beaud, Président et partie civile…, op.cit., 1919. De ce point de vue, Feldman observe que « très généralement, les Constitutions des pays démocratiques ne traitent pas de la question du statut « offensif » du chef de l'État en matière pénale ; elles se bornent à le protéger. C'est tout l'intérêt du présent procès que d'inviter à réfléchir sur cet aspect quelque peu délaissé de la question » (J.-Ph. Feldman, « Les constitutionnalistes devraient dresser une statue... », op.cit., p. 280).

4523 Sur l'analyse de ces propositions : M. Poujol, La constitution de partie civile du chef de l'État…, op.cit., p.408.

4524 S'agissant de *la première solution*, elle risquerait « d'allonger exagérément le temps du procès au détriment du droit du prévenu à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable. Il est vrai que le sursis à statuer sur l'examen de la recevabilité de la constitution partie civile du chef de l'État n'aurait pas eu, en l'espèce, cet effet néfaste dans la mesure où le mandat présidentiel touchait à sa fin. Mais il en serait tout autrement dans l'hypothèse d'un procès commencé antérieurement au mandat du président ou à ses débuts et se prolongeant durant celui-ci, ou d'une instance engagée au cours du mandat d'un président reconduit dans ses fonctions après une victoire à l'élection présidentielle. (…) En outre, il ne serait pas très pertinent que le président ne puisse pas concrètement défendre ses droits fondamentaux (droit à l'image, dignité, etc.) au cours de son mandat, tels qu'ont pu le démontrer les procès civils ouverts par le président Sarkozy » au nom du droit d'accès au tribunal garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (O. Desaulnay, La constitution de partie civile..., op.cit., p.1211). En ce qui concerne la seconde proposition, elle viendrait contredire le principe de l'indisponibilité des le principe d'indisponibilité des immunités constitutionnelles, même si le chef d'État s'est déjà affranchi de cette règle en pratique (sur ce point : M. Pujol, La constitution de partie civile du chef de l'État…, op.cit., p.410).

facteur méta-juridique : l'activisme judiciaire du Président de la République dépend de la personnalité de chaque chef d'État au pouvoir. Comme l'observent Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, le Président suivant a refusé qu'« il y ait deux poids, deux mesures, le 14 janvier 2014, selon la logique du procès équitable, en s'abstenant d'introduire une action contre l'hebdomadaire Closer qui avait révélé sa liaison avec une actrice à l'opposé de celle-ci »[4525]. Quoi qu'il en soit, un même esprit de réforme traverse la doctrine constitutionnelle en ce qui concerne les immunités parlementaires.

SECTION 2. LES IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES : UNE RÉFLEXION DOCTRINALE REFLÉTANT LES TENDANCES DE FOND DE LA DÉMOCRATIE FRANÇAISE MODERNE

941. En comparaison de la question des privilèges de l'exécutif, les immunités parlementaires apparaissent comme un objet de réflexion nettement secondaire pour les constitutionnalistes. Compte tenu de la rationalisation du régime parlementaire et du présidentialisme majoritaire sous la Vème République, les représentants de la Nation n'ont plus à craindre, le plus souvent, les manœuvres de l'exécutif sauf éventuelle période de cohabitation. De plus, aucune actualité notable sur ce thème n'est observable à partir des années 1990. Cette indifférence doctrinale s'illustre à travers la baisse sensible de la production scientifique sur ce sujet. Néanmoins, ce questionnement demeure intéressant étant donné qu'il reflète les tendances de fond qui traversent la démocratie française de la fin du XXème siècle, influençant par là-même la manière dont les constitutionnalistes contemporains se représentent les statuts dérogatoires des parlementaires.

942. De ce point de vue, à partir des années 1990, la multiplication des demandes de levées de l'immunité parlementaire donne à l'un des ses volets, l'inviolabilité, une grande visibilité médiatique et donne l'occasion d'en critiquer la portée. À cet égard, comme l'a mis en lumière la doctrine constitutionnelle sous la IVème République et dans la première partie de la Vème République, les parlementaires ont tendance à faire preuve d'une certaine solidarité entre eux, ce « qui rend [la levée de l'immunité parlementaire] difficile à obtenir. L'opinion a du mal à comprendre que les parlementaires ne soient pas soumis à la règle commune, ceci d'autant plus que les affaires auxquelles ils se trouvent mêlés se multiplient »[4526]. La révision constitutionnelle du 4 août 1995 –

4525 J. Gicquel et J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 25è éd., op.cit. p.573.
4526 Ph. Ardant et B. Mathieu, Institutions politiques et droit constitutionnel, 25è éd., Paris : LGDJ, 2013, p.430.

jour particulièrement symbolique faisant référence à l'abolition révolutionnaire des privilèges féodaux - intervient ainsi dans un contexte politico-social particulier. Pour répondre à cette demande de justice des citoyens français, les constituants cherchent à réduire le champ d'application de l'inviolabilité – et non de l'irresponsabilité qui est perçue comme une institution républicaine et parlementaire traditionnelle[4527]. Or il est intéressant de souligner que la majorité des auteurs français salue la réduction du périmètre de ce privilège, en vertu de l'exigence nouvelle de *l'État de droit*[4528], même si certains constitutionnalistes estiment que cette réforme a au contraire accentué leur régime protecteur (**§1**).

943. À cet égard, en soustrayant les poursuites du champ d'application de l'inviolabilité, la loi constitutionnelle du 4 août 1995 accroît, de façon considérable, la liberté d'action de l'autorité judiciaire à l'égard des parlementaires. Par cet assouplissement, la doctrine constitutionnelle est amenée à mettre en exergue la perte de sens de la raison d'être traditionnelle de l'inviolabilité parlementaire. Fondée historiquement sur la nécessité de protéger le pouvoir législatif des atteintes de *l'exécutif* et par là-même sa prééminence sur les autres pouvoirs constitués, l'inviolabilité des représentants de la Nation est appréhendée désormais, principalement, par les constitutionnalistes du XXIème siècle comme une garantie contre un « pouvoir judiciaire » émergent, consécutivement à l'ancrage de l'idéologie du droit commun (**§2**).

4527 *Ibid*., p.427.

4528 La doctrine étrangère obéit à cette même tendance. Le rapport de la Commission de Venise sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires souligne qu'« un nombre croissant de travaux universitaires ont (…) été consacrés ces dernières années à l'immunité parlementaire. Certains défendent le principe de l'immunité, mais la plupart se montrent plus critiques, se faisant l'écho d'une tendance croissante à la remise en question de la nécessité et de la légitimité de l'immunité parlementaire dans une démocratie moderne » (rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires, op.cit., p.11). Voir sur ce point : F. Krenc, La règle de l'immunité parlementaire à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme, Revue trimestrielle de droits de l'homme, 55, 2003 ; S. Wigley, Parliamentary Immunity : Protecting Democracy or Protectig Corruption ?, The Journal of Political Philoophy, 2003, p.23-40 ; J. Maingot et D. Dehler, Politicians Above the Law. The case for the abolition of parliamentary inviolability, Ed. Baico Publishing, 2010 ; S. Hardt, Parliamentary Immunity. A Comprehensive Study of the Systems of Parliamentary Immunity in the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European Context, Cambridge : Intersentia, 2013.

§1. L'assouplissement du régime protecteur des parlementaires par la réforme du 4 août 1995 salué par la majorité des constitutionnalistes : l'emprise de la doctrine de l'État de droit

944. La loi constitutionnelle du 4 août 1995[4529] restreint considérablement le privilège des parlementaires puisque des poursuites peuvent être dorénavant exercées contre un représentant de la Nation sans qu'il soit nécessaire d'obtenir au préalable la levée de l'inviolabilité parlementaire, comme n'importe quel individu. Or il est notable de constater qu'à la faveur d'un contexte politico-juridique renouvelé, la plupart des constitutionnalistes se réjouissent de la restriction de l'étendue de l'inviolabilité parlementaire.

945. À leurs yeux, cette réforme est justifiée à plusieurs titres. Elle veille à parer, tout d'abord, aux carences du système de l'inviolabilité parlementaire, mises en lumière par la doctrine constitutionnelle depuis le début de la Vème République. En premier lieu, elle est une réponse aux abus commis par certains parlementaires dans leur utilisation qui en ont travesti l'esprit. Par leur usage, ils ont transformé l'inviolabilité en une immunité personnelle alors qu'elle est par nature une immunité fonctionnelle. Comme le notent Ferdinand Mélin-Soucramanien et Pierre Pactet, « il y a eu au cours des quinze dernières années un certain nombre d'affaires de corruption qui ont d'autant plus choqué l'opinion que les majorités en place avaient tendance à protéger les leurs de manière excessive »[4530]. L'autorisation parlementaire est devenue un véritable verrou à la mise en jeu de la responsabilité de droit commun des parlementaires pour les actes extérieurs à leurs fonctions. Francis Hamon et Michel Troper remarquent en ce sens que « l'inviolabilité doit protéger non la personne des parlementaires, mais l'exercice de leur mandat [mais] ce dispositif paraissait les favoriser et leur permettre de se soustraire à l'application normale de la loi pénale »[4531]. En second lieu, comme l'avaient déjà mis en exergue les constitutionnalistes dans la première partie de la Vème République, le débat sur l'autorisation des poursuites à la commission ad hoc ou, à partir de 1994, à la commission dite des immunités « portait nécessairement sur les faits reprochés aux parlementaires poursuivis, de sorte qu'il apparaissait comme un pré-jugement sur la culpabilité »[4532], alors que dans sa décision n°62-18 DC du 10 juillet 1962, le Conseil Constitutionnel avait synthétisé les critères d'appréciation d'une demande : l'Assemblée doit « se prononcer sur le caractère sérieux, loyal et sincère de la demande de levée d'immunité parlementaire qui lui est présentée, au regard des faits sur lesquels cette demande est fondée et à l'exclusion de

4529 Loi constitutionnelle n°95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires.
4530 F. Mélin-Soucramanien et P. Pactet, Droit constitutionnel, Sirey, 33è éd., 2014, p.459.
4531 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.658.
4532 *Ibid*.

tout autre objet »[4533]. En troisième lieu, compte tenu de l'allongement de la session ordinaire, « les parlementaires seraient restés presque toute l'année à l'abri des poursuites, sauf autorisation donnée par l'assemblée »[4534].

946. Enfin, une partie de la doctrine constitutionnelle moderne avance une dernière raison pour justifier la nécessité d'assouplir la protection des parlementaires, qui est représentatif du paradigme théorique tendant à devenir dominante parmi ses membres. À leurs yeux, la suppression de l'autorisation préalable pour les poursuites engagées contre un parlementaire trouve son fondement dans *l'État de droit* puisque, selon les défenseurs de cette doctrine, cette abolition permet « une meilleure administration de la justice »[4535] qui est l'une des implications de l'État de droit[4536]. Par là-même, en étendant la compétence de la justice, elle garantit selon eux « un meilleur fonctionnement de la démocratie »[4537] par un respect plus scrupuleux de l'égalité devant la loi et devant la justice. En d'autres termes, l'extension de la compétence du juge ordinaire vis-à-vis des actes privés des parlementaires renforcerait la démocratie en offrant la possibilité pour les citoyens justiciables de poursuivre les parlementaires[4538]. À travers une telle conception, le droit au juge protégé par l'article 6 §1 de la Convention Européenne des droits de l'Homme tend donc à prédominer sur la protection de la représentation nationale[4539]. Comme le soulignent Francis Hamon et Michel Troper, le principe de la liberté des poursuites des membres des assemblées « renverse en quelque sorte la présomption que les poursuites ou l'arrestation ont été ordonnées avec des intentions malignes, présomption qui justifiait l'exigence de l'autorisation préalable. Désormais, la présomption est que les poursuites ou l'arrestation interviennent dans le cadre d'une action pénale ordinaire, si bien qu'une autorisation préalable n'est pas du tout nécessaire »[4540]. En dernier ressort, la soumission des parlementaires au juge ordinaire pour les actes répréhensibles commis en dehors de l'exercice des fonctions permettrait, selon certains constitutionnalistes, d'assurer une dernière implication indirecte de l'État de droit, le principe de transparence de la vie publique. Correspondant à une exigence forte des démocraties modernes, ce principe doit « permettre aux citoyens de contrôler en permanence l'action de leurs élus »[4541], en particulier dans la lutte contre la

4533 Déc. Cons. Const., n°6218 DC, Résolution modifiant les articles 25, 26, 31, 34, 51, 65, 80, 86, 87, 93, 106, 122 et 155 du règlement de l'Assemblée Nationale, 10 juillet 1962, cons. 3.
4534 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32è éd., op.cit., p.658.
4535 P. Foillard, Droit constitutionnel et institutions politiques, 20e éd., Bruxelles : Larcier, 2014, p.290.
4536 J. Chevallier, L'État de droit, 6e éd., Paris : LGDJ, 2017, p.126 et s.
4537 *Ibid*.
4538 Cependant, concernant l'irresponsabilité, la CEDH a tout récemment rappelé que la voix des députés dans l'enceinte parlementaire était protégée par la liberté d'expression (CEDH, 17 mai 2016, Karaczony et autres c/ Hongrie).
4539 Cette nécessité de concilier la protection du mandat parlementaire avec le droit au juge ressort clairement du rapport de la Commission de Venise sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires datant de mars 2014 (cf. rapport précité, op.cit., p.7-8).
4540 F. Hamon et M. Troper, Droit constitutionnel, 32e éd., op.cit., p.658.
4541 M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.591. Comme le note Alain Anziani, les nouvelles exigences démocratiques sont « la transparence, l'égalité des devoirs, le droit commun pour les élus comme pour les électeurs. Ces exigences vont au-delà du respect de la loi. Elles impliquent de se conformer à l'esprit de la loi et plus encore à l'éthique. C'est le fondement même de la déontologie parlementaire » (A. Anziani, La déontologie, condition du renouveau du Parlement, Pouvoirs, n°146, 2013, p.94-95). En ce sens, comme il a été noté en introduction, dans le

corruption en politique, grâce à des recours en justice. Cette thèse conduit donc à un alignement des régimes dérogatoires des parlementaires sur le droit commun.

947. Cependant, tous les constitutionnalistes contemporains ne sont pas favorables à une réduction du périmètre de l'inviolabilité parlementaire. Une minorité d'entre eux, empreinte de la doctrine du droit politique, se place dans une perspective constitutionnaliste et privilégie les principes structurels du droit public au détriment des principes et des garanties posées par la Convention Européenne des droits de l'Homme. Ses partisans inscrivent, en effet, ce privilège dans une logique institutionnelle. De ce point de vue, ils jugent que le recul évident de l'inviolabilité parlementaire traduit « une régression préoccupante dans le respect de la séparation des pouvoirs et des principes libéraux »[4542]. De plus, cet assouplissement qui conduit à la multiplication des actions en justice contre les membres des assemblées porte atteinte, pour eux, « à la dignité de la fonction elle-même et donc de l'institution parlementaire »[4543]. Par ce raisonnement, la préoccupation de la sauvegarde de l'institution représentative prime sur le droit d'accès à un tribunal des justiciables qui demeure restreint temporairement. Pourtant, cette emprise du juge, défendue par la majorité des juristes de droit constitutionnel, se reflète dans le nouveau fondement de l'inviolabilité parlementaire mis en exergue par ses membres.

§2. La protection contre « le pouvoir judiciaire », nouveau fondement doctrinal de l'inviolabilité à nuancer

948. Du fait d'un nouveau contexte institutionnel, la doctrine constitutionnelle observe une évolution inédite du fondement de l'inviolabilité parlementaire. La justification traditionnelle de la protection du pouvoir législatif contre les exactions du pouvoir exécutif s'étant affaiblie avec le temps selon certains, le paradigme moderne de l'inviolabilité résiderait désormais dans la crainte du « pouvoir judiciaire » (**A**). Cependant, la doctrine constitutionnelle relativise le bien-fondé de ce nouveau fondement à l'aune d'une analyse du dispositif instauré par la révision constitutionnelle du 4 août 1995 et de la pratique parlementaire contemporaine (**B**).

but de « moraliser » la vie publique afin de restaurer la confiance entre les élus et les électeurs, les parlementaires sont de plus en plus contraints par des règles, relatives à la prévention et au traitement des conflits d'intérêts ou au contrôle de leurs frais de mandat, comme l'illustrent la loi pour la confiance dans la vie politique du 15 septembre 2017 ou encore la loi organique n°2013-906 du 11 octobre 2013 et la loi du 11octobre 2013 qui ont créé notamment la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP).

4542 A.-M. Le Pourhiet, Droit constitutionnel, 6e éd., Paris : Économica, 2014, p.408.

4543 *Ibid*.

A. La mise en lumière doctrinale de l'évolution inédite du fondement de l'inviolabilité parlementaire

949. Historiquement, la doctrine constitutionnelle française a conçu l'inviolabilité parlementaire, comme non seulement la conséquence du caractère représentatif du mandat mais également comme un instrument de défense contre les manœuvres du pouvoir exécutif. Or, étant donné la nouvelle conjoncture institutionnelle et politique à la fin du XXème siècle, ses membres observent, à l'heure actuelle, un affaiblissement de ses fondements traditionnels. Ils démontrent, *d'une part*, l'absence de lien entre le mandat représentatif et l'inviolabilité parlementaire. Certes, l'inviolabilité a vocation à garantir la possibilité pour tous les parlementaires d'être physiquement présents au sein de l'assemblée, comme en témoigne la réforme constitutionnelle du 4 août 1995 en soumettant les mesures privatives ou restrictives de liberté à autorisation du Bureau de l'Assemblée[4544]. Cependant, comme l'a démontré Cécile Guérin-Bargues dans sa thèse, dans une démocratie représentative comme l'est la France, les parlementaires disposent d'une investiture collective et d'un mandat national[4545]. Par conséquent, l'absence d'un des membres de l'assemblée ne bloque pas le bon fonctionnement du régime. Autrement dit, « l'exigence de complétude de la chambre, dont l'inviolabilité garantit la possibilité, est extérieure à la logique représentative. Au contraire, celle-ci n'existe que dans le cadre d'un régime qui serait fondé sur un mandat impératif, puisqu'alors chacun des parlementaires, loin de représenter la Nation tout entière, n'est que le porte-parole de la seule circonscription qui l'a désigné. C'est donc à tort que l'inviolabilité a pu être présentée comme un corollaire de l'indépendance et de l'autonomie des représentants, puisqu'elle ne se justifie en réalité que dans un système qui ne reconnaît aux représentants aucun de ces attributs »[4546]. Cette position singulière, au regard des écrits constitutionnels depuis 1789, est d'ailleurs renforcée par une analyse du droit comparé, à laquelle Cécile Guérin-Bargues se livre dans sa thèse, puisque le régime des États-Unis et du Royaume-Uni recourent au mandat représentatif tout en ignorant l'inviolabilité[4547].

950. *D'autre part*, concernant le second fondement de l'inviolabilité parlementaire, c'est-à-dire la sauvegarde contre les atteintes du pouvoir exécutif portée à la représentation nationale par le biais de poursuites pénales diligentées par une autorité judiciaire dépendante du pouvoir politique, les

4544 Article 26 alinéa 2 de la Constitution de 1958 : « Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du Bureau de l'assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive ».

4545 Article 27 alinéa 1 de la Constitution : « Tout mandat impératif est nul ».

4546 C. Guérin-Bargues, Immunités et statut des députés : vers une suppression de l'inviolabilité ?, JP blog, 22 novembre 2017 : http://blog.juspoliticum.com/2017/11/22/immunites-et-statut-des-deputes-vers-une-suppression-de-linviolabilite-par-cecile-guerin-bargues/

4547 Voir ce sur point : C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif…, op.cit., p.46-58 et 299-351.

spécialistes de droit constitutionnel observent que cet argument traditionnel « a, de nos jours, largement perdu de sa pertinence »[4548], même si « l'indépendance de la justice n'est toujours pas en France pleinement assurée »[4549]. Cette évolution tient, selon la doctrine, à ce que, depuis le début de la Vème République, les règles du parlementarisme rationalisé, en dépit des progrès de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, muselle fortement le pouvoir d'obstruction et de nuisance du Parlement. Par conséquent, il en résulte que « le risque est bien moindre de voir le pouvoir exécutif porter atteinte au bon fonctionnement des assemblées par l'intermédiaire de procédures judiciaires injustifiés, orchestrées à l'encontre de ses opposants »[4550] par rapport aux Républiques précédentes[4551]. Elle ajoute d'ailleurs que la quasi-disparition de ce stratagème est attestée par la pratique[4552], bien que « la rareté des cas litigieux ne suffise pas en soi à justifier la suppression de l'inviolabilité »[4553] puisqu'un seul cas peut paralyser le fonctionnement de l'hémicycle. En outre, le renforcement de l'indépendance de la justice à l'égard du pouvoir exécutif limite, pour la doctrine, les possibilités pour l'exécutif d'engager des poursuites guidées par des intentions politiques contre ses adversaires[4554].

951. Dès lors, face à cet affaiblissement des fondements doctrinaux historiques de l'inviolabilité parlementaire, les juristes de droit constitutionnel tentent de repenser, au début du XXIème siècle, les soubassements théoriques modernes de ce mécanisme ancien. Ils observent qu'en autorisant les poursuites contre un parlementaire sans autorisation préalable des chambres, les constituants ont permis une immixtion plus grande de l'autorité judiciaire dans le fonctionnement du pouvoir législatif. De ce point de vue, la doctrine constate que la magistrature judiciaire ne s'est pas privée de ce nouveau pouvoir puisqu'« un nombre croissant de personnalités, qui (…) était jadis en partie soustraites, à la loi commune » répond de leurs actes désormais[4555]. Or, ajoute-elle, « en les

4548 *Ibid*., p.365.
4549 *Ibid*.
4550 *Ibid*. Jean Calvo ajoute également que la médiatisation de la vie politique a réduit ce risque : l'inviolabilité « ne correspond pas réellement à un besoin de protection des parlementaires contre les pressions que l'exécutif pourrait exercer sur eux, dans la mesure où la publicité beaucoup plus large qu'auparavant faite autour d'un tel abus est une garantie plus efficace que n'importe quelle loi » (J. Calvo, L'immunité parlementaire en droit français, LPA, n°114, 1995, p.7).
4551 Le rapport de la Commission de Venise sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires met en avant le motif du *fait majoritaire* pour justifier la remise en cause de l'inviolabilité parlementaire au plan international : « la modernisation de la démocratie (…) a pour effet que la menace de pressions indues de l'exécutif sur le parlement a pratiquement disparu dans bien des pays. La montée en influence des partis politiques a (…), au moins dans les systèmes parlementaires, multiplié les liens entre le gouvernement et les parlementaires du parti au pouvoir » (rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires, op.cit., p.6).
4552 Sur ce point : C. Guérin-Bargues, Immunités et statut des députés…, op.cit.
4553 *Ibid*.
4554 Comme le note Cécile Guérin-Bargues, « si c'est effectivement entre les mains de l'Exécutif que repose l'action publique, l'engagement des poursuites et, plus encore, de mesures privatives ou restrictives de liberté, est néanmoins encadré par nombre de dispositions législatives et réglementaires, tandis que la capacité de la Chancellerie à peser sur les magistrats du parquet s'avère de moins en moins bien tolérée. Parallèlement, l'indépendance des juges du siège apparaît elle, dans les textes comme dans la pratique, largement établie même si, constitutionnellement, le chef du pouvoir exécutif en demeure curieusement le garant » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.366).
4555 *Ibid*., p.367. Pour Jean Calvo, « un acteur nouveau est intervenu, à savoir le pouvoir judiciaire, qui a souvent hélas la fâcheuse tendance à se transformer en « gouvernement des juges » voire en « justicier » (J. Calvo, L'immunité

soumettant à son examen les gouvernants, la justice braque contre elle ces derniers qui, en retour, cherchent à circonscrire ses capacités d'intervention en lui niant toute légitimité »[4556]. Dans ces conditions, la crainte de l'autorité judiciaire s'affirmant comme un pouvoir quasi-autonome, qui a pris la place de la crainte du pouvoir exécutif au tournant des années 1990[4557], explique le maintien actuel de l'inviolabilité parlementaire « dont le champ d'application va bien au-delà des seuls actes relatifs à la fonction parlementaire »[4558]. Dans cette optique, la doctrine constitutionnelle juge que le principe fondamental qui constitue l'arrière-plan de l'idée d'inviolabilité parlementaire est *le principe de la séparation des pouvoirs*. Comme le souligne Cécile Guérin-Bargues, « en suspendant pour un temps le sort des parlementaires à la volonté de la représentation nationale, elle assure la protection du législatif contre les empiétements du judiciaire »[4559]. Néanmoins, la doctrine constitutionnelle nuance la pertinence de ce principe théorique explicatif.

B. Un fondement fragile

952. Deux principaux arguments sont avancés par la doctrine constitutionnelle pour relativiser le bien-fondé de ce nouveau fondement. *D'une part*, Cécile Guérin-Bargues considère que la loi constitutionnelle de 1995, au lieu de restreindre la protection des parlementaires, aboutit paradoxalement à la renforcer et à soustraire, par là-même, les représentants de la Nation à l'action du juge judiciaire. Ce renforcement tient, selon elle, à la subordination de « l'ensemble des mesures de contrôle judiciaire – et même celles qui n'entravent en rien la liberté de circulation du parlementaire – ainsi que son éventuelle révocation, à une procédure de mainlevée »[4560], mais également à la subordination accrue des mesures privatives de liberté à l'autorité du Bureau de l'assemblée concernée[4561]. Surtout, ajoute-elle, la loi constitutionnelle du 4 août 1995 a entouré la

parlementaire en droit français, op.cit., p.7). Sur ce point : R. Badinter, Une si longue défiance, Pouvoirs, n°74, 1995, p.7-12.

4556 *Ibid*.

4557 O. Beaud, L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République : un constat critique, n°281, Esprit, 2002, p.108-121.

4558 C. Guérin-Bargues, Immunités et statut des députés…, op.cit. D'ailleurs, comme le note Cécile Guérin-Bargues, « les débats qui ont précédé l'adoption de la loi constitutionnelle du 4 août 1995, révisant notamment le régime de l'inviolabilité parlementaire, montrent d'ailleurs bien que le maintien de cette dernière ne s'explique pas par les exigences du régime représentatif, mais bien par une défiance certaine envers l'autorité judiciaire » (*ibid*.).

4559 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.371.

4560 Désormais, l'ensemble des mesures de contrôle judiciaire sont soumises à autorisation des bureaux des Chambres. Or cette extension qui n'était qu'une pratique sénatoriale est critiquable pour Cécile Guérin-Bargues car « elle procède d'une assimilation systématique des mesures de contrôle judiciaire à une arrestation, alors que la plupart des options prévues par l'article 138 du Code de procédure pénale, si elles limitent la liberté d'action du parlementaire, n'entravent en rien sa capacité à siéger », comme par exemple l'interdiction d'émettre des chèques, de détenir une arme ou l'obligation de contribuer aux charges du mariage (C. Guérin-Bargues, Immunités et statut des députés…, op.cit., p.385-386). Pour une analyse approfondie du nouveau régime juridique par le même auteur : *ibid*., p.382-389.

4561 La réforme du 4 août 1995 opère une subordination renforcée des mesures privatives de liberté à l'autorisation des Bureaux puisque, pour Cécile Guérin-Bargues, la révocation du contrôle judiciaire est subordonnée à autorisation du bureau de l'assemblée concernée et il est maintenu dans la Constitution, à l'article 26 alinéa 2, l'autorisation d'arrestation

procédure de levée d'immunité de garanties assurant sa confidentialité. Elle note, en effet, qu'« elle s'est efforcée – et a amplement réussi – à rendre beaucoup plus discrète la mise en œuvre de l'inviolabilité, en la faisant non plus relever de la Chambre mais du Bureau. (…) Ce choix procède de la volonté légitime de protéger la procédure d'une médiatisation qui s'est parfois révélée excessive »[4562]. Cependant, une telle confidentialité est critiquable à ses yeux dans un régime représentatif dans la mesure où elle empêche un contrôle indirect des citoyens sur le bien-fondé de l'inviolabilité. Comme le note la constitutionnaliste, « en dépit de décisions dorénavant un peu plus prolixes quant à leur motivation, on est loin de la publication du rapport sur la demande et du débat en séance qui prévalaient dans la procédure antérieure. Dès lors, l'usage que les assemblées font de l'inviolabilité reste assez largement soustrait au regard des représentés, c'est-à-dire au jugement de ceux-là même au nom desquels la protection est conférée. La relative confidentialité de la procédure apparaît, dès lors, difficilement compatible avec une démocratie représentative dont l'esprit suppose non seulement la publicité des décisions, mais aussi de leurs motifs »[4563].

953. *D'autre part*, un fait politique récent a semblé illustrer, pour la doctrine, une relation davantage apaisée entre le pouvoir législatif et la justice. Pour la première fois sous la Vème République, l'Assemblée Nationale a rejeté une demande de suspension des poursuites le 3 juin 2014. À cet égard, pour Benjamin Fargeaud, l'examen de cette demande paraît révéler un changement de paradigme dans leur examen, fondé sur une plus grande maturité entre les deux pouvoirs[4564]. En l'espèce, un député, Henri Guaino, a déposé à la présidence de l'Assemblée Nationale une proposition de résolution tendant à la suspension des poursuites engagées contre lui[4565] par le Parquet de Paris pour outrage à magistrat et discrédit jeté sur un acte ou une décision

(cf. *ibid*., p.386-389). Si les autorisations de poursuite sont supprimées par la réforme, l'arrestation d'un parlementaire est toujours subordonnée à l'autorisation de la Chambre dont il émane, sauf en cas de crime ou de délit flagrant ou de condamnation définitive. Cette notion d'attestation fait l'objet d'une appréciation étendue puisqu'elle englobe notamment la détention provisoire, la garde à vue, l'assignation à résidence et l'internement administratif (circulaire du 23 octobre 1961 (JO lois et décrets du 5 novembre 1961, p.10104)).

4562 C. Guérin-Bargues, Immunités et statut des députés…, op.cit. Pour Georges Bergougnous, même si les demandes de suspension continuent de donner lieu à un débat public, la restriction de la médiatisation « a conduit à un apaisement des passions au prix, sans doute, d'une moindre transparence » (G. Bergougnous, Le statut des parlementaires. De l'application souveraine à la souveraineté du droit, RDP, n° spécial, 2002, p.346).

4563 C. Guérin-Bargues, Immunités et statut des députés…, op.cit. L'auteur estime que cette évolution est contraire à l'esprit de la réforme du 4 août 1995 et risque d'affaiblir un peu plus le bien-fondé de l'inviolabilité parlementaire : « les Bureaux des assemblées semblent (…) s'enfermer dans une attitude de défiance vis-à-vis du public qui pourrait à terme se révéler contre-productive. Alors que la révision de l'article 26 avait précisément pour objet de permettre une mise en œuvre apaisée de l'inviolabilité, l'extension exagérée de la règle du secret, parce qu'elle porte nécessairement en elle le germe de la suspicion, risque de rouvrir le débat sur la légitimité de la protection accordée aux parlementaires » (C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif, op.cit., p.392). En outre, la constitutionnaliste ajoute que cette confidentialité est contraire à la logique de la démocratie représentative au fondement de l'inviolabilité parlementaire : « en s'abandonnant maladroitement à la rétention d'information, les Chambres fragilisent l'inviolabilité, car elles excluent de sa mise en œuvre le droit à l'information des représentés, de ceux-là même qui donnent un sens à l'institution représentative et, ce faisant, à toute idée d'immunité » (*ibid*.).

4564 B. Fargeaud, Actualité des immunités parlementaires : les enseignements du rejet de la demande de suspension des poursuites formulée par Henri Guaino (juin 2014), Jus Politicum, n° 14 [http://juspoliticum.com/article/Actualite-des-immunites-parlementaires-les-enseignements-du-rejet-de-la-demande-de-suspension-des-poursuites-formulee-par-Henri-Guaino-juin-2014-1007.html].

4565 La procédure de suspension des poursuites est régie par l'alinéa 3 de l'article 26 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont

juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance sur le fondement des articles 434-25 et 434-24 du Code pénal[4566]. Pour la doctrine, les motivations parlementaires de son rejet laissent apparaître une transformation des mœurs politiques qui remet en question la pertinence du fondement moderne de l'inviolabilité parlementaire. À cet égard, lors de l'examen de cette proposition, si certains parlementaires ont rappelé la tradition républicaine et parlementaire d'accueil des demandes de suspension des poursuites, cet argument n'a pas emporté, de manière surprenante, la conviction de la majorité parlementaire. Au contraire, la demande de suspension des poursuites « a reçu un accueil franchement hostile »[4567], pour deux raisons principales. En premier lieu, les parlementaires tirent la conséquences de la réforme constitutionnelle du 4 août 1995 qui est « revenue à une conception plus restrictive de l'inviolabilité parlementaire en limitant les effets de la suspension des *poursuites* à la durée de la session, et non à la durée du mandat »[4568]. Dès lors, ils estiment que la demande de suspension des poursuites est devenue « une procédure exceptionnelle, voire tombée en désuétude »[4569]. En second lieu, de façon inédite, la commission des immunités a exprimé la confiance que lui inspire l'autorité judiciaire dans son rapport. Pourtant, la procédure de suspension des poursuites, compte tenu des forces qu'elle met en jeu, est considérée comme « une procédure particulièrement sensible à une éventuelle dégradation des rapports entre le pouvoir législatif et autorité judiciaire »[4570], d'autant plus dans la présente affaire qui oppose directement un député à un magistrat. Or, en l'occurrence, s'appuyant sur une déclaration de René Capitant datant de 1963 selon laquelle l'Assemblée peut suspendre les poursuites « sous réserve que le trouble apporté à l'ordre public par cette suspension ne soit pas tel qu'il l'emporte sur l'atteinte à la souveraineté nationale résultant des poursuites intentées contre un membre du Parlement »[4571], le rapport décide qu'une suspension des poursuites contre le député constituerait un trouble « réel » à l'ordre public. Cette solution tient à ce que « la proposition d'Henri Guaino ne fait qu'exacerber les tensions entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire, à un moment où justement on a besoin de sérénité et de sang-froid »[4572]. Pour la doctrine, cette position du rapport est fort symbolique. Elle marque, tout d'abord, une évolution des mentalités des parlementaires qui acceptent de faire prédominer une

suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert ». L'alinéa 4 du même article ajoute que : « L'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus ».

4566 Proposition de résolution tendant à la suspension des poursuites engagées par le Parquet de Paris contre M. Henri Guaino, député, pour outrage à magistrat et discrédit jeté sur un acte ou une décision juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance, n°1954, 16 mai 2014 (en ligne sur le site de l'Assemblée Nationale).

4567 B. Fargeaud, Actualité des immunités parlementaires…, op.cit., p.23.

4568 *Ibid*., p.23-24.

4569 *Ibid*., p.23.

4570 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régimes représentatifs, op.cit., p.27.

4571 R. Capitant, JORF, Assemblée Nationale, débats, 1e séance du 26 juillet 1963, p.4577.

4572 Rapport n° 1989 « fait au nom de la Commission chargée de l'application de l'article 26 de la Constitution sur la proposition de résolution (n° 1954) de M. Henri Guaino, tendant à la suspension des poursuites engagées par le Parquet de Paris contre M. Henri Guaino, député, pour outrage à magistrat et discrédit jeté sur un acte ou une décision juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance », par M. Matthias Fekl, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 mai 2014, p.15.

logique juridique sur une logique politique. En outre, elle est la manifestation d'une volonté de collaboration confiante entre les chambres avec l'institution judiciaire. Cette volonté ressort clairement des paroles de l'ancien président de la commission des lois, Jean-Jacques Urvoas, lorsque ce dernier soutient à la tribune « l'idée selon laquelle un refus de la suspension des poursuites aurait valeur d'approfondissement de l'État de droit ». À la « tradition établie », il préfère « un Parlement exemplaire qui ne retarde pas artificiellement l'action de la justice contre l'un des siens »[4573]. Il existe donc, pour Fargeaud, « une tendance de fond qui mène le parlementaire à reconnaître l'autorité du juge, tendance qui traverse les disciplines partisanes et les courants politiques. Plus qu'une simple question d'opportunité partisane, c'est bien une évolution plus profonde des mentalités parlementaires que l'on peut observer ici »[4574]. Néanmoins, Benjamin Fargeaud appelle à la prudence, étant donné qu'« il ne faut pas extrapoler à l'excès à partir de ce cas d'espèce »[4575]. Elle peut être éventuellement le point de départ d'une évolution future dans l'environnement actuel marqué par l'approfondissement de l'État de droit. En ce sens, au regard du droit comparé, « la disparition de l'inviolabilité en droit anglais, dès la fin du XVIIIème siècle, s'explique par la mise en place de rapports apaisés entre pouvoir législatif et exécutif, dans un contexte où les améliorations progressives de la procédure de l'*habeas corpus*, les progrès des droits de la défense et l'affirmation très précoce d'une justice indépendante protègent suffisamment la liberté individuelle pour que le parlementaire accepte d'être soumis au droit commun »[4576]. En définitive, à travers cette double raison avancée par la doctrine constitutionnelle, la crainte du « pouvoir judiciaire » peut apparaître comme un fondement fragile pour justifier l'inviolabilité parlementaire. C'est pourquoi, en l'absence de raison d'être, certains constitutionnalistes font la proposition inédite de la supprimer de notre ordre constitutionnel.

*
**

4573 Cité par B. Fargeaud, Actualité des immunités parlementaires…, op.cit., p.24. D'ailleurs, le député Henri Guaino sera relaxée par le tribunal correctionnel de Paris au motif qu'en sa qualité d'élu dans le cadre d'un débat d'intérêt général, n'a pas outrepassé les limites admissibles de la liberté d'expression concernant la critique de la décision d'un magistrat.
4574 B. Fargeaud, Actualité des immunités parlementaires…, op.cit., p.30.
4575 *Ibid*., p.22.
4576 C. Guérin-Bargues, Immunités et statut des députés…, op.cit.

Conclusion du chapitre 1

954. De ce chapitre il ressort qu'à partir des années 1990, la problématique des immunités constitutionnelles est au centre des discussions de la doctrine constitutionnelle. La multiplication des affaires mettant en cause un Président de la République et des ministres, ajoutée aux nombreuses révisions constitutionnelles portant sur les statuts dérogatoires de l'exécutif et du législatif ont contribué à raviver cet intérêt doctrinal. La production scientifique sur ce sujet connaît un essor sans précédent au regard de l'histoire de ce questionnement, signe de la profonde réflexion de la doctrine constitutionnelle. Ces travaux ont d'ailleurs la particularité de se livrer à des analyses approfondies du droit comparé.

955. À l'origine, l'attention des constitutionnalistes s'est portée sur le privilège de juridiction des ministres. Suite à l'affaire du sang contaminé, le système de responsabilité des ministres a fait l'objet d'une profonde réforme par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 et la loi organique du 23 novembre 1993. Au nom de l'État de droit, la doctrine a souligné l'effort des constituants pour concevoir un mécanisme de responsabilité des ministres devant la Cour de Justice qui se rapproche d'un procès pénal afin d'éviter la justice politique, tout en garantissant au ministre un privilège de juridiction pour parer à tout harcèlement judiciaire et prendre en compte la particularité de l'action gouvernementale. Mais l'arrêt rendu par la Cour de Justice le 9 mars 1999 dans cette affaire, a suscité de nombreuses critiques doctrinales. D'une part, les défenseurs de la doctrine du droit politique ont dénoncé le processus de « criminalisation de la responsabilité » des gouvernants à l'œuvre dans cette décision, consistant à juger l'activité ministérielle et ses errements sur le fondement d'une responsabilité purement *pénale* au détriment de la responsabilité politique. Ils ont démontré qu'un tel mécanisme dénaturait le droit constitutionnel en sacrifiant la responsabilité politique et en prônant l'idéologie du droit commun. D'autre part, ils ont souligné l'échec du compromis recherché par les constituants à travers la réforme de 1993 en raison du retour de la justice politique dans cet arrêt, preuve en est que toute responsabilité prétendument pénale des ministres conserve toujours un aspect politique à un degré plus ou moins important. Le modèle de responsabilité des ministres instauré pour les actes liés à leurs fonctions insatisfait donc déjà, dès cette époque, la majorité des constitutionnalistes.

956. Mais, à compter de la fin des années 1990, la question des immunités *présidentielles* a accaparé l'attention de la doctrine constitutionnelle. Si ce problème occupait déjà une grande importance dans la pensée constitutionnelle entre 1958 et la fin des années 80, il connaît un développement qu'il n'a jamais connu au regard de notre histoire constitutionnelle. Sous l'influence de l'affaire Chirac et de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 qui a réformé en profondeur

le régime de responsabilité du chef de l'État, il est notable d'observer que la double question de l'inviolabilité et de l'irresponsabilité du Président de la République a donné lieu à d'importants travaux doctrinaux. Pour des raisons conjoncturelles, les constitutionnalistes se penchent en priorité sur le problème de son inviolabilité qui ne constitue plus désormais une hypothèse d'école. Les décisions de jurisprudences quelque peu contradictoires de la Cour de Cassation et du Conseil Constitutionnel amènent les juristes de droit constitutionnel à se positionner vis-à-vis de ce problème. À cet égard, l'examen de leurs conceptions révèle les clivages méthodologiques et théoriques qui structurent la doctrine constitutionnelle française. Une majorité de ses membres est favorable à l'extension de son privilège de juridiction devant la Haute Cour pour les actes en dehors de l'exercice de ses fonctions sur la base d'une méthode d'interprétation systématique de l'ancien article 67 de la Constitution et du paradigme du droit politique. À l'opposé, une minorité soutient la compétence des juridictions de droit commun dans cette hypothèse à l'aide d'une méthode exégétique et du principe de l'État de droit. Par la suite, la réforme constitutionnelle du 23 février 2007, censée clarifier le régime de responsabilité du chef de l'État, n'a pas résolu tous les problèmes. Les constitutionnalistes s'opposent, *d'une part*, sur le sens du terme flou de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » prévu au nouvel article 68 de la Constitution. La plupart d'entre eux en donnent une représentation large qui englobe aussi bien les actes commis dans et hors l'exercice de ses fonctions, alors que d'autres en défendent une lecture stricte appuyée sur une logique exclusivement institutionnelle. *D'autre part*, la doctrine semble s'accorder sur le caractère politique de la responsabilité du chef de l'État devant la Haute Cour, même si, en réalité, bon nombre souligne sa nature *sui generis*. Pour autant, les problèmes liés aux privilèges exorbitants du chef de l'État ne sont pas tous réglés. La présidentialisation du système de la Vème République, renforcée par le quinquennat et la personnalité active d'un Président en particulier, donne lieu à des questionnements relativement nouveaux qui en révèlent les dérives. Il s'agit du droit reconnu aux conseillers du Président de bénéficier de son immunité pour les actes qu'ils prennent en son nom, et de la possibilité pour le chef de l'État d'agir en justice et de se porter partie civile en phase offensive, ce que la doctrine appelle « la théorie du Président-requérant ». Or cette double extension du statut immunitaire du Président de la République provoquée par la jurisprudence judiciaire, est vivement critiquée par une grande partie des juristes de droit constitutionnel. Ces deux problèmes sont examinés par une majorité de ses membres à l'aune des exigences nouvelles de l'État de droit, formalisées dans le texte de la Convention Européenne des droits de l'homme, dont notamment le droit à un procès équitable et l'égalité devant la justice. La plupart met en exergue l'étendue et la disproportion manifeste du statut immunitaire présidentiel, ce qui explique leur appel massif à une refonte du statut juridictionnel du chef de l'État.

957. Par comparaison avec l'objet d'étude des privilèges de l'exécutif, les immunités parlementaires sont quelque peu délaissées par la doctrine. La rationalisation du régime parlementaire – en dépit de la réforme du 23 juillet 2008 - et la quasi-absence d'affaires retentissantes diminuent l'intérêt scientifique de ce thème. Mais les abus commis par les parlementaires et la multiplication des demandes de levée de l'immunité conduisent à la révision constitutionnelle du 4 août 1995 qui fait naître de nouvelles interrogations. À cet égard, une grande partie des constitutionnalistes se réjouisse de la réduction du champ d'application de l'inviolabilité parlementaire - caractérisée par la liberté des poursuites sans autorisation préalable des Bureaux des assemblées -, d'après un raisonnement qui illustre une tendance de fond du discours constitutionnel français contemporain. Se plaçant dans une logique davantage judiciaire que constitutionnelle, ils entendent faire prédominer le droit à un tribunal, qui suppose un droit d'accès au juge, garanti aux citoyens par l'article 6 §1 de la Convention Européenne des droits de l'Homme, sur la protection du bon fonctionnement des assemblées. En outre, cette révision a également pour conséquence de favoriser une immixtion plus grande de l'autorité judiciaire dans le fonctionnement du pouvoir législatif. La doctrine met ainsi en lumière la transformation du fondement historique de l'inviolabilité parlementaire qui ne réside plus dans la crainte du pouvoir exécutif, mais dans celle du « pouvoir judiciaire », même si quelques juristes relativisent la pertinence de ce fondement.

958. En définitive, l'ensemble de ces affaires a mis en exergue les défaillances des statuts immunitaires des pouvoirs constitués. En effet, la période qui s'ouvre à partir des années 1990 est une période de remise en cause profonde par la doctrine constitutionnelle des paradigmes traditionnels structurant les immunités des pouvoirs constitués. La déconstruction de l'argumentation adoptée par les professeurs sur chacune de ces problématiques a permis de révéler l'ancrage de courants dans le paysage scientifique français du droit constitutionnel, dictés par une méthodologie et une philosophie du droit constitutionnel divergentes. À cet égard, il est apparu que la doctrine de l'État de droit, guidée par l'idéologie du droit commun, tend à devenir dominante au sein de la science française du droit constitutionnel, ce qui amorce un discours profondément réformateur au début du XXIème siècle.

CHAPITRE 2 :

UN DISCOURS CONSTITUTIONNEL CONFLICTUEL EN MATIÈRE DE STATUTS DÉROGATOIRES DES POUVOIRS CONSTITUÉS : ENTRE BANALISATION ET PROTECTION DU STATUT DES POUVOIRS CONSTITUÉS

959. « Les peuples démocratiques aiment l'égalité dans tous les temps, mais il est de certaines époques où ils poussent jusqu'au délire la passion qu'ils ressentent pour elles »[4577]. Au début du XXIème siècle, cette tendance est manifeste pour les statuts dérogatoires des responsables politiques. La problème des immunités constitutionnelles est, en effet, à un tournant de son histoire. Depuis les années 1990, les révisions constitutionnelles successives ont tenté de réduire l'étendue des immunités constitutionnelles des ministres, des parlementaires et, dans une moindre mesure, du Président de la République[4578]. Or cette évolution générale qui va dans le sens d'une atténuation, voire d'une disparition du régime des immunités constitutionnelles des pouvoirs constitués, est portée par un discours de la doctrine constitutionnelle qui le radicalise encore davantage. Le questionnement des immunités constitutionnelles est pensé, à partir des années 2000, dans un contexte politico-juridique profondément modifié par rapport aux régimes précédents. Il se caractérise par « l'emprise de la Convention européenne des droits de l'homme [qui] a irrigué les ordres juridiques nationaux [et] l'opinion »[4579] en promouvant une société des droits. Cependant, la doctrine constitutionnelle française n'est pas unanime sur le bien-fondé et l'avenir des immunités constitutionnelles. Il se dessine une fracture entre deux discours constitutionnels, qui révèle, par effet de miroir, les courants sous-jacents anciens qui structurent la science française contemporaine du droit constitutionnel.

960. Un premier discours, que l'on qualifiera de « rénovateur », aspire à la disparition de la plupart des mécanismes dérogatoires des pouvoirs constitués. Ce discours critique, majoritaire au sein de la doctrine constitutionnelle française, entend réagir aux nombreuses carences des régimes de responsabilité des gouvernants qu'elle a mises en lumière au cours des nombreuses affaires, et même depuis le début de la Vème République. Dans cette perspective, la construction conceptuelle bâtie pendant près de deux siècles par des générations de constitutionnalistes est, actuellement, détricotée par des constitutionnalistes réformateurs. Ils entendent moderniser les statuts dérogatoires des pouvoirs constitués compte tenu d'un environnement juridique, politique et social différent. Ses

4577 A. de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, t.2, Paris : Flammarion, rééd. 1981, p.122.
4578 Au contraire, Marie-Anne Cohendet estime que « l'irresponsabilité du président a été nettement accrue (…) par la révision constitutionnelle du 23 février 2007 », ainsi que par les décisions du Conseil Constitutionnel (le 22 janvier 1999) et de la Cour de cassation (M.-A. Cohendet, Le président de la République, 2è éd., op.cit., p.38).
4579 S. Pinon, Le statut du président de la République…, op.cit., p.359.

partisans cherchent à réinterroger la légitimité et les paradigmes traditionnels des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués à l'aune des exigences modernes de l'État de droit, formalisées notamment dans le texte de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Ce discours majoritaire repose, en réalité, en arrière-plan sur une *logique pénale*, dont l'esprit est proche de celui de la doctrine de l'État de droit. Celle-ci, nouveau paradigme cristallisant le champ scientifique du droit constitutionnel – et même du droit public plus généralement -[4580], compte, parmi ses postulats, une égale soumission des gouvernants et des gouvernés au droit ainsi que la prééminence du droit, garantissant par là-même la démocratie. En raison de ses fondements, elle « légitime (…) la montée en puissance du pouvoir juridictionnel »[4581]. À cet égard, ces impératifs modernes trouvent un terrain d'expression avec le droit pénal, soucieux lui aussi de l'égalité de tous les citoyens devant la loi pénale, la répression des infractions et la protection des droits des victimes. Les partisans d'un tel discours véhiculent ce que Olivier Beaud appelle « l'idéologie du droit commun »[4582], qui tend vers la banalisation de statuts dérogatoires (**section 1**).

961. *A contrario*, un discours iconoclaste minoritaire, que l'on nommera classique ou « traditionaliste », cherche à défendre le maintien des immunités constitutionnelles, non sans quelques aménagements. Ce dernier repose sur des présupposés théoriques divergents de ceux du discours précédent. Refusant « le populisme pénal »[4583] et le « moralisme démocratiquement douteux »[4584], ses partisans préfèrent fonder les immunités constitutionnelles sur la théorie générale de l'État, à laquelle ils entendent redonner ses lettres de noblesse compte tenu de sa disparition des enseignements du droit constitutionnel[4585]. De ce point de vue, ils entendent s'inspirer des modes de pensée de la doctrine publiciste classique. L'immunité, utilisée raisonnablement, est envisagée comme une institution classique du droit public dont l'utilité est le bon fonctionnement de l'État. Ce discours, qualifié par ses membres d'« entorse au principe du constitutionnalisme »[4586], est guidé par une *logique constitutionnaliste* qui entend faire prévaloir l'intérêt de l'État sur la protection des droits individuels. En outre, il obéit également à une *logique démocratique*. Ses partisans élaborent une théorie démocratique de la justification de l'immunité présidentielle et parlementaire, en défendant l'idée que la seule qualité de représentant de la Nation justifierait une protection spécifique pour les actes commis en dehors et dans l'exercice de ses fonctions. Ils s'appuient, pour cela, sur une conception, non pas technique, mais *politique* de la démocratie selon laquelle la légitimité d'une autorité élue prime sur celle d'une autorité non élue, comme l'est le juge. Dès lors, ils privilégient la protection du mandat électif sur celle de la fonction judiciaire, dont ils redoutent

4580 J. Chevallier, Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, op.cit., p.19-20.
4581 *Ibid*., p.8.
4582 O. Beaud, Le sang contaminé. Essai critique…, op.cit., p.96.
4583 O. Beaud, Si les gouvernants ont failli face à la crise sanitaire, la solution de la plainte pénale n'est pas la bonne », Le Monde, 21 avril 2020.
4584 G. Carcassonne, Le Président de la République française et le juge pénal, op.cit., p.284.
4585 Sur ce point : O. Jouanjan, Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État, op.cit., p.105.
4586 O. Beaud, Irresponsabilité et immunité du Président..., op.cit., p.197.

en outre le harcèlement et le militantisme. Ces débats autour des régimes exorbitants des gouvernants mettent donc en évidence de nombreux points de tension (**section 2**).

SECTION 1. UN DISCOURS RÉFORMATEUR MAJORITAIRE : LA CRITIQUE DES IMMUNITÉS AU CŒUR D'ENJEUX CONCEPTUELS NOUVEAUX

962. Les scandales politico-financiers qui ont rythmé la vie politique française à partir des années 1980 et l'absence choquante de sanctions, ont fait naître une insatisfaction croissante dans l'opinion publique et la doctrine constitutionnelle. Il s'est fait jour une revendication puissante d'une plus grande égalité devant la loi et la justice ainsi que d'une meilleure effectivité du droit. En ce sens, ces impératifs contemporains ont été entendus par les membres de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par l'ancien Premier ministre, M. Lionel Jospin, mis en place par le Président de la République à l'été 2012, qui ont fait plusieurs propositions allant dans le sens d'un alignement de certains statuts dérogatoires du chef de l'État et des ministres sur le droit commun.

963. Cet esprit réformateur a trouvé un écho particulier dans la doctrine constitutionnelle française actuelle. La majorité de ses membres tient un discours hostile à l'égard des immunités constitutionnelles, sans vouloir leur disparition totale. À cet égard, si un discours critique avait commencé à émerger dans la pensée constitutionnelle de la IVème République, il prend une dimension extrêmement importante au début du XXIème siècle. Cette orientation amène d'ailleurs ses auteurs à s'interroger sur les conditions de scientificité d'un discours critique[4587]. Leur pensée

4587 La réponse à la question de savoir si une activité qui ne se restreint pas à une stricte description des faits a un caractère scientifique découle de la définition donnée de la science. Pour Marie-Anne Cohendet, « on peut parfaitement admettre qu'une science pure soit exclusivement descriptive. On peut aussi avoir une autre conception de la science du droit, dans laquelle la critique juridique est parfaitement légitime et nécessaire. La fonction critique de la doctrine est indispensable dans une démocratie. Le renoncement à cette fonction a des conséquences très fâcheuses » (M.A. Cohendet, Le Président de la République, 2è éd., op.cit., p.154). L'auteur ajoute que « certes la rigueur scientifique impose une parfaite honnêteté intellectuelle, impliquant une grande droiture dans l'analyse, un parfait désintéressement, des efforts constants sur soi-même pour oublier ses opinions et ses *a priori* afin d'être le plus objectif possible » (M.-A. Cohendet, Les Épreuves en Droit public, op.cit., p.35). Mais elle estime qu'« aucun travail scientifique ne peut être fait sans esprit critique » (*ibid*., p.33) car « l'esprit critique impose en même temps, et c'est la conciliation qui est difficile, beaucoup d'esprit d'innovation et de courage. Il est bien plus dangereux de remettre en cause les idées reçues que de suivre les sentiers battus. Cependant le risque « en vaut la chandelle », car c'est seulement grâce à leur imagination et à leur audace que certains chercheurs ont pu faire progresser la réflexion juridique » (*ibid*., p.35). Pour cela, Marie-Anne Cohendet fixe quelques critères pour qu'un travail critique soit scientifique. En premier lieu, la ou les analyses doivent être de nature juridique, « c'est-à-dire fondées sur des arguments relatifs au droit et à sa cohérence » (*ibid*., p.34). Du point de vue du droit constitutionnel, « dans une démocratie, l'appréciation critique des règles constitutionnelles se fait au regard de l'objectif démocratique choisi par le peuple » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.19).

réformatrice prend appui sur la doctrine de l'Etat de droit dont l'un des corollaires est le principe d'égalité devant la loi et devant la justice. En arrière-plan, cette doctrine postule que les gouvernants ne sauraient être au-dessus des lois et doivent rendre compte de leurs actes extérieurs à leurs fonctions devant les tribunaux, comme n'importe quel citoyen. Ce devoir est d'ailleurs corroboré par le droit à un procès équitable protégé par la Convention Européenne des droits de l'Homme qui tend à envahir les mentalités des juristes de droit constitutionnel. La notion de démocratie apparaît dès lors en creux comme le fondement axiologique de leur entreprise de rénovation des statuts dérogatoires des gouvernants. La prééminence du droit constitue également un de leurs soubassements théoriques puisque selon la logique du constitutionnalisme libéral, les gouvernés comme les gouvernants doivent être soumis à l'Etat de droit. Le rôle du juge est donc primordial dans cette conception puisqu'il permet de répondre au déni de justice mis en exergue par les citoyens et de prononcer une sanction, civile ou pénale, contre les gouvernants, contrairement à la responsabilité politique qui demeure ineffective[4588]. Le juge devient, en quelque sorte, l'allié objectif du peuple. De surcroît, l'assurance d'une sanction et le respect réel de la loi[4589] participent par là-même, selon ses partisans, d'une moralisation de la vie publique et à un exercice des responsabilités exemplaires.

964. Dans cette optique, elle propose de repenser le statut de l'exécutif dans un sens plus respectueux de l'égalité des citoyens devant la justice et du droit à un procès équitable, en supprimant l'inviolabilité civile et pénale du Président de la République, ainsi que le privilège de juridiction des ministres du texte constitutionnel de 1958 (**§1**). En outre, dans un même souci égalitaire, les défenseurs d'un discours rénovateur proposent de supprimer l'inviolabilité parlementaire prévue à l'article 26 alinéa 2 de la Constitution de 1958. Considérée comme un vestige de la prééminence institutionnelle passée des assemblées, la disparition de l'anti-parlementarisme de l'exécutif, l'indépendance de la justice et les enseignements du droit comparé sont autant d'arguments en faveur de son abrogation (**§2**).

---

et c'est pourquoi pour parvenir à cet objectif, « il faut pouvoir clairement distinguer entre la norme prévue par le texte et les faits » (*ibid.*). À cet effet, la constitutionnaliste estime que « de manière accessoire (...), les analyses critiques peuvent aussi prendre en compte des éléments relatifs au fonctionnement des règles de droit, c'est-à-dire concernant les relations qu'entretiennent les règles de droit avec la société à laquelle elles s'appliquent. Il s'agira par exemple d'évoquer les éléments d'ordre sociologique, économique, religieux, historique, politique qui expliquent l'avènement, la disparition, l'application ou l'ineffectivité d'une règle de droit » qui forment ce que Marie-Anne Cohendet appelle « le système de variables déterminantes » (M.-A. Cohendet, Les Épreuves en Droit public, op.cit., p.34). En second lieu, le ton de l'analyse critique doit être basé sur « des arguments précis et rigoureux », formulés de manière modérée et respectueuse (M.-A. Cohendet, Les Épreuves..., op.cit., p.34). V. également sur ce point : M.-A. Cohendet, Science et conscience, de la neutralité à l'objectivité, Mélanges M. Prieur, Dalloz, 2007, p.75-89 ; « Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte », collectif, D. 2010, p.1505.

4588 Comme le note Stéphane Pinon, « le juge est la figure centrale des régimes contemporains, chacun doit y avoir accès, à égalité des armes » (S. Pinon, Le statut du président de la République…, op.cit., p.359).

4589 Comme l'a observé J. Rivero, « l'État de droit, c'est celui dans lequel la toute-puissance du pouvoir trouve sa limite dans la règle juridique qu'il est tenu de respecter. Comme toute institution, il répond à une finalité. Ici, la finalité n'est pas douteuse : c'est la protection du citoyen contre l'arbitraire » (J. Rivero, État de droit, état du droit, Mélanges Braibant, Paris, Dalloz, 1996, p.609).

§1. Un statut pénal de l'exécutif réformé plus conforme aux canons du constitutionnalisme et de l'État de droit : la soumission au droit commun

965. L'axe central de la pensée réformatrice d'une grande partie des juristes de droit constitutionnel consiste à modifier les règles constitutionnelles en vigueur dans une seule et même direction : établir un statut juridictionnel plus respectueux du principe d'égalité devant la loi et la justice en rapprochant le statut juridictionnel des gouvernants de celui du droit commun. Une telle hypothèse revient, *d'une part*, à abroger l'inviolabilité présidentielle prévue par l'article 67, alinéas 2 et 3 de la Constitution, tout en conservant pour le président le bénéfice de l'immunité fonctionnelle prévue à l'article 67, alinéa 1 (**A**) et, d'autre part, à mettre fin au privilège de juridiction des ministres, même si certains constitutionnalistes sont fermement opposés au processus de criminalisation de la responsabilité des gouvernants (**B**).

A. La poussée des constitutionnalistes en faveur de la suppression de l'inviolabilité civile et pénale du chef de l'État : l'alignement sur le droit commun

966. L'analyse de la littérature constitutionnelle depuis le début de la Vème République a permis de mesurer combien la majorité des juristes de droit constitutionnel français sont critiques à l'égard du statut immunitaire du chef de l'État, tel qu'il a été bâti par les constituants en 1958 et par la révision constitutionnelle du 23 février 2007. Les reproches qu'elle lui adresse sont nombreux et touchent davantage son inviolabilité que son irresponsabilité[4590]. Parmi celles-ci, on peut relever l'extension continuelle des privilèges contentieux du chef de l'État[4591], la disproportion entre son pouvoir et sa responsabilité, l'incohérence de son statut - l'empêchant, par exemple, de divorcer de sa épouse -, son statut juridictionnel asymétrique entre le stade offensif et défensif[4592], l'atteinte

4590 Julien Boudon estime, par exemple, que si « la dignité et l'importance de la fonction [présidentielle] font obstacle à tout ce qui viendrait en troubler l'exercice, [cette] solution (…) ne s'impose pas avec la force de l'évidence : aux Etats-Unis, le président doit répondre de ses actes au plan civil et pénal, ainsi que l'ont démontré à la fin des années 1990 les infortunes – de la vertu – de Bill Clinton dans les affaires Paula Jones et Monica Lewinski » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, 2è éd., op.cit., 2014, p.77). Il ajoute d'ailleurs que la proposition de supprimer l'irresponsabilité présidentielle a été proposée par la Commission Jospin : « la commission de « rénovation et de déontologie de la vie publique » présidée par Lionel Jospin a indiqué en 2012 sa préférence, moyennant des aménagements, pour une pleine responsabilité civile et pénale du président lors de son mandat » (*ibid.*).

4591 Cette extension des privilèges présidentiels, notamment l'inviolabilité, se fait, selon la doctrine, au détriment des citoyens. Julien Boudon estime que « la longueur de la procédure et le « gel » de la responsabilité civile et pénale tout au long du mandat ralentissent la machine [judiciaire] au point que l'on peut douter que la justice soit bien administrée » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., p.78).

4592 « Il est particulièrement choquant que le président soit à l'abri de toute poursuite, mais qu'il puisse dans le même actionner la justice, d'autant plus qu'il est garant de son indépendance (article 64) et qu'il a même présidé le Conseil Supérieur de la magistrature jusqu'en 2008 » (*ibid.*).

portée par son statut judiciaire à un principe de base du constitutionnalisme, c'est-à-dire la protection des citoyens contre les pouvoirs[4593].

967. Or la doctrine observe que, malgré la récurrence et la persistance de ces critiques ainsi que les tentatives pour le réformer, le statut « abracadabrantesque »[4594] du chef de l'État n'évolue guère depuis le début de la Vème République. Cette résistance et le maintien de ses privilèges dans les institutions françaises tiennent, pour Philippe Ardant, à la culture constitutionnelle nationale et à ses racines monarchiques : « Évoquer la responsabilité pénale du chef de l'État est longtemps apparu comme inconvenant, voire sacrilège ; legs de la monarchie de droit divin, il en reste aujourd'hui encore quelque chose. Ceci explique peut être l'embarras du constituant lorsqu'il consent à s'en préoccuper, ce qui est peu fréquent, et le caractère elliptique, réticent et confus des dispositions concernant cette responsabilité. La Constitution de 1958 en fournit une nouvelle démonstration »[4595]. Sur la base de cet héritage, les partisans de son statut le fondent sur un principe qui constitue un reliquat d'absolutisme perdurant dans la République, *la continuité de l'État*. Comme le remarquent Norbert Foulquier et Vincent Valentin, « sans sa tête, même momentanément, le corps de la nation s'effondrerait sans doute. Puisqu'il est impensable que le statut soit né de la volonté de protéger les intérêts du président, il ne reste que l'hypothèse d'une dévotion un peu niaise au pouvoir suprême. Personne sacrée, le président échappe au sort du commun des mortels. Fi des deux corps du roi ! Notre président n'a pas de corps matériel, il n'est que corps politique, sacré. L'institution se confond avec le corps naturel. Du coup, aucun de ses actes ne peut être détaché de sa fonction »[4596]. À rebours de cette tradition, les constitutionnalistes réformateurs soutiennent, dès lors, de revenir à un statut juridique plus raisonnable du Président de la République, c'est-à-dire davantage républicain.

968. Pour l'ensemble de ces raisons, la doctrine juge que « l'actuel statut contentieux du chef de l'État n'est pas satisfaisant »[4597], la réforme du 23 février 2007 ayant laissé un goût d'« inachevé »[4598]. C'est pourquoi il est indispensable, selon eux, de revenir sur le principe de l'inviolabilité civile et pénale pour les actes détachables du chef de l'État, sans toucher à son

4593 « Depuis la révision de février 2007, le statut judiciaire du chef de l'État mélange (…) [et] confond les deux personnes (…). Repousser après la fin de son mandat son éventuel jugement (...) là est « le détournement de la Constitution qui n'est pas faite pour accorder une protection judiciaire aux représentants élus mais une protection aux citoyens contre les agissements de leurs représentants contraires à leur mission » (D. Rousseau, Pour un statut démocratique du chef de l'État, Libération, 5 janvier 2012).
4594 N. Foulquier et V. Valentin, Cécilia, l'impossible divorce, Libération, 17 octobre 2007.
4595 Ph. Ardant et *al*., La responsabilité pénale du président français. Réponses à deux questions, op.cit., p.61. Comme le notait Pierre Legendre, la Cinquième République est « constitutionnellement bâtie en vue d'une répétition monarchique de style républicain » (P. Legendre, Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Critique, 1976, p. 255).
4596 N. Foulquier et V. Valentin, Cécilia, l'impossible divorce, Libération, 17 octobre 2007.
4597 P. Cassia, Repenser le statut contentieux du président de la République, op.cit., p. 1.
4598 O. Desaulnay, La constitution de partie civile…, op.cit., p.1203.

irresponsabilité pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions[4599]. Ainsi, dans un souci d'établir un rapport plus égalitaire entre les citoyens et le chef de l'État devant la loi et la justice ainsi que d'éviter toute disproportion entre son statut juridictionnel offensif et défensif, Paul Cassia propose le système suivant inspiré du jugement du TGI de Paris dans l'affaire Clearstream du 28 janvier 2010 : il suggère que le président de la République puisse certes, « à l'instar de tout citoyen, librement faire valoir ses droits en justice, y compris lorsqu'il est en fonctions - et cette liberté a été exercée par l'actuel chef de l'État. En retour, le citoyen exerçant momentanément les fonctions de président de la République doit pouvoir faire l'objet, à l'ordinaire, de poursuites en raison des actes accomplis en dehors de ses fonctions »[4600], antérieurement ou pendant celles-ci. Par cet alignement du statut juridictionnel du Président de la République sur le statut juridictionnel du droit commun, il n'y aurait plus, pour les partisans de cette idée, de « suspension temporaire de l'État de droit »[4601]. Ils ajoutent que la possibilité de mettre en jeu la responsabilité civile et pénale[4602] du chef de l'État pour les actes extérieurs à ses fonctions permettrait aux citoyens, non seulement, *au pénal*, de se constituer partie civile lors d'un procès pénal, et, *au civil*, de protéger le droit à l'indemnisation des victimes - qui constitue un principe à valeur constitutionnelle[4603] - ainsi que « les dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme permettant qu'à chacun sa cause soit entendue, et ce, dans un délai raisonnable, d'autant, sur ce dernier point, que le nombre de mandats n'est pas limité[4604].

4599 Toutefois, certains auteurs qui réexaminent le privilège de l'irresponsabilité présidentielle par rapport aux exigences du droit à un procès équitable, le jugent contraire. Par exemple, pour Yanis Zoubeidi-Defert, « un éventuel déni de justice est envisageable puisqu'en l'espèce les requérants ne peuvent pas déclencher de poursuites devant la Haute Cour de justice et, si les parlementaires l'eussent fait, les requérants n'auraient pas pu se constituer partie civile aux termes de l'article 29 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 précitée puisqu'il rend possibles les actions en réparation devant les juridictions de droit commun des crimes et délits poursuivis devant la Haute Cour. Or, si la procédure de mise en accusation ne va pas à son terme, les requérants ne peuvent pas voir leurs dommages supposés réparés devant le juge de droit commun » (Y. Zoubeidi-Defert, La responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.155).

4600 P. Cassia, Repenser le statut contentieux du président de la République, op.cit., p. 1.

4601 Y. Zoubeidi-Defert, La responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.155. Pour Olivier Desaulnay, « le temps est (re)venu pour [le Président de la République] de réaffirmer un principe essentiel de l'État de droit : nul ne peut être affranchi du respect des lois, pas même le chef de l'État » (O. Desaulnay, La constitution de partie civile…, op.cit., p.1210).

4602 Cependant, Julien Boudon rappelle une des hypothèses de travail des pouvoirs publics vis-à-vis de cette question. Prévoyant un champ d'application plus large à l'inviolabilité présidentielle, le projet de loi constitutionnelle du 13 mars 2013 envisageait de conserver l'inviolabilité du Président de la République en matière pénale et d'autoriser les poursuites contre lui en matière civile après autorisation de la commission des requêtes visée à l'article 68-1 de la Constitution et à condition que l'exercice de sa mission et la dignité de sa fonction ne soient pas atteints » (cf. J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, 2è éd., op.cit., 2014, p.78).

4603 Cons. Const., décision n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, Rec., p. 61.

4604 Y. Zoubeidi-Defert, La responsabilité du chef de l'État…, op.cit., p.155. Cette idée sera confirmée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme comme le note Bruno Genevois : « en raison du risque d'iniquité résultant pour les éventuelles victimes du fait de devoir attendre la fin du ou des mandats présidentiels, l'atteinte ainsi portée au droit d'accès à un tribunal risquant d'être jugée disproportionnée au regard des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, (…) est intervenu un arrêt du 30 janvier 2003 de la Cour européenne des droits de l'homme, Cordova c/ Italie, critiquant le régime des immunités parlementaires par référence au droit au procès équitable » (propos de Bruno Genevois rapportés dans Débats, *in* B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Responsabilité et démocratie, op.cit., p.21).

969. Toutefois, les partisans d'une telle solution égalitaire ne s'accordent pas sur ses modalités concrètes. Certains suggèrent une banalisation totale, tandis que d'autres instaurent certains gardes-fous. Pour les premiers, ils estiment qu'il n'est nul besoin d'instaurer à cet égard des filtres permettant d'évaluer le sérieux de l'action dirigée contre un acte détachable pour la double raison que ces derniers risquent de « faire naître la suspicion d'une justice de connivence » et qu'ils « existent déjà dans les procédures de tous ordres »[4605]. Cette position repose donc sur la confiance totale dans le juge ordinaire et son indépendance. Mais d'autres auteurs ont une conception plus stricte de la justiciabilité du chef de l'État pour ses actes privés. Ils introduisent certaines barrières juridiques[4606] pour éviter tout harcèlement judiciaire – reconnaissant par là-même la situation particulière du chef de l'État qui n'est pas un justiciable comme les autres - et appellent d'ailleurs à un débat sur la nomination des juges[4607]. De la sorte, par la mise en place d'un équilibre subtil entre une protection indispensable de la fonction présidentielle et une égalité devant la justice restaurée, « le nouveau statut du chef de l'État pourrait être conçu à l'aune du « bel enjeu offert au constitutionnaliste (…) : faire en sorte dans un souci de liberté, de ne pas mettre la couronne au greffe, mais aussi faire en sorte, dans un souci d'égalité, de ne soustraire quiconque à la justice[4608].

4605 *Ibid*.

4606 Dominique Rousseau met en avant, par exemple, que « pour d'autres actes, la frontière entre actes rattachables et actes détachables sera peut-être plus difficile à tracer ; le constituant devra donc prévoir une commission, composée de magistrats du siège, pour en décider. Sur le modèle, par exemple, de la responsabilité des magistrats. Jusqu'en 2008, elle ne pouvait pas être engagée par un justiciable afin de protéger le magistrat dans l'exercice de sa fonction ; depuis la révision de 2008, les requêtes individuelles sont autorisées mais soumises au filtre d'une commission pour éviter les mises en cause abusives ou fantaisistes » (D. Rousseau, Sur la possibilité pour le président de la République de se constituer partie civile, op.cit., p.6). De même, conscient du besoin de protection du chef de l'État accru par sa place institutionnelle, Mathieu Poujol estime que « le témoignage, l'arrestation, voire l'emprisonnement du chef de l'État pourraient être soumis à l'autorisation de l'Assemblée nationale ou d'une commission de filtrage composée de membres issus du Conseil d'État et de la Cour de cassation. La seconde solution – également défendue par le rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique – serait préférable, afin de ne pas placer le sort du chef de l'État entre les mains d'intérêts partisans, au mépris de la séparation des pouvoirs. La soumission du chef de l'État aux règles du droit commun est donc possible, même si elle impose à l'évidence quelques aménagements » (M. Poujol, La constitution de partie civile…, op.cit., p.413-414). Parmi les ajustements principaux proposés par le rapport de la Commission Jospin destinés à protéger la fonction présidentielle, celui de créer une « Commission supérieure d'examen préalable » chargée de filtrer entre les plaintes et procédures celles qui paraissent abusives ou manifestement infondées ou qui se rapportent à des actes qui ont été accomplis ès qualité par le chef de l'État et qui entrent, dès lors, dans le champ de l'immunité fonctionnelle. Pour le reste, il aménage les règles de compétences et de procédure des phases d'instruction et de jugement. Des dérogations mineures par rapport au droit commun sont présentées pour concilier tous les intérêts.

4607 Comme le note Dominique Rousseau, « depuis longtemps, la justice est soumise au pouvoir politique. Soit, sous la IVe République, au pouvoir législatif. Soit, sous la Ve République, au pouvoir exécutif. Le temps n'est plus au rafistolage ou aux aménagements ; le temps est venu de rompre ce cycle politique et de fonder sur les seuls principes de séparation des pouvoirs et de garantie des droits énoncés à l'article 16 de la Déclaration de 1789 l'indépendance et l'impartialité de la justice en les confiant à une autorité constitutionnelle indépendante, le Conseil supérieur de la justice (CSJ) – et non de la magistrature. Composé de magistrats élus par leurs pairs et de personnalités qualifiés nommées par le parlement à la majorité qualifiée des 2/3, il recevrait du ministère les compétences en matière de nomination des magistrats, d'élaboration du budget de la justice et de sa discussion avec le parlement, de gestion et de contrôle de l'utilisation du budget par les juridictions, de la définition de la politique de formation des magistrats et de la discipline des magistrats » (D. Rousseau, Sur la possibilité pour le président de la République de se constituer partie civile, op.cit., p.7) ; *v.* également : O. Desaulnay, La constitution de partie civile…, op.cit., p.1210.

4608 T. S. Renoux, Le pari de la justice, Pouvoirs, n° 99, p. 94.

970. On observe ainsi que l'inviolabilité présidentielle n'est plus appréhendée selon une logique constitutionnelle mais selon une logique, en partie, judiciaire[4609] et démocratique[4610], en dépit de quelques aménagements. Cette lecture tend à faire prédominer le droit au juge sur les intérêts de l'État et la sérénité nécessaire à la fonction présidentielle. Cette même préoccupation guide la proposition de réforme du privilège de juridiction des ministres.

B. La compétence des tribunaux de droit commun pour les crimes et délits commis dans l'exercice des fonctions ministérielles : un changement de paradigme contesté

971. À l'instar du chef de l'État, le statut juridictionnel des ministres doit également être, pour les défenseurs du discours réformateur, plus respectueux du principe d'égalité devant la loi et la justice, ce qui se traduit par un rapprochement de leur statut juridictionnel avec celui des citoyens ordinaires[4611]. En dépit de la large banalisation de son dispositif[4612], la suppression de la Cour de Justice de la République prévue à l'article 68- 1 de la Constitution et la compétence des juges ordinaires pour juger les ministres sont un moyen de remédier, pour eux, aux nombreuses faiblesses du système, dont l'ouvrage de Cécile Guérin-Bargues consacré spécialement à cette question[4613], fait le recensement. Elle instruit le procès de la Cour de Justice de la République en trois temps : sa

4609 Par exemple, Marie-Anne Cohendet juge que l'irresponsabilité du Président pour ses actes accomplis en tant qu'individu et non en tant que Président est « une atteinte au principe d'égalité devant la justice » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.528).

4610 « Cette responsabilité accrue (du Président de la République) représente sans doute un impératif démocratique dans un contexte où, depuis l'instauration du quinquennat en 2000, le régime se présidentialise progressivement » (F. Mélin-Soucramanien et P. Pactet, Droit constitutionnel, 33è éd., Sirey, 2014, p.423).

4611 Comme l'exprime Julien Boudon, « pour des raisons en partie psychologiques – il faut que les justiciables aient le sentiment que la justice a été rendue – il est sans doute nécessaire de supprimer le privilège de juridiction des ministres et de confier les attributions de la Cour de Justice de la République aux juridictions répressives ordinaires (…). Les exigences de simplicité, de célérité et la confiance dans la justice commandent aujourd'hui cette solution » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.1, op.cit., 2014, p.121).

4612 Pour Julien Boudon, le caractère pénal de la responsabilité pénale des ministres prévue à l'article 68-1 de la Constitution est manifeste, que ce soit au regard de l'intitulé du titre X ainsi que de la procédure fixée par ce même article et la loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993 qui « s'inspire de la procédure pénale ordinaire » (*ibid*., p.118). Il ajoute que « seule la formation de jugement fait une place, certes majoritaire, au personnel politique » ().

4613 C. Guérin-Bargues, Juger les politiques ? La Cour de Justice de la République, Paris: Dalloz, 2017. Cet ouvrage fait suite à un article du même auteur paru sur la revue *Jus Politicum* : C. Guérin-Bargues, Cour de justice de la République: pour qui sonne le glas?, Jus Politicum, n° 11, 2013 [http://juspoliticum.com/article/Cour-de-justice-de-la-Republique-pour-qui-sonne-le-glas-818.html].

naissance précipitée[4614], son organisation défectueuse[4615] et son fonctionnement contestable[4616]. Dès lors, du fait de ses multiples défauts[4617], la grande majorité des juristes de droit constitutionnel contemporains en réclament la disparition depuis longtemps[4618], de manière à mettre fin à ce « compromis boiteux »[4619] entre juridiction ordinaire et juridiction d'exception.

972. Néanmoins, il est notable d'observer que ce discours qui a pourtant pour fondement axiologique l'égalité entre les gouvernants et les gouvernés, reconnaît et prend en compte, à l'image du chef de l'État, la situation particulière des ministres en prévoyant des aménagements au droit

4614 Sur ce point, Cécile Guérin-Bargues estime que la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 et la loi organique du 23 novembre 1993 sont « mal conçue(s) car élaborée(s) de manière précipitée pour réagir à la difficulté de sanctionner les ministres face au drame du sang contaminé » puisque les ministres n'étaient plus en fonction et que l'affaire impliquait uniquement trois ministres (C. Guérin-Bargues, Juger les politiques ?…, op.cit., p.20). Compte tenu de ces éléments, les constituants ont été contraints d'utiliser la responsabilité pénale de droit commun en lieu et place d'une responsabilité politique et politico-criminelle et de répondre au déni de justice réclamé par l'opinion publique. La Cour de Justice de la République est, à ses yeux, « une juridiction essentiellement réactive » (*ibid*.). Pour une analyse approfondie : *ibid*., p.20-23.

4615 Obsédés par la volonté de juger les ministres selon les règles du droit commun tout en ne donnant pas compétence aux juridictions pénales de droit commun, les constituants se sont exposés « à la confusion des registres » en établissant « une juridiction au caractère résolument atypique et structurellement contestable » (*ibid*., p.22-23), comme l'illustrent les trois temps de la procédure. Cécile Guérin-Bargues montre que la commission des requêtes, seule juge de l'opportunité des poursuites et de la qualification des faits poursuivis, est une institution originale de par sa composition et sa nature, étant donné qu'elle n'est ni autorité de poursuites ni juridiction (v. *ibid*., p.24-27). Une fois passé ce filtre, la commission d'instruction, toute aussi spécifique, fait l'objet d'une double critique par la constitutionnaliste : « sa propension, dès lors qu'elle est saisie, à refaire intégralement les instructions qui, dans certains cas, ont déjà été menées à bien par le juge d'instruction ordinaire », et « la possibilité qui lui est offerte de statuer sur la régularité de ses propres actes d'information » (*ibid*., p.28-29). Enfin, la commission de jugement pose problème, à ses yeux, en raison de la mixité de sa composition, par la présence de parlementaires – qui doivent prêter serment cependant – et des magistrats professionnels. Cette composition est problématique à plusieurs égards. En plus, du « caractère douteux de l'impartialité objective de la juridiction » (*ibid*., p.35), elle aboutit à « un système foncièrement insatisfaisant, qui pose le principe de la responsabilité pénale des ministres tout en le faisant sanctionner par une juridiction spéciale, c'est-à-dire qui postule le caractère, sinon interchangeables » (*ibid*., p.32-33). Elle tend par là-même à supposer que « la responsabilité pénale est le prolongement du contrôle politique que le Parlement exerce sur l'Exécutif » (*ibid*., p.32).

4616 Cécile Guérin-Bargues soulève de nombreuses contradictions dans le fonctionnement de la Cour de Justice de la République. Tout d'abord, elle souligne que son mode de fonctionnement mélange des éléments de la procédure pénale de droit commun (pouvoir de déclencher les poursuites dévolu au Procureur général près la Cour de Cassation, exclusion des parlementaires de la commission des requêtes comme la commission d'instruction, prestation de serment des juges, droit de récusation, principe du contradictoire, pourvoi en cassation...) avec des éléments d'une juridiction d'exception (exclusion des constitutions de parties civiles sur le modèle de la Haute Cour, filtre de la commission des requêtes, composition mixte de la formation de jugement et surtout compétence *in personam* et non *in rem*), ce qui en fait, en réalité, une juridiction *sui generis*. Son fonctionnement constitue également une entorse au principe de non-rétroactivité de la loi pénale puisque l'article 68-1 de la Constitution a autorisé la Cour de Justice de la République à se saisir de faits antérieurs à sa création. En outre, la constitutionnaliste observe que la pratique de son fonctionnement depuis sa création suscite des interrogations quant à sa « compétence à géométrie variable » (sur ce point : *ibid*., p.37-45), comme par exemple la dissociation des compétences juridictionnelles portant sur des affaires et des infractions identiques entre les membres du gouvernement (C.J.R.) et leurs coauteurs ou complices (juridictions répressives ordinaires). De même, elle met en exergue les substrats de justice politique dans ses arrêts. Comme l'affirme la juriste de droit constitutionnel, « si l'article 68-1 de la Constitution précise que la C.J.R. est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi, cette juridiction atypique ne semble guère, sur le fond, s'écarter de la tradition des juridictions politiques. À l'instar de ces dernières, elle tend à se ranger derrière une thèse plus constitutionnaliste que pénaliste en considérant que les ministres bénéficient d'une responsabilité pénale atténuée, exorbitante du droit commun » (*ibid*., p.36). D'ailleurs, le pouvoir en cassation ne présente guère d'intérêt puisque la Cour de Cassation ne pouvant juger du fond des affaires, elle n'exerce qu'un contrôle léger sur les arrêts de la C.J.R (sur ce point : *ibid*., p.48-51).

4617 Denis Baranger et Olivier Beaud avancent deux autres arguments davantage pragmatiques pour justifier sa suppression. Il s'agit de « la lenteur d'une telle justice. Il y a quelques années, un journal avait consacré à l'institution un article insolemment intitulé : « la Cour de justice ou la belle endormie ». On pourrait aussi invoquer l'argument financier : en ces temps de disette financière, la suppression d'une institution au rendement incertain s'avérerait opportune » (D. Baranger et O. Beaud, Un regard de constitutionnalistes sur le rapport Jospin, op.cit., p.399). Enfin, pour Julien Boudon, les carences de la Cour de Justice de la République sont liées à « l'impossibilité de se constituer

commun. Les deux autorités exécutives ne sont pas totalement considérées comme des « justiciables ordinaires ». À cet égard, les partisans d'une telle thèse avancent plusieurs idées pour éviter toute poursuite abusive de la part des particuliers. Pour Georges Vedel et Olivier Duhamel, une commission des requêtes serait instituée en amont du jugement afin de vérifier « si les tribunaux ordinaires peuvent raisonnablement être saisis (...) et si le dossier révèle que nous ne sommes pas dans le domaine de la faute pénale »[4620]. Pour Carcassonne, ce modèle est séduisant à « la triple condition de limiter strictement le rôle de cette commission, de soigner sa composition et, surtout, d'attacher des effets automatiques à ces décisions »[4621]. Pour sa part, il imagine qu'« une commission formée des plus hauts magistrats – les président, vice-président et premiers présidents du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, ou leurs délégués – soit chargée d'un simple rôle d'aiguillage : les faits reprochés relèvent-ils de la responsabilité de droit civil ou pénal, ou de la responsabilité politique, ou des deux ? Dans le premier cas, ils sont renvoyés aux juges, procédures et textes de droit commun ; dans le deuxième, c'est l'Assemblée nationale qui doit être saisie, avec obligation pour elle de former une commission d'enquête dont les conclusions doivent donner lieu à un débat conclu par un vote, soit pour donner *quitus* au ministre de sa gestion, soit pour lui infliger une sanction (une échelle de peines appropriées peut aisément s'imaginer) ; dans le troisième cas, enfin, les deux procédures, judiciaire et parlementaire, pourraient coexister d'autant plus aisément qu'elles n'ont pas le même ressort, n'ont pas le même objet[4622]. Par cette proposition, « nulle impunité, donc, mais non plus nul déferlement

partie civile devant elle » ainsi qu'à la difficulté de « démêler ce qui relève des actes accomplis « dans l'exercice » des fonctions et ceux qui ne l'ont été qu'« à l'occasion » de ces fonctions (selon la distinction de la chambre criminelle de la Cour de Cassation) » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.1, op.cit., 2014, p.119).

4618 L'un des principaux investigateurs de cette réforme, Georges Vedel, n'hésite pas lui-même dans une tribune du Monde quelques jours avant le prononcé du verdict dans l'affaire du sang contaminé, à recommander sa suppression (G. Vedel et O. Duhamel, Le pénal et le politique, Le Monde, 3 mars 1999). Contre : F Gondre et J. Pradel, Cour de justice de la République : à conserver et à améliorer, JCP G., 2012, p. 566 s.

4619 C. Bidégaray, « C. Guérin-Bargues, Juger les politiques ? La Cour de justice de la République », Jus Politicum, n°21, p.525 [http://juspoliticum.com/article/C-Guerin-Bargues-Juger-les-politiques-La-Cour-de-justice-de-la-Republique-1223.html]. Dans le même sens, comme le note Julien Boudon, alors que la responsabilité pénale des ministres prévue à l'article 68-1 de la Constitution a été fortement banalisée, « preuve que le jugement des autorités publiques dans l'exercice de leurs fonctions n'est pas anodin, la composition de la Cour de justice reste majoritairement politique : douze de ses quinze membres sont des parlementaires, élus à égalié par l'Assemblée nationale et le Sénat » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.119).

4620 G. Vedel et O. Duhamel, Le pénal et le politique, op.cit. Dans le même sens, Julien Boudon soutient qu'il faut supprimer le privilège de juridiction des ministres et de confier les attributions de la Cour de justice de la République aux juridictions répressives ordinaires, « à condition de prévoir un filtre avant toute poursuite pour éviter les abus » (J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.121). Il cite pour exemple le projet de loi constitutionnelle du 13 mars 2013 modifiant l'article 68-1 de la Constitution et supprimant l'article 68-2 de la Constitution, qui prévoyait une commission des requêtes composée de sept magistrats (trois de la Cour de Cassation, deux du Conseil d'Etat et deux de la Cour des comptes) élus pour cinq ans chargée de se prononcer dans les six mois de sa saisine sur l'autorisation de poursuites contre un ministre. Par ailleurs, il prévoyait que les juridictions ordinaires de Paris, composée d'au moins trois juges, aurait une compétence exclusive pour les juger. Cependant, ce projet a été un échec car le chef d'Etat a abandonné ce projet faute de majorité des 3/5 au Congrès (cf. *ibid.*).

4621 G. Carcassonne, Petit Dictionnaire de droit constitutionnel, Paris : Éditions du Seuil, 2014, p.58.

4622 *Ibid.*, p.58-59 ; v. également J. Boudon, Manuel de droit constitutionnel, t.2, op.cit., 2014, p.121. La proposition de la commission Jospin rejoint en partie cette formule. Une « commission d'examen préalable » intervenait en amont de toute enquête pénale visant un ministre. Elle écartait les plaintes sans fondement, orientait vers les tribunaux ordinaires les plaintes ne relevant pas des fonctions gouvernementales et transmettait au Tribunal de grande instance de Paris celles qui viseraient des actes délictueux ou criminels des ministres dans l'exercice de leurs fonctions. Une fois franchie cette étape, les victimes pouvaient se porter partie civile devant ce tribunal (*v.* le rapport de la Commission de

incontrôlable et, surtout, le respect effectif de la séparation des pouvoirs, des compétences et de la légitimité de chacun d'entre eux »[4623]. Mais, si cette solution présente l'avantage d'opérer un meilleur rapport entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale, cette proposition demeure aléatoire car, comme l'estime Cécile Guérin-Bargues, « le chemin est long qui mène à une telle rationalisation de la responsabilité politique ! »[4624].

973. Dès lors, le changement de paradigme en matière de régime de responsabilité ministérielle pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions est flagrant. Les tenants de cette réforme instaurent en effet « une solution de compromis, qui se singularise sur un point capital : le principe est désormais l'application d'un statut de droit commun, tandis que l'exception est constituée d'aménagements destinés à prendre en compte la situation particulière (…) des membres du gouvernement »[4625]. Toutefois, la proposition de juger les ministres dans les conditions du droit commun est loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine constitutionnelle. Comme l'affirment Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, « l'application du droit commun est à l'origine de bien des problèmes »[4626]. Plusieurs arguments sont soulevés. Olivier Beaud et plusieurs constitutionnalistes dénoncent, tout d'abord, comme il a été vu précédemment, le phénomène de criminalisation de la responsabilité des gouvernants, qui a pour effet dangereux de confier au juge pénal le pouvoir de s'ériger en arbitre de la bonne ou mauvaise gestion[4627]. Il entraîne par la-même la dénaturation du caractère politique du droit constitutionnel, étant entendu que la responsabilité politique doit dans ce cas fonctionner et, à l'inverse, une politisation de la responsabilité pénale. En outre, cet appel au droit commun se heurte à d'autres objections, telles que le manque d'autorité[4628] et l'incompétence des magistrats qui, « peu au courant des contraintes et de la complexité de l'activité gouvernementale, [ne sauront peut être pas] discriminer entre acte politique et acte pénalement répréhensible sans violer la séparation des pouvoirs »[4629]. Enfin, cette hypothèse n'est réalisable qu'avec une réforme parallèle de la justice et de la procédure pénale. Comme le note Anne-Marie

rénovation et de déontologie de la vie publique, Pour un renouveau démocratique, L. Jospin, La documentation française, Paris, nov. 2012, p.78 et s.). Dans le même sens, le projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 prévoyait qu'une commission des requêtes se prononce sur la recevabilité des plaintes dans les six mois de sa saisine par le ministère public, par la juridiction d'instruction ou par toute personne se prétendant lésée. Cette commission devait classer sans suite les plaintes sans fondement, orienter vers les tribunaux ordinaires celles qui ne relevaient pas des fonctions gouvernementales et transmettre celles qui y étaient liées aux juridictions parisiennes. Tout délai de prescription était suspendu.

4623 G. Carcassonne, Cour de justice de la République : renoncer au salmigondis à la française. Libres propos, JCP G, n° 14, 2 avril 2012, p.397.

4624 C.Guérin-Bargues, Juger les politiques…, op.cit., p.60-61.

4625 D. Baranger et O. Beaud, Un regard de constitutionnalistes sur le rapport Jospin, RFDA, 2013, p.399.

4626 Ph. Ardant et B. Mathieu, Institutions politiques et droit constitutionnel, LGDJ, 25e éd., 2013, p.403.

4627 « Ce problème de la responsabilité pénale des gouvernants est incompréhensible si l'on ne saisit pas les deux phénomènes conjoints qui lui sont intrinsèquement associés : d'une part, l'incroyable prolifération du droit pénal et des incriminations pénales, qui a conduit à envisager des délits de négligence, et d'autre part, la capacité des magistrats à interpréter parfois extensivement ces délits pénaux » (D. Baranger et O. Beaud, Un regard de constitutionnalistes…, RFDA, 2013, p.399).

4628 v., C.Guérin-Bargues, Juger les politiques…, op.cit., p.58.

4629 C. Bidégaray, « C. Guérin-Bargues, Juger les politiques ? La Cour de justice de la République », op.cit., p.526 ; v. également : G. Carcassonne, Cour de justice de la République : renoncer au salmigondis..., op.cit., p.397.

Le Pourhiet, « la volonté de faire échapper les ministres aux juridictions et aux procédures de droit commun tient en réalité à la mauvaise qualité de la procédure pénale française, notamment à la possibilité reconnue aux parties civiles de s'ériger en parquet *bis* par une sorte de privatisation du ministère public. Ce pouvoir exorbitant placé entre les mains des « victimes » parfois hystériques et assoiffés de vengeance explique évidemment que l'on cherche systématiquement à en protéger les plus hautes autorités de l'État »[4630]. D'où les deux alternatives proposées. La première, évoquée plus haut, serait l'abolition du privilège de juridiction des ministres et la création d'une commission d'enquête spéciale[4631]. À l'inverse, la Cour de Justice de la République pourrait être maintenue mais ne serait compétente que pour les actes entièrement effectués dans l'exercice du pouvoir exécutif et d'une gravité telle qu'ils tombent sous le coup du droit pénal. La compétence de la cour serait étendue aux co-auteurs et complices et la possibilité de se constituer partie civile serait possible[4632]. Toutefois, la doctrine considère que ces légères corrections « n'annuleraient pas les principaux reproches adressés à cette juridiction : partialité, organisation lacunaire, frilosité des jugements, contrôle quasi virtuel de la Cour de cassation »[4633]. Par conséquent, on observe qu'aucune des solutions envisagées ne s'impose d'elle-même et ne fait consensus au sein de la doctrine. Le modèle français de responsabilité pénale des ministres pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions « s'efforce tant bien que mal de concilier [des] exigences contradictoires »[4634] sans obtenir de solution satisfaisante.

974. En définitive, la pensée réformatrice est marquée par une certaine convergence entre le statut juridictionnel du Président de la République et celui des membres du gouvernement, ce qui en fait un discours relativement cohérent. Dans le même esprit égalitaire, elle repense le statut immunitaire des parlementaires.

4630 A.-M. Le Pourhiet, Droit constitutionnel, 6e éd., Paris : Economica, 2014, p.389 ; v. également : D. Soulez-Larivière, La Cour de Justice de la République et l'affaire du sang contaminé, Pouvoirs, 2000, n°92, p.91.
4631 C. Guérin-Bargues, Juger les politiques…, op.cit., p.60-61. Il serait prévu que « le caractère intentionnel de la faute ministérielle serait déterminant pour donner compétence au juge judiciaire de droit commun. En revanche tout ce qui renverrait à des insuffisances professionnelles du ministre relèverait de sa seule responsabilité politique. Pour aider la commission des requêtes chargée d'aiguiller la procédure vers la voie pénale ou la voie parlementaire, elle serait composée d'un nombre égal de magistrats et de parlementaires. Reste à savoir alors comment sanctionner cette responsabilité politique » (C. Bidégaray, « C. Guérin-Bargues, Juger les politiques ? La Cour de justice de la République », op.cit., p.527).
4632 Sur ce point : C.Guérin-Bargues, Juger les politiques…, op.cit., p.60.
4633 C. Bidégaray, « C. Guérin-Bargues, Juger les politiques ? La Cour de justice de la République », op.cit., p.527.
4634 Ph. Ardant et B. Mathieu, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris : LGDJ, 25è éd., 2013, p.403.

§2. La remise en cause du bien-fondé de l'inviolabilité parlementaire à travers une relecture de ses paradigmes traditionnels et des garanties de la CEDH

975. Depuis la IVème République, l'inviolabilité parlementaire n'a plus bonne presse dans la littérature constitutionnelle. Contrairement à l'irresponsabilité parlementaire[4635], il existe en effet une longue tradition scientifique de stigmatisation de ce privilège. Or ce discours constitutionnel critique atteint son paroxysme au début du XXIème siècle puisqu'une tendance commence à émerger en faveur de sa suppression pure et simple. L'instigatrice principale de cette mouvement contemporain est la juriste publiciste Cécile Guérin-Bargues, dans sa thèse, « Immunités parlementaires et régime représentatif. L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, États-Unis) ». Son ouvrage a pour ambition de démontrer que le maintien de l'inviolabilité civile et pénale des parlementaires n'apparaît rationnellement plus justifié en opérant une déconstruction de ses soubassements théoriques historiques.

976. Elle démontre que la conception traditionnelle – que partage la doctrine constitutionnelle française - présentant l'irresponsabilité et l'inviolabilité comme un ensemble homogène visant à protéger l'indépendance des parlementaires, et dont l'existence serait indispensable au bon fonctionnement du régime représentatif, est fragile. Une mise en perspective historique et comparatiste démontrent, à ses yeux, que l'inviolabilité n'entretient pas de lien avec le régime représentatif qui est un fondement propre à l'irresponsabilité. En effet, d'un point de vue chronologique, elle observe que « les immunités se caractérisent par une apparition antérieure à la

4635 Pour Denis Baranger, le privilège de l'irresponsabilité parlementaire est, de nos jours, pleinement justifié. Mieux encore, « il faut aller dans le sens du maximum de liberté d'action politique pour les parlementaires » (D. Baranger, La Constitution et le statut des députés : que faut-il changer ?, JP Blog, 20 octobre 2017 [http://blog.juspoliticum.com/2017/10/20/la-constitution-et-le-statut-des-deputes-que-faut-il-changer/]). Pour cela, il estime qu'il doit être élargi et « rapprocher du périmètre couvert par l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme » (*ibid.*) car comme le déclare la Cour Européenne des droits de l'Homme, le Parlement constitue, « dans une société démocratique, le lieu essentiel du débat public » » (V. par ex. CEDH, 2e sect., 16 sept. 2014, Karácsony et a. c. Hongrie, § 66, req. n° 42461/13). En ce sens, les paroles prononcées par les députés, liées à leur activité parlementaire et à des questions nationales, doivent être protégées, selon lui, « même en dehors de l'enceinte paroles » (*ibid.*), tout en encadrant ses abus. La décentralisation de la parole politique des élus en dehors des assemblées via les réseaux sociaux est une évolution moderne qui nécessite de repenser le droit des immunités conçu en France à la fin du XVIIIème siècle : « ce que dit désormais une députée à la télévision ou un député sur un réseau social peut revêtir la même importance et doit recevoir la même protection qu'entre les « murs du parlement », selon la formule du droit britannique » (*ibid.*). Cette extension de la liberté de parole est davantage protégée par l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. En outre, cette recherche d'un élargissement de l'irresponsabilité parlementaire invite à réfléchir, selon Denis Baranger, au droit de la diffamation qu'il juge être un obstacle non négligeable à la liberté d'expression et notamment à la liberté d'expression politique : « il ne suffit pas que la jurisprudence soit rigoureuse, en s'opposant par exemple à l'application des articles 29 et suivants de la loi de 1881 au motif que les imputations diffamatoires se rapportaient à un débat d'intérêt général ou d'intérêt public, ou encore en créant de toutes pièces une excuse tirée de la bonne foi. Encore faut-il dire que la simple menace que constitue l'existence d'une plainte suivie automatiquement en la matière, d'une mise en examen, limite significativement la liberté de parole. Le récent arrêt Lacroix c. France [CEDH 7 sept. 2017, req. n° 41519/12] – qui concerne d'ailleurs la parole publique d'un élu, même s'il s'agissait en l'occasion d'un élu local – pourrait imposer une simplification d'un droit français devenu trop complexe et, par là, potentiellement liberticide » (*ibid.*).

consécration du caractère représentatif du mandat »[4636]. Cette assimilation entre l'inviolabilité parlementaire et le régime représentatif opérée par les juristes de droit constitutionnel tient, en réalité, notamment sous l'influence de la pensée de Carré de Malberg, « à la prégnance d'une conception abstraite et purement juridique du régime représentatif qui, accentuant de manière excessive la notion d'indépendance des représentants à l'égard des représentés, permet de justifier la mise en place d'une protection de l'ensemble des actes effectués par les parlementaires, qu'ils soient relatifs ou extérieurs à leurs fonctions »[4637]. Toutefois, Cécile Guérin-Bargues estime que le renforcement de la dépendance politique des représentants à l'égard des représentés par l'enracinement de la démocratie relativise l'indépendance fondamentale du parlementaire, même si cette évolution est sans incidence sur la légitimité de l'inviolabilité. En outre, sur le fondement du mandat représentatif, l'inviolabilité parlementaire trouverait sa justification dans l'exigence de complétude des assemblées, or la constitutionnaliste remarque que le bon fonctionnement du régime représentatif n'est en rien subordonné à la participation de l'ensemble des élus aux travaux des assemblées. D'ailleurs, la constitutionnelle ajoute que cette absence de lien logique entre l'inviolabilité et le régime représentatif est confirmée par le droit comparé. Elle souligne que « la quasi-inexistence de l'inviolabilité en droit anglais et américain témoigne (…) de la capacité du régime représentatif à fonctionner de manière satisfaisante, tout en soumettant au droit commun les actes délictueux ou criminels détachables de l'exercice du mandat parlementaire »[4638].

977. En dernier ressort, il apparaît que ni le principe protéiforme de la séparation des pouvoirs[4639] ni le principe démocratique[4640] ne permettent, selon elle, de légitimer ce privilège parlementaire. Or la recherche d'un fondement légitime est cruciale pour « cette institution qui heurte de manière frontale le principe d'égalité devant la loi »[4641]. À cet égard, loin de chercher à protéger les représentants des représentés, Cécile Guérin-Bargues soutient que l'inviolabilité parlementaire fut instaurée initialement « à l'encontre d'un pouvoir exécutif menaçant »[4642], puis est maintenue, dans le droit constitutionnel actuel, pour faire face à l'émergence d'un « pouvoir judiciaire ». Mais, une nouvelle fois, elle souligne que ces deux fondements sont désormais fragiles dans le contexte juridique et institutionnel actuel puisque « si l'on accepte le double postulat selon lequel, d'une part, l'indépendance de la justice est, sinon pleinement consacrée, du moins largement acquise et d'autre part, l'antiparlementarisme du pouvoir exécutif appartient à une époque en grande partie révolue, il est étonnant de constater que l'hypothèse de la suppression pure et simple de l'article 26 alinéa deux n'ait jamais été sérieusement envisagée »[4643]. En outre, ce discours réformateur réexamine

4636 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif…, op.cit., p.409.
4637 *Ibid*., p.410.
4638 *Ibid*.
4639 Sur ce point : *ibid*., p.120-121.
4640 Sur ce point : *ibid*., p.122.
4641 C. Guérin-Bargues, Immunités et statut des députés : vers une suppression de l'inviolabilité, op.cit.
4642 C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif…, op.cit., p.410.
4643 *Ibid*., p.366-367.

également le mécanisme de l'inviolabilité par rapport aux garanties découlant de la Convention Européenne des droits de l'Homme, et notamment le droit à un procès équitable. Sur ce point, Thierry-Serge Renoux et Xavier Magnon jugent que « même si dans l'ordre interne, la Constitution demeure selon la jurisprudence concordante du Conseil d'État et de la Cour de Cassation, la norme suprême, un tel mécanisme n'est sans doute pas à l'abri d'une appréciation divergente de la Cour européenne des Droits de l'Homme, notamment au regard du *droit au juge*, pour les actes, même mineurs, détachables de l'exercice des fonctions politiques et pour lesquels l'inviolabilité, même temporaire, apparaîtrait comme disproportionnée au regard de l'objectif à atteindre »[4644]. À travers une telle affirmation, la défense des intérêts personnels des citoyens aurait pour conséquence de prévaloir sur la protection de l'indépendance de l'élu.

978. Toutefois, cette proposition qui tend à normaliser le statut des parlementaires rencontre une double opposition. *En premier lieu*, certains constitutionnalistes se méfient « des juges sauveurs » et défendent la nécessité de protéger l'institution parlementaire « contre des tentatives d'usurpation de la part du corps judiciaire »[4645]. D'ailleurs, cette idée imaginée de supprimer l'inviolabilité parlementaire n'est accompagnée d'aucun garde-fou pour prévenir cette dérive, contrairement aux propositions de suppression de l'inviolabilité présidentielle et du privilège de juridiction ministériel. C'est pourquoi, comme le souligne Cécile Guérin-Bargues elle-même, la suppression de l'inviolabilité parlementaire ne pourra pas se faire sans une réforme préalable de la procédure pénale et du système judiciaire. Loin d'être un besoin systémique, la persistance de l'inviolabilité manifeste la relative immaturité des rapports que les pouvoirs constitués entretiennent en France. Elle affirme en effet que « tant que l'Exécutif, en France, n'aura pas pleinement renoncé à contrôler le Judiciaire**,** tant que la justice sera tentée de procéder par coup d'éclat pour conquérir un pouvoir qui lui est traditionnellement refusé, tant que les parlementaires auront des raisons légitimes de s'inquiéter de la montée en puissance du juge, tant, en substance, que les rapports entre pouvoirs publics ne seront pas enfin apaisés, l'inviolabilité continuera d'apparaître comme la traduction institutionnelle d'une peur bien ancrée. Instituée par la tradition révolutionnaire pour répondre à l'hostilité du pouvoir dominant, elle illustre aujourd'hui encore, la relative permanence des déséquilibres et des tensions

4644 T. S. Renoux et X. Magnon, Le nouveau régime de responsabilité du Chef de l'État…, op.cit., p.469. Ce discours doctrinal est conforté par le rapport de la Commission de Venise sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires de 2014 qui préconise, en dépit du silence de la Convention Européenne des droits de l'Homme, une mise en balance des immunités parlementaires avec les droits garantis par la Convention, tels que le droit d'accès à un tribunal et le principe d'égalité devant la loi, en recourant à un contrôle de proportionnalité (cf. rapport précité, op.cit., p.7-8). En outre, le rapport ajoute que le parlementaire bénéficie, de nos jours, d'une protection de ses droits fondamentaux dans de nombreux textes d'échelle différente : « les droits politiques de l'individu – dont la liberté d'expression et la protection contre l'arrestation arbitraire – reconnus dans nos sociétés modernes protègent tout un chacun, c'est-à-dire aussi bien les parlementaires, et réduisent considérablement la nécessité d'une protection spéciale de ces derniers. Ces droits de la personne sont depuis longtemps garantis en droit constitutionnel national comme en droit international et européen, notamment par la Convention Européenne des droits de l'Homme » (*ibid*., p.6).

4645 Propos de Pierre Avril cité par O. Beaud, Préface, in C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit., p.XV ; *v.* également : O. Beaud, L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la V e République : un constat critique, Esprit, n°281, 2002, p.108-121.

entre pouvoirs constitués »[4646]. *En second lieu*, dans une perspective davantage institutionnelle, Marie-Anne Cohendet estime que l'inviolabilité n'a pas perdu de son intérêt dans le régime de la Vème République. Plusieurs événements constitutionnels potentiels démontrent, selon elle, l'utilité de ce mécanisme juridique. D'une part, l'hypothèse d'une cohabitation qui n'est pas impossible atténue l'argument d'après lequel la menace de pressions indues de l'exécutif sur la majorité parlementaire a pratiquement disparu. Ce faisant, même en période de fait majoritaire, l'inviolabilité parlementaire fournit une garantie à la minorité parlementaire. D'autre part, en cas d'avènement au pouvoir d'un parti extrémiste qui aurait à sa disposition la police et/ou la justice, l'inviolabilité des parlementaires présenterait l'intérêt démocratique et libéral de limiter juridiquement sa capacité de museler le Parlement. La démocratie étant par essence fragile, le maintien de garde-fous à l'égard des gouvernants demeure encore, de nos jours, nécessaire[4647].

En dépit de ce double tempérament, la thèse de Cécile Guérin-Bargues présente l'intérêt d'ouvrir le débat sur l'utilité de l'inviolabilité parlementaire dans le droit constitutionnel français, de renouveler ses enjeux et de lancer des pistes de réflexion. Comme le déclare Benjamin Fargeaud, « il est sans doute trop tôt pour conclure à l'amorce d'un déclin de l'inviolabilité parlementaire, malgré les différentes aspirations doctrinales en ce sens. Mais force est de constater que cette procédure a rencontré ici ses limites, ce qui constitue en soi un précédent symboliquement important »[4648].

979. En définitive, le discours réformateur soutenu par une majorité de constitutionnalistes, conduit à une remise en cause des régimes dérogatoires des pouvoirs constitués en raison d'un réexamen des paradigmes doctrinaux traditionnels. Mais un tel discours est combattu par une minorité de juristes de droit constitutionnel qui se placent dans une logique davantage *institutionnelle* que judiciaire.

4646 *Ibid*., p.411. Cette même idée est partagée par Olivier Beaud qui estime que « le conflit apparemment insoluble entre parlementaires et juges ne peut être résolu que par une réforme du système judiciaire, du droit pénal et de la procédure pénale. (…) C'est seulement le jour où les citoyens, gouvernants et gouvernés, auront des garanties effectives de leur liberté contre les actions de la justice que l'on pourra envisager plus sereinement le cas des immunités parlementaires et songer à faire disparaître ce qui apparaîtra, une fois qu'on aura un droit pénal digne de respect, comme un anachronisme inadmissible » (O. Beaud, Préface, *in* C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif..., op.cit., p.XV).
4647 L'ensemble de ces considérations résultent des discussions avec Madame le Professeur Marie-Anne Cohendet.
4648 B. Fargeaud, Actualité des immunités parlementaires : les enseignements…, op.cit., p.30.

SECTION 2. UN DISCOURS TRADITIONALISTE MINORITAIRE : LA DÉFENSE DES IMMUNITÉS CONSTITUTIONNELLES DANS UNE PERSPECTIVE ÉTATIQUE ET DÉMOCRATIQUE

980. À rebours du discours rénovateur dominant, quelques membres de la doctrine entendent démontrer l'utilité et la légitimité des immunités constitutionnelles. Leur discours iconoclaste, que l'on qualifiera de « traditionaliste » ou classique, repose sur des postulats opposés ou, plus exactement, sur une interprétation divergente des principes qu'ils peuvent avoir en commun. À cet égard, leur pensée a pour point de départ une remise en cause des paradigmes théoriques qui structurent la conception de leurs contradicteurs. Ils récusent, tout d'abord, l'utilisation d'une logique pénaliste pour penser les statuts dérogatoires d'autorités *constitutionnelles*, illustrée par le phénomène de criminalisation de la responsabilité des gouvernants et l'emprise de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ils entendent défendre, au contraire, la spécificité du mode de pensée en droit constitutionnel. Comme le note Olivier Beaud, « si l'on veut reconstruire le droit à partir du seul principe d'égalité devant la loi, ni le droit public, ni l'État, ni la « représentation » des gouvernés par les représentants ne sont plus concevables »[4649]. Ils rejettent donc l'idéologie du droit commun véhiculée de nos jours par la doctrine. Ils conçoivent, au contraire, les immunités constitutionnelles à partir de la *théorie générale de l'État* qu'ils cherchent à reconnecter avec le droit constitutionnel, à l'image de la doctrine publiciste classique. Les défenseurs de ce discours ont en effet pour particularité d'être guidé par la volonté d'esquisser un nouvel horizon à la discipline du droit constitutionnel, en contribuant « à ouvrir les yeux sur (sa) dimension politique »[4650] occultée par la doctrine de l'État de droit et le discours constitutionnel jurisprudentiel (**§1**).

981. En outre, le discours traditionaliste fait également reposer sa conception des immunités constitutionnelles sur le *principe démocratique*. Cependant, si leurs adversaires se revendiquent également de ce principe, ils mettent en avant une définition divergente de la notion de « démocratie ». Rejetant une définition technique de la démocratie selon laquelle le juge en raison de sa compétence et de son indépendance, peut s'auto-proclamer le représentant du peuple, ils préfèrent une définition *politique* de la démocratie. Inspirée du rapport Avril, la théorie démocratique des immunités constitutionnelles consistent à démontrer qu'une autorité élue, comme le Président de la République ou les parlementaires, doit pouvoir exercer sereinement son mandat et être à l'abri de tout harcèlement de la part d'une autorité non élue, comme l'est le juge. Ses partisans

4649 O. Beaud, Le sang contaminé : essai critique…, op.cit., p.96.
4650 A. Le Divellec, « Jus Politicum : le droit ressaisi par la politique », disponible à l'adresse suivante: https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108jus_politicum__le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm.

entendent par là-même se protéger de l'émergence d'« un pouvoir judiciaire » sous la Vème République (**§2**).

§1. Les immunités constitutionnelles conçues comme l'un des instruments de l'institutionnalisation de l'État

982. Le discours traditionaliste défendu par une minorité de constitutionnalistes contemporains repose, en réalité, sur une entreprise plus générale visant « à renouer avec la dimension politique [du droit constitutionnel] qui lui est consubstantielle »[4651]. Après une phase de domination doctrinale du « droit constitutionnel jurisprudentiel » portée par l'École aixoise, le renouveau de la science constitutionnelle passerait aujourd'hui selon eux par le « droit politique ». En cela, les défenseurs de ce renouvellement seraient mus par la volonté de « réinvestir le discours classique du droit constitutionnel »[4652] développé par les maîtres fondateurs de la IIIème République[4653]. Le droit politique mobilise en effet la pensée publiciste classique, « aussi bien en tant qu'étalon de ce que devrait faire la doctrine contemporaine, qu'en tant qu'objet d'étude pour cette dernière »[4654]. Leur manière d'appréhender les immunités constitutionnelles en est la parfaite illustration.

983. La pensée publiciste classique propose une vision générale du droit public, une construction d'ensemble de celui-ci basée sur une théorie générale de l'État. De ce point de vue, elle appréhende les immunités constitutionnelles par la référence à l'État. Les constitutionnalistes contemporains entendent précisément se fonder dans les pas d'une telle représentation[4655]. Comme l'affirme Olivier Beaud, « on voudrait (…) suggérer l'idée que l'immunité, si est elle utilisée raisonnablement (…) - est une institution classique du droit public et tout simplement utile au fonctionnement de l'État »[4656]. En effet, les immunités constitutionnelles, si elles sont bien « une entorse au principe du constitutionnalisme »[4657], s'explique par le fait qu'elles sont destinées à protéger les parlementaires

4651 A. Le Divellec, Jus Politicum : le droit ressaisi par la politique ?, op.cit.
4652 X. Magnon, et A. Vidal-Naquet, Le droit constitutionnel est-il un droit politique?, op.cit., p.118.
4653 « Le droit politique s'inscrit dans une dimension idéaliste et romantique d'un grand temps de la doctrine juridique, âge d'or qui aurait été réduit à néant par le droit constitutionnel jurisprudentiel » (*ibid*.).
4654 *Ibid*.
4655 Par exemple, Georges Bergougnous observe à l'égard du chef de l'Etat qu'« à l'analyse et à la lumière de l'expérience, la normalisation de la fonction présidentielle apparaît introuvable, entravée quelle est par la spécificité qui s'attache au « deuxième corps » du président de la République » (G. Bergougnous, La normalisation de la fonction présidentielle est-elle possible ? Réflexions sur une exception française, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Paris : Montchrestien, 2008, p.27). Le professeur ajoute : « comme le roi, selon la célèbre démonstration d'Ernst Kantorowicz, avait un corps terrestre, charnel et mortel, tout en incarnant le corps politique et immortel du royaume, le président de la République française a également deux corps, celui du chef suprême de Gouvernement et de la majorité qui conduit et qui dirige la politique de la Nation mais qui peut disparaître en cas de cohabitation, et celui du chef de l'Etat, « qui surplombe tous les pouvoirs », rebelle à la « normalisation », auquel est reconnue et garantie une part irréductible et qui ne saurait mal faire » (*ibid*., p.34).
4656 O. Beaud, Irresponsabilité et immunité du président…, op.cit., p.196-197.
4657 *Ibid*., p.197.

et le chef de l'État, autrement dit l'État. C'est pourquoi les défenseurs de cette thèse constitutionnaliste soutiennent que les immunités ne sont pas une dérogation au droit commun mais une institution du droit constitutionnel commun, « considéré comme le droit des rapports entre gouvernants et gouvernés »[4658]. Cette affirmation est confirmée par l'histoire puisque celle-ci met en lumière « un lien intrinsèque entre l'avènement de l'État et la problématique des immunités accordées aux titulaires des pouvoirs publics »[4659]. De surcroît, ce rôle de protection de l'État révèle, selon les défenseurs d'une telle thèse, l'essence réelle de cette protection. Il ne s'agit pas d'une protection personnelle mais d'une protection *fonctionnelle*[4660]. Ils démontrent que cette garantie n'existe que dans l'intérêt de l'État[4661], ce qui exclut que son titulaire puisse en disposer librement. Son régime juridique en est la preuve à leurs yeux. Tout d'abord, la protection se maintient aussi longtemps que dure la fonction de représentation de l'État. De ce fait, l'inviolabilité cesse avec le mandat. De plus, les immunités sont un moyen d'ordre public. Elle ne sont donc pas « une liberté individuelle, ni un droit subjectif, mais une prérogative attribuée par le droit objectif aux gouvernants »[4662]. Enfin, dernier élément, la Constitution de 1958 « prévoit des règles destinées à protéger la fonction contre son propre titulaire, ce qui confirme clairement la dimension fonctionnelle de l'immunité »[4663] et s'opposent, dès lors, à ce que les parlementaires et le Président de la République puissent librement renoncer à cette dernière. Les immunités constitutionnelles sont donc régies par *le principe d'indisponibilité des immunités constitutionnelles*. D'ailleurs, dans le prolongement de ce principe, la continuité de l'État est assurée puisque les représentants de l'État sont garantis de pouvoir assurer leur mission sereinement et durablement, du moins tant qu'ils le représentent.

984. Cependant, les opposants à cette conception étatique soulèvent une double objection. D'une part, ils soulignent sa contrariété avec la pratique. Ils notent, par exemple, que le Président Sarkozy a pu disposer de son immunité lors de la demande de divorce de son épouse, puisque celui-ci y a renoncé, permettant l'aboutissement de cette procédure devant le juge ordinaire. L'immunité du chef de l'État est donc devenue en quelque sorte une protection entre les mains d'une personne privée.

4658 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1202. Sur cette question : P.-O. Caille, L'inviolabilité pénale du chef de l'État sous la Vème République…, op.cit. ; P. Esplugas, Le Conseil Constitutionnel et la responsabilité pénale du chef de l'État, op.cit. ; O. Camy, La controverse de l'article 68. Aspects théologiques, op.cit. ; J. Delfont, Responsabilité pénale et fonction politique, op.cit.
4659 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1202.
4660 L'immunité « existe pour le bien de l'État. Elle n'est pas destinée à servir l'intérêt de ses titulaires » (H. Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel, Dalloz, 1949, p.941)
4661 Selon Marie-Anne Cohendet, la conception protectrice de Georges Vedel à l'égard de la fonction présidentielle résulte d'un fait arrivé au chef de l'Etat Paul Deschanel durant la IIIème République. Dans la nuit du 23 au 24 mai 1920, alors qu'il se dirige en train vers Paris pour inaugurer à Montbrison un monument à la gloire de l'aviateur et sénateur Emile Reymond, le Président bascule par la fenêtre de son compartiment privé en pyjama et tombe le long des voies peu avant Montargis. Les chansonniers de Paris ne manqueront pas de se moquer de lui. Or cet événement est vécu par Georges Vedel comme un traumatisme. À ses yeux, il démontre la nécessité d'un Président aux pouvoirs forts et doté d'une protection étendue car attaquer la fonction présidentielle revient à s'attaquer à la République.
4662 O. Beaud, Irresponsabilité et immunité du président…, op.cit., p.196-197.
4663 M. Poujol, La constitution de partie civile du chef de l'État, op.cit., p.410.

D'autre part, cette garantie peut être détournée de sa finalité et couvrir les pires atrocités de l'État. Cependant, Olivier Beaud rétorque à cet argument que pour prévenir un usage abusif de la fiction selon laquelle les gouvernants seraient les représentants de l'État et agiraient dans le bien de l'État, des exceptions ont été prévues par la Constitution à l'article 53-2 et 68 ou encore à l'article 26[4664]. La norme constitutionnelle prévoit donc des mécanismes de protection de l'État. D'ailleurs, c'est pour la même raison que les autorités de l'État sont protégées pour les actes extérieurs à leurs fonctions d'un point de vue pénal puisque « tous ces potentiels procès le placeraient alors dans une situation incompatible avec l'exercice normal de sa charge »[4665]. En d'autres termes, derrière l'homme, il s'agit encore du chef de l'État. Ceci explique, *a contrario*, que les défenseurs de la thèse étatique estiment que l'inviolabilité civile n'est guère justifiée puisqu'« il est (…) difficile de croire que les actions civiles menacent le fonctionnement de l'État et qu'il faudrait protéger sur ce point le Président pour « *le bien de l'État* » »[4666].

985. Or il est manifeste qu'une telle présentation est aux antipodes de la représentation des immunités constitutionnelles soutenue par les partisans du discours réformateur, étant donné que ces derniers l'appréhendent à la lumière des implications de l'État de droit, c'est-à-dire l'égalité devant la loi et la justice. Or, les partisans d'une telle thèse mettent en avant le fait que si cette conception étatique des immunités constitutionnelles a disparu, c'est à cause du tournant pragmatique qui a conduit à totalement délaisser la théorie générale de l'État[4667]. À rebours de cette tendance, quelques constitutionnalistes tentent de réintroduire son étude. Sur le plan de la problématique des immunités constitutionnelles, ses auteurs entendent donc signifier qu'une logique institutionnelle doit prévaloir sur une logique pénaliste. Par là-même, ils cherchent à protéger la singularité du droit constitutionnel et sa philosophie particulière. En effet, pour Olivier Beaud, la notion d'immunité est à la base de la naissance de l'État moderne français et, en dernier ressort, du droit public français. Elle est « l'illustration de la dissociation entre le pouvoir et son bénéficiaire, le titulaire de la fonction étatique, qui est au principe de la construction de l'État moderne, État non patrimonial et institutionnalisé »[4668]. Toutefois, malgré un premier postulat opposé, les partisans d'une réforme des immunités constitutionnelles et ceux favorables à leur maintien se rejoignent sur un même paradigme, tout en en ayant une interprétation différente.

4664 Cf. O. Beaud, Irresponsabilité et immunité du président…, op.cit., p.199.
4665 Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République, op.cit., p.15.
4666 O. Beaud, Irresponsabilité et immunité du président…, op.cit., p.200-201.
4667 O. Jouanjan, Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État, op.cit., p.102 et s. ; O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1202.
4668 O. Beaud, Irresponsabilité et immunité du président…, op.cit., p.198-199.

§2. Les immunités constitutionnelles comme socle démocratique aux mandats représentatifs

986. Les disciples du discours constitutionnaliste s'appuient sur un second paradigme issu du rapport Avril[4669] pour fonder leur point de vue. Il s'agit du *principe démocratique,* auquel fait également référence la thèse opposée. L'invocation de ce principe peut sembler, à première vue, contradictoire. Les immunités constitutionnelles, en mettant à mal le principe d'égalité devant la loi et devant la justice, peuvent être perçus comme des mécanismes de nature monarchique. Cependant, ils s'attachent à démontrer que le fondement de la protection du chef de l'État et des parlementaires provient de leur légitimité électorale. Comme le souligne Guy Carcassonne qui obéit à un raisonnement par analogie, les parlementaires et le Président sont deux autorités élues par le peuple et par conséquent, « le sort fait à tous les représentants du peuple est régi par des logiques impératives et identiques : par-delà les différences de modalités, justifiées par les différences de fonction, les immunités protégeant le mandat parlementaire trouvent leur pendant dans les immunités protégeant le mandat présidentiel »[4670]. En d'autres termes, du statut d'élu et de la nécessité d'en assurer un exercice effectif pendant toute la durée du mandat découle l'immunité, parlementaire ou présidentielle. Pierre Avril résume parfaitement ce fondement : l'immunité est liée à « la théorie du mandat représentatif, lequel doit être exercé librement et sans entrave aucune puisqu'il constitue une délégation de la souveraineté et que les actes qui ressortissent à son exercice ne sauraient être mis en cause par quiconque, sinon par le peuple lors des élections »[4671].

987. De ce point de vue, les constitutionnalistes partisans d'une telle position jugent que la principale menace, à l'heure actuelle, à la bonne exécution du mandat représentatif est le juge. Ces derniers « ne font pas vraiment confiance aux magistrats, et notamment aux juges d'instruction. Autrement dit, ils perçoivent les juges « sauveurs », pour employer une formule de l'historien de la justice, Jean-Pierre Royer, non pas comme des garants de la liberté, mais des menaces pour celles-ci »[4672]. D'où leur critique du phénomène de criminalisation de la responsabilité des gouvernants, qui a été longtemps explicité précédemment. Ce mouvement consistant à vouloir demander des

4669 V., rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République, op.cit., p.21.

4670 G. Carcassonne, Le Président de la République française et le juge pénal, op.cit., p.284. Cependant, Olivier Beaud a démontré la difficile assimilation des immunités parlementaires aux immunités présidentielles. Si elles présentent des ressemblances comme le fait qu'elles sont liées au statut de « représentant de la Nation », les différences sont nombreuses. En ce qui concerne l'inviolabilité, l'immunité dont bénéficie le chef de l'Etat, qui est une instance formée par une seule, alors que le Parlement est une institution collégiale, fait qu'elle « ne peut pas être levée par autrui » et « vaut pour toute la durée du mandat » (O. Beaud, L'immunité du chef de l'Etat en droit constitutionnel..., op.cit., p.185). Dès lors, « l'immunité accordée au chef de l'Etat (…) a un caractère nécessairement absolu, tandis que l'immunité conférée au parlementaire ne l'est pas » (*ibid.*). Concernant l'irresponsabilité, elle ne protège pas les mêmes actes (les opinions et propos tenus par un parlementaire et les décisions formelles et informelles du chef de l'Etat). L'irresponsabilité présidentielle a un champ matériel extrêmement plus étendu que celui de l'irresponsabilité parlementaire.

4671 P. Avril, le Président de la République, représentant de la Nation, op.cit., p.303.

4672 D. Baranger et O.Beaud, Un regard de constitutionnalistes…, op.cit., p.401.

comptes judiciaires aux gouvernants au détriment de leur responsabilité politique, est porteur, selon eux, de deux dangers principaux : d'une part, « l'incroyable prolifération du droit pénal et des incriminations pénales, qui a conduit à envisager des délits de négligence, et d'autre part, la capacité des magistrats à interpréter parfois extensivement ces délits pénaux »[4673]. Elle participe par là-même d'une criminalisation du droit constitutionnel et de sa science.

988. C'est pourquoi, contrairement aux disciples du discours réformateur, ils n'entendent pas faire prédominer une logique judiciaire sur une logique démocratique. Comme l'affirme nettement Olivier Beaud, « le principe démocratique, comme principe politique, (…) prévaut (…) sur le principe de l'État de droit selon lequel il faudrait une rigoureuse égalité des citoyens devant la loi. La démocratie, comme principe, élève le simple citoyen au rang [de Président de la République ou de parlementaires], ce dont le droit constitutionnel doit rendre compte en lui conférant des prérogatives, voire des « privilèges ». D'ailleurs, la doctrine rappelle que le Conseil Constitutionnel a récemment dégagé une nouvelle exigence constitutionnelle, celle du « respect de la liberté des membres du Parlement dans l'exercice de leur mandat »[4674]. Consacrée dans la décision du 5 juillet 2018, cette exigence déduite de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de l'article 3 de la Constitution ou encore de manière symptomatique des articles 26 et 27 de la Constitution de 1958, implique que « les représentants du peuple, exerçant leurs fonctions, sont libres de délibérer et de décider »[4675]. Cette garantie énoncée par les juges constitutionnels vient répondre à l'intensification récente des contraintes pesant sur les membres des Assemblées, en matière de prévention et de traitement des conflits d'intérêts ou au contrôle de leurs frais de mandat, que les parlementaires s'imposent eux-mêmes ou sous l'influence de l'exécutif. Le Conseil Constitutionnel, par cette décision, vient donc rappeler l'importance de protéger l'indépendance des représentants de la Nation, en l'espèce principalement vis-à-vis du pouvoir exécutif. En outre, Olivier Beaud ajoute que le principe démocratique ne fait pas opposition à tout accès à la justice. Il remarque que « l'application de ce principe peut ramener le même [parlementaire ou] Président au rang de simple citoyen lorsqu'il perd les élections, et le rendre alors justiciable comme les autres citoyens »[4676], contrairement à l'inviolabilité monarchique.

989. Cependant, l'articulation des immunités constitutionnelles du Président de la République et des membres des assemblées au mandat représentatif rencontre trois types de critiques. Le premier est d'ordre subjectif. Il est exprimé par Denis Baranger qui semble revenir sur sa position. À ses yeux, les manœuvres des juges à l'égard des représentants de la Nation sont rares : « on peut

4673 *Ibid*.
4674 Décision n°2018-767 DC du 5 juillet 2018, Résolution relative aux obligations déontologiques et à la prévention des conflits d'intérêts des sénateurs.
4675 A. Roblot-Troizier, La liberté des membres du Parlement dans l'exercice de leur mandat *versus* les nouvelles contraintes pesant sur les parlementaires, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, vol.3, n°2, 2019, p.17.
4676 O. Beaud, Pour une autre interprétation…, op.cit., p.1201.

concevoir, affirme-t-il, que les députés s'inquiètent de la possible vindicte de tel ou tel magistrat judiciaire contre l'un d'entre eux. Mais il ne semble pas que l'inviolabilité ait pu véritablement servir de protection contre des mesures judiciaires dont les motivations étaient clairement politiques. Il y a certes eu quelques coups d'éclat de la part de magistrats peut-être en mal de reconnaissance mais le problème est resté relativement marginal »[4677]. En d'autres termes, l'absence de crainte d'une éventuelle obstruction des juges au bon déroulement de leur mandat fait tomber le fondement démocratique de l'inviolabilité parlementaire et, plus largement, présidentielle. La seconde critique est d'ordre théorique. Pour Cécile Guérin-Bargues, cette liaison, surtout en ce qui concerne l'inviolabilité « trahit l'objet même de l'élection »[4678], c'est-à-dire exercer une fonction spécifique. Autrement dit, le principe démocratique ne peut pas « fonder une inviolabilité qui par définition ne s'applique qu'aux actes étrangers aux fonctions parlementaires »[4679] et ne garantit la liberté d'expression du représentant que de manière indirecte. *A contrario*, ce même principe justifie pleinement leur irresponsabilité qui a trait directement aux missions confiées par les électeurs. Le principe démocratique ne peut donc pas fonder les immunités constitutionnelles dans leur globalité[4680]. Les partisans d'une lecture démocratique des immunités constitutionnelles admettent cette nuance puisque, comme le note Olivier Beaud, « si l'on examine en détail l'argumentation de la Commission Avril, c'est moins l'origine de la souveraineté (élection) que son exercice qui justifie la protection du chef de l'État »[4681]. En témoigne le fait que l'irresponsabilité couvre les actes du Président de la République alors qu'il n'a plus de mandat démocratique. C'est pourquoi ils reconnaissent que « c'est moins la défense de la démocratie que la défense de l'État qui met en jeu l'immunité »[4682]. Au-delà, et cela constitue la troisième critique, l'immunité constitutionnelle garantit certes aux représentants de la Nation le bon accomplissement de leur mission. Cependant, en démocratie, la contre-partie du pouvoir est la responsabilité. Or, compte tenu du caractère de plus en plus intrusif de l'action présidentielle sous la Vème République et de l'extension de ses privilèges, l'immunité présidentielle, principalement en ce qui concerne son inviolabilité, lui confère une *surprotection*[4683]. Or, Olivier Beaud juge qu'on touche ici « au noyau central du problème (…) pour un constitutionnaliste : la contradiction de plus en plus insupportable entre la concentration des pouvoirs présidentiels et son irresponsabilité politique et pénale. Car il y a un lien entre la recherche

4677 D. Baranger, La Constitution et le statut des députés…, op.cit.
4678 C. Guérin-Bargues, Immunités et statut des députés…, op.cit.
4679 *Ibid*.
4680 C'est pourquoi, observe Cécile Guérin-Bargues, les défenseurs favorables à l'inviolabilité présidentielle se base davantage sur le principe de continuité de l'État que son mode de désignation . Sur ce point : C. Guérin-Bargues, Immunités parlementaires et régime représentatif…, op.cit., p.122, note 146. Pour un rejet argumenté du principe de continuité de l'État au profit de celui de la continuité de a fonction comme fondement de l'inviolabilité présidentielle : P.-O. Caille, op.cit., p.160-174.
4681 O. Beaud, Irresponsabilité et immunité…, op.cit., p.197.
4682 *Ibid*.
4683 Comme le note Marie-Anne Cohendet, « la protection dont bénéficient les parlementaires est (…) incomparablement plus légère que celle du président, alors même qu'il est nettement moins menacé qu'eux du fait que c'est lui qui domine en pratique le plus souvent les pouvoirs et notamment la police et les procureurs » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 4è éd., op.cit., p.593).

au pénal d'un coupable et le fait que la responsabilité politique ne peut pas fonctionner dès qu'on touche au président ou à la présidence »[4684]. L'immunité peut donc se retourner, selon l'utilisation qui en est faite, contre le principe démocratique.

*
**

Conclusion du chapitre 2

990. De ce chapitre il ressort que la doctrine constitutionnelle française moderne est marquée par une fracture évidente sur la manière de concevoir les immunités constitutionnelles et leur légitimité. D'un côté, une majorité de ses membres entend restreindre le champ des immunités constitutionnelles des pouvoirs constitués, surtout pour les actes commis en dehors de l'exercice des fonctions. Il s'agirait, par ce discours rénovateur, d'aligner le statut juridictionnel du Président de la République, des parlementaires et des ministres sur le statut juridictionnel de droit commun. Proposant de supprimer l'inviolabilité civile et pénale des gouvernants, le juge ordinaire serait compétent pour se prononcer sur leurs faits fautifs selon les procédures et les conditions du droit commun. Ayant pleine confiance en l'institution judiciaire du fait de sa compétence et de son indépendance, les défenseurs d'une réforme des immunités constitutionnelles comptent sur le juge, qui s'affirme comme la figure centrale de l'État de droit, pour protéger les citoyens contre les abus de pouvoir des gouvernants. Ce discours doctrinal critique, dont les constitutionnalistes investigateurs estiment qu'il est inhérent à l'activité doctrinale, repose sur des présupposés théoriques qui contrastent avec ceux de la thèse opposée. La raison d'être d'un statut juridictionnel de droit commun pour les gouvernants réside, pour eux, dans la volonté de parachever l'idéal de l'État de droit. Ce dernier se caractériserait par deux traits principaux : premièrement, la soumission de l'État au respect du droit positif au même titre que les citoyens, deuxièmement, le fait que ce respect est sanctionné en dernier ressort par un juge. Dès lors, du concept protéiforme d'État de droit découlerait l'idée d'égalité devant la loi qui fonderait le devoir démocratique de traiter les gouvernants comme des particuliers, ainsi que celle d'une plus grande égalité devant la justice. De la même manière qu'ils ne doivent pas être au-dessus des lois communes, les gouvernants ne sauraient être totalement affranchis, en droit ou en fait, de leurs obligations de rendre compte de leurs actes devant les tribunaux. Sur ce point, les défenseurs de ce discours rénovateur ont tendance à réexaminer les statuts dérogatoires des pouvoirs constitués à l'aune des garanties découlant du droit à un procès équitable protégé par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de

4684 O. Beaud, L'extension de l'immunité pénale…, op.cit., p.2953.

l'Homme. L'obstruction procédurale temporaire à la justice qu'entraîne l'inviolabilité est considérée comme une atteinte au droit au juge.

991. En dernière analyse, cette revendication d'une plus grande égalité devant la justice implique également l'effectivité d'une sanction, ou, plus juridiquement, d'une prééminence du droit. Autrement dit, ce qui est contestable dans les régimes dérogatoires à leurs yeux, c'est moins le fait que des règles spécifiques existent que le fait que leur application conduise souvent à une sorte d'impunité des gouvernants. L'explication est donc moins démocratique que libérale. Le constitutionnalisme libéral suppose la soumission à l'État de droit de tous, y compris des gouvernants. Ce discours relativement récent conduit ainsi à remettre en cause les paradigmes sur lesquels sont articulés depuis la période révolutionnaire les immunités constitutionnelles. Il promeut l'« idéologie du droit commun » vis-à-vis de la problématique d'immunités constitutionnelles.

992. À l'opposé, il est apparu qu'un discours doctrinal minoritaire entend défendre la nécessité de converser les régimes dérogatoires, aussi bien pour les actes commis dans ou hors l'exercice des fonctions. Contrairement au tropisme du droit commun, ses disciples insistent sur la nature particulière des gouvernants à la lumière de la théorie des deux corps du Roi, d'après laquelle l'individu privé et la personne publique, titulaire d'une fonction étatique, ne sont pas juridiquement identiques alors qu'ils sont physiquement la même personne. Les postulats théoriques de ce discours sont donc singuliers. Mettant de côté toute logique judiciaire ou pénale, ses partisans se fondent, tout d'abord, sur la théorie générale de l'État qu'ils cherchent à remettre au centre de la discipline du droit constitutionnel, à l'image de la doctrine publiciste classique. Dans cette perspective, il a pu être constaté que les immunités constitutionnelles ne sont pas appréhendées comme une dérogation au droit commun mais une institution classique du droit public, utile au bon fonctionnement de l'État. Il a pu être perçu à quel point ce discours favorable au maintien des statuts dérogatoires des gouvernants obéit à une logique purement institutionnelle. En outre, son second postulat, qui rejoint celui de la thèse adverse, réside dans le principe démocratique. La théorie du mandat démocratique justifierait un régime protecteur, en garantissant à l'élu le bon déroulement de son mandat. Toutefois, certains constitutionnalistes soulignent que c'est davantage l'exercice du mandat que son élection qui justifierait la protection du chef de l'État et des parlementaires. Ce présupposé tend donc à privilégier la protection des représentants de la Nation sur le droit au juge. Il a pu être constaté que ce point de vue découle d'une conception politique de la démocratie selon laquelle une autorité issue du suffrage universel direct est davantage légitime qu'une autorité qui n'en est pas issue. En définitive, il s'avère que le thème des immunités constitutionnelles suscite de nombreux points de tensions au sein de la doctrine constitutionnelle française moderne, chaque camp démontrant les carences de son adversaire.

993. C'est donc bien à un changement des paradigmes traditionnels structurant la problématique des immunités constitutionnelles auxquels on assiste dans la pensée de la doctrine constitutionnelle française du XXIème siècle. L'ordre des priorités a profondément évolué puisqu'il s'agit, désormais, de faire prévaloir l'exigence de protection des droits des tiers sur la protection des fonctions publiques. Cette judiciarisation de la responsabilité des pouvoirs constitués entraîne par là-même une judiciarisation de la science française du droit constitutionnel. Il a, cependant, été intéressant d'observer que l'examen des solutions pratiques destinées à soumettre les autorités publiques au droit commun démontre, à l'envi, que le Président de la République, les ministres ou les parlementaires ne peuvent pas devenir totalement des « citoyens comme les autres » lorsqu'ils sont jugés en cours de mandat. Les tempéraments à la règle commune sont nécessaires pour prendre en compte leur situation particulière.

CONCLUSION DU TITRE 2

994. La génération des « réformateurs », qui apparaît à compter des années 1990, s'empare de manière inédite du questionnement des immunités constitutionnelles des pouvoirs constitués. La multiplication des affaires, la relative effectivité de la responsabilité des gouvernants illustrée par les condamnations d'un ex-Président de la République et d'anciens ministres, ajoutées aux révisions constitutionnelles du 27 juillet 1993, du 4 août 1995 et du 23 février 2007, renouvellent son intérêt et placent le problème de la protection des pouvoirs constitués au centre des débats de la doctrine de droit constitutionnel. Devenue un enjeu constitutionnel de premier ordre, cette question provoque une production scientifique volumineuse, que ce soit des thèses, des articles de doctrine et de presse ou encore des ouvrages issus de colloques.

995. À cet égard, l'ordre des priorités intellectuelles des constitutionnalistes par rapport aux différentes immunités constitutionnelles est l'expression des rapports de force institutionnels de la Vème République. En d'autres termes, compte tenu de la présidentialisation du système qui est accrue par la réforme du quinquennat dans les années 2000, les juristes de droit constitutionnel se concentrent davantage sur les privilèges de l'exécutif, et initialement sur celui des ministres, que sur ceux des parlementaires. À cet égard, la majorité des constitutionnalistes contestent la réforme du 27 juillet 1993 créant la Cour de Justice de la République, étant donné qu'elle marque le point de départ d'un processus inédit de criminalisation de la responsabilité des gouvernants en lieu en place de leur responsabilité politique. Le jugement de l'action gouvernementale subsumé sous des infractions pénales apparaît critiquable à leurs yeux, comme le fait que cette tendance conduise à introduire au sein de la science française du droit constitutionnel l'idéologie du droit commun qui dénature la nature du droit constitutionnel. Par ailleurs, en ce qui concerne le chef de l'État, la divergence de jurisprudence entre la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 du Conseil Constitutionnel et l'arrêt Breisacher de la Cour de Cassation du 10 octobre 2001 suscitent une controverse doctrinale inédite sur l'existence ou non d'un privilège de juridiction du chef de l'Etat devant la Haute Cour pour ses actes extérieurs à ses fonctions. De même, la révision du 23 février 2007 destinée à résoudre et mettre fin à toute justice politique, occupe l'esprit des constitutionnalistes et provoque des oppositions entre ses membres, notamment sur le sens à donner au fait générateur de la responsabilité devant la Haute Cour à savoir « un manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». La période qui s'ouvre à partir des années 1990 est donc riche en actualité en matière d'immunités constitutionnelles.

996. Mais elle présente également l'intérêt de voir apparaître des problématiques inédites liées à « l'hyperprésidence » du Président Nicolas Sarkozy, qui renouvelle les virtualités du débat de l'immunité présidentielle. Il s'agit de l'élargissement des immunités présidentielles à ses proches conseillers et la théorie du Président-requérant. Or cette double extension des privilèges présidentiels est fortement contestée par la doctrine, étant donné qu'elle renforce la disproportion et l'incohérence du statut présidentiel sous la Vème République. Enfin, à un degré moindre, la doctrine est amenée à réfléchir aux privilèges parlementaires du fait de la réforme du 4 août 1995 qui entraîne un assouplissement du champ de l'inviolabilité parlementaire. Plébiscitant en majorité cette réforme qui met davantage le statut des parlementaires en conformité avec les exigences de l'État de droit, elle aboutit néanmoins à permettre une plus grande immixtion du juge dans le fonctionnement de l'Assemblée. Cette évolution conduit la doctrine à mettre en avant l'idée que le fondement traditionnel de l'inviolabilité parlementaire - la crainte de l'exécutif – est remplacé par celui de la crainte du juge. Quoi qu'il en soit, l'ensemble de ces débats sur les immunités constitutionnelles a été, une nouvelle fois, l'occasion de mettre en exergue les courants qui traversent la doctrine constitutionnelle moderne. Ils ont été également l'occasion de constater à quel point ses membres plaident en faveur de leur réforme.

997. À ce titre, contrairement à la génération des continuateurs, la génération des réformateurs entend repenser les statuts dérogatoires des pouvoirs constitués à la lumière des nouveaux paradigmes théoriques émergents au cours des années 1990. Les scandales politiques financiers ont fait naître un besoin accru de justice et d'égalité. De même, la doctrine constitutionnelle française moderne n'a jamais autant critiqué les régimes dérogatoires dans son histoire et appelle à leur rénovation. Plus exactement, la pensée des juristes de droit constitutionnel est divisée sur la question de la légitimité et l'utilité des régimes exorbitants des gouvernants dans le droit constitutionnel actuel. À cet égard, il est apparu qu'un discours majoritaire, qualifiée de « rénovateur », basé sur la doctrine de l'État de droit, entend aligner le statut juridictionnel du chef de l'État, des ministres et des parlementaires sur le statut juridictionnel de droit commun des citoyens. Par là-même cet alignement permettrait de renouer le lien de confiance entre les citoyens et les gouvernants, ce qui démontre que l'objet des immunités constitutionnelles est hautement polémique. Mais un discours opposé minoritaire, nommé « traditionaliste » ou classique, s'oppose à cette banalisation du statut des gouvernants en raison de présupposés théoriques opposés, à savoir notamment la théorie de l'État. Il a ainsi pu être constaté que la volonté de rénover les privilèges des gouvernants exprimée par la doctrine constitutionnelle française est encore équivoque et suscite des points de tension entre ses membres.

Mais il n'en demeure pas moins que la génération des réformateurs donne une nouvelle orientation au questionnement des immunités constitutionnelles et offre une nouvelle manière de concevoir les régimes dérogatoires des gouvernants.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

998. À l'analyse, l'apport intellectuel et scientifique de la génération des héritiers à la problématique des immunités constitutionnelles est considérable. Cette génération, née à partir de la IIIème République, marque une césure indéniable dans l'histoire doctrinale de ce questionnement. Par contraste avec les générations antérieures, elle livre un formidable travail de systématisation du thème des immunités constitutionnelles, qui se traduit par un accroissement considérable de la masse des écrits sur cet objet. Cette entreprise de théorisation est rendue possible grâce à un contexte politique davantage stabilisé par rapport aux générations antérieures, marqué par l'acclimatation de la République et du régime parlementaire. Il est également dû à la stabilisation de la discipline du droit constitutionnel initiée par les différentes réformes des années 1870 - qui participent elles-mêmes à l'enracinement du régime républicain - et à son perfectionnement continu tout au long du XXème siècle. A cet égard, cette démarche systématique s'appuie sur l'héritage de la pensée révolutionnaire, étant donné que celle-ci a posé les fondements de la réflexion en matière de statuts dérogatoires. Toutefois, il est apparu que les deux générations héritières n'ont pas le même rapport à ce legs révolutionnaire.

999. Comme son nom l'indique, la génération des continuateurs n'est pas guidée par une volonté de rupture conceptuelle avec le passé. Elle entend bâtir une théorie républicaine des immunités constitutionnelles en se basant sur les paradigmes transmis par la doxa révolutionnaire. En effet, l'interprétation des principes politiques de la Révolution française est l'objet d'une spéculation scientifique constante à la fin du XIXème et au début du XXème siècle. De ce point de vue, la plupart des constitutionnalistes républicains articulent les immunités constitutionnelles autour du dogme révolutionnaire de la souveraineté nationale. Cet agencement théorique, faisant de ce principe le centre de gravité du droit constitutionnel, vise à légitimer très fortement l'omnipotence de la Chambre basse en établissant un lien de corrélation entre la souveraineté nationale et la souveraineté parlementaire. À partir de ce principe explicatif, la doctrine conçoit non seulement les deux volets immunitaires des parlementaires comme le prolongement du mandat impératif, mais également la justice politique appréhendée comme le corollaire de la responsabilité politique de l'exécutif devant le pouvoir législatif. Cette intense démarche conceptuelle conduit à la construction de véritables cathédrales théoriques, qui influenceront de nombreux constitutionnalistes au fil du XXème siècle. Toutefois, il a pu être constaté que tous les membres de la doctrine publiciste classique ne possèdent pas pour autant les mêmes postulats méthodologiques et théoriques. De même, la génération des continuateurs est traversée par de profonds dissensus sur des nombreux

thèmes relatifs aux privilèges des pouvoirs constitués. Il est possible de mentionner le sujet de la responsabilité pénale exceptionnelle du chef de l'État devant le Sénat réuni en tribunal d'exception, notamment la définition de la notion polémique de haute trahison, celui de la responsabilité ou non du chef de l'Etat pour les actes extérieurs à ses fonctions, ou encore celui de la responsabilité pénale des ministres dont le paroxysme est atteint avec l'affaire Malvy de 1918. Enfin, cette démarche conceptuelle s'estompera progressivement à partir des années 1930, à cause d'un tournant pragmatique de la science française du droit constitutionnel. Il n'en demeure pas moins que les constitutionnalistes libéraux entre le début de la IIIème République jusqu'à la fin des années 1980 sont relativement favorables aux statuts dérogatoires des gouvernants, même si un discours critique commence à émerger dans la pensée constitutionnelle de la IVème République.

1000. Or, par contraste, la générations des rénovateurs entend s'appuyer sur l'héritage révolutionnaire sous bénéfice d'inventaire. Elle est marquée effectivement non seulement par une régénération des ordres de priorité par rapport au questionnement des privilèges des pouvoirs publics, mais également par une régénération des paradigmes traditionnels en la matière. Mais, à l'instar de la génération des continuateurs, la problématique des statuts dérogatoires constitue un champ d'investigation de premier ordre pour la génération des rénovateurs. La seule différence tient à ce que, en raison d'un bouleversement des rapports de force institutionnels caractérisé par la prédominance du chef de l'État sur le reste des pouvoirs à partir de la Vème République, les privilèges de l'exécutif accaparent davantage l'attention de la doctrine que ceux des parlementaires. La responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres reste toujours autant un sujet source de dispute doctrinale. Mais la grande nouveauté apportée par la génération des rénovateurs réside dans le profond chamboulement conceptuel qu'elle entraîne à l'égard des cadres de pensées classiques sur cet objet. Sans élaborer de constructions théoriques d'ensemble, elle réinterroge effectivement tous les privilèges des pouvoirs constitués à l'aune des exigences de l'État de droit, qui tend à devenir le paradigme cristallisant le champ scientifique du droit constitutionnel. À ce titre, elle conteste le bien-fondé de l'inviolabilité civile et pénale du Président de la République et des parlementaires, ainsi que le privilège de juridiction des ministres en soulignant que les justifications historiques ont perdu de leur pertinence. Ses idées conduisent à une banalisation du statut des pouvoirs publics. Néanmoins, en son sein, une minorité de constitutionnalistes entendent résister à cette idéologie du droit commun en réaffirmant, sur la base de la pensée de la doctrine publiciste classique, la nécessité de maintenir des régimes dérogatoires en s'appuyant sur la théorie générale de l'État et la protection de la démocratie au sens politique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1001. Au terme de cette étude, l'appréhension de la problématique des immunités constitutionnelles par la doctrine française depuis la Révolution de 1789 apparaît éminemment plurielle et évolutive. Il en ressort que par strates de générations, ce questionnement s'est progressivement consolidé et enrichit de dimensions nouvelles. Il s'est construit peu à peu, à partir d'apports diversifiés mais qui s'appuient mutuellement. Deux principales générations, elles-mêmes subdivisées en deux, ont été distinguées.

1002. La première, *la génération des fondateurs*, comprise entre la Révolution et la fin du Second Empire, a posé les soubassements théoriques de ce problème. Néanmoins, il est apparu que cette construction apparaissait bancale en raison de la grande instabilité constitutionnelle dont a souffert la France durant cette phase. Élaborée de façon empirique au gré des mutations institutionnelles par *la génération des bâtisseurs* – première sous-catégorie -, la pensée relative aux statuts dérogatoires des gouvernants manquait de systématisation doctrinale. Cette difficulté était d'autant plus renforcée que l'existence d'une discipline du droit constitutionnel était fluctuante au gré des régimes. Néanmoins, malgré ces difficultés, il est ressortit de l'étude des écrits constitutionnels de cette période que le modèle français des immunités constitutionnelles construite par la doctrine est articulé principalement autour du principe de la suprématie du pouvoir législatif sur les autres pouvoirs découlant de la souveraineté nationale. Ce principe est toutefois écarté à partir de 1814 jusqu'au Second Empire avec l'apparition des monarchies constitutionnelles dans lesquelles le principe de la prééminence du pouvoir exécutif dessine les statuts dérogatoires des gouvernants. Or, en dépit de ce bouleversement des agencements institutionnels, le tropisme révolutionnaire continue d'irriguer la pensée des publicistes même en période de domination de l'exécutif. Seules les phases d'autoritarisme napoléoniens rompent complètement avec le schéma révolutionnaire. Quoi qu'il en soit, elle a constitué le cadre de pensée de nombreux constitutionnalistes au cours du XIXème siècle. D'ailleurs, les prémices d'une systématisation sont apparus sous l'effet de l'ordonnance royale du 22 août 1834, sous l'impulsion de François Guizot, qui instaure officiellement une chaire de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris destinée à faire sortir la discussion constitutionnelle du débat politique pour l'asseoir sur la connaissance. Un seuil scientifique est franchi par *la génération des constructeurs* mais celui-ci demeure encore perfectible en raison de l'instabilité des régimes politiques, couplée à celle de son enseignement qui est marquée, d'autant plus, par une politisation de ses professeurs.

1003. Or, la problématique de la protection des pouvoirs constitués connaît un tournant décisif à partir de la IIIème République. Elle voit l'avènement de *la génération des héritiers* qui entend systématiser la pensée révolutionnaire sur cet objet dans le cadre de grands constructions d'ensemble au sein des manuels de droit constitutionnels qui prolifèrent à partir de cette époque. Ce travail conceptuel inédit est rendu possible par le nouveau contexte politique et scientifique qui émerge à la fin du XIXème siècle. L'ancrage de la démocratie parlementaire et de la République, associé à un essor considérable de la science française du droit constitutionnel, sont autant de facteurs propices à une théorisation apaisée de cette problématique. Le début du XXème siècle constitue, en quelque sorte, l'âge d'or de la problématique des immunités constitutionnelles qui est appréhendée dans le cadre de vastes ensembles théoriques bâtis par les maîtres de la doctrine publiciste classique**.** Dans la lignée du tropisme révolutionnaire, la souveraineté nationale continue de constituer, pour *la génération des continuateurs* – premier sous-ensemble de la deuxième catégorie -, le soubassement théorique principal de la théorie des immunités constitutionnelles, que ce soit pour les immunités parlementaires ou pour le privilège de juridiction des ministres ou du Président. Or, à partir des années 1930, cette démarche conceptuelle s'amenuise progressivement en raison du tournant empirique qu'opère la science française du droit constitutionnel. Manifestant un faible penchant pour la théorie, elle préfère se concentrer sur les institutions politiques et les faits politiques. Mais l'absence de mise en œuvre des mécanismes de responsabilité des gouvernants détourne l'attention de la doctrine vers d'autres sujets. Il faudra attendre les années 1990 pour que ce questionnement devienne majeur.

1004. Mais alors qu'il s'agissait d'une notion juridique au contenu éprouvé, polie par des générations de juristes, la génération des héritiers apparaît divisée. Par opposition à la générations des continuateurs, *la génération des rénovateurs – deuxième sous-ensemble de la deuxième catégorie* -, née à partir des années 1990 sous l'effet des nombreuses affaires politico-juridiques qui ont parsemé cette période, entend recevoir l'héritage révolutionnaire sous réserve d'inventaire. Dans la mesure où la problématique des immunités constitutionnelles se trouve lesté en arrière-plan d'enjeux juridiques et conceptuels nouveaux, un fort mouvement doctrinal voit le jour, de manière inédite au regard de l'histoire de cette problématique, visant à aménager voire à faire disparaître les immunités, que ce soit celle du Président de la République, des ministres ou encore des parlementaires. Le fondement axiologique de leur pensée réside dans la doctrine de l'État de droit qui postule une égalité devant la loi et devant la justice, corroborée par les exigences de la Cour Européenne des droits de l'homme et notamment du droit à un procès équitable. L'argumentation comparatiste joue également un rôle majeur dans l'assouplissement des statuts dérogatoires des gouvernants.

1005.Cette thèse a donc été l'occasion d'observer que chaque génération a apporté sa pierre à l'édifice des immunités constitutionnelles[4685]. On remarque également à quel point ce questionnement est dépendant de facteurs *exogènes*, c'est-à-dire l'environnement politico-scientifique, ainsi que de facteurs *endogènes*, liés aux présupposés épistémologiques et théoriques propres à chaque auteur. La déstructuration des argumentations des constitutionnalistes a eu une grande portée heuristique. Concernant le premier facteur, il a été intéressant de constater l'intemporalité du questionnement des privilèges constitutionnels qui a parcouru le temps et demeure encore aujourd'hui un sujet de préoccupation doctrinale. De plus, ce premier paramètre a mis en exergue le lien étroit entre l'évolution de la discipline du droit constitutionnel et le traitement de cette problématique. La destinée de la problématique des immunités constitutionnelles a souffert de ce lien avec le champ disciplinaire du droit constitutionnel, faiblement institutionnalisé jusque dans les années 1880. Elle en a suivi également les méthodologies dominantes en son sein. Davantage stable et plus développé à partir de la IIIème République, les conditions d'une plus grande rationalisation scientifique sont ouvertes. Concernant le second facteur, il est notable d'observer que la problématique des immunités constitutionnelles est indissociablement liés à une conception propre de chaque constitutionnaliste sur le régime représentatif, la souveraineté nationale et la séparation des pouvoirs. En outre, ce thème de réflexion constitue un formidable révélateur des courants qui structurent la doctrine constitutionnelle française. Depuis son origine, celle-ci est, en effet, divisée entre deux courants profonds qui ont traversé l'histoire constitutionnelle. Il s'agit d'un *courant pénaliste*, historiquement minoritaire, appréhendant les statuts dérogatoires comme des exceptions au droit commun et devant respecter les principes du droit pénal, et un *courant constitutionnaliste*, majoritaire, saisissant la protection des pouvoirs publics comme des institutions du droit constitutionnel commun obéissant à une logique publiciste propre. C'est d'ailleurs ce qui explique que le problème des privilèges des gouvernants ait été sujet à autant de dissensus. Or, à cet égard, il apparaît que si la balance entre ces deux courants a longtemps penché en faveur du courant constitutionnaliste, il semble qu'à l'heure actuelle, le rapport de force s'inverse au sein de la doctrine constitutionnelle française, étant donné l'apparition de nouveaux paradigmes. Il est manifeste que l'étude de la pensée constitutionnelle contemporaine révèle l'emprise de l'idéologie du droit commun, malgré la résistance de quelques auteurs pour rappeler la nature étatique des immunités constitutionnelles.

1006. Le sujet des immunités constitutionnelles en droit français est donc loin d'être clos en doctrine. Il risque de faire couler encore beaucoup d'encre pour deux raisons principales. D'une part, d'un point de vue pratique, la mise en cause de la responsabilité des Président laisse encore en

4685 Comme le note Christophe Euzet, les débats doctrinaux continus tout au long de l'histoire constitutionnelle française par rapport à la thématique de la protection des pouvoirs constitués témoigne de leur « caractère intemporel » (C. Euzet, Les fondements doctrinaux..., op.cit., p.48).

suspend bien des questions, comme le privilège de juridiction des ministres dont aucune solution ne semble parfaite. L'ambiguïté de la Cour de Justice de la République et les contradictions du régime de la responsabilité pénale des ministres ne sont toujours pas dissipés. La confusion entre la responsabilité pénale et politique des mécanismes de responsabilité de l'exécutif est encore un thème de préoccupation pour la doctrine. En outre, la suppression envisagée de l'inviolabilité pénale du Président de la République et des parlementaires ainsi que l'abolition du privilège de juridiction des ministres ne pourront se faire sans une réforme d'envergure de la procédure pénale et de la justice française, qui tardent à intervenir. D'autre part, d'un point de vue théorique, la contestation puissante du fonctionnement de la démocratie représentative actuellement annonce une transformation future profonde de la manière de concevoir les régimes dérogatoires des gouvernants. La démocratie française est traversée actuellement par une tendance de fond que Dominique Rousseau appelle « la démocratie continue »[4686] et Pierre Rosanvallon « la contre-démocratie »[4687]. Selon la définition du premier, « distincte de la démocratie directe, qui abolit toute distinction entre représentants et représentés, distincte de la démocratie représentative, qui monopolise la fabrication des lois au profit des seuls représentants, elle définit un au-delà de la représentation, non parce qu'elle la supprimerait, mais parce qu'elle transforme et élargit l'espace d'intervention des citoyens en inventant les formes et procédures leur permettant d'exercer un travail politique : le contrôle continu et effectif, en dehors des moments électoraux, de l'action des gouvernants »[4688]. Cette nouvelle forme de démocratie, si elle venait à se réaliser, conduirait vraisemblablement à la disparition de tout régime dérogatoire. Les électeurs auraient la possibilité de révoquer les élus si ces derniers ne respectent pas leurs engagements ou en cas de manquement à leurs devoirs. C'est d'ailleurs l'une des idées proposées par le groupe de travail intitulé « Le statut des députés et leurs moyens de travail » lors d'une table ronde à l'Assemblée Nationale le 16 octobre 2017. Mais comme le note Denis Baranger, le pouvoir de destituer « reviendrait sur la tradition française dans laquelle le ou la député(e) élu(e) ne peut se voir retirer son mandat que par l'électorat lui-même à l'occasion d'une élection politique »[4689]. Favorable à cette proposition qui ressemble au mécanisme de l'article 68 de la Constitution, elle serait, à ses yeux, une réponse « à la mutation de la moralité politique collective. Nous ne tolérons plus, affirme-t-il, tous les comportements de la part de nos élus : *quid* d'une fraude, *quid* des propos inacceptables, *quid* des violences graves à la personne, ou encore toute autre action portant une atteinte grave à leur honorabilité et à celle de leur assemblée. La non-réélection ne les en punit pas réellement, et la réélection éventuelle ne purge pas les méfaits qu'ils ont commis. Au contraire, quand elle se produit, elle accentue l'écart entre la vie politique d'un peuple – qui peut se choisir, comme nous le voyons dans de grands pays proches de

4686 D. Rousseau (dir.), La démocratie continue, préf. G.Vedel, Actes du colloque de Montpellier 2-4 avril 1992, Paris : LGDJ, 1995 ; D. Rousseau, Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation, Paris : Ed. Seuil, 2007.
4687 P. Rosanvallon, La Contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance, Paris : Ed. Seuil, 2006.
4688 D. Rousseau, De la démocratie représentative à la démocratie continue, Libération, 14 février 2017.
4689 D. Baranger, La Constitution et le statut des députés : que faut-il changer ?, op.cit.

nous, des dirigeants amoraux ou immoraux – et sa vie morale profonde, qui subit toujours ces actes comme autant de blessures qu'on lui inflige »[4690].

1007. En définitive, aucun système n'est immuable puisque « la démocratie est l'expérience vivante des citoyens inventant en continu les formes de leur vie »[4691]. En ce début de XXIème siècle, le modèle français des immunités constitutionnelles est donc encore à définir et à imaginer pour les constitutionnalistes français d'aujourd'hui[4692]. Comme le disait De Gaulle selon une phrase rapportée par André Malraux, « *les Français ont toujours eu du mal à se débrouiller entre leur désir des privilèges et leur goût de l'égalité...* »[4693].

4690 *Ibid*. Denis Baranger ajoute que « la destitution, décidée par une large majorité d'une assemblée serait un acte de censure qui dépasse le fait partisan et le combat politique pour sanctionner de tels actes. Elle peut être plus simplement un moyen de s'appuyer sur la force morale de la règle écrite. Il s'agira de dire : peut-être cette règle ne fera-t-elle jamais d'usage, mais elle existe et exprime, dans toute sa rigueur, l'exigence éthique qui pèse sur l'action politique » (*ibid*.).
4691 D. Rousseau, De la démocratie représentative à la démocratie continue, Libération, 14 février 2017.
4692 Comme l'affirme Philippe Ardant, depuis toujours, « l'histoire de la responsabilité des gouvernants en France traduit les hésitations entre une volonté de ne pas leur conférer de privilèges par rapport aux autres citoyens, le souci de leur assurer une protection pour leur permettre d'exercer leurs fonctions avec une certaine sérénité et celui de les obliger à rendre compte de leur gestion devant les élus de la nation et, éventuellement, de leurs actes devant les juges. La conciliation est délicate et n'a jamais été entièrement satisfaisante » (Ph. Ardant, Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres Revue internationale de droit comparé, vol. 54, n°2, 2002, p.465).
4693A. Malraux, Les chênes qu'on abat..., Paris : Gallimard, 1971, p.166.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages
- **I. 1. Dictionnaires & Encyclopédies**
- **I. 2. Traités, Manuels & Précis**
- **I. 3. Monographies**
- **I. 4. Thèses & Mémoires**

II. Articles de doctrine

III. Travaux
- **III.1. Travaux parlementaires**
  - **III.1. 1. Archives parlementaires**
  - **III.1.2. Archives manuscrites**
- **III.2. Autres travaux**
  - **III.2.1. Recueils de jurisprudence**
  - **III.2.2. Rapports**

IV. Sites internet

I. Ouvrages

I. 1 Dictionnaires & Encyclopédies

Alland (Denis) et Rials (Stephane) (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : Lamy ; PUF, 2003, 1649 p.

Arabeyre (Patrick), Halpérin (Jean-Louis) et Krynen (Jacques) (dir.), Dictionnaire historique des juristes français XIIè-XXè siècle, Paris : PUF, Coll. Quadrige, 2015, 1136 p.

Carcassonne (Guy), Petit Dictionnaire de droit constitutionnel, Paris : Éditions du Seuil, Coll. Points. Essais, 2014, 205 p.

Cayla (Olivier), Halpérin (Jean-Louis) (dir.), Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, Paris : Dalloz, 2010, 620 p.

Cohendet (Marie-Anne), Droit constitutionnel , 5e éd., Paris : Montchrestien, Lextenso, Coll. Focus Droit, 2011, 553 p.

Cornu (Georges), Vocabulaire juridique, 13e éd., Paris : PUF, Coll. Quadrige, 2020, 1116 p.

D'Alès (Adhémar) (dir.), Dictionnaire apologétique de la foi catholique, contenant les preuves de la vérité de la religion et les réponses aux objections tirées des sciences humaines, 4e éd., Paris : Beauchesne, 1911-1922, 4 vol.

De Villiers (Michel) et Le Divellec (Armel), Dictionnaire du droit constitutionnel, 12e éd., Paris : Sirey, 2020, 421 p.

Dictionnaire des journalistes (1600-1789), [En ligne] : http://dictionnaire-journalistes.gazettes18e.fr/.

Fierro (Albert), Palluel-Guillard (André), Tulard (Jean), Histoire et dictionnaire du Consulat et de l'Empire, Paris : Robert Laffont, Coll. Bouquins, 2009, 1350 p.

Furet (François), Ozouf (Mona), Dictionnaire critique de la Révolution française. Paris : Flammarion, 2007, 5 vol. : 365, 466, 349, 544, 285 p.

Furet (François), Halévi (Ran) (dir.), Orateurs de la Révolution française, tome I. Les constituants, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque de La Pléiade, 1989, 1608 p.

Le Rat de Magnitot (Albin) et Huard-Delamarre (...), Dictionnaire de droit public et administratif, contenant l'esprit des lois administratives et des ordonnances réglementaires ; l'analyse des circulaires ministérielles ; la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation sur le contentieux de l'administration ; les opinions comparées des auteurs sur les mêmes matières ; etc..., Paris : Joubert, 1836-1837, 2 vol. : 629, 647 p.

Le Robert, Paris : Dictionnaire Le Robert, 1997, 1376 p.

Malaurie (Philippe), Anthologie de la pensée juridique, 2e éd., Paris : Ed. Cujas, 2000, 522 p.

Michaud (Louis-Gabriel), Biographie universelle ancienne et moderne, Nouv. éd., reprod. en fac-sim., vol. 32, Bad Feilnbach : Schmidt, 1998, 668 p.

Robert (Adolphe), Cougny (Gaston), Dictionnaire des parlementaires français : comprenant tous les membres des Assemblées françaises et tous les ministres français depuis le 1er mai 1789 jusqu'au 1er mai 1889, avec leurs noms, état civil, états de services, actes politiques, votes parlementaires, etc..., Paris : Bourloton, 1889-1891, 5 vol.

Sgard (Jean) (dir.), Gilot (Michel) et Weil (Françoise) (collab.), Dictionnaire des journalistes : 1600-1789, Grenoble : Centre de recherche sur les sensibilités, Université des langues et lettres de Grenoble, 1976-1987, vol. 1 380 p., 5 vol. de supplément : 151, 227, 212, 242, 181 p.

Soboul (Albert) (dir.), publié sous la direction scientifique de Suratteau (Jean-René), Gendron (Fançois), Monnier (Raymonde), Dictionnaire historique de la Révolution française, Paris : PUF, Coll. Quadrige. Dicos poche, 2005, 1132 p.

Yvert (Benoît) (dir.), Dictionnaire des ministres (1789-1989), Paris : Perrin, 1990, 1028 p.

I.2 Traités, Manuels & Précis

Ardant (Philippe), Institutions politiques et droit constitutionnel, 19e éd., Paris : LGDJ, Coll. Manuel, 2007, 616 p.

Ardant (Philippe), Mathieu (Bertrand), Droit constitutionnel et institutions politiques, 32e éd., Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Manuel, 2020, 638 p.

Avril (Pierre) et Gicquel (Jean), Droit parlementaire, 5e éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat. Droit public, 2014, 414 p.

Barthélemy (Joseph) et Duez (Paul), Traité de droit constitutionnel [Reprod. en fac-sim. éd. 1933] , Paris : Panthéon-Assas, 2004, X-955 p.

Bastid (Paul), Doctrines et institutions politiques de la Seconde République, Paris : Librairie Hachette, 1945, 2 vol. :302, 336 p.

Batbie (Anselme), Précis de droit public et administratif, Paris : Cotillon, 1860, 259 p.

Batbie (Anselme), Supplément au traité théorique et pratique de droit public, t.1, Paris : L. Larose et Forcel, 1886.

Batbie (Anselme), Traité théorique et pratique de droit public et administratif : contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives

de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique, t.1, Paris : Cotillon, Librairie du conseil d'Etat, 1861, 496 p.

Batbie (Anselme), Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence, la comparaison de notre législation avec les principales lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique et de l'Espagne ; comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789, 2e éd., Paris : L. Larose et Forcel, t.2, 1885, 516 p.

Berriat-Saint-Prix (Félix), Commentaire sur la Charte constitutionnelle, Paris : Videcoq ; C.-H. Langlois ; Delaunay, 1836, 479 p.

Berriat Saint-Prix (Félix), Théorie du droit constitutionnel français. Esprit de la constitution de 1848 précédé d'un essai sur le pouvoir constituant et d'un précis historique des Constitutions françaises, Paris : Videcoq, 1851, 724 p.

Berton (Henry), L'évolution constitutionnelle du Second Empire, Paris : P. Alcan, 1900, 770 p.

Blachèr (Philippe), Droit constitutionnel, Paris : Hachette Supérieur, 2005, 320 p.

Bodineau (Pierre), Verpeaux (Michel), Histoire constitutionnelle de la France, 5e éd., Paris : PUF, Coll. Que sais-je ?, 2016, 127 p.

Boudon (Julien), Manuel de droit constitutionnel, Tome 1: Théorie générale, Histoire, Régimes étrangers, 2è éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental. Manuels, 2019, 310 p.

Boudon (Julien), Manuel de droit constitutionnel, Tome 2 : la Vème République, 3è éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental. Manuels, 2020, 308 p.

Bouchené-Lefer (Adèle Gabriel), Droit public et administratif français ou analyse et résultat des dispositions législatives et réglementaires publiées ou non sur toutes les matières d'intérêt public et d'administration, Paris : Sédillot, 1831-1840, 4 vol. : 435, 952, 532, 480 p.

Bouchené-Lefer (Adèle Gabriel), Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public-administratif ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour, Paris : Cosse et Marchal, Joubert, 1862, 708 p.

Bouvier-Desmortiers (Urbain-René-Thomas), Examen de la charte constitutionnelle de 1814, Paris : chez Le ortier ; chez Delaunay, 1815, 31 p.

Buchez (Philippe-Joseph-Benjamin) et Roux (Pierre Célestin), Histoire parlementaire de la Révolution française ou journal des assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815, t. 33 : Novembre 1793 à mai 1794, 1837, Paris : Paulin Libraire, 1834-1838, 40 vol.

Burdeau (Georges), Cours de droit constitutionnel et institutions politiques, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Burdeau, Licence, 1re année. 1956-1957, Paris : cours de droit, 1957, 699 p.

Burdeau (Georges), Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Georges Burdeau : licence 1ère année, 1962-1963, Paris : Les cours de droit, 1963, 760 p.

Burdeau (Georges), Droit constitutionnel, 21e éd., Paris : LGDJ, Coll. Manuel, 1988, 701 p.

Burdeau (Georges), Manuel de droit constitutionnel, 5e éd., Paris : P. Pichon, 1947, 318 p.

Burdeau (Georges), Traité de science politique, Tome VI, L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée, 2e éd, Paris : LGDJ, 1971, 2 vol. : 397 p., 482 p.

Cabantous (Louis), Répétitions écrites sur le droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, 4e éd., Paris : A. Marescq, 1867, 879 p.

Carcassonne (Guy), La Constitution : introduite et commentée par Guy Carcassonne, 15e éd., Paris : Ed. Du Seuil, Coll. Points. Essais, 2019, 487 p.
Carré de Malberg (René), Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français, préface E. Maulin, rééd. Paris : Dalloz, 2004, 1525 p.

Champeil-Desplats (Véronique), Méthodologies du droit et des sciences du droit, 2e éd., Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2016, 440 p.

Capitant (René), Principes du droit public : doctorat : 1956-1957, rédigé d'après la sténotypie du cours et avec l'autorisation de René Capitant, Paris : Cours de droit, 1957, 184 p.

Carbonnier (Jean), Droit civil, t.1, 2e éd., Paris : PUF, Coll. Quadrige manuels, 2017, 1496 p.

Chantebout (Bernard), Droit constitutionnel, 31e éd., Paris : Sirey, Dalloz, Coll. Sirey université. Droit public, 2014, 636 p.

Chatelain (Jean), La nouvelle Constitution et le régime politique de la France, 2e éd., Paris: Berger-Levrault, Coll. Institutions politiques d'aujourd'hui, 1959, 482 p.

Chrimes (Stanley Bertram), English Constitutional History, 4th ed., London : Oxford University Press, Coll. Oxford paperbacks university series ; opus 16, 1973, 148 p.

Clère (Jean-Jacques), La problématique des Hautes Cours de justice dans les Constitutions républicaines françaises In Justice et république(s) [colloque, Lille, septembre 1992] / [organisé par le Centre Georges Chevrier pour l'histoire du droit et le Centre d'histoire judiciaire] ; [textes réunis par] Jacques Lorgnier ; [présentés par] Renée Martinage, Jean Pierre Royer, Hellemmes : ESTER, Coll. L'espace juridique, 1993, 382 p.

Cohendet (Marie-Anne), Droit constitutionnel : conseils de méthodes, sujets d'examens et exercices corrigés, 4e éd., Paris : LGDJ, Coll. Cours, 2019, 825 p.

Cohendet (Marie-Anne), Les épreuves en Droit public, 4e éd., Paris : LGDJ, Coll. Les méthodes du droit, 2009, 287 p.

Colliard (Claude-Albert), Libertés publiques, 5e éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 1975, 839 p.

Comte (Charles), Traité de législation, ou Exposition des lois générales : suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent, ou restent stationnaires, 2e éd., Paris : Chamerot : Ducollet, 1835, 4 vol.

Constantinesco (Vlad) et Pierré-Caps (Stéphane), Droit constitutionnel, 6e éd., Paris : PUF, Coll. Thémis. Droit, 2013, 535 p.

Debbasch (Roland), Droit constitutionnel, 12e éd., Paris : LexisNexis, Coll. Objectif droit, 2019, 338 p.

Debré (Michel) et Debré (Jean-Louis), Le pouvoir politique, Paris : Seghers, Coll. Point de départ, 1976, 159 p.

Deumier (Pascale), Introduction générale au droit, Paris : LGDJ, Coll. Manuel, 2011, 434 p.

Ducrocq (Théophile), Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique, 2e éd., Paris : A. Durand ,1863, 624 p.

Ducrocq (Théophile), Études du droit public. Définition et notion du droit public, date et promulgation des lois, extradition, décrets et règlements, Conseil d'État, Cour des comptes, Expropriants, bans de récoltes, droit des sépultures et usages funéraires, reconnaissance d'utilité publique, adjoints, suppléance et délégation des maires, presbytères et affectations administratives à un logement, défense du barreau, Poitiers : Libraire administrative Paul Oudin ; Paris : Guillaumin, 1887, 456 p.

Duguit (Léon), Etudes de droit public, t.1 L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris : Albert Fontemoing, 1901, 623 p.

Duguit (Léon), Leçons de droit public général : faites à la faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926, Paris : E. de Broccard, 1926, 340 p.

Duguit (Léon), L'État, les gouvernants et les agents, préface de Franck Moderne, Paris : A. Fontemoing, 1903, 774 p., (Reprod. en fac-sim. en 2005 aux éditions Dalloz).

Duguit (Léon), Manuel de droit constitutionnel : Théorie générale-organisation politique, 1e éd., Paris : A. Fontemoing, Coll. Manuel de droit public français, 1907, 1140 p.

Duguit (Léon), Manuel de droit constitutionnel, 4e éd., Paris : E. de Boccard, 1923, 613 p., (Réimprimé aux éditions Panthéon-Assas, Coll. Les introuvables, 2007.

Duguit (Léon), Traité de droit constitutionnel, Paris : Fontemoing et Cie, 1921-1925, 5 vol.

Duguit (Léon), Traité de droit constitutionnel, 3e éd., Paris : E. de Boccard, 1928, 5 vol.

Duhamel (Oivier), Droit constitutionnel, t.1 : le pouvoir politique en France, 4e éd., Paris : Seuil, Coll. Points. Essais, 1999, 466 p.

Dupin (André-Marie-Jean-Jacques), Constitution de la République française accompagnée de notes sommaires explicatives du texte, et suivie de diverses pièces et de quelques Discours prononcés dans la discussion du projet, 2e éd., Paris : Videcoq, 1849, 264 p.

Duverger (Maurice), Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris : PUF, Coll. Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques, 1955, 651 p.

Duverger (Maurice), Institutions politiques et droit constitutionnel, t.1. Les grands systèmes politiques.. - t.2. Le système politique français, 17e éd., Paris : PUF, Coll. Thémis. Science politique, 2 vol.

Duverger (Maurice), La Cinquième République, Paris : PUF, 1959, 323 p.

Duverger (Maurice), La Cinquième République, 4e éd., Paris : PUF, 1968, 292 p.

Duverger (Maurice), Le système politique français : droit constitutionnel et science politique, 21e éd., Paris : PUF, Coll. Thémis. Science politique, 1996, 608 p.

Duvergier de Hauranne (Prosper), Histoire du Gouvernement Parlementaire en France, 1814-1848, Paris : M. Lévy Frères, 1857-1871, 10 vol.

Esmein (Adhémar), Éléments de droit constitutionnel français et comparé : accompagnée d'une table des matières alphabétique et détaillée, 2e éd., Paris : L. Larose, 1899, 794 p.

Esmein (Adhémar), Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 8e éd, Paris : Recueil Sirey ; L. Tenin, 1927, 2 vol. : 648, 725 p.

Esmein (Adhémar), Éléments de droit constitutionnel français et comparé, [Reprod. en fac-sim. de la 6e éd. de Paris : Sirey, 1914]; Panthéon-Assas, Coll. Les Introuvables, 2001, XXVIII-1246 p.

Esmein (Adhémar), Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure

inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours, Paris : L. Larose et Forcel, 1882, 596 p.

Favoreu (Louis), Gaïa (Patrick), Ghévontian (Richard), Mestre (Jean-Louis), Pfersmann (Otto), Roux (André),

Foillard (Philippe), Droit constitutionnel et institutions politiques, 20e éd., Bruxelles : Larcier, Coll. Paradigme. Manuel, 2014, 436 p.

Foucart (Émile-Victor), Éléments de droit public et administratif, ou Exposé méthodique des principes du droit public positif, 3e éd., Paris : Videcoq, 1843-1844, 3 vol. : 788, 766, 817 p.

Foucart (Émile-Victor), Précis de droit public et administratif suivi d'une bibliographie indiquant les ouvrages sur le droit administratif et d'un appendice contenant le texte des principales et ordonnances du droit public et administratif, Paris : Videcoq, 1844, 354 p.

Garnier Dubourgneuf (Jean-Anatole) et Chanoine (J.S.), Lois d'instruction criminelle et pénales ou appendice aux codes criminels, Paris : Tournachon-Molin, 1826, 3 vol.

Garraud (René), Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux Codes, 2e éd., Paris : L. Larose, 1885, 872 p.

Gérando (Joseph-Marie de), Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif réunis et mis en ordre, contenant l'exposé des principes fondamentaux de la matière, les textes des lois et ordonnances, et les dispositions pénales qui s'y rattachent, Paris : Neve, 1842-1846, 5 vol.

Gicquel (Jean), Droit constitutionnel et institutions politiques, 18e éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat droit public, 2002, 769 p.

Gicquel (Jean), Gicquel (Jean-Eric), Droit constitutionnel et institutions politiques, 34e éd., Paris : L.G.D.J, Coll. Précis Domat droit public, 2020, 964 p.

Gohin (Olivier), Droit constitutionnel, 4e éd., Paris : LexisNexis, Coll. Manuel, 2019, 1413 p.

Guibert (Charles), Observations sur la Charte constitutionnelle donnée par S. M. Louis XVIII, le 4 juin 1814, et soumise, quant à quelques articles, à la révision de la puissance législative, Paris : chez Testu, 1815, 80 p.

Hamon (Francis), Troper (Michel), Droit constitutionnel, 41e éd., Paris : LGDJ, Coll. Manuel, 2020, 902 p.

Hauriou (André) et Gicquel (Jean), Droit constitutionnel et institutions politiques, 7e éd., Paris : éd. Montchrestien, 1980, 1194 p.

Hauriou (André), Droit constitutionnel et institutions politiques, 5e éd., Paris : éd. Montchrestien, 1972, 978 p.

Hauriou (Maurice), Précis de droit constitutionnel, 2e éd., Paris : Sirey, 1929, rééd. Paris : CNRS, 1965, 759 p.

Hauriou (Maurice), Précis élémentaire de droit constitutionnel, Paris : Sirey, Coll. La licence en droit, 1925, 307 p.

Hauriou (Maurice), Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques, 2e éd., Paris : Recueil Sirey, 1916, 828 p.

Hello (Charles Guillaume), Du régime constitutionnel, 2e éd., Paris : chez Gustave Pissin, 1830, 473 p.

Hello (Charles Guillaume), Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique, 3e éd., Bruxelles : Meline, Cans et Cie, 1849, 461 p.

Hello (Charles Guillaume), Essais sur le régime constitutionnel : ou introduction à l'étude de la charte, Paris : Ponthieu et Cie, 1827, 304 p.

Houssaye (Henry), 1815 : t.1 : La Première Restauration ; le Retour de l'île d'Elbe ; les Cent jours, 8e éd., Paris : Perrin, 1893, 636 p.

Jan (Pascal), Les Constitutions de la France : T.2, 1814-1958 : l'établissement du régime parlementaire, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éditions, Coll. Systèmes cours, 2016, 178 p.

Laferrière (Firmin), Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique, 5e éd., Paris : Cotillon, 1869, 2 vol. : 752, 924 p.

Laferrière (Julien), Manuel de droit constitutionnel, 2e éd., Paris : Domat-Montchrestien, 1947, 1112 p.
Lanjuinais (Jean-Denis), Constitutions de la nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la Charte, et un recueil de pièces corrélatives, Paris : Baudouin, 1819, 2 vol. : 514, 565 p.

Laubadère (André de), Droit constitutionnel et institutions politiques : licence, 1ère année : 1955-1956, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de André de Laubadère, Paris : Cours de droit, 1956,652 p.

Lauvaux (Philippe), Le Divellec (Armel), Les grandes démocraties contemporaines, 4e éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental. Classiques, 2015, 1070 p.

Lavroff (Dmitri Georges), Droit constitutionnel de la Vè République, 3e éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz. Série Droit public, science politique, 1999, 1111 p.

Le Bouvier-Desmortiers (Urbain-René-Thomas), Examen de la charte constitutionnelle de 1814, Paris : rue de Seine ; Chez Delaunay, 31 p.

Leca (Antoine), Formation et transformations du droit français. Des origines au XXIe siècle, Paris : LexisNexis, 2015, 328 p.

Leca (Antoine), Généalogie de la construction juridique de l'État en France, Paris : LexisNexis, 2017, 192 p.

Leclercq (Claude), Droit constitutionnel et institutions politiques , 10e éd., Paris : Litec, 1999, 657 p.

Lefebvre, (Charles), Études sur les lois constitutionnelles de 1875, Paris : A. Chevalier-Marescq, 1882, 253 p.

Le Pourhiet (Anne-Marie), Droit constitutionnel, 10e éd., Paris : Economica, Coll. Corpus. Droit public, 2020, 631 p.

Lolme (Jean-Louis de), Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe, réimpr. Édition 1822, Paris : Dalloz, 2008, 332 p.

Macarel (Louis Antoine), Éléments de droit politique, Paris : Nève, Librairie de la Cour de cassation, 1833, 516 p.

Macarel (Louis-Antoine), Eléments de droit politique, Paris : Nève, Librairie de la Cour de cassation, 1833, 516 p

Maty (Thomas Erskine), Traité des lois, privilèges, procédures et usages du Parlement, Paris : V. Giard et E. Brière, Coll. Bibliothèque internationale de droit public, 1909, 2 vol. : 408-339 p.

Mélin-Soucramanien (Ferdinand) et Pactet (Pierre), Droit constitutionnel, 39e éd., Paris : Sirey, Coll. Sirey université. Droit public, 2020, 723 p.

Merle (Roger), Vitu (André), Traité de droit criminel, t. 2 : Procédure pénale, Paris : Ed. Cujas, 2001, 1180 p.

Michelet (Jules), Histoire de la révolution, Paris : A. Lemerre, 1888, 511 p.

Mirkine-Guetzévitch (Boris), Les Constitutions des Nations américaines, Paris : Librairie Delagrave, Coll. Bibliothèque américaine de l'Institut des études américaines, 1932, 486 p.

Molinier (Victor), Cours élémentaire de droit constitutionnel. Matières du troisième examen de doctorat, Paris : A. Rousseau, 1885, 448 p.

Montlosier (François-Dominique, de Raynaud), De la monarchie française depuis le retour de la Maison de Bourbon jusqu'au premier avril 1815 : Considérations sur l'état de la France a cette époque ; examen de la charte constitutionnelle, de ses défectuosités, et des principes sur lesquels l'ordre social peut être recomposé, 2e éd., Besançon : Imprimerie de Cabuchet, 1817, 512 p.

Morabito (Marcel), Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, 16e éd. Paris : LGDJ , un savoir faire de Lextenso, Coll. Domat droit public, 2020, 566 p.

Morabito (Marcel), Bourmaud (Daniel), Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958), 5e éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat droit public, 1998, 495 p.

Moreau (Félix), Précis élémentaire de droit constitutionnel : organisation des pouvoirs publics et libertés publiques, 10e éd., Paris : Sirey, 1928, 533 p.

Moreau (Félix), Précis élémentaire de droit constitutionnel (organisation des pouvoirs publics), 3e éd., Paris : L. Larose, 1897, 515 p.

Ortolan (Louis, Elzéar), Cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe : : Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe, avec le tableau de leur organisation actuelle, Paris : Fanjat aîné, 1831, 500 p.

Pactet (Pierre), Institutions politiques, droit constitutionnel, 20e éd., Paris : A. Colin, Coll.U. Droit, 2001, 637 p.

Pactet (Pierre) avec la collaboration de Melin-Soucramanien (Ferdinand), Institutions politiques, droit constitutionnel, 22e éd., Paris : A. Colin, Coll.U. Droit, 2003, 667 p.

Pailliet (Jean Baptiste Joseph), Manuel de droit français, 8e éd., Paris : Th. Desoer, 1838, 1266 p.

Pierre (Eugène), Traité de politique, électoral et parlementaire, 2e éd., Paris : Librairies-imprimeries réunies, 1902, 1432 p.

Pierre (Eugène), Traité de politique, électoral et parlementaire, Paris : Librairies-imprimeries réunies, 5e éd., 1924, 1617 p.

Pin (Xavier), Droit pénal général, 12e éd., Paris : Dalloz, Coll. Cours Dalloz. Série droit privé, 2020, 619 p.

Pinheiro-Ferreira (Silvestre), Observations sur la Charte constitutionnelle de la France, extraites du Cours de droit public de M. le commandeur S. Pinheiro-Ferreira, Paris : Rey et Gravier, 1833, 128 p.

Pinto (Roger), Éléments de droit constitutionnel, 2e éd., Lille : Morel et Corduant, 1952, 579 p.

Portelli (Hugues), Ehrhard (Thomas), Droit constitutionnel, 13e éd., Paris : Dalloz, Coll. Hypercours Dalloz, 2019, 507 p.

Poudra (Jules) et Pierre (Eugène), Traité pratique de droit parlementaire, Versailles : Cerf et fils ; Paris : Librairie J. Baudry, 1878, 2 vol. : 828 p.

Prélot (Marcel), Institutions politiques et droit constitutionnel, 5e éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz. Droit public, 1972, 925 p.

Prélot (Marcel) et Boulouis (Jean), Institutions politiques et droit constitutionnel, 11e éd., Paris : Dalloz, Coll.

Précis Dalloz,1990, 925 p.

Prélot (Marcel), Précis de droit constitutionnel, Paris : Dalloz, Coll. Petits précis Dalloz, 1948, 606 p.

Quermonne (Jean-Louis), Chagnollaud (Dominique), Le gouvernement de la France sous la Vème République, 4è éd., Paris : Dalloz, Coll. Etudes politiques, économiques et sociales, 1991, 719 p.

Rawle (William), A view of the Constitution of the United States, 2nd ed., Philadelphia : Philip H. Nicklin, 1829, 349 p.

Rossi (Pellegrino), Cours de droit constitutionnel, introduction Julien Boudon, Paris: Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2012, [pagination multiple].

Rossi (Pellegrino), Cours de droit constitutionnel, compilation Armand Porée, Paris : Librairie de Guillaumin, t. I, Coll. Œuvres complètes de P. Rossi publiées sous les auspices du gouvernement italien, 1866, [pagination multiple].

Rossi (Pellegrino), Cours de droit constitutionnel, compilation Armand Porée, Paris : Librairie de Guillaumin, t. 4, Coll. Œuvres complètes de P. Rossi publiées sous les auspices du gouvernement italien, 1867, [pagination multiple].

Saint-Bonnet (François) et Sassier (Yves), Histoire des institutions avant 1789, 2e éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 2006, 451 p.

Saint-Girons (Antoine), Manuel de droit constitutionnel, Paris : L. Larose et Forcel, 1884, 608 p.

Saint-Girons (Antoine), Manuel de droit constitutionnel, 2e édition, augmentée d'une étude sur les lois constitutionnelles de 1884, et du texte des lois constitutionnelles de 1875 à 1885, Paris : L. Larose et Forcel, 1885, 706 p.

Saint-Hilaire fils (Charles de), Commentaire sur la Charte constitutionnelle pour répondre aux plaintes des libéraux sur sa prétendue violation, Paris : Chez Ponthieu, 1823, 54 p.

Scoffoni (Guy), Droit constitutionnel, 9e éd., Paris : Dalloz, Précis, 2006, XIX-968 p.

Serrigny (Denis), Questions et traités de droit administratif, Paris : A. Durand, 1854, 2 vol. 657 p.

Serrigny (Denis), Traité du droit public des français : précédé d'une introduction sur les fondements des sociétés politiques, Paris : Joubert, 1846, 2 vol. : 592, 620 p.

Story (Joseph), Commentaries of the Constitution of the United States with a preliminary review of the constitutional history of the colonies ans states, before the adoption of the constitution, Boston : Hilliard, Gray and Co, 1833, 3 vol.

Sueur (Philippe), Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècle : la genèse de l'État contemporain, 4e éd., Paris : PUF, Coll. Thémis. Droit, 2007, 2 vol., 440 p. et 601p.

Troper (Michel), La philosophie du droit, Paris : PUF, Coll. Que sais-je ?, 2003, 127 p.

Troper (Michel), Chagnollaud (Dominique) (dir.), Traité international de droit constitutionnel, t.1, Théorie de la Constitution, Paris : Dalloz, Coll. Traités Dalloz, 2012, 815 p.

Trotabas (Louis), Isoart (Paul), Droit public : capacité 1re et 2è années, 22e éd., Paris : LGDJ, coll. Manuel, 1992, 502 p.

Trotabas, (Louis), Manuel de droit public et administratif : conforme au programme de capacité en droit (arrêté du 12 juillet 1956), 12e éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, 431 p.

Turpin (Dominique), Droit constitutionnel, 2e éd., Paris : PUF, Coll. Premier cycle, 1994, 777 p.

Vedel (Georges), Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques : licence 1er année, 1960-1961, Paris : Les Cours de droit, Coll. Les cours de droit. Licence 1er année. Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques, 1960-1961, 1143 p.

Vedel (Georges), Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques : licence, 1ère année : 1957-1958, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Georges Vedel, Paris : Cours de droit, 1958, 958 p.

Vedel (Georges), Institutions Politiques du monde contemporain, Cours polycopié I.E.P., 1972-1973, Paris : Les Cours de droit, 1973, 567 p.

Vedel (Georges), Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris : Recueil Sirey, 1949, 616 p.

Vialle (Pierre), Droit constitutionnel et institutions politiques, Lyon : L'Hermès,1984, 734 p.

I. 3 Monographies

-A-

Adams (John), Défense des constitutions américaines ou De la nécessité d'une balance dans les pouvoirs d'un gouvernement libre, Avec des Notes et Observations de M. de La Croix, Paris : Buisson, 1792, 2 vol. : 547, 503p.

Anceau (Eric), Les députés du Second Empire, prosopographie d'une élite du XIXe siècle, Paris : H. Champion, Coll. Bibliothèque d'histoire moderne et contemporaine, 2000, 1018 p.

Arcy (François D'), La représentation, Paris : Economica, Coll. Politique comparée, 1985, 250 p.

Association française pour la recherche en droit administratif, Les droits publics subjectifs des administrés : actes du [4e] colloque, organisé les 10 et 11 juin 2010 par l'Association française pour la recherche en droit administratif au pôle universitaire de gestion de l'Université de Bordeaux, Paris : LexisNexis ; Litec, Coll. Colloques & débats ; Travaux de l'AFDA, 2011, 238 p.

Audren (Frédéric), Halpérin (Jean-Louis), La culture juridique française. Entre mythes et réalités : XIXe-XXe siècles, Paris : CNRS Éditions, 2013, 330 p.

Aulard (Alphonse), L'éloquence parlementaire pendant la révolution française, Paris: Hachette, 1885-1886, 2 vol. : 567-591 p.

Aulard (Alphonse), Les grands orateurs de la Révolution française : Mirabeau, Vergniaud, Danton, Robespierre, Reprod. en fac-sim. de l'éd. de Paris : F. Rieder, 1914, Genève : Mégariotis, 1980, 303 p.

Aulard (Alphonse), Histoire politique de la Révolution française. Origines et développements de la démocratie et de la République (1789-1804), [Ressource dématérialisée, date première édition 1900, réédition], Paris : Nouveau monde, 2013, 572 p.

Aulard (Alphonse), Recueil des actes du Comité de salut public, Introduction : avec la correspondance officielle des représentants en mission et le registre du Conseil exécutif provisoire, Paris : imprimerie nationale, 1889, LXXVII-512 p.

Avril (Pierre), Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique, Paris : Éd. Panthéon-Assas ; LGDJ Diffuseur, Coll. Les Introuvables, 2010, 319 p.

Avril (Pierre), Les conventions de la Constitution. (Normes non écrites du droit politique), Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1997, 202 p.

-B-

Baranger (Denis), Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien), Paris : PUF, Coll. Léviathan 1999, 408 p.

Barante (Prosper Brugière, baron de), La vie politique de M. Royer-Collard. Ses discours et ses écrits, Paris : Didier, 1861, t.1, 2 vol. : 514 et 545p.

Barante (Prosper Brugière, baron de), Souvenirs du baron de Barante : de l'Académie française : 1782-1866, Paris : Calmann-Lévy, 1890-1901, 8 vol. : VI-413, 555, 589, 576, 575, 647, 563, 543 p.

Bard (Alphonse) et Robiquet (Paul), La Constitution française de 1875 étudiée dans ses rapports avec les Constitutions étrangères, Paris : E. Thorin, 1876.

Barnave (Antoine), De la Révolution et de la Constitution, Grenoble : PUG, 1988, 204 p.

Barras (Paul-Jean-François-Nicolas), Mémoires de Barras, membre du Directoire, T.III : Le Directoire du 18 fructidor an 18 brumaire, publiées par G. Duruy, Paris : Hachette, 1896, 526 p.

Barrot (Odilon), Mémoires posthumes de Odilon Barrot, Paris : Charpentier, 1875-1876, 4 vol. : 612, 486, 504, 344 p.

Bart (Jean), Clère (Jean-Jacques), Courvoisier (Claude), Verpeaux (Michel) (dir.), La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit français, Actes du colloque de Dijon des 16 et 17 septembre 1993, Dijon : Ed. EUD, 1997, 438 p.

Bart (Jean), Clère (Jean-Jacques), Courvoisier (Claude)…[et al.], La Constitution du 4 novembre 1848: l'ambition d'une république démocratique : actes du colloque de Dijon, 10-11 décembre 1998, organisé par le Centre Georges Chevrier pour l'histoire du droit ; le Centre d'étude et de recherche politiques ; et l'Association française des constitutionnalistes ; textes réunis par J. Bart, J-J. Clère, C. Courvoisier... [et al.], Dijon : Editions universitaire de Dijon, Coll. Publications de l'Université de Bourgogne, 2000, 463 p.

Bart (Jean) (dir.), 1791, la première Constitution française, Actes du colloque de Dijon, organisé par le Centre Georges Chevrier pour l'histoire du droit ; le Centre d'étude et de recherche politiques et l'Association française des constitutionnalistes ; textes réunis par Jean Bart, Jean-Jacques Clère, Claude Courvoisier... [et al.] ; coord. Françoise Naudin-Patriat, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Droit public positif,1993, 477 p..

Barthélémy (Anatole de), Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers état de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante (3 mai 1789-3 avril 1790), par Robert de Crèvecoeur.. *In* Bibliothèque de l'école des chartes,1895, tome 56, p.378-380.

Bastid (Paul), Benjamin Constant et sa doctrine, Paris : Librairie Armand Colin, Coll. Sciences politiques, 1966, 2 vol. : 1111p.

Bastid (Paul), Le gouvernement d'assemblée, Paris : Ed. Cujas, 1956, 402 p.

Bastid (Paul), Le régime d'assemblée, Paris : Ed. Cujas, 1956, 402 p.

Bastid (Paul), Les grands procès politique de l'histoire, Paris : Fayard, Coll. Le temps et les destins, 1962, 392 p.

Bastid (Paul), Sieyès et sa pensée, Paris : Hachette, Coll. Recherches historiques et littéraires, 1970, 671 p.

Bastid (Paul), Un juriste pamphlétaire : Cormenin, précurseur et constituant de 1848, Paris : Hachette, 1848, 279 p.

Batbie (Anselme), Laferrière (Edouard), Les constitutions d'Europe et d'Amérique, Paris : Cotillon, Librairie du consel d'Etat, 1869, 464 p.

Beaud (Olivier) et Blanquer (Jean-Michel) (dir.), La responsabilité des gouvernants, Paris : Descartes et Cie, Coll. Droit,1999, 323 p.

Beaud (Olivier), Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants, Paris : PUF, Coll. Béhémoth, 1999, 171 p.

Bénétruy (Joseph), L'atelier de Mirabeau : quatre proscrits genevois dans la tourmente révolutionnaire, Paris : A. et J. Picard, 1962, 493 p.

Bergson (Henri), Ecrits et paroles, Paris : PUF, Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1957, 236 p.
Biard (Michel), Bourdin (Philippe), Leuwers (Hervé), Tourret (Alain) (dir.), Vertu et politique : les pratiques des Législateurs (1789-2014), Rennes : Presses Universitaire de Rennes ; [Paris] : Société des études robespierristes, 2015, 436 p.

Bidégaray (Christian) et Emeri (Claude), La responsabilité politique, Paris : Dalloz, 1998, 137 p.

Bigaut (Christian), La responsabilité pénale des hommes politiques, Paris : LGDJ, 1996, 186 p.

Billaud-Varenne (Jean Nicolas), Les Élements du Républicanisme, Premiere partie, Paris : [Charles-Frobert Patris], l'an premier de la République française, [1793], 132 p.

Blackstone (William), Commentaires sur les lois anglaises, avec les notes de M. Ed. Christian, traduits de l'anglais sur la 15e éd. par N. M. Chompré, Paris : Bossange, Rey et Gravier, Aillaud, 1822-1823, 6 vol.

Bluche (Frédéric) (dir.), Le Prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2000, 318 p.

Boccon-Gibod (Thomas), Aux sources du droit public : la délibération et la théorie de l'État chez Maurice Hauriou, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Sophiapol, Colloque international « le tournant délibératif », Paris, EHESS, 16-17 juin 2011, [En ligne] : https://www.participation-et-democratie.fr/system/files/boccon-gibod.pdf.

Boudon (Jacques-Olivier), L'époque de Bonaparte, Paris : PUF, 2009, 270 p.

Boulay de la Meurthe (Alfred), Théorie constitutionnelle de Sieyès: constitution de l'an VIII : extraits des mémoires inédits, Paris : Imprimé chez P. Renouard, 1836, 77 p.

Bourdon (Jean), La Constitution de l'an VIII, Rodez : Garrère, 1942, 121 p.

Boureau (Alain), Le simple corps du roi : l'impossible sacralité des souverains français, XVe-XVIIIe siècle, Paris : Editions de Paris, Coll. Le Temps de l'histoire, 1988, 155 p.

Briquet (Jean-Louis) et Garraud (Philippe) (dir.), Juger la politique : entreprises et entrepreneurs critiques de la politique, Rennes : P.U.R., Coll. Res Publica, 2001, 301 p.

Brunner (Otto), Land und Herrschaft : Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, 5e éd., Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1984, 463 p.

Buchez (Philippe-Joseph-Benjamin), Histoire de l'Assemblée Constituante ; précédé d'une histoire abrégée des français depuis l'établissement de la nationalité française jusqu'en 1789, Paris : J. Hetzel, Coll. Histoire parlementaire de la Révolution française, 1846, 5 vol. : IV-500-520-513-554-680 p.

-C-

Cadart (Jacques), Le régime électoral des Etats généraux de 1789 et ses origines (1302-1614), Annales de l'Université de Lyon, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1952, 212 p.

Cadelli (Manuela), (dir.), La figure du juge d'instruction : réformer ou supprimer ? Limal : Anthemis, Coll. de l'Association syndicale des magistrats, 2017, 138 p.

Capitant (René), Démocratie et participation politique : dans les institutions françaises de 1875 à nos jours, Paris : Bordas, Coll. Etudes. Politique, 1972, 184 p.

Carette (Antoine-Auguste), Lois annotées, ou lois, décrets, ordonnances, avis du Conseil d'état, etc., avec notes historiques, de concordance et de jurisprudence (1re série, 1789-1830), Paris : M. Pouleur, 1943, 1256 p.

Carré de Malberg (René), Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français, Paris : Librairie Recueil Sirey, 1920, t.1, 837 p.

Cauchy (Eugène), Les précédents de la Cour des pairs, recueillis et mis en ordre, avec l'autorisation de M. Le Chancelier de France et de M. Le grand référendaire, Paris : Imprimerie nationale, 1839, 710 p.

Cazzaniga (Mario) et Zarka (Yves Charles) (dir.), Penser la souveraineté, Actes des colloques à Pise et Paris (2000), Pise : Ed. ETS ; Paris : J. Vrin, t.I, XIV-345 p.

Chambost (Anna-Sophie), Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme de discours universitaire, Paris : LGDJ, Coll. Contextes, culture du droit, 2014, 352 p.

Chandernagor (André), Un Parlement, pour quoi faire ? Paris : Gallimard, Coll. Idées, 1967, 186 p.

Channet (Aurélie), La responsabilité du président de la République : la contribution de la « Commission Avril », Paris : L'Harmattan, Coll. Inter-national, 2004, 124 p.

Chateaubriand (François René de), De la monarchie selon la Charte, Paris : Impr. de le Normant, 1816, 146 p.

Chateaubriand (François René de), Grands écrits politiques, Paris : Imprimerie nationale, 1993, 2 vol., 796 p.

Chaussinand-Nogaret (Guy), Mirabeau entre le Roi et la Révolution : notes à la cour ; suivies de Discours, Paris : Hachette, Coll. Pluriel, 1986, 409 p.

Chevallier (Jacques), L'État de droit, 6e éd., Paris : LGDJ, Coll. Clefs. Politique, 2017, 158 p.

Chevallier (Jean-Jacques) ...[*et al.*] , Le droit administratif en mutation, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie ; [réd. par] Jacques Chevallier, Gilles J. Guglielmi, Danièle Lochak...[et al.], Paris : PUF, Coll. Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1993, 321 p.

Chevallier (Jean-Jacques), Mirabeau : un grand destin manqué, Paris : Librairie Hachette, 1947, 383 p.

Clausel de Coussergues (Jean-Claude), Considérations sur l'origine, la rédaction, la promulgation et l'exécution de la Charte, Paris : A. Pihan-Delaforest, 1830, 373 p.

Clément (Jean-Paul), Jaume (Lucien) et Verpeaux (Michel), Liberté, libéraux et Constitutions : colloque de La Vallée-aux-Loups, 23 septembre 1994, [organisé par] l'Association française des constitutionnalistes et la Maison de Châteaubriand; contributions de Jean-Paul Clément, Lucien Jaume, Dmitri Georges Lavroff... [et al.], Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Droit public positif, 1997, 128 p.

Clère (Jean-Jacques), Farcy (Jean-Christophe) (dir.), Le juge d'instruction. Approches historiques, Dijon : Éditions universitaires de Dijon, Coll. Institutions, 2010, 318 p.

Codaccioni (Vanessa), Punir les opposants. PCF et procès politiques (1947-1962), Paris : CNRS éditions,

2013, 417 p.

Cohendet (Marie-Anne), Le Président de la République, 2e éd., Paris : Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2012, 187 p.

Commaille (Jacques), À quoi nous sert le droit ? Paris : Gallimard, Coll. Folio Essais, 2015, 522 p.

Conac (Gérard), Machelon (Jean-Pierre), La Constitution de l'an III : Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel, Paris : PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1999, 295 p.

Coniez (Hugo), Écrire la démocratie : de la publicité des débats parlementaires, 2e éd., Paris : L'Harmattan, 2012, 288 p.

Constant (Benjamin), Cours de Politique constitutionnelle, introduction et notes d'E. Laboulaye, Paris : Guillaumin, 1861, t.1, LXVIII-559 p.

Constant (Benjamin), Cours de politique constitutionnelle ou Collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif, 2e éd., Paris : Guillaumin et Cie, 1872, 2 vol. : 563p., 572 p.

Constant (Benjamin), De la responsabilité des ministres, Paris : H. Nicolle, 1815,100 p.

Constant Benjamin), De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne, Paris : Le Normant, H. Nicolle, 1814, 199 p.

Constant (Benjamin), Ecrits politiques, Paris : Gallimard, Coll. Folio. Essais, 1997, 870 p.

Constant (Benjamin), Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une Constitution républicaine dans un grand pays, édition établie par H. Grange, Paris : Aubier, Coll. Bibliothèque philosophique, 1991, 506 p.

Constant (Benjamin), Mémoires sur les Cent-Jours, Paris ; Genève : Slatkine, 1996, 303 p.

Constant (Benjamin), Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France, Paris : Eymery, 1815, 321 p.

Constant (Benjamin), Recueil d'articles (1795-1817), introduction, notes et communication par Ephraïm Harpaz, Genève : Droz, Coll. Travaux d'histoire éthico-politique, 1978, 276 p.

Constant (Benjamin), Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une Monarchie constitutionnelle, essentiellement constitué de son Esquisse de Constitution, Paris : H. Nicolle ; Gide Fils, 1814, 166 p.

Cormenin (Louis Marie de Lahaye), Petit pamphlet sur le projet de constitution suivi du texte exact et corrigé du Projet de Constitution : par Timon [pseud. de Louis-Marie de Lahaye, Vte de Cormenin] , Paris : Pagnerre édition, 1848, 77 p.

-D-

Daudet (Ernest), La révolution de 1830 et le procès des ministres de Charles X, nouv. Édition rev. et augm., Paris : Hachette, 1907, 300 p.

Daudet (Ernest), Louis XVIII et le duc Decazes. 1815-1820 d'après des documents inédits, Paris : Librairie Plon, Nourrit et Cie, 1899, 495 p.

Daunou (Pierre-Claude-François), Clément (Jean-Paul), Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société ; Précédé de Daunou ou les ambiguïtés d'un idéologue libéral / Jean-Paul Clément, Paris : rééd. Belin, Coll. Littérature et politique, 2000, 214 p.

Daunou (Pierre, Claude, François), Cours d'études historiques. t.II, Usages de l'histoire, Paris : Firmin Didot, 1842, [n.p.].

Daunou (Pierre, Claude, François), Vues rapides sur l'organisation de la République française, Paris : Impr. nationale, [s. d.], [n.p.].

De Broglie (Victor de), Vues sur le gouvernement de la France, ouvrage inédit du duc de Broglie, publié par son fils [Achille-Charles-Léonce-Victor, duc de Broglie], Paris : Michel Lévy frères, 1870, 367 p.

Delacroix (Jacques-Vincent), Catéchisme patriotique à l'usage de tous les citoyens relatif aux travaux des États généraux, [Paris] : [s.n.], [ca 1789], 20 p.

Delacroix (Jacques-Vincent), Constitutions des principaux états de l'Europe et des États-Unis de l'Amérique, Paris : Buisson, 1791-1793, 6 vol., [pagination multiple].

Delacroix (Jacques-Vincent), Le Danger des souvenirs par J.-V. de La Croix, Paris : chez Bossange, Masson et Besson, 1805, t.2, 296 p.

Delacroix (Jacques-Vincent), Le spectateur françois pendant le gouvernement révolutionnaire, par le citoyen Delacroix, ancien professeur de droit public au lycée ; pour servir de suite à son ouvrage intitulé : Des constitutions des principaux États de l'Europe, Paris : Buisson, 1794, XII-416 p.

Delacroix (Jacques-Vincent), Observations sur la société et sur les moyens de ramener l'ordre et la sécurité dans son sein, Paris : chez Royez, 1787, 2 parties : 256 p., 328 p.
Delacroix (Jacques-Vincent), Réflexions philosophiques sur l'origine de la civilisation, et sur les moyens de remédier aux abus qu'elle entraîne, Amsterdam ; Paris : chez Belin, 1778, 378 p.

De Launay (Antraigues, Emmanuel Louis Henri Alexandre de Launay, comte d'), Adresse à l'ordre de la noblesse de France, Paris : chez Senneville ; Cuchet ; Guerbart ; Crapart, 1792, 88 p.

De Launay (Antraigues, Emmanuel Louis Henri Alexandre de Launay, comte d'), Mémoire sur les Etats généraux, leurs droits et la manière de les convoquer, [S.l.] :[s.n.], 1788, 279 p.

De Nesmes-Desmarets (Robert), Les doctrines politiques de Royer-Collard, Paris : V. Giard et E. Brière, 1908, 320 p.

Dosière (René), L'argent caché de l'Élysée, Paris : Ed. Du Seuil, 2007, 176 p.

Dufourg (Robert), Le procès des ministres de Charles X, préf. L. Bérard, Bordeaux : Imprimerie R. Samie, Librairie Raymond Picot, 1934, 220 p.

Duguit (Léon), Les transformations du droit public, Paris : Librairie Armand Colin, 1913, 285 p.

Duguit (Léon), Souveraineté et liberté. Leçons faites à l'Université Columbia (New York) 1920-1921, Paris : Librairie Félix Alcan, 1922, 208 p.

Dumont (Etienne), Souvenirs sur Mirabeau et les deux premières assemblées législatives, Paris : PUF, 1951, 320 p.

Dupuy (Roger) et Morabito (Marcel) dir., 1795. Pour une République sans révolution, Rennes : Presses universitaire de Rennes, Coll. Histoire, 1996, 296 p.

Duquesnoy (Adrien), Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers-Etat de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante (3 mai 1789-3 avil 1790) : publié pour la Société d'histoire contemporaine par Robert de Crèvecoeur, Paris : A. Picard, Coll. Société d'histoire contemporaine, 1894, 2 vol., 504-544 p.

Duvergier de Hauranne (Jean-Marie), De l'ordre légal en France, et des abus d'autorité, Paris : Baudoin Frères, 1826-1828, 2 vol. : 341 p. et 415 p.

Duvergier de Hauranne (Prosper), De la réforme parlementaire et de la réforme électorale, 2e éd., Paris : Paulin, 1847, 323 p.

Duvergier de Hauranne (Prosper), Des principes du gouvernement représentatif et de leur application, Paris : Just Tessier, 1838, 110 p.

-E à F-

Eymeri-Douzans (Jean-Michel), Bioy (Xavier) et Mouton (Stéphane) (dir.), Le règne des entourages. Cabinets et conseillers de l'exécutif, Paris : SciencesPo Les Presses, Coll. Académique, 2015, 875 p.

Fahlbeck (Pontus), La constitution suédoise et le parlementarisme moderne, Paris : A. Picard et fils, 1905, 349 p.

Fonfrède (Henri), Du gouvernement du Roi, et des limites constitutionnelles de la prérogative parlementaire, *in* Œuvres de Henri Fonfrède, recueillies et mises en ordre par C.-A. Campan, Bordeaux : Chaumas-Gayet, 1844, t.6.

Foyer (Jean), Le député dans la société française, Paris : Economica, Coll. Mieux connaître, 1991, 220 p.

Furet (François) et Halevi (Ran), La monarchie républicaine : la Constitution de 1791, Paris : Fayard, 1966, 605 p.

-G à H-

Garapon (Antoine), Le gardien des promesses : le juge et la démocratie, Paris : Ed. Odile Jacob, 1996, 281 p.

Garrigues (Jean) (dir.), Histoire du Parlement : de 1789 à nos jours, Paris : Armand Colin, 2007, III-514 p.

Gaudemet (Jean), T. III : L'Église dans l'Empire romain (IV-Vè siècles) *in* Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident / Publiée sous la direction de Gabriel Le Bras, Paris : Sirey, 1990, 818 p.

Gaven (Jean-Christophe), Le crime de lèse-nation. Histoire d'une invention juridique et politique (1789-1791), Paris : Presses de Sciences Po, 2016, 559 p.

Ghevontian (Richard) (dir.), Eugène Pierre, précurseur du droit parlementaire contemporain, Bruxelles : Bruylant, Coll. Etudes parlementaires, 2019, 216 p.

Grange (Henri), Les idées de Necker, Paris : Klincksieck, 1974, 669 p.

Guchet (Yves), Droit parlementaire, Paris : Economica, 1996, 203 p.

Guérin-Bargues (Cécile), Juger les politiques ? La Cour de Justice de la République, Paris : Dalloz, Coll. Droit politique, Textes fondamentaux, 2017, 286 p.

Guizot (François), De la peine de mort en matière politique, Paris ; Rouen : chez Béchet, 1822, 185 p.

Guizot (François), Des conspirations et de la justice politique, Paris : Ladvocat, 1821, 119 p.

Guizot (François), Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France, 2e éd., Paris : Ladvocat, 1821, 398 p.

Guizot (François), Du gouvernement de la France depuis la Restauration et du ministère actuel, 3e éd., Paris : Ladvocat, 1820, 328 p.

Guizot (François), Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France, Paris : Maradan, 1816, 80 p.

Guizot (François), Histoire parlementaire de France. Recueil complet des discours prononcés dans les chambres de 1819 à 1848, Paris : Michel Lévy, 1863-1864, 5 vol.

Guizot (François), Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps, Paris : Michel Lévy frères, 1858-1867, 8 vol. : 483-521-506-582-521-532-546-634 p.

Hardt (Sascha), Parliamentary Immunity. A Comprehensive Study of the Systems of Parliamentary Immunity in the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European Contex, Cambridge : Intersentia, 2013, 303 p.

Hauriou (Maurice), La science sociale traditionnelle, Paris : Larose, 1896, XII-432 p.

Hauriou (Maurice), La souveraineté nationale. Recueil de législation de Toulouse, t.VIII, Paris : Sirey, Toulouse : Edouard Privat, Coll. Etudes constitutionnelles, 1912, 156 p.

Hecquard-Théron (Maryvonne) (dir.), Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ? Actes du colloque des 28 et 29 octobre 2004, Toulouse : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, Coll. Les travaux de l'IFR, 2005, 234 p.

Herrera (Carlos-Miguel) et Le Pillouer (Arnaud) (dir.), Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ? Paris : Ed. Kimé, 2012, 198 p.

Herrera (Carlos-Miguel) Pinon (Stéphane) (dir.), La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux, Paris : Editions Kimé, Coll. Nomos & Normes, 2012, 168 p.

Herrera (Carlos-Miguel) (dir.), Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Colloque (Nanterre, 8 et 9 avril 1993), organisé par l'URA 1394 CNRS-Université de Paris X « Philosophie politique, économique et sociale », Paris : L'Harmattan, 1995, 311 p.

His (C. H.), Réponse à M. Duvergier de Hauranne, Paris : Duffay, 1838, 65 p.

Histoire des idées et idées sur l'histoire. Etudes offertes à Jean- jacques Chevallier, Paris : Cujas, 1977, 274 p.

Holmes (Stephen), Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne, traduit de l'anglais par O. Champeau, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1994, 373 p.

-J à K-

Jaume (Lucien) (dir.), Coppet, creuset de l'esprit libéral. Des idées politiques et constitutionnelles du groupe de Madame de Staël : colloque de Coppet, 15 et 16 mai 1998, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Droit public positif, 2000, 242 p.

Jaume (Lucien), Echec au libéralisme. Les Jacobins et l'État, Paris : Kimé, Coll. Histoire des idées, théorie politique et recherches en sciences sociales, 1990, 128 p.

Jaume (Lucien), Le discours jacobin et la démocratie, Paris : Fayard, Coll. Nouvelles études historiques, 1989, 508 p.

Jaurès (Jean), Histoire socialiste de la Révolution française, 1e éd., 1900, éd. revue et annotée par Albert Soboul, Paris : Editions sociales, 1969, réimp. 1983, 7 vol., [pagination multiple].

Jestaz (Philippe), Jamin (Christophe), La doctrine, Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2004, 314 p.

Jouanna (Arlette), Le pouvoir absolu : naissance de l'imaginaire politique de la royauté, Paris : Gallimard, Coll. L'esprit de la cité, 2014, 436 p.

Kantorowicz (Ernst), Les deux corps du roi : essai sur la théologie politique au Moyen-Âge, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèques des histoires, 1989, 638 p.

Kelsen, (Hans), La Démocratie. Sa nature. Sa valeur, Liége: impr. G. Thone ; Paris : Libr. du "Recueil Sirey", Coll. Bibliothèque constitutionnelle et parlementaire contemporaine, 1932, 121 p.

-L-

Laboulaye (Edouard), Considération sur la Constitution, Paris : A. Durand, 1848, 135 p.

Laboulaye (Edouard), Questions constitutionnelles, Paris : Charpentier et Cie, 1872, 437 p.

Laffitte (Jacques), Souvenirs, Paris : Comptoir des imprimeurs-unis, 1844, 3 vol. : 306, 330, 320 p.

Lahure (Charles), Histoire populaire contemporaine de la France, Paris : Hachette, 1864-1866, 2 vol. : [pagination multiple].

Lanjuinais (Jean-Denis), Opinion sur le gouvernement provisoire de la République, Paris : Imprimerie nationale, an III, [1795], [n.p.].

Larroquette (Albert), Le pouvoir exécutif dans la Constitution de 1791, Bordeaux : Imprimerie de l'Université, 1921, 149 p.

Le concept de représentation dans la pensée politique. Actes du colloque d'Aix-en-Provence (mai 2002), Association française des historiens des idées politiques, Aix-en-Provence : PUAM, Faculté de droit et de science politique, Coll. d'histoire des idées politiques, 2003, 493 p.

Le droit administratif en mutation, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie ; [réd. par] Jacques Chevallier, Gilles J. Guglielmi, Danièle Lochak...[et al.], Paris : PUF, Coll. Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1993, 321 p.

Lefort (Claude), Essais sur le politique (XIXe-XXe siècles), Paris: Editions du seuil, Coll. Esprit. Paris, 1986, 364 p.

Legendre (Pierre), Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote, Paris : Les Éditions de Minuit, Coll. Critique, 1976, 275 p.

Léon (Antoine) et Roche (Pierre), Histoire de l'enseignement en France, 14e éd., Paris : PUF, Coll. Que sais-je ?, 2018, 127 p.

Les 50 [cinquante] ans de la Constitution : 1958-2008, textes réunis par Dominique Chagnollaud, Paris : Litec : LexisNexis, 2008, 392 p.

Les méthodes en droit administratif, : [actes du 11e Colloque annuel de l'Association française pour la recherche en droit administratif, AFDA, les 7, 8 et 9 juin 2017, Rennes 1], sous l'égide de l'AFDA ; [en collaboration avec l'Institut du droit public et de la science politique de l'Université de Rennes 1] ; avec les contributions de Louis Bahougne, Jacques Caillosse, Jean-Yves Chérot... [et al.], Paris : AFDA ; Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2018, 276 p.

Locré (Jean Guillaume), Quelques vues sur le Conseil d'État, considéré dans ses rapports avec le système de notre régime constitutionnel, Paris : Gosselin, 1831, 104 p.

Louvet de Couvray (Jean-Baptiste), Opinion sur le gouvernement provisoire de la République, Paris : Imprimerie nationale, an III [1795], [n.p.].

Lucas de Montigny (Jean-Marie-Nicolas), Mémoires biographiques, littéraires et politiques de Mirabeau, t.5, Bruxelles : L. Hauman et Cie, 1834, 377 p.

Luchaire (François), Naissance d'une constitution :1848, Paris : Fayard, Coll. Histoire des Constitutions de la France, 1998, 274 p.

-M à N-

Magnon (Xavier), Esplugas (Pierre), Mastor (Wanda) et Mouton (Stéphane) (dir.), Questions sur la question 3 (QsQ) : de nouveaux équilibres institutionnels ? Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Grands Colloques, 2014, 222 p.

Maingot (Joseph), Dehler (David), Policians Above the Law. A case for the abolition of parliamentary inviolability, Ottawa : Baico Publishing, 2010, 259 p..

Malraux (André), Les chênes qu'on abat..., Paris : Gallimard, 1971, 235 p.
Manent (Pierre), Histoire intellectuelle du libéralisme. Dix leçons, Paris : Calmann-Lévy, Coll. Liberté de l'esprit, 1987, 250 p.,

Martin (Jean-Clément), La Révolution française, 1789-1799, une histoire socio-politique, Paris : Belin, 2004, 317 p.

Martin (Louis), Politiques de la représentation, Paris : Kimé, Coll. Le Collège en acte, 2005, 344 p.

Massot (Jean), La présidence de la République en France, Paris : Documentation française, Coll. Notes et études documentaires ,1977, 234 p.

Mathieu (Bernard), Verpeaux (dir.), Responsabilité et démocratie, [actes de la 3e Journée d'étude annuelle du Centre de recherche en droit constitutionnel], avec les contributions et les témoignages de Pierre Avril, Christian Bidegaray, Jean-Pierre Camby... [et al.], Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, 2008, 94 p.

Mathiez (Albert), Études robespierristes ; T.1 : La corruption parlementaire sous la Terreur ; T. 2 : La conspiration de l'étranger, Paris : Librairie Armand Colin, 1917-1918, 2 vol., 327-314 p.

Matta-Duvignau (Raphaël), Gouverner, administrer révolutionnairement : le Comité de Salut public, 6 avril 1793 - 4 brumaire an IV, Paris : L'Harmattan, 2013, 732 p.

Melchior-Bonnet (Bernardine), Le procès de Louis XVI, Paris : Perrin, 1992, 281 p.

Meynier (Albert), Les coups d'État du Directoire, vol.2 : Le vingt-deux floréal an VI (11 mai 1798) et le trente prairial an VII (18 juin 1799), Paris, PUF, 1928, 232 p.

Michaud (Louis-Gabriel), Biographie universelle ancienne et moderne, Nouv. éd., reprod. en fac-sim., vol. 32, Bad Feilnbach : Schmidt, 1998, 668 p.

Mignet (François-Auguste), Notices et mémoires historiques, Paris : Paulin, 1843, 2 vol.: 393 p., 508 p.

Minc (Alain), « Mirabeau criait si fort que Versailles eut peur », Paris : Grasset, 2017, 288 p.

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Considérations sur l'ordre de Cincinnatus, ou imitation d'un pamphlet anglo-américain, Londres : J. Johnson ; Rotterdam : C.R. Hake, 1788, XVII-403 p.

Mirabeau, (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Courier de Provence : pour servir de suite aux Lettres du comte de Mirabeau à ses commettans, Bibliothèque numérique patrimoniale, [En ligne], https://odyssee.univ-amu.fr/items/show/199.

Mirabeau (Honoré-Gabriel de Riqueti ; comte de), De la monarchie prussienne sous Frédéric le Grand, Londres : [s.n.], 1788, 8 vol., [pagination multiple].

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Des lettres de cachet et des prisons d'état, Hambourg : [S.l.] : [s.n.], 1782, 237 p.

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Essai sur le despotisme, Londres : [S.n.], 1775, 275 p.

Mirabeau (Honoré-Gabriel de Riqueti ; comte de), Lettre de Mirabeau au duc de Lauzun, 16 novembre 1788 *in* Mémoires biographiques, littéraires et politiques de Mirabeau, écrits par lui-même, par son père [Victor Riqueti, Mis de Mirabeau], son oncle [le bailli de Mirabeau] et son fils adoptif [J.-M.-N. Lucas de Montigny] et précédés d'une étude sur Mirabeau par Victor Hugo, Bruxelles : L. Hauman et cie, 1834-1835, 12 vol., [pagination multiple].

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Lettres du comte de Mirabeau à un de ses amis en Allemagne [Jacob von Mauvillon], écrites durant les années 1786, 1787, 1788, 1789 et 1790, [S.l.], 1792, In-8°, XXVI-538 p.

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Lettres amicales du comte de Mirabeau à M. Mauvillon à Brunsuic : écrites durant les années 1786-90 et précédées d'une notice sur ses liaisons littéraires en Allemagne, Hambourg : Chez Pierre François Fauche, 1794.

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Neuvième Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants, 5 juin 1789 *In* Courier de Provence : pour servir de suite aux Lettres du comte de Mirabeau à ses commettants, Bibliothèque numérique patrimoniale, [En ligne] : https://odyssee.univ-amu.fr/items/show/199.

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Mémoires biographiques, littéraires et politiques de Mirabeau, écrits par lui-même, par son père, son oncle et son fils adoptif et précédés d'une étude sur Mirabeau par Victor Hugo, La Haye : Vervloet, 1834, vol. VI.

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Œuvres de Mirabeau, Discours et opinions, tome III, Paris : Brissot-Thivars, 1826.

Montesquieu (Charles Louis de), De l'esprit des lois, Paris : Flammarion, Coll. G.F., 1979, 2 vol. : 507-638 p.

Munteano (Basil), Les idées politiques de Mme de Staël et la Constitution de l'an III, Paris, Les Belles lettres, Coll. Etudes françaises, 1931, 77 p.

Necker (Jacques), Oeuvres complètes de M. Necker : publiées par M. le Baron de Staël, t. XI : Dernières vues de politique et de finances, Paris : Treuttel et Würtz, 1820-1821.

Necker (Jacques), Oeuvres complètes de M. Necker : publiées par M. le Baron de Staël, t. X : De la Révolution française, Paris : Treuttel et Würtz, 1820-1821.

Necker (Jacques), Oeuvres complètes de M. Necker : publiées par M. le Baron de Staël, t. VIII, Du pouvoir exécutif dans les grands Etats, Paris : Treuttel et Würtz, 1820-1821, 2 vol.

-O à P-

Olivier-Martin (Francois), L'absolutisme français ; suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle, Paris : LGDJ, Coll. Reprint, 1997, 548 p.

Ortolan (Louis, Elzéar), Explication historique des instituts de l'Empereur Justinien, avec le texte, la traduction en regard, et les explications de chaque paragraphe précédée d'une généralisation du droit romain, d'après les textes anciennement connus, ou plus récemment découverts, 4e éd., tome 1, Paris : Joubert, 1847, 2 vol. : 736-669 p.

Ozouf (Mona), Varennes : La mort de la royauté (21 juin 1791), Paris : Histoire Premium, 2013, 588 p.

Pagès (Jean-Pierre), De la responsabilité ministérielle et de la nécessité d'organiser le mode d'accusation et de jugement des ministres, Paris : F. Béchet, 1818, 94 p.

Pasquino (Pascale), Sieyès et l'invention de la Constitution en France, Paris : O. Jacob, 1998, 262 p.

Pennock (James Rolland) and Chapman John William (dir.), Representation, New York : Atherton Press,

Coll. Nomos X, 1968, 317 p.

Pépin (Alphonse), De la prérogative royale, Paris : Imprimerie de Guiraudet et Christian Jouaust, 1838, 62 p.

Perez (Staris), Le corps du roi : incarner l'État De Philippe Auguste à Louis-Philippe, Paris : Perrin, 2018, 479 p.

Périer (Casimir), L'article 75 de la Constitution de l'an VIII sous le régime de la Constitution de 1852, Paris : Armand Le Chevallier, 1867, 156 p.

Pierre (Eugène), Histoire des Assemblées politiques en France : du 5 mai 1789 au 8 mars 1876, Tome 1 : 1789-1831, [Versailles] : [Cerf et fils] ; Paris : J. Baudry, 1877, 584 p.

Pitkin (Hanna Fenichel), The paradox of representation, *in* J. R. Pennock and J. W. Chapman (dir.), Representation, New York : Atherton Press, 1968.

Portrait des députés aux états généraux qui s'y sont déjà distingués, précédé d'une idée critique des discours d'ouverture, et de celle des motions sur les faits principaux qui ont eu lieu pendant le premier mois, [Paris] : Chez les marchands de nouveautés, 1789, [Pagination multiple].

Poughon (Jean-Michel) (dir.), Aubry et Rau : leurs œuvres, leurs enseignements, Université Robert Schuman de Strasbourg, [le] Centre de droit privé fondamental [et l'] Institut d'études judiciaires, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, Coll. de l'Université Robert Schuman, Centre de droit privé fondamental, 2006, 155 p.

Prélot (Pierre-Henri) et Pinon, (Stéphane) (dir.), Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, actes du colloque de l'Université de Cergy-Pontoise (26 janvier 2007), Paris, Monchrestien, Coll. Grands colloques, 2009, 285 p.

Prévost-Paradol (Lucien-Anatole), La France nouvelle, 8e éd., Paris : Michel Lévy Frères, 1868, 423 p.

-Q à R-

Recueil d'articles (1795-1817), Benjamin Constant, introduction, notes et communication par Ephraïm Harpaz, Genève : Droz, Coll. Travaux d'histoire éthico-politique, 1978, 276 p.

Reglemens [*sic*] observés dans la Chambre des communes. Pour débattre les matières et voter, Traduit de l'anglois [par Dumont, Etienne-Pierre-Louis], Mis au jour par le Comte de Mirabeau, [S.l.] : [s.n.], 1789, 88 p.

Rey (Joseph), De la responsabilité des Agents du pouvoir, d'après nos lois actuelles ; et du droit de défense et d'indemnité des citoyens envers les Agents du pouvoir, Paris : Chez L'Huillier, 1818, 88 p.

Reynald (Hermile), Mirabeau et la Constituante, Paris : Librairie académique Didier et compagnie, 1872, XVI-410 p.

Rials (Stéphane), La Présidence de la République, 2e éd., Paris : PUF, Coll. Que sais-je ?, 1983, 127 p.

Roels (Jean), Le concept de représentation politique au dix-huitième siècle français, Louvain : Ed. Nauwelaerts, 1969, XVI-184-44 p.

Rosanvallon (Pierre), La Contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance, Paris : Ed. Seuil, Coll. Les livres du nouveau monde, 2006, 344 p.

Rosanvallon (Pierre), La Monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830, Paris : Fayard, Coll. Histoire des Constitutions de la France, 1994, 376 p.

Rosanvallon (Pierre), Le moment Guizot, Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1985,

414 p.

Rousseau (Dominique) (dir.), La démocratie continue : actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992, organisé par le CERCOP, préface du doyen G. Vedel, Paris: LGDJ ; Bruxelles : Bruylant, Coll. La pensée juridique moderne, 1995, 165 p.

Rousseau (Dominique), Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation, Paris : Ed. Seuil, Coll. Points. Série essais, 2007, 259 p.

-S-

Saint-Just (Louis-Antoine-Léon), L'esprit de la révolution et de la constitution en France, Paris : chez Beuvin, 1791, 174 p.

Saint-Simon (Claude-Henri), de, De la réorganisation de la société européenne ou de la nécessité et des moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique, en conservant à chacun son indépendance nationale, Paris : Delaunay, 1814, 112 p.

Sassier (Yves), Royauté et idéologie au Moyen-Âge : Bas-Empire, monde franc, France (IVe-XIIe siècle), 2e éd., Paris : Armand Colin, Coll. U. Histoire, 2012, 361 p.

Schmitt (Carl), Théorie de la Constitution, Paris : PUF, 1993, 576 p.

Ségur (Philippe) (dir.), Gouvernants : quelle responsabilité ?, Centre d'études et de recherches juridiques sur les espaces méditerranéen et africain francophones (Perpignan), Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, 314 p.

Ségur (Philippe) (dir.), La protection des pouvoirs constitués, Bruxelles : Bruylant, 2007, 314 p.

Ségur (Philippe), La responsabilité politique, Paris : PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, 127 p.

Sieyès (Emmanuel-Joseph), Qu'est-ce que le Tiers-Etat, Genève : Librairie Droz, 1970, 228 p.

Sieyès (Emmanuel-Joseph), Vues sur les moyens, [S.l.], [s.n.], 1789, VIII-168 p.

Sismondi (Jean Charles Léonard Simonde de), Examen de la Constitution française, Paris : Treuttel et Würtz, 1815, 124 p.

Smith (Adam), Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Londres ; Paris : Poinçot, 1786, 6 vol.

Soboul (Albert), Le procès de Louis XVI, Paris : Gallimard ; Juillard, Coll. Archives, 1973, 267 p.

Spitz (Jean-Fabien), La liberté politique : essai de généalogie conceptuelle, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1995, 509 p.

Staël-Holstein (Germaine de), De la responsabilité des ministres, et du projet de loi sur le mode de procéder dans les deux chambres en cas d'accusation d'un Ministre, Paris : Delaunay, 1819, 39 p.

Staël-Holstein (Germaine de), Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France, édition critique par Lucia Omacini, Genève ; Paris : Droz, Coll. Textes littéraires français, 1979, 477 p.

Staël (Germaine de), Lettre à Roederer du 9 juin 1795, *in* Correspondance générale, t.III, Paris : Ed. B. Jasinski Pauvert, 1954.

Staël-Holstein (Germaine de), Réflexions sur la paix intérieure, T.1: *in* Œuvres complètes, Paris : Firmin-Didot et Treutel et Würtz, 1844, 3 vol. : 863, 346, 513 p.

Sueur (Jean-Jacques) (dir.), Juger les politiques. Nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants publics, journée d'études du 10 décembre 1999, Centre d'études et de recherche sur les contentieux, Paris : Lharmattan, Coll. Logiques politiques, 2001, 227 p.

-T-

Taine (Hippolyte Adolphe), Les origines de la France contemporaine, Paris : R. Laffont, 1986, 2 vol., 839-860 p.

Ternaux (Mortimer), Histoire de la terreur, 1792-1794 d'après des documents authentiques et inédits, Tome 7, Paris : Michel Lévy frères, 1869, 579 p.

Thibaudeau (Antoine-Clair), Plan d'organisation d'un gouvernement intermédiaire, jusqu'à ce que la Constitution puisse être organisée, présenté à la Commission des Seize par la section qu'elle avait chargée de cet objet, composée des Représentants du Peuple Thibaudeau, Romme et Merlino, Paris : Imprimerie nationale, an III [1795], 11 p.

Tocqueville (Alexis de), De la démocratie en Amérique, Paris : Garnier-Flammarion, Coll. G.F., 1981, 2 vol. : 569, 414 p.

Tocqueville (Alexis de), L'ancien régime et la révolution, Paris : Michel Levy, 1859, 4e éd., 479 p.

Tocqueville (Alexis de), Œuvres complètes, Tome 3 : Écrits et discours politiques, Paris : Gallimard, 490 p.

Tocqueville (Alexis de), Souvenirs, Paris : Gallimard, Coll. Folio. Histoire, 1978, 499 p.

Troper (Michel), Terminer la Révolution. La Constitution de 1795, Paris : Fayard, Coll. Histoire des constitutions de la France, 2006, 778 p.

-V à Z-

Vidal-Naquet (Ariane), Fatin-Rouge Stéfanini (Marthe) (dir.), La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ? Bruxelles : Bruylant, Coll. A la croisée des droits, 2014, 299 p.

Viennet (Jean-Pons-Guillaume), Opinion d'un homme libre sur la constitution proposée, Paris : Delaunay Libraire, 1815, 32 p.

Villemain (Abel-François), Le Roi, la Charte et la Monarchie, [Paris] : [s.n.], [1816], 63p.

Villetard (Edmé Pierre Alexandre), Opinion sur l'organisation provisoire de la République, Paris, Imprimerie nationale, an III [1795], [n.p.].

Vitrolles (Eugène-Francois-Auguste ; baron de), Du Ministère dans le gouvernement représentatif, Paris : Chez Dantu, 1815, 80 p.

Vivien de Saint Martin (Louis), Histoire de Napoléon, du Consulat et de l'Empire, Paris : Eugène et Victor Penaud frères, 1849, 2 vol., 302-316 p.

Walzer (Michael), Régicide et révolution. Le procès de Louis XVI / Michael Walzer ; Suivi de Discours au procès de Louis XVI / réunis et annotés par A. Kupiec. Régicide et Terreur ? : controverse F. Fehér-M. Walzer, Paris : Payot, 1989, 402 p.

Winock (Michel), 1789, L'année sans pareille : chronique, Paris : Hachette, Coll. Pluriel, 1988, 308 p.

Zarka (Jean-Claude), Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle-majorité parlementaire sous la Vè République (1986-1992), Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1992, 498 p.

Zoller (Elisabeth), De Nixon à Clinton : Malentendus juridiques transatlantiques, Paris : PUF, 1999, 105 p.

Zoller (Elisabeth), Introduction au droit public, 2e éd., Paris : Précis Dalloz, 2013, 241 p.

Zoller (Elisabeth), Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2010, 922 p.

I. 4 Thèses & Mémoires

Amar (Céline), Le Président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens, Thèse de doctorat : Droit public : Lyon 2 : 2003, 2 vol. : 1288 p.

Arles (Fernand), La responsabilité pénale des ministres dans le droit français moderne, Thèse pour le doctorat, Montpellier : Roumégous et Déhan, 1920, 155 p.

Bacot (Guillaume), Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale, Paris : Ed. du CNRS, 1985, 200 p.

Baumert (Renaud), La découverte du juge constitutionnel entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité dans les Républiques allemande et française de l'entre-deux-guerres, Paris : LGDJ, Coll. des thèses, 2009, 612 p.

Becuwe (Jean-Jacques), Le délit d'offense au chef de l'État, Thèse de Doctorat : Droit : Lille, [S.l.] : [s.n.], 1968, 283 p.

Bel (André Georges), La responsabilité pénale des ministres d'après le droit français actuellement en vigueur, Thèse pour le doctorat, Paris : A. Rousseau, 1899, 115 p.

Benetti (Julie), Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la Ve République, Thèse de doctorat : Droit public : Université Paris 1, 2004, 468 p.

Boizart (Emile), Étude sur la Haute Cour de Justice instituée par la Constitution de 1848, Thèse de doctorat : Droit : Université de Paris, Faculté de droit, Paris : Bonvalot-Jouve, 1907, 171 p.

Bonnotte (Christophe), Recherche sur la notion d'immunité en droit constitutionnel français, Thèse de doctorat : Droit constitutionnel, Limoges, 2002, 574 p.

Borré (Matteo), Un rivoluzionario durante l'antico regime: Jacques-Vincent Delacroix (1766-1789) ; Tesi di Dottorato di Ricerca, Milano :Università degli studi di Milano, 2012-2013, 384 p., [En ligne] : [https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/225564/286324/phd_unimi_R08800.pdf].

Bottini (Fabien), La protection des décideurs publics face au droit pénal, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2008, 350 p.

Brémond (Victor Charles), Essai sur l'irresponsabilité parlementaire en France, Thèse de doctorat : Droit : Aix, Aix : Pourcel, Typographe-Lithographe, 1906, 1906, 126 p.

Broutin (Jean-Claude), La protection du chef de l'État contre la polémique, Thèse de doctorat : Droit public : Paris 2, [S.l.] : [s.n.], 1976, 2 vol. : 707 p.

Brunet (Pierre), Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat, Bruxelles : Bruylant, 2004, VIII-396 p.

Caille (Pierre-Olivier), L'inviolabilité pénale du chef de l'État sous la Ve république : Contribution à l'étude des immunités en droit constitutionnel, Thèse de doctorat : droit public, Lille 2, 2002. 424 p.

Chartier (M.), Les immunités parlementaires en France dans leur développement historique, Thèse de

doctorat : Droit : Paris, Paris : A. Pédone, 1905, 131 p.

Charvin (Robert), Justice et politique : Evolution de leurs rapports, Paris : L.G.D.J, 1968, 542 p.

Chastel (Albert), De la Haute Cour de justice suivant la législation et la Constitution françaises actuelles, Thèse de doctorat, Paris : impr. V. Giard et E. Brière,1909, 204 p.

Chastenet (Jacques), Du Sénat constitué en Cour de Justice, Thèse de doctorat : Droit : Paris : 1918, Paris : impr. Librairie Arthur Rousseau, 1918, 170 p.

Chopplet (Antoine), Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté, Thèse de doctorat : Droit public, Université de Reims, 2012, 635 p.

Clavreul (Colette), L'influence de la théorie d'Emmanuel Sieyès sur les origines de la représentation en droit public, Thèse d'état : Droit public : Paris 1, 1982, 665-XIII p.

Clos (Jean), Droit romain : De l'hypothèque des choses incorporelles. Droit français : De la responsabilité des ministres, Thèse pour le doctorat, Paris : L. Larose et Forcel, 1886, 254 p.

Cohen (Jacques), La préparation de la Constitution de 1848 (pouvoirs législatif et exécutif), Thèse de doctorat : Droit : Paris, Paris : Jouve et Cie éditeurs, 1935, 147 p.

Cohendet (Marie-Anne), La cohabitation : leçons d'une expérience, Paris : PUF, Coll. Recherches politiques, 1993, 343 p.

Cosnard (Michel), La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États, Paris : Pédone, 1996, 478 p.

Crayssac (Pierre Aristide), De la restitution de la dot en droit romain. De la responsabilité des ministres en droit français, Thèse pour le doctorat, Bordeaux : Cadoret, 1890, 134-191 p.

Curet (Eugène), L'immunité accordée par la législation française aux discours et à la reproduction des discours tenus dans les chambres, Thèse pour le doctorat : Droit, Aix, Aix : Impr.-Typ.-Lith. P. Pourcel, 1908, 119 p.

Delfont (José), Responsabilité pénale et fonction politique, Paris : L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de science criminelle, 2006, 312 p.

Delaurier (Albert), De la responsabilité du Président de la République, Thèse pour le doctorat, Bordeaux : Cadoret, 1902, 204 p.

Denolle (Ludovic), Adhémar Esmein : Deux formes de gouvernement, Mémoire de DEA : Droit public : Caen, Université de Basse-Normandie : 2004, [S.l.] : [s.n.], 2004, 108 p.

Desmottes (Pierre), De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français, ,[Texte remanié de la : Thèse de doctorat : Droit : Caen : 1962], Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique ,1968, 317 p.

Divanach (Yves), La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français, Thèse de doctorat : Droit, Rennes : Imprimeries réunies, 1935, 360 p.

Farhat (Mohamed), L'immunité parlementaire, Thèse : Droit : Paris, [S.l.] : [s.n.], 1950, 123 p.

Fleury (Marine), La délibération en droit public interne, Thèse de doctorat : Droit public, Paris 1, 2016.

Foulquier (Norbert), Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003, 805 p.

Gigout (Paul), Théorie de la responsabilité politique des ministres dans la constitution de 1875, Thèse de doctorat, Science politique et économique, Dijon : impr. Barbier-Marilier, 1898, 226 p.

Gordon (Ezekiel), La responsabilité du Chef de l'État dans la pratique constitutionnelle récente (étude de droit comparé), Thèse pour le doctorat, Paris : Sirey, 1931, 280 p.

Gren (Marie), Le changement de paradigme constitutionnel : étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 481 p.

Guérin-Bargues (Cécile), Immunités parlementaires et régime représentatif : L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, Etats-Unis), Paris : LGDJ-Lextenso, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2011, 457 p.

Havas (Nathalie), La responsabilité ministérielle en France : contribution à une approche historique des responsabilités politique et pénale des ministres, de la Révolution de 1789 à la Cinquième République, Paris : Dalloz, 2012, XVIII-846 p.

Inquinbert (Pierre-Marie-Louis), De la juridiction du Sénat à l'égard des magistrats sous la République (droit romain). De la responsabilité pénale et civile des ministres (droit français), Thèse pour le doctorat, Paris : A. Rousseau, 1891, 412 p.

Jamin (Guy), Des Hautes Cours de justice sous la Révolution,Thèse de doctorat : Droit : Paris : 1908-1909 , Paris : imp. Jouve, 1908, 187p.

Lainé (Julien), Empirisme et conceptualisme en droit constitutionnel, Thèse de doctorat : Droit public, Université du Droit et de la Santé Lille II, [S.l.] : [s.n.], 2011, 660 p.

Lair (Adolphe-Emile), Des Hautes Cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Etude de droit constitutionnel et d'histoire politique, Paris : E. Thorin, 1889, 436 p.

Laquièze (Alain), Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848), Paris : PUF, Coll. Léviathian, 2002, 436 p.

Leneru (Louis), La responsabilité du Président de la République, Thèse pour le doctorat, Paris : A. Rousseau, 1901, 112 p.

Marchand (Pierre), Les Immunités parlementaires et la IVème République, Thèse de doctorat : Droit : Université de Paris, Paris : l'auteur, 1950, 213 p.

Martin (Edouard), De l'immunité des discours, des opinions et des votes et émis dans les Assemblées, Université de Paris (1896-1968), Thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit et de sciences économiques [organisme de soutenance], Paris : L. Boyer, 1902, 134 p.

Massougnes des Fontaines (Le Vicomte de), De l'immunité parlementaire et des autorisations de poursuites sous l'empire des diverses constitutions françaises, depuis la Charte de 1814 jusqu'aux lois constitutionnelles de 1875, Thèse de doctorat : Paris, Paris : A. Rousseau, 1900, 167 p.

Mathieu (Bertrand), La Faculté de droit de Dijon dans la première moitié du XIXe siècle, 1806-1855, Dijon : Mémoire de DEA : Histoire des institutions et du droit bourguignon, [S.l.] : [s.n.], [1980], 204 p.

Maulin (Eric), La théorie de l'État de Carré de Malberg, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2003, 344 p.

Meynier de Salinelles (B.), Droit romain : du rôle des édiles en matière de moralité publique. Droit français : des garanties d'indépendance et de liberté des membres du Parlement, Thèse pour le doctorat, Poitiers : Impr. de Oudin, 1892, 208 p.

Pelleray (Roger), La Haute Cour de justice dans la Constitution de 1946, Thèse : Doctorat : Droit, Toulouse, [S.l.] : [s.n.], 1948.

Péri (Alexandra), Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958), Clermond-Ferrand : Fondation Varenne ; Paris : LGDJ, Coll. des thèses, 2008, XV-443 p.

Perrin (Francisque), De la responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres en France depuis la chute de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours, Thèse : Droit : Grenoble, imprimerie Allier frères, 1900, 412 p.

Pimentel (Carlos Miguel), La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques, Thèse de doctorat : Droit public : Paris 2, Université Panthéon-Assas, 2000, 700 p.

Pouthas (Charles Hippolyte), Guillemot pendant la Restauration. Préparation de l'homme d'État, Thèse de Doctorat : Lettres : Paris ; Paris : Typographie Plon-Nourrit et Cie, 1923, 497 p.

Quastana (François), La pensée politique de Mirabeau (1771-1789) : « républicanisme classique » et régénération de la monarchie, Aix-en-Provence : Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2007, 650 p.

Radiguet (Léon), L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, Thèse de doctorat : Droit : Université de Caen, Faculté de droit, Caen : imprimerie-reliure E. Domin, 1911, 528 p.

Rémond (Gabriel), Royer-Collard. Son essai d'un système politique, Thèse de droit, Paris, Sirey, 1933,167 p.

Richard (Guillaume), Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2015, 950 p.

Rodière (René), Contribution à l'étude du délit politique en droit français, Thèse : Droit : Paris, Paris : Rousseau, 1931, 296 p.

Rouillon (Christophe), La discipline de vote dans les groupes parlementaires de l'Assemblée Nationale sous la Vème République, Mémoire de Master 2, Droit public interne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1990-1991.

Sacriste (Guillaume), La république des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914), Paris : Sciences-Po. Les Presses, Coll. Sciences Po. Droit, 2011, 578 p.

Savonitto (Florian), Les discours constitutionnels sur la violation de la Constitution sous la Vème République, Paris : LGDJ, Lextenso, 2013, 581 p.

Ségard (Charles), De la Responsabilité politique des ministres dans la constitution de 1875 et spécialement du droit du Sénat de renverser les ministères, Thèse de doctorat, Droit, Paris : A.Rousseau, 1903, 107 p.

Slimani (Ahmed), La modernité du concept de nation au XVIIIe siècle (1715-1789): Apports des thèses parlementaires et des idées politiques du temps, Aix-en-Provence : PUAM, 2004, 623 p.

Soulier (Gérard), L'inviolabilité parlementaire en droit français, préface Robert Pelloux, Paris : LGDJ, 1966, III-382 p.

Sponchiado (Lucie), La compétence de nomination du Président de la Cinquième République, Thèse de Doctorat en droit public, Paris 1, 2015, 782 p.

Tillet (Edouard), La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 626 p.

Touzeil-Divina (Mathieu), La doctrine publiciste 1800-1880 : éléments de patristique administrative, Paris : La Mémoire du Droit, 2009, 309 p.

Troper (Michel), La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris : L.G.D.J, 2015, 251 p.

Verpeaux (Michel), La naissance du pouvoir réglementaire 1789-1799, Paris : PUF, Coll. Les Grandes thèses du droit français 1991, 434 p.

Vimbert (Christophe), La tradition républicaine en droit public français, Mont-Saint-Aignan : Publications de l'Université de Rouen ; Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1992, VII- 392 p.

Wells (Maurice), La responsabilité politique des ministres devant les sénats et les Chambres hautes, Thèse de doctorat, Droit, Paris : V. Giard et E. Brière, Libraires-Éditeurs, 1898, 131 p.

II. Articles de doctrine

-A-

Ablard (Thierry), Le statut pénal du chef de l'État, RFDC, n°51, juillet-septembre, 2002, p.637-661.

Ambroise-Casterot (Coralie), Le président de la République partie civile au procès pénal : statut unique, statut inique ? JCP G., n° 36, 2012, p. 933.

Anziani (Alain), La déontologie, condition du renouveau du Parlement, Pouvoirs, n°146, 2013, p.93-105.

Approches des Lumières : mélanges offerts à Jean Fabre, Paris : Klincksieck, Coll. Bibliothèque française et romane. Série C, Etudes littéraires, 1974, 577 p.

Ardant (Philippe), Carcassonne (Guy), Chagnollaud (Dominique), Rousseau, (Dominique), Vedel (Georges), La responsabilité pénale du Président de la République. Réponses à deux questions, Pouvoirs, n° 92, La responsabilité des gouvernants, 2000, p.61-75.

Ardant (Philippe), Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres, Revue internationale de droit comparé, n°2, vol. 54, 2002, p.465-485.

Aubin (Emmanuel), [Olivier Beaud] : Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants, LPA, n°196, 1999, p.18.

Auby (Jean-Bernard), Les spécificités de la doctrine administrative française *in* La doctrine en droit administratif : actes du [3e] colloque organisé les 11 et 12 juin 2009, à la Faculté de droit de Montpellier, l'Association française pour la recherche en droit administratif ; [contributions de Jean-Bernard Auby, Jacques Caillosse, Jacques Chevallier... [et al.] ; [propos introductifs de Philippe Yolka], Paris : Litec, 2010, 246 p.

Audit (Mathias), Brunet (Pierre), Cayrol (Nicolas)…[et al], Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte, Recueil Dalloz, n°24, 24 juin, 2010, p.1505-1507.

Aulard (Alphonse), La Constitution « girondine », Texte du projet et des articles votés, [réunis par A. Aulard], La Révolution française. Revue d'histoire moderne et contemporaine, t. 34, 1898, p.504-554.

Auvret (Patrick), La réforme de la responsabilité du président de la République, RDP, 2007 n° 2, p.409-416.

Auvret (Patrick), La responsabilité du chef de l'État sous la Vème République, RDP, 1988, p.79-80.

Avril (Pierre), Gicquel (Jean), Chronique constitutionnelle française (15 mai - 15 septembre 1977), Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°03, 03 - Qui gouverne la Chine ? p.167-193, [En ligne]: https://revue-pouvoirs.fr/Chronique-constitutionnelle,3715.html.

Avril (Pierre), Gicquel (Jean), Chronique constitutionnelle française (04 octobre-31 décembre 1989), Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°53, p.163-194, [En ligne] : https://revue-pouvoirs.fr/Chronique-constitutionnelle,2482.html.

Avril (Pierre), Gicquel (Jean), Chronique constitutionnelle française (1er octobre - 31 décembre 1993), Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°69, 69 - Europe, de la Communauté à l'Union, p.191-220, [En ligne] : https://revue-pouvoirs.fr/Chronique-constitutionnelle,1456.html.

Avril (Pierre), Destituer plutôt que juger, Le Monde, 22 juillet 2003.

Avril (Pierre), Fin de la Constitution gaulliste ? Esprit, 3-4 mars-avril 1988, p.39-49.

Avril (Pierre), Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international : à propos de l'interprétation littérale de l'article 68 de la Constitution, RDFA, juillet-août 1999, p.715.

Avril (Pierre), Le Président de la République, représentant de la Nation *in* Constitution et finances publiques : études en l'honneur de Loïc Philip, Paris : Economica, 2005, 622 p.

Avril (Pierre), Les chefs de l'État et la notion de majorité présidentielle, *in* O. Duhamel, J.-L. Parodi (dir.), La Constitution de la Cinquième République, Paris : Presses de Science Po, Coll. Références 1985, 536 p.

Avril (Pierre), Gicquel (Jean), Ombres et lumières sur la Constitution (à propos de Cass. Ass. Plén., 10 octobre 2001), LPA, n°216, 2001, p.14.

Avril (Pierre), Pouvoir et responsabilité, *in* Le Pouvoir : Mélanges offerts à Georges Burdeau, Paris : LGDJ, 1977, 1190 p.

Avril (Pierre), Responsabilité pénale, responsabilité politique : le cas du Président de la République *in* Responsabilité et démocratie, [actes de la 3e Journée d'étude annuelle du Centre de recherche en droit constitutionnel], sous la dir. de Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux ; avec les contributions et les témoignages de Pierre Avril, Christian Bidegaray, Jean-Pierre Camby... [et al.], Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, 2008, 94 p.

-B-

Badinter (Robert), La destitution du Président de la République, Le Monde, 12 juillet 2003.

Badinter (Robert), La responsabilité pénale du Président de la République, RDP, t. 218, n° 1-2, 2002, spécial La VIe République, p. 105-116.

Badinter (Robert), La responsabilité pénale du président de la République sous la Vè République, *in* Mélanges Patrice Gélard : droit constitutionnel, Paris : Montchrestien, 2000, 489 p.

Badinter (Robert), Préface : le jugement des ministres, *in* Les ministres devant la justice : Etude collective organisée par l'Ass. française pour l'histoire de la justice, Arles : Actes Sud, 1997, 267 p.

Badinter (Robert), Une si longue défiance, Pouvoirs, n°74, 1995, p.7-12.

Baranger (Denis), La Constitution et le statut des députés : que faut-il changer ?, JP Blog, 20 octobre 2017, [En ligne]: [http://blog.juspoliticum.com/2017/10/20/la-constitution-et-le-statut-des-deputes-que-faut-il-changer/]).

Baranger (Denis), Le piège du droit constitutionnel, Jus Politicum, Autour de la notion de constitution, n°3, 2009, [En ligne] : [http://juspoliticum.com/article/Le-piege-du-droit-constitutionnel-146.html].

Baranger (Denis), Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À

propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac, Jus Politicum, n° 11, [En ligne]: [http://juspoliticum.com/article/Normativisme-et-droit-politique-face-aux-changements-constitutionnels-informels-A-propos-de-l-ouvrage-de-Manon-Altwegg-Boussac-826.html].

Baranger (Denis), Beaud (Olivier). Un regard de constitutionnalistes sur le rapport Jospin. Revue française de droit administratif, Dalloz, 2013, pp.389.

Baranger (Denis), Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud : « Le sang contaminé », RDP, vol. 115, n°1, 1999, p.27-36.

Barère (Bertrand), Moniteur universel, T.18, 12 novembre 1793, p.418.

Barthélémy (Joseph), La mise en accusation du Président de la République et des ministres - Étude sur la loi du 5 janvier 1918 et les arrêts du 6 août 1918, RDP, 1918, p.581 à 639.

Bastid (Paul), Le procès des ministres de Charles X, Revue d'histoire moderne et contemporaine, t. 4, n°3, Juillet-septembre 1957, p.171-211.

Baumont (Didier), Liberté d'expression et irresponsabilité des députés, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n°2, 2003, p.33-48.

Beaud, (Olivier), À propos de la suppression du délit d'offense au président de la République. Explications et réflexions », AJDA, n°1, 2014, 25-30 p.

Beaud (Olivier), Carré de Malberg, juriste alsacien : la biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle, *in* O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Actes du Colloque de Strasbourg organisé les 8-9 décembre 1995 par l'Université Robert Schuman, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p.253.

Beaud (Olivier), Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant, Droits, 2002, n°35, p.163-194.

Beaud (Olivier), Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français, *in* F. Melleray dir., Autour de Léon Duguit, Bruxelles : Bruylant, 2011, 386 p.

Beaud (Olivier), Hauriou et le droit naturel, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 1988, p.123-138.

Beaud (Olivier), « Il ne faut pas confondre mauvais ministre et ministre délinquant », [Interview], Les Échos, 09 février 1999.

Beaud (Olivier), Irresponsabilité et immunité du président de la République sous la Ve République *in* Les 50 [cinquante] ans de la Constitution : 1958-2008, textes réunis par Dominique Chagnollaud, Paris : Litec : LexisNexis, 2008, 392 p.

Beaud (Olivier), Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique, Droits, n°32, 2000, p.89-108.

Beaud (Olivier), L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé *in* J. Verhoeven (dir.), Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ? Bruxelles : Larcier ; Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris, 2004, 283 p.

Beaud, (Olivier), L'offense au président de la République : petite leçon aux juridictions françaises sur la primauté de la liberté d'expression, Recueil Dalloz, 2013.

Beaud (Olivier), Le délit d'offense au Président de la République. Un épisode à redécouvrir de la République gaullienne (1959-1969), Annuaire de l'Institut Michel Villey, vol.4, Paris : Dalloz, 2012, p.82.

Beaud (Olivier), La biographie de Carré de Malberg et sa pensée, *in* O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), La

science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg, 8 et 9 décembre 1995, Société française pour la philosophie et la théorie juridiques et politiques et le Centre de recherches administratives et financières de l'Université Robert-Schuman, Annales de l'Université de Strasbourg, Strasbourg : Presses Universitaire de Strasbourg, 1997, n°1, 345 p.

Beaud (Olivier), La mise en œuvre de la responsabilité politique du Président de la République française peut-elle être paralysée par l'absence de la loi organique prévue par l'article 68 ? *in* La responsabilité du chef de l'État, [Actes de la 20e journée d'étude du groupe de droit constitutionnel de la société de législation comparée, 27 mars 2009], Paris : Société de Législation comparée, Coll. Colloques, 2009, 197 p.

Beaud (Olivier), La Cinquième République au miroir de la responsabilité des gouvernants, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, N.F. Bd 52, 2004, p.347-374.

Beaud (Olivier), La constitution de partie civile du chef de l'État, Recueil Dalloz, 2009, p.2408.

Beaud (Olivier). La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République. Revue française de droit administratif, Dalloz, 2001, p.1187.

Beaud, (Olivier), La Cour de justice de la République est-elle vraiment compétente pour juger les ministres dans l'affaire du sang contaminé ?, Recueil Dalloz, n° 8, 1999, p. 75.

Beaud (Olivier), La renaissance de la compétence concurrente pour juger pénalement des ministres, Recueil. Dalloz, chr., n°17, 1998, p.177-182.

Beaud (Olivier), La République Injuriée, Histoire des offenses au chef de l'État de la IIIè à la Vè République, RDA, n°19, 2019, p.14.

Beaud (Olivier), La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg, RDP, n°5, 1994, p.1251-1301.

Beaud (Olivier), Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique, Revue du droit public, n°2, 1999, p.419-456.

Beaud (Olivier), L'Etat de droit à la française, AJDA, n° 7, 2014, p.369.

Beaud (Olivier), Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle. À propos d'un ouvrage récent, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 6, janvier 1999, 22 p.

Beaud (Olivier), Le transfert de la responsabilité du ministre vers ses proches subordonnés *in* O. Beaud et J.-M. Blanquer (dir.), La responsabilité des gouvernants, Paris : Descartes et Cie, Coll. Droit,1999, p.203-234.

Beaud, (Olivier), L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République : un constat critique, n°281, Esprit, 2002, p.108-121.

Beaud, (Olivier), L'extension de l'immunité pénale aux collaborateurs du président. Un retour à la raison d'État ? Recueil Dalloz, 2011, p.2947.

Beaud (Olivier), L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État, Paris : Dalloz, Jus politicum, n°3, 2009, [En ligne]: [http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html].

Beaud (Olivier), L'inique immunité des conseillers du Président, Le Monde, 12 novembre 2010.

Beaud (Olivier), L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique, Jus Politicum, n° 11, p.2, [En ligne]: [http://juspoliticum.com/article/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t-elle-un-repli-de-la-doctrine-publiciste-francaise-sur-la-technique-juridique-825.html].

Beaud, (Olivier), Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité des ministres et sur la criminalisation du droit constitutionnel, RDP, Juillet, n°4, 1997, p.995-1022.

Beaud, (Olivier), Michel Troper et la séparation des pouvoirs, Droits, vol. 37, no. 1, 2003, pp. 149-172.

Beaud (Olivier), Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano, Droits, n° 33, 2001, p.73-96.

Beaud (Olivier), Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution, Revue française de droit administratif, n°6, 2001, p.1187-1203.

Beaud (Olivier), Président et partie civile : une compatibilité problématique ?, Recueil Dalloz, 2012, n°29, p.1919.

Beaud (Olivier), Refondons la responsabilité politique, replaçons les cas d'improbité personnelle des ministres devant les juridictions ordinaires mais abandonnons la Cour de justice à son triste sort, Libération, 6 mars 1999.

Beaud (Olivier), Savigny et le droit public. Réflexions sur une lecture politique de l'oeuvre de Savigny *in* H. Mohnhaupt, J.F. Kervégan (dir.), Droit, nature et histoire en Allemagne au XIXème et XXème siècles, Francfort : Klostermann, Coll. Ius Commune, 1997, p.167-221.

Beaud (Olivier), Si les gouvernants ont failli face à la crise sanitaire, la solution de la plainte pénale n'est pas la bonne », Le Monde, 21 avril 2020.

Beaud (Olivier) et Lauvaux (Ph.), Sur le prétendu « *impeachment* à la française ». Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du président de la République, Recueil Dalloz, 2003, p.2646.

Bélanger (Michel), Contribution à l'étude de la responsabilité politique du chef de l'État, RDP, 1979, vol. 95, n°5, p.1265-1314.

Benillouche (Mikäel), Les immunités pénales en *common law in* G. Clément et J. Lefebvre (dir.), Les immunités pénales. Actualités d'une question ancienne, Paris : PUF, Coll. Colloques, 2010, p.133-150.

Benetti (Julie), Brèves remarques sur le projet de loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution. Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué, Dalloz, 2011, pp.186.

Benetti (Julie), L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime. Réflexions sur le régime parlementaire de la Vème République, LPA, n°138, 10 juillet 2008.

Berger (Guy), Chateaubriand et la politique, La revue des Anciens Élèves de l'École Nationale d'Administration, n° hors-série, Politique et littérature, décembre 2003, [En ligne]: http://www.karimbitar.org/chateaubriand_guyberger.

Bergougnous (Georges), La normalisation de la fonction présidentielle est-elle possible ? Réflexions sur une exception française *in* Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Paris : Montchrestien, 2008, p.25-42.

Bergougnous (Georges), Le statut des parlementaires. De l'application souveraine à la souveraineté du droit, RDP, n° spécial, 2002, p.346.

Berlia (Georges), La Présidence de la République, magistrature morale du régime, RDP, 1948, p.50-58.

Bidegaray (Christian), Guérin-Bargues (Cécile), Juger les politiques ? La Cour de justice de la République , Jus Politicum, n° 21, [En ligne]: [http://juspoliticum.com/article/C-Guerin-Bargues-Juger-les-politiques-La-Cour-de-justice-de-la-Republique-1223.html].

Bidegaray (Christian), Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du « jardin des délices démocratiques », Pouvoirs, n°92, La responsabilité des gouvernants, Janvier 2000, p.5-16.

Bidegaray (Christian), Sur une lacune du droit parlementaire : L'affaire Stehlin, RDP, 1975, p.751-800.

Bigaut (Christian), L'étendue de l'immunité parlementaire, LPA, 21 octobre 1989.

Blachèr (Philippe), Quand immunité rime avec impunité, Le Monde, 2014, pp.10.

Blondeau (Florence), La responsabilité des conseillers ministériels et le cabinet ministériel, La Revue administrative, n°333, 2003, p.246-258

Bloquet (Josée), L'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 : une bataille perdue d'avance ? Napoleonica. La Revue, n°13, 2012, p.3-39.

Bonnard (Maryvonne), Les pratiques parlementaires sous le Directoire, RFDC, n°2, 1990, p.213-237.
Bonnard (R.), Les immunités et discipline parlementaires à l'occasion des rapports des commissions, RDP, 1911, p. 558-565.

Bonneau (Henri), Les immunités parlementaires dans la Constitution de 1946, RDP, t.64, 1948, p.59-77.

Borella (François), La situation actuelle du droit constitutionnelle, Revue française de Droit constitutionnel, n°89, 2012/1, p.3-9.

Boudon (Julien), Le privilège de juridiction de l'article 68-1 de la Constitution s'apparente-t-il à une immunité ?, autour de l'affaire *Clearstream in* G. Clément et J. Lefebvre (dir.), Les immunités pénales. Actualités d'une question ancienne, Paris : PUF, Coll. Colloques, 2010, p.31-47.

Braun (Arthur), A. Chopplet, Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté, Paris : Mare & Martin, 2016, Civitas Europa, 2016/2 (N° 37), p. 407-411. [En ligne]: https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2016-2-page-407.html].

Bredin (Jean-Denis), Secret, transparence et démocratie, Pouvoirs, 2001/2, n° 97, p.5-15.

Brouchot (Jean), La Haute Cour de Justice, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n°3, 1947, p.317-340.

Brunet (Pierre), La notion de représentation sous la Révolution française, Annales Historiques de la Révolution française, n°2, 2002, p.2-10.

Brunet (Pierre), Le Pillouer (Arnaud), Le pouvoir de l'élection : réflexions sur le président de la Ve République *in* J. Elster et A. Le Pillouer, À quoi servent les élections, Paris : PUF, Coll. La vie des idées, 2013, p.53-71.

Brunet (Pierre), Les idées constitutionnelles de Carré de Malberg (1861-1935), 2012. [En ligne] :〈halshs-00662018〉.

Burdeau (Georges), Raymond Carré de Malberg : son œuvre, sa doctrine, RDP, 1935, p.354-381.

Burdeau (Georges), Une survivance : la notion de Constitution *in* L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre, Paris : Sirey, 1956, 574 p.

-C-

Cadio (Emilie), Le Comité de sûreté générale (1792-1795), *in* La Révolution française, [En ligne] : Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française, n°3, 2012. [En ligne] : http://journals.openedition.org/lrf/676.

Caille (Pierre-Olivier), « Stéphane Pinon, Pierre-Henri Prélot (dir.), Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Montchrestien, 2009 », Jus Politicum, n° 3,
[En ligne] : [http://juspoliticum.com/article/Stephane-Pinon-Pierre-Henri-Prelot-dir-Le-droit-constitutionnel-d-Adhemar-Esmein-Montchrestien-2009-198.html.

Calvo (Jean), L'immunité parlementaire en droit français, Les Petites Affiches, n° 114, 22 septembre 1995, p.7-11.

Camby (Jean-Pierre), La responsabilité pénale du Chef de l'État : épilogue ou nouveau départ, RDP, n°1, 2003, p.58.

Camy (Olivier), La controverse de l'article 68. Aspects théologiques, RDP, n°3, 2001, p.817.

Capitant (René), L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'État, Encyclopédie française, t.X, (1964) *in* Écrits constitutionnels, Paris, CNRS, 1982, 485 p.

Capitant (René), Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire en France depuis la Libération (1954) *in* Écrits constitutionnels, Paris : CNRS, 1982, 485 p.

Capitant (René), L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1937, n°1-2, p.81-93.

Carcassonne (Guy), Cour de justice de la République : renoncer au salmigondis à la française. Libres propos, JCP G, n° 14, 2 avril 2012, p.397.

Carcassonne (Guy), L'immunité du Président, Le Point, 23 mai 1998.

Carcassonne (Guy), Le Président de la République et le juge pénal, *in* Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant, Paris : LGDJ, 1999, p.275-288.

Carcasonne (Guy) et Duhamel (Olivier), Préface : Georges Vedel. Le Doyen, *in* G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, réédition présentée par G. Carcasonne et O. Duhamel, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, 616 p.

Cassia (Paul), Repenser le statut contentieux du président de la République, AJDA, 2012 p.1.

Cassina (C.), Note sur la diffusion des écrits politiques en 1816, Revue de la Société d'histoire de la Restauration et de la monarchie constitutionnelle, 1989, n°3, p.11-14.

Catta (Jean-Régis), Le cabinet ministériel à la française, un serviteur entre deux maîtres, Éthique publique, vol. 20, n° 1, 2018, [En ligne] : http://journals.openedition.org/ethiquepublique/3171.

Cayla (Olivier), Le Conseil Constitutionnel et la constitution de la science du droit, *in* Le Conseil Constitutionnel a 40 ans, [Colloque], 27-28 octobre 1998, Paris : LGDJ, 1999, 221 p.

Chagnollaud (Dominique), A relire la Constitution, on y apprend que le chef de l'État répond pénalement des infractions détachables de sa fonction, sans bénéficier d'un privilège de juridiction. La responsabilité pénale d'un Président citoyen, Libération, 7 septembre 1998.

Champeil-Desplats (Véronique), Doctrine administrative et doctrine constitutionnaliste : question de méthodes, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, n°11, 2015, p.9-24.

Chappey (Jean-Luc), Pierre-Louis Roederer et la presse sous le Directoire et le Consulat : L'opinion publique et les enjeux d'une politique éditoriale, Annales historiques de la Révolution française [En ligne], n°334, octobre-décembre 2003.

Chapuis (Nicolas), Immunité parlementaire : quand le Sénat protège les siens, Le Monde, 09 janvier 2014.

Charlot (Jean), La Ve République : une mutation politique, Pouvoirs, n°4, 1982, p.107-116.

Chazal (Jean-Pascal), Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2010, Vol. 65, n°2, p.85-133.

Chelil (Annabelle), Joseph-Marie de Gérando, un esprit de système novateur, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, n°33, 2013, p.385-394.

Chevallier (Jacques), Les doctrines de l'État de droit, *in* Le droit dans la société, Les Cahiers français, n° 288, oct.-déc. 1998, p.3-8.

Chevallier (Jacques). Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : La République, Paris : Montchestien, 2001, pp.183-199.

Chevallier (Jacques), Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel *in* Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique, Le droit administratif en mutation, Paris : PUF, p. 11-40, 1993, [En ligne] : 〈hal-01763594〉.

Chevallier (Jean-Jacques), La pensée politique des Doctrinaires de la Restauration, *in* Conseil d'État. Etudes et Documents, Paris, Impr. Nationale, 1964, fasc. n°18, p.13-29.

Choisel (Francis), La Haute Cour de justice du Second Empire *in* Les ministres devant la justice : étude collective organisée par l'Association française pour l'histoire de la justice, Arles : Actes sud, 1997, 267 p.

Choukroun (Charles), L'immunité, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1959, p.29-65.

Chrestia (Philippe), Il faut modifier le statut du président de la République, Recueil Dalloz, 2010, p.24.

Chrestia (Philippe), La responsabilité pénale du président de la République dans la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 (à propos d'un *obiter dictum* regrettable), Recueil Dalloz, 1999, p.285.

Chrestia (Philippe), Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de la société, RDP, 2000, p.751.

Clément (Gérard) et Clément (Béatrice), Les immunités familiales *in* G. Clément et J. Lefebvre (dir.), Les immunités pénales. Actualités d'une question ancienne, Paris : PUF, Coll. Colloques, 2010, p.49-61.

Crouzatier (Jean Marie), La citoyenneté dans l'œuvre du doyen Maurice Hauriou, *in* La citoyenneté d'aujourd'hui, 4e Assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel ; [organisé par le Centre d'études et de recherches constitutionnelles et politiques, Toulouse] ; sous la direction de Henry Roussillon, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, 266 p.

Clément-Wilz (Laure), La responsabilité pénale de Silvio Berlusconi : aspects de droit constitutionnel, Revue française de droit constitutionnel, n°89, 2012, p.37-62.

Cohendet (Marie-Anne), Cohabitation et Constitution, Pouvoirs, n°91, 1999, p.33-57.

Cohendet (Marie-Anne), L'arbitrage du président de la République, Archives de philosophie du droit, n°52, 2009, p.15-55.

Cohendet (Marie-Anne), La classification des régimes politiques, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel *in* L'architecture du droit Mélanges Michel Troper, Economica, p.299-314, 2006, [En ligne] : 〈hal-00728454〉

Cohendet (Marie-Anne.), La notion de système de variables déterminantes. Doctrines sur « Aléas et variables en droit », 2006, Paris, France. [En ligne] : 〈hal-00685451〉.

Cohendet (Marie-Anne), Le système des variables déterminantes, *in* Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Paris : Montchrestien, 2008, 630 p.

Cohendet (Marie-Anne), Science et conscience, de la neutralité à l'objectivité, *in* Pour un droit commun de l'environnement - Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Paris : Dalloz, 2007, 1740 p.

Colombo (Paolo), La question du pouvoir exécutif dans l'évolution institutionnelle et le débat politique révolutionnaire, Annales historiques de la Révolution française [En ligne]: 319, p.2., janvier-mars 2000, mis en ligne le 11 mai 2006, [En ligne]: URL : http://ahrf.revues.org/98.

Constant (Benjamin), Comparaison de l'Ordonnance de réformation de Louis XVIII avec la Constitution proposée à la France le 22 avril 1815, Le Journal des Débats, 1er mai 1815, reproduit dans Recueil d'articles (1795-1817), introduction, notes et communication par Ephraïm Harpaz, Genève : Droz, Coll. Travaux d'histoire éthico-politique, 1978, 276 p.

Coutand (Arnaud), La Constitution de la IIe République et l'influence américaine, le paradoxe quarante-huitard, *in* Régimes politiques contemporains, Cahiers rémois annuels de droit et politique étrangers et comparés, n° 1 juin 2007, Paris : Mare et Martin, 2009, p.87-134.

Crignon (Philippe), La critique de la représentation politique chez Rousseau, Les Études philosophiques, 2007/4, n° 83, p.481-497.

Cuvelier (Claire), Huet (Delphine), Janssen-Bennynck (Clémence), La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkine-Guetzévitch, RDP, 2014, n°6, p.1534.

-D-

De Barthélémy (Anatole), Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers Etat de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante (3 mai 1789-3 avril 1790), *in* Bibliothèque de l'école des chartes, 1895, T. 56, p.378-380.

Debbasch (Charles), La responsabilité pénale du président de la République, Recueil Dalloz, 2002. p.237.

De Cazals (Marie), La Vè République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République. Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958, RFDC, 2007/3, n° 71, p.451-470.

Degoffe (Michel), Responsabilité pénale et responsabilité politique des ministres, RFDC, n°26, 1996, p.385-402.

Dejob (Charles), De l'établissement connu sous le nom de Lycée et d'Athénée et de quelques établissements analogues, Revue internationale de l'enseignement, t. XVIII, juillet-décembre 1889, p.4-38.

Delcros (Xavier), Commentaire des articles 67 et 68, *in* F. Luchaire et G. Conac (dir.), La Constitution de la République française : analyses et commentaires, Paris : Economica, 2e éd., 1987, 1402 p.

Delga, (Jacques), Réforme du système pénal et suppression du juge d'instruction ? « Maux et remèdes », Journal du droit des jeunes, vol. 283, no. 3, 2009, pp. 39-47.

Delpérée (Francis), La responsabilité du chef de l'État. Brèves observations comparatives, RFDC, 2002/1, n° 49, p.31-41.

De Moy (Jean-Marc), L'exception en droit privé, Marseille : PUAM, Coll. du Centre Pierre Kayser, 2011, 398 p.

Desaulnay (Olivier), La constitution de partie civile du Président de la République : la discordance des statuts révélée, RFDA, n°6, 2012, p.1203-1208.

De Silva (Isabelle), Statut et pouvoirs du président de la République en matière judiciaire. À propos de

l'affaire Clearstream. Conclusions sur Conseil d'État, 5 juin 2009, M. Dominique de Villepin, req. n° 322283, RFDA, 2009, p.803-812.

Desmons (Eric), Droit de résistance et histoire des idées, Pouvoirs, n°155, 2015, 29-40.

Doudet (Estelle), Corps du roi en scène, Cahiers de recherches médiévales et humanistes, n°32, 2016, p. 13-17.

Drago (Roland), L'évolution récente de la notion d'inviolabilité parlementaire, RDP, 1949, n°65, p.350-370.

Dreuille (J.-F.), La Haute Cour, Répertoire du droit pénal et du droit de la procédure pénale, 2014, Dalloz, point 15.

Druesne (G.), La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la Vème République, RDP, 1974, p.216-219.

Duguit (Léon), L'arrêt du Sénat dans l'affaire Malvy, Revue politique et parlementaire, 1919, p.137-144.

Duguit (Léon), Le droit constitutionnel et la sociologie, Revue internationale de l'enseignement, t.XVIII, 1889-1892, p.484-505.

Duhamel (Olivier) et Vedel (Georges), Le pénal et le politique, Le Monde, 3 mars 1999.

Dupré de Boulois (Xavier), La critique doctrinale des droits de l'homme, RDLF, 2020, chron n°38, [En ligne] : www.revuedlf.com.

Durelle-Marc (Yann-Arzel), Jean-Denis Lanjuinais, juriste et parlementaire (1753-1827) : une biographie politique, Parlement[s], Revue d'histoire politique, 2009/1, n° 11, p.8-24.

Duverger (Maurice), Un pays sans justice, Le Monde, 13 décembre 1961.

-E à F-

Emeri (Claude), De l'irresponsabilité présidentielle, Pouvoirs, n°41, mai, 1987, p.133-150.

Esplugas (Pierre), Le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du chef de l'Etat, LPA, n°132, 5 juillet 1999, p.4-9.

Fargeaud (Benjamin), Actualité des immunités parlementaires : les enseignements du rejet de la demande de suspension des poursuites formulée par Henri Guaino (juin 2014), Jus Politicum, n° 14, [En ligne]: [http://juspoliticum.com/article/Actualite-des-immunites-parlementaires-les-enseignements-du-rejet-de-la-demande-de-suspension-des-poursuites-formulee-par-Henri-Guaino-juin-2014-1007.html].

Favoreu (Louis), De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République, RFDC, n° 49, 2002, p.7-29.

Favoreu (Louis), Le droit constitutionnel : droit de la Constitution et constitution du droit, RFDC, 1990, n°1, p.71-89.

Feldman (Jean-Philippe), Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant, RFDC, 2008/4, n°76, p.675-702.

Feldman (Jean-Philippe), Les constitutionnalistes devraient dresser une statue au président de la République qui leur donne beaucoup de travail !. Entretien, JCP G., n° 40, 28 Septembre 2009, p.279.

Fernandez-Maublanc (Lucienne-Victoire), Le champ d'application de l'irresponsabilité parlementaire, L.P.A., n°47, avril, 1990, p.8.

Flauss (Jean-François), Le statut pénal du président de la République et la Convention européenne des droits de l'homme, LPA, 31 décembre 2002, n°261, p.4-10.

Foulquier (Norbert) et Valentin (Vincent), Cécilia, l'impossible divorce, Libération, 17 octobre 2007.

Foulquier (Norbert), Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929), Jus Politicum, n°2, p.1, [En ligne]: [http://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html].

Foyer (Jean), Haute Cour de Justice, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Encyclopédie Dalloz, Droit pénal, t.II, Paris : Dalloz, n°41, p. 4.

Fraisseix (Patrick), La subjectivisation du droit administratif, LPA, 15 oct. 2004, n°207, p. 12.

François, (Bastien), Maurice Duverger, la gloire avant l'oubli (en France), Revue internationale de politique comparée, 2010, n°1, vol. 17, p.23-38.

Fritz (Gérard), La Question de l'influence américaine *in* La Constitution du 4 novembre 1848, l'ambition d'une république démocratique, Actes du colloque de Dijon, 10-11 décembre 1998, organisé par le Centre Georges Chevrier pour l'histoire du droit ; le Centre d'étude et de recherche politiques ; et l'Association française des constitutionnalistes, Dijon : Editions Universitaires de Dijon, Coll. Publications de l'Université de Bourgogne, 2000, 463 p.

-G à K-

Gaudillère (Bernard), La publicité des débats parlementaires (1852-1870), Parlement(s) : Revue d'histoire politique, 2008, n°3, n° 4 hors série, p.27-49.

Genevois (Bruno), France *in* Annuaire international de justice constitutionnelle, 17-2001, 2002. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction - Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel, p.195-228.

Genevois (Bruno), Le Conseil Constitutionnel et le droit pénal international, RFDA, mars-avril ,1999, p.297.

Genevois (Bruno), Les immunités prévues par la Constitution et le contrôle juridictionnel : le droit français confronté au droit italien, RFDA, 2000, p.511.

Georgel (Jacques), Un siècle d'offenses au chef de l'État français, Revue administrative, n° 171, t.29, 1976, p.253-267.

Gicquel (Jean-Eric), Les idées constitutionnelles de Prévost-Paradol, La Revue administrative, n°316, 2000, p.395.

Gilot,(Michel), Delacroix *in* Dictionnaire des journalistes : [En ligne] : http://dictionnaire-journalistes.gazettes18e.fr/journaliste/214-jacques-delacroix.

Glénard (Guillaume), Pour une analyse contextualiste du droit constitutionnel (exemple de la Constitution de 1791), Droits : revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, n°32: repenser le droit constitutionnel, 2000, p.69-87.

Gobert (M.), Le temps de penser la doctrine, Droits, n°20, 1994, Doctrine et recherche en droit, p.97-106.

Gondre (Louis) et Pradel (Jean), Cour de justice de la République : à conserver et à améliorer, JCP éd.G., n°19, 2012, p. 566 et s.

Gonod (Pascale), Retour à la Constitution de l'an VIII ? AJDA, 2011, p.2313.

Goyard (P.), Exception, *in* Auroux (Sylvain) (dir.), Les notions philosophiques : dictionnaire, T. 1 : Philosophie occidentale A-L, Paris : PUF, Coll. Encyclopédie philosophique universelle ,1990, 1517 p.

Grange (Henri), De l'influence de Necker sur les idées politiques de Benjamin Constant, Annales Benjamin Constant, 1982, n° 2, p.72-80.

Guérin-Bargues (Cécile), Cour de justice de la République : pour qui sonne le glas? Jus Politicum, n° 11, 2013, [En ligne]: [http://juspoliticum.com/article/Cour-de-justice-de-la-Republique-pour-qui-sonne-le-glas-818.html].

Guérin-Bargues (Cécile), De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire. Essai de généalogie, RFDA, 2009, p.975-994.

Guérin-Bargues (Cécile), Immunités et statut des députés : vers une suppression de l'inviolabilité ?, JP blog, 22 novembre 2017, [En ligne] : http://blog.juspoliticum.com/2017/11/22/immunites-et-statut-des-deputes-vers-une-suppression-de-linviolabilite-par-cecile-guerin-bargues/.

Guérin-Bargues (Cécile), L'inviolabilité des révolutionnaires ou la naissance d'une curieuse tradition parlementaire, *in* M Biard, P. Bourdin, H. Leuwers et A. Touret, Vertu et politique : les pratiques des législateurs (1789-2014), Rennes : Presses universitaires de Rennes ; [Paris] : Société des études roberpierristes, 2015, 436 p.

Guglielmi (Gilles J.), Emile-Victor Foucart ou le sacerdoce du droit public et administratif, RDP, 1996, n°5, p.1291-1318, [En ligne]: http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/FOUCART.pdf.

Guglielmi (Gilles J.), Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif *In* Le droit administratif en mutation, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie ; [réd. par] Jacques Chevallier, Gilles J. Guglielmi, Danièle Lochak...[et al.] Paris : PUF, Coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1993, 321 p.

Halpérin (Jean-Louis), Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, RHD, 1997, 75-3, p.415-433.

Halperin (Jean-Louis), La composition du Corps législatif sous le Consulat et l'Empire : de la notabilité révolutionnaire à la notabilité impériale, Revue de l'Institut Napoléon, 1985, 1, p.37-57.

Hayem (Henri), La renaissance des études juridiques en France sous le Consulat, *in* Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1905, n°1, p.96-122.

Herrera (Carlos-Miguel), Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit, *in* L'Homme et la société, n° 113, 1994. Figures actuelles du capitalisme, p. 89-103.

Hervieu (Nicolas), L'immunité présidentielle sous l'épée de Damoclès européenne : Droit d'accès à un tribunal (Article 6 CEDH), La Revue des droits de l'Homme, Actualités Droits-Libertés, [En ligne]: http://journals.openedition.org/revdh/1025 ; DOI : https://doi.org/10.4000/revdh.1025.

Herzog (Jacques-Bernard), La réforme de l'inviolabilité parlementaire dans la Constitution française, Revue internationale de droit pénal, 1955, p.

Herzog (Jacques-Bernard), Les immunités parlementaires en droit comparé, RIHPC, 1956, p.

Heuschling (Luc), et Hummel (Jacky), Le libéralisme du Vormärz : la figure du « professeur politique », Revue Française d'Histoire des Idées Politiques, vol. 24, n° 2, 2006, p.227-231.

Imbert (Jean), L'enseignement du droit dans les Ecoles centrales sous la Révolution, Annales d'histoire des facultés de droit et de la Science juridique, n°3, 1986, p.37-56.

Isar (Hervé), Immunités parlementaires ou impunité du parlementaire ? RFDC, n°20, 1994, p.675-711.

Jacquelin (René), Les Cent-Jours et le régime parlementaire, RDP, 1897, T. VII, p.193-220.

Jacouty (Jean-François), Tradition et modernité dans la pensée politique de Royer-Collard, Revue Française d'Histoire des Idées Politiques 2008, 1, n°27, p.78.

Jaume (Lucien), Chateaubriand, Grands écrits politiques. Présentation et notes de Jean-Paul Clément, Revue française de science politique, 43e année, n°5, 1993, p.866-867.

Jaume (Lucien), Le concept de « responsabilité des ministres » chez Benjamin Constant, Revue française de droit constitutionnel, 2000, n°42, p.227.

Jaume (Lucien), Naissance du libéralisme et interprétations de la Charte, Jus Politicum : Revue de droit poltique, n°13, 2014, [En ligne]: http://juspoliticum.com/article/Naissance-du-liberalisme-et-interpretations-de-la-Charte-929.html.

Jaume (Lucien), Tocqueville et le problème exécutif en 1848, Revue française de science politique, n°6, 1991, p.739-755.

Jeandidier (Wilfrid), L'irresponsabilité d'un ministre, JCP G, 1987, I, 3276-3277.

Jèze (Gaston), La présidence de la République, RDP, 1913, p.114-127.

Jian (Philippe), Des principes du gouvernement représentatif et de leur application selon Prosper Duvergier de Hauranne (1838), Parlement[s] Revue d'histoire politique 2014, n°1, n° 21, p.143-157.

Jouanjan (Olivier), Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue français, RUDH, 2003, t.15, n° 3-6, p.99-106.

Jouanjan (Olivier), Wachsmann (Patrick), La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République, Revue française de droit administratif, nov.-déc., n°6, 2001, p.1169-1186.

Jouanjan (Olivier), Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique, Jus Politicum, n°2, mars 2009, [En ligne] : [http://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html].

Kamto (Maurice), La responsabilité pénale des ministres, RDP, 1991, p. 1271.

Krenc (Frédéric), La règle de l'immunité parlementaire à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Revue trimestrielle de droits de l'homme, n°55, 2003, p.813-821.

-L à M-

Lacharrière (René de), Cormenin, politique, pamphlétaire, et fondateur du droit administratif, RDP, 1940-1941, p.150-199.

La Nouvelle agrégation des Facultés de droit, RDP, t.6, 1896, juillet-décembre, p.573-575, [En ligne] : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k110904q/f578.item.r=la%20nouvelle%20agr%C3%A9gation.

Laquièze (Alain), Benjamin Constant et l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, Historia constitucional (revista electrónica), n°4, 2003, p.212, [En ligne] : http://hc.rediris.es/04/index.html.

Laquièze (Alain), La Charte de 1814 et la question du gouvernement parlementaire, Jus Politicum, n°13 2013. [En ligne] : http://juspoliticum.com/article/La-Charte-de-1814-et-la-question-du-gouvernement-parlementaire-951.html.

Laquièze (Alain), La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIXème et XXème siècle , *in* P.-Y. Quiviger, V. Denis et J. Salem (dir.), Figures de Sieyès, actes du colloque des 5 et 6 mars 2004 organisé à la Sorbonne, Paris : Publications de la Sorbonne, 2008, 263 p.

La responsabilité pénale du Président de la République, [Série de contributions]. Présentation, RFDC, vol. 49, n°1, 2002, 264 p.

Lassale (Jean-Pierre), Le Président de la République et ses juges : réflexions sur la notion d'immunités présidentielles aux États-Unis, *in* Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant, Paris : LGDJ, 1999, p.77-90.

Lavergne (Léonce de), Le duc de Broglie, sa vie politique et ses écrits, Revue des Deux Mondes, 2ème période, t.48, 1863, p.307-340.

Lavergne (Léonce de), Royer-Collard orateur et politique, à propos du nouvel ouvrage de M. de Barante, Revue des deux mondes, t.35, 1861, p.566-597.

Lavigne (Pierre), Les manuels de droit administratif pour les étudiants des facultés de 1829 à 1922, Annales d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique, n°2, 1985, p.125-134.

Le Divellec (Armel), La Charte de 1814 dans l'histoire des Constitutions politiques libérales. Un tournant du constitutionnalisme européen continental, [En ligne]: Jus politicum, n°13, 2014, [http://juspoliticum.com/article/La-Charte-de-1814-dans-l-histoire-des-constitutions-politiques-liberales-948.html].

Le Divellec (Armel), La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique (1894-1914), RDP, n°2, 2011, p.521-553.

Le Divellec (Armel), Le droit ressaisi par la politique ?, [Enligne]: https://www.nonfiction.fr/articleprint4108jus_politicum__le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm.

Le Divellec (Armel), Préface, *in* Pierre Avril, Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique, Paris : Éd. Panthéon-Assas ; LGDJ Diffuseur, Coll. Les Introuvables, 2010, 319 p.

Lemarchand, (Frederick), Vers une dictature de la transparence : secret et démocratie, Éthique publique, vol. 16, n°1, 2014, [En ligne]: http://journals.openedition.org/ethiquepublique/1382.

Le Mestre (R.), Le sénatus-consulte du 21 mai 1870 fixant la Constitution de l'Empire ou l'impossible Empire parlementaire, RRJ, 1998, p.1397-1412.

Le Petit (Jean-Paul), La Constitution suédoise de 1720, Première constitution écrite de la liberté en Europe continentale, Partie I, [En ligne] : http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP9-Lepetit-4-0.pdf.

Le Pillouer (Arnaud), « Droit politique » et « Réalisme nanterrois ». Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel, Jus Politicum, n°24, mai 2020, [En ligne] : http://juspoliticum.com/article/Droit-politique-et-Realisme-nanterrois-Considerations-sur-la-methode-et-l-objet-du-droit-constitutionnel-1328.html.

Le Pillouer (Arnaud), La notion de « régime d'assemblée » et les origines de la classification des régimes politiques, RFDC, 2004/2, n°58, p.305-333.

Le Pillouer (Arnaud), La théorie constitutionnelle d'Edouard Laboulaye, Revue française d'histoire des idées politiques, 2018/1, n°47, 119-140.

L'Esprit des journaux français et étrangers, ouvrage périodique et littéraire. Juillet 1772 - avril 1818, 487 vol. in-12, y compris 7 vol. de tables.

Levade (Anne), La procédure de destitution du président de la République enfin applicable...ou presque, JCP G, n°51, 2014, p.

Leyte (Guillaume), Les évocations, entre régulation juridique et arbitrage politique, Histoire, économie &

société, 2010, t. 29, n°3, p. 37-43.

Machelon (Jean-Pierre), Parlementarisme absolu, État de droit relatif : à propos du contrôle de la constitutionnalité des lois en France sous la Troisième République (positions et controverses), La Revue administrative, 48ème année, n°288, 1995, p.628-634.

Magnon (Xavier), Commentaire sous Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution de L. Favoreu, *in* W. Mastor, J. Benetti, P. Égea, X. Magnon (dir.), Les grands discours de la culture juridique, Paris : Dalloz, Coll. Grands discours, 2017, 1500 p.

Magnon (Xavier), Orientation théorique et choix méthodologiques de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction, *in* Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, 2007, 1783 p.

Magnon (Xavier), Vidal-Naquet (Ariane), Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?, Les cahiers Portalis, Association de l'Institut Portalis, n° 6, 2018, p.107-128.

Magoni (Clizia), L'Europe des constitutions dans l'ouvrage de Jacques-Vincent Delacroix (1791-1801), *in* la Révolution française (Cachiers de l'Institut de la Révolution française), « Dire et faire l'Europe à la fin du XVIIIè siècle », n°4, 2011, p.1.

Martinez (Jérémy), L'action en justice du Président de la République : un citoyen comme un autre ?, RFDC,, n°99, 2014, p.543-547.

Mason (Laura), Après la conjuration : le Directoire, la presse, et l'affaire des Égaux, Annales historiques de la Révolution française, 2008/4, n°354, p.77-103.

Mathieu (Bertrand), L'affaire du sang contaminé et la perspective de la constitution de la Haute Cour. A l'étranger, la responsabilité pénale des ministres relève de systèmes complexes mais peu efficaces, Le Monde, 18 novembre 1992.

Mathieu (Bertrand), La Haute Cour de justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un sabre de bois, à propos de l'arrêt du 4 avril 1990 de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice, RFDC, n°4, 1990, p.735-746.

Mathieu (Bertrand), La responsabilité pénale des ministres devant la Cour de Justice de la République, RFDC, n°15, 1993, p.610.

Mathieu (Bertrand), Verpeaux (M.), Remarques sur la proposition de loi constitutionnelle relative à la responsabilité pénale du Président de la République, Recueil Dalloz, 2001, p.1956.

Mathieu (Bertrand), Statut pénal du Président de la République. 12 ans pour réaliser une réforme !, JCP G, n° 52, 22 Décembre 2014, doctr. 1357.

Maulin (Eric), Carré Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française, Annales historiques de la Révolution française, n°328, 2002, p.5-25.

Maus (Didier), La pratique institutionnelle française, RFDC, n°17, 1994, p.109-110.

Menichetti (Johan), L'écriture de la constitution de l'an VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire, Napoleonica. La Revue, 2013/3, n°18, p.68-83.

Mestre (Jean-Louis), La garantie des fonctionnaires *In* Liberté, libéraux et Constitutions : colloque de La Vallée-aux-Loups, 23 septembre 1994, [organisé par] l'Association française des constitutionnalistes et la Maison de Châteaubriand ; textes sous la dir. de Jean-Paul Clément, Lucien Jaume et Michel Verpeaux ; contributions de Jean-Paul Clément, Lucien Jaume, Dmitri Georges Lavroff... [et al.], Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Droit public positif, 1997, 128 p.

Mestre (Jean-Louis), L'étude de la Constitution à la faculté de droit de Nancy de 1789 à 1792, Revue d'histoire des facultés de droit et de science juridique, n° 22, 2002, p.33-50.

Mestre (Jean-Louis), Les emplois initiaux de l'expression « droit constitutionnel », Revue Française de Droit Constitutionnel, n°55, 2003, p.461-472.

Millard (Eric), Ce que « Doctrine » veut dire *in* La doctrine en droit administratif, Travaux de l'AFDA, Paris : Litec, 2010, p.3-12.

Mineur (Didier), De la souveraineté nationale à la volonté générale. L'évolution de Carré de Malberg, du projet positiviste au parti-pris démocratique, Jus Politicum, n° 8, [En ligne]: [http://juspoliticum.com/article/De-la-souverainete-nationale-a-la-volonte-generale-536.html].

Millet (Marc), La doctrine juridique pendant la Guerre: à propos de Maurice Hauriou et de Léon Duguit, Jus Politicum, n°15, p.1, [En ligne]: [http://juspoliticum.com/article/La-doctrine-juridique-pendant-la-Guerre-a-propos-de-Maurice-Hauriou-et-de-Leon-Duguit-1087.html].

Mirkine-Guetzévitch (Boris), Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé, RIDC, n°4, 1949, p.397-417.

Mirkine-Guetzévitch (Boris), Les nouvelles tendances du droit constitutionnel, RDP, 1930, p.

Mirkine-Guetzévitch (Boris), Les problèmes constitutionnels de la Révolution française, Revue de Synthèse, février-décembre 1934, p.53-66.

Moreau (Antide), La haute trahison du Président de la République sous la Vème République, RDP, n°6, nov.-Déc., 1987, p.1541-1602.

Moreau (Antide), La notion de haute trahison sous la Constitution de la Vème République, RDP, 1986, p.1571.
Moullot (Pauline), Est-il possible de destituer le président de la République ? Et si oui, pour quelles raisons ?, Libération, 25 juillet 2018.

Mouton (Stéphane), L'inexistence juridique du collaborateur de l'exécutif. De l'insoutenable insaisissabilité constitutionnelle des entourages *in* Jean-Michel Eymeri-Douzans, Xavier Bioy, Stéphane Mouton, (dir), éd., Le règne des entourages, Cabinets et conseillers de l'exécutif, Paris, Presses de Sciences Po, Coll. Académique, 2015, p.281-312. [En ligne]: https://www.cairn-int.info/le-regne-des-entourages--9782724618259-page-281.htm

-N à Q-

Nabli (Beligh), Fondements de la « moralisation-juridicisation » de la vie politique, Pouvoirs 2015/3, n° 154, 149-161 p.

Orlando (Vittorio Emanuele), Du fondement juridique de la représentation politique, Revue du droit public, t.III, janv.-juin, 1895, p.1-39.

Orlando (Vittorio Emanuele), L'immunité des locaux parlementaires, RDP, t. 10, 1898, p.62-72.

Pasquino (Pasquale), Le concept de Nation et les fondements du droit public de la Révolution : Sieyès, *in* Furet (François) (dir.), L'héritage de la Révolution française, Paris : Hachette, 1989, 332 p.

Pasquino (Pascale) sur la théorie constitutionnelle de la monarchie de Juillet *in* M. Valensise (dir.), François Guizot et la culture politique de son temps, colloque de la Fondation Guizot-Val Richer, Paris : Gallimard ; Le Seuil, Coll. Hautes études, 1991, p.111-125.

Perier-Daville (Denis), En marge des procès Hersant : l'immunité parlementaire et ses limites, La Gazette du

Palais, 12 juin 1986, p.374-377.

Pernot (Georges), Justice et parlement : l'immunité parlementaire ou impunité parlementaire, Revue politique des idées et des institutions, 1950, p.385 et 1953 p.417.

Pertué (M.), L'inviolabilité du roi dans la Constitution de 1791, *in* J. Bart ...[et al] (dir.), 1791, la première Constitution française, Actes du colloque de Dijon, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, Coll. Droit public positif, 1993, 477 p.

Pertué (M.), Royer-Collard et la Charte de 1814, Historia Constitucional, n°15, 2014. [En ligne] : http://www.historiaconstitucional.com.

Pfersmann (Otto), Autriche. *in* Annuaire international de justice constitutionnelle, 17-2001, 2002. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction - Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel. pp. 143-158.

Picard (Etienne), Science du droit ou doctrine juridique, *in* L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago, Paris : Economica, 1996, 503 p.

Pimentel (Carlos-Miguel), Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique, Jus Politicum, n° 1, Le droit politique : [En ligne]: http://juspoliticum.com/article/Reconnaissance-et-desaveu-contribution-a-une-theorie-du-droit-politique-9].

Pinon (Stéphane), Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel, Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, 2007, n°46, pp. 183-212.

Pinon (Stéphane), Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2011, vol. 67, n°2, p.69-93.

Pinon (Stéphane), Le statut du président de la République : quelle loi organique pour l'article 68 de la Constitution ? Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué, juillet-septembre 2013, n°3, p. 358-366.

Pinon (Stéphane), Prélot (Pierre-Henri), Présentation générale, *in* Pinon (S.) et Prélot (P.-H.) (dir.), Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque organisé le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise, [par le] Centre de philosophie juridique et politique et de l'École doctorale de Droit et sciences humaines de l'Université de Cergy-Pontoise, Paris : Montchrestien, Lextenso éditions, Coll. Grands colloques, 2009, 285 p.

Pluen (Olivier), L'inapplicabilité du nouveau régime de responsabilité du Président de la République, RDP, n°5, 2009, p.1401-1423.

Portemer (Jean), Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIIIè siècle, Revue historique de droit français et étranger, vol. 36, 1959, p.341-397.

Poujol (Matthieu), La constitution de partie civile du chef de l'État. État des lieux et perspectives, RFDC, 2013, n°2, vol. 94, p.397-414.

Prélot (Marcel), La signification constitutionnelle du Second Empire, RFSP, n°1, 1953, p.31-56.

Prélot (Pierre-Henri). Le perdreau mort. L'irresponsabilité du président de la République : inviolabilité personnelle, immunité fonctionnelle, privilège de juridiction ?, Recueil Dalloz, 2001, p. 949-951.

Quermonne (Jean-Louis), La « mise en examen » des cabinets ministériels, Pouvoirs, n°68, Qui gouverne la France ?, Janvier 1994, p.61-75.

-R-

Raimbault (Philippe), La responsabilité pénale des décideurs et des personnes morales, Champ pénal/Penal field, XXXIVe Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, [En ligne] : http://journals.openedition.org/champpenal/385 ; DOI : 10.4000/champpenal.385

Rassat (Michèle-Laure), Du statut dit « pénal » du Président de la République, Droit pénal, n°5, mai 2007, Étude 8, point 12.

Rémy (Philippe), Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXè siècle, Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1985, n°2, p. 91-105.

Renoux (Thierry-Serge), Immunités et parlementaires chargés de mission : plaidoyer pour une cause défunte, RFDC, n°2, avril-juin, 1990, p.239-257.

Renoux (Thierry-Serge) et Magnon (Xavier), Le nouveau régime de responsabilité du Chef de l'État issu de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 : à la recherche d'une responsabilité pénale perdue !, RPDP, n°2, 2007, p.453-470.

Renoux (Thierry-Serge), Le pari de la justice, Pouvoirs, n° 99, La nouvelle Ve République, novembre 2001, p.87-100.

Repenser le droit constitutionnel, Droits : revue française de théorie philosophique et de culture juridique, 2000, n°32, 192 p.

Rials (Stéphane), Une grande étape du constitutionnalisme européen. La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques, Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, n°3, 1986, p.182.

Rivero (Jean), État de droit, état du droit, *in* L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris : Dalloz, 1996, p. 609-614.

Rivero (Jean), Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, t.XIV, années 1961-1962, Paris : éd. Dalloz, 1965, 841 p.

Roblot-Troizier (Agnès), La liberté des membres du Parlement dans l'exercice de leur mandat *versus* les nouvelles contraintes pesant sur les parlementaires, Les Cahiers du Conseil constitutionnel,Titre VII, vol. 3, no. 2, 2019, pp. 17-23.

Rossi (Pellegrino), De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science, Annales de législation et de jurisprudence, Genève, t.1,1820, p.1-69.

Rossetto (Jean), L'introuvable faute des gouvernants, Droits, 1987, n°5, p.107-116.

Rougeaux (Jean-Pierre), La Haute Cour de justice sous la Ve République, RDP, n°4, 1978, p.1019-1053.

Rousseau (Dominique), De la démocratie représentative à la démocratie continue, Libération, 14 février 2017.

Rousseau (Dominique), Pour un statut démocratique du chef de l'État, Libération, 5 janvier 2012.

Rousseau (Dominique), Sur la possibilité pour le président de la République de se constituer partie civile, [Cass. ass. plen., 15 juin 2012, n° 10-85678], Gaz. Pal., n°186-187, 2012, p.6-7.

Roux (A.), Une École d'Aix : l'enseignement du droit constitutionnel et son évolution *in* Six siècles de droit à Aix 1409-2009, mémorial de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille à l'occasion du sixième centenaire de sa fondation, [sous la responsabilité scientifique de Jean-Louis Mestre], Aix-en-Provence : PUAM, 2009, 206 p.

Roux (Christophe), Moralisation de la vie politique, morale parlementaire…moralité constitutionnelle, Dr. adm., 2017, Focus, alerte 126, Droit administratif, LexisNexis, 2017. [En ligne] : 〈hal-01673410〉.

Roux (Jean-André), L'affaire Malvy et le pouvoir souverain du Sénat comme Haute-Cour de justice, Revue politique et parlementaire, t.97, octobre-décembre, 1918, p.266-280.

Roux (Jean-André), Réponse à l'article de Léon Duguit, Revue politique et parlementaire, 26e année, T. C, juillet-août-septembre, 1919, p.139-149.

Royer (Jean-Pierre), Le jugement des ministres sous la IIIe République : les affaires Malvy et Péret, une justice de contexte ?, *in* Association française pour l'histoire de la Justice, Les ministres devant la Justice, Arles : Actes Sud ; AFHJ, 1997, p. 159-176.

Royer-Collard (Pierre-Paul), Opinion de Royer-Collard...sur le second rapport de la Commission des élections, extraite du "Moniteur" du 27 février 1816. Séance du 24 février 1816 [Texte imprimé], Paris : Impr. De Hacquart, [s.d.].

-S à Z-

Sacriste (Guillaume), Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXè siècle, Revue d'histoire des sciences humaines, n°4, 2001, p.69-94.

Saint-Bonnet (François), Aux origines historiques de l'irresponsabilité du chef de l'État en France *in* C. Guettier, A. Le Divellec (dir.), La responsabilité pénale du Président de la République, Paris : L'Harmattan, 2003, p.47-72.

Saint-Bonnet (François), « Cardin Le Bret» *in* P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle), Paris : PUF, 2007, p.622-623.

Saint-Bonnet (François), L'histoire du droit constitutionnel *in* J. Krynen, B. Alteroche (dir.), L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires, Paris : Classiques Garnier, p.239-249.

Saint-Bonnet (François), La nation et le droit constitutionnel substantiel. Trois moments de l'histoire d'un couple impossible *in* Que reste-t-il de la constitution ?, Paris : Ed. Cujas, 2008, p.31-48.

Saint-Bonnet (François), « Privilège » *in* D. Alland, S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, 2003, p.1209-1212.

Saint-Bonnet (François), Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques, Jus Politicum, Revue de droit politique, n°2, Droit, politique et justice constitutionnelle, [En ligne] : http://www.juspoliticum.com/Regards-critiques-sur-la.html.

Saint-Bonnet (François), Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ?, Droits, n°32, 2000, p.7-20.

Sauvé (Jean-Marc), Principe d'égalité et droit de la non-discrimination, Intervention lors du Colloque organisé par le Défenseur des droits, Paris, 05 octobre 2015, [En ligne]: https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/colloque-10ans-droits-discri.pdf).

Schoettl (Jean-Eric), La responsabilité du chef de l'État, RDP, n° 4, juillet-août, 1999, p.1037-1046.

Ségur (Philippe), L'absence de responsabilité juridique des collaborateurs *in* Jean-Michel Eymeri-Douzans, Xavier Bioy, Stéphane Mouton, (dir), éd., Le règne des entourages. Cabinets et conseillers de l'exécutif, Paris: Presses de Sciences Po, Coll. Académique, 2015, p. 337-358. [En ligne]: https://www.cairn-int.info/le-regne-des-entourages--9782724618259-page-337.htm

Seiller (Bertrand), Répertoire de contentieux administratif, Paris : Dalloz, Coll. Encyclopédie de droit public, octobre 2015, 4 vol.

Soulez-Larivière (Daniel), La Cour de Justice de la République et l'affaire du sang contaminé, Pouvoirs, 2000, n°92, p.91-101.

Spitz (Jean-Fabien), Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Quentin Skinner , Droits, 1989, 10, p.133-146.

Sponchiado (Lucie), Des usages républicains de la thèse du « pouvoir neutre monarchique » de Benjamin Constant en France et en Italie *in* M.-A. Cohendet et A. Lucarelli (dir.), L'équilibre légitimité-responsabilité-pouvoir, Actes de la journée d'étude franco-italienne organisée le 7 novembre 2014 par l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne et l'Università degli Studi di Napoli Federico II, [À paraître aux éditions de l'Harmattan].

Statut pénal du chef de l'État, Dossier spécial de la RDP, 2003, p.53 et s.

Tap (Florent), L'apport du droit comparé à la scientificité du discours constitutionnaliste, RIDC, 2018, n°1, p.7-25.

Terracol (Louis), La doctrine constitutionnelle du régime de Vichy, Jus Politicum, n° 19, p.300, [En ligne]: http://juspoliticum.com/article/La-doctrine-constitutionnelle-du-regime-de-Vichy-1207.html.

Thoraval (Armelle), La citation contre Giscard en 1974 ? Une affaire de routine, entretien avec Jacques Hennion, Libérarion, 11 octobre 2000, [En ligne]: https://www.liberation.fr/france/2000/10/11/la-citation-contre-giscard-en-1974-une-affaire-de-routine_340280.

Touzeil-Divina (Mathieu), Gérando et l'enseignement du droit administratif. Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, n°33, 2013, p.395-423.

Troper (Michel), Comment décident les juges constitutionnels ? Le Monde, 13 février 1999.

Troper (Michel), La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse, Pouvoirs, n°41, 1987, p.75-91.

Troper (Michel), Saint-Just et le problème du pouvoir exécutif dans le discours du 24 avril 1793, AHRD, Annales historiques de la Révolution française, janvier-mars 1968, n°191, p.7.

Troper (Michel), Sur l'usage des concepts juridiques en histoire, Annales E.S.C., n° 6, 1992, p. 1181-1182.

Vedel (Georges), Débats : Du bon usage de la Haute Cour dans l'affaire du sang contaminé, face à une logique de l'absurde, trois règles devraient permettre de limiter les dégâts, Le Monde, 25 novembre 1992.

Vedel (Georges), Haute Cour et déficits juridiques, Le Monde, 31 octobre 1992.

Vedel (Georges), La compétence de la Haute-Cour *in* Mélanges dédiés à M. le Professeur Joseph Magnol, Paris : Sirey, 1948, 438 p.

Vedel (Georges) et Duhamel (Olivier), Le pénal et le politique, Le Monde, 3 mars 1999.

Vedel (Georges), Rapport de synthèse, *in* Association française des constitutionnalistes, La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, Journées d'études des 16-17 mars 1989, [organisées par l'Association française des constitutionnalistes], Aix-en-Provence : PUAM ; Paris, Economica, Coll. Droit public positif. Série Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, 1990, 178 p.

Verpeaux (Michel), La destitution du président de la République peut être prononcée ! JCP A, n°48, 2014, p.2335.

Verpeaux (Michel), Le faux impeachment à la française ou la nouvelle combinaison du pénale et du politique. À propos de la révision du Titre IX de la Constitution, JCP G, n°15, 11 avril 2007, p.14-16.

Verpeaux (Michel), 1791, première Constitution française ?, RFDC, 1993, n°13, p.3-21.

Vidal (Roger), Batbie et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif, RDP, 1950, n°6, p.804-819.

Vincent (Elise), La CJR, belle endormie de la République, Le Monde, 05 décembre 2007, p.3.

Vitu (A.), De la compétence de la Haute Cour de justice à l'égard des ministres, RSC, 1991, p.71

Wigley (Simon), Parliamentary Immunity : Protecting Democracy of Protecting Corruption ?, The Journal of Political Philosophy, vol. 11, n°1, 2003, p.23-40.

Zoubeidi-Defert (Yanis), La responsabilité du chef de l'État, la révision constitutionnelle du 23 février 2007, Pouvoirs, n°122, 2007, p.155-162.

III. Travaux

III.1 Travaux parlementaires

III.1..1. Archives parlementaires

Archives Parlementaires, Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises, 1re série (1787 à 1799).

Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, recueillis dans un ordre chronologique et historique, t.X, année 1792 et 1793, Paris : A. Emery ; Éditeur de l'Abrégé de l'Histoire universelle, 1820, 528 p.

Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, recueillis dans un ordre chronologique et historique, t.XIV, année 1794, Paris : A. Emery ; Éditeur de l'histoire universelle, 1821, 431 p.

Collection générale des décrets rendus par la convention nationale avec la mention de la date d'apposition du sceau, Paris : chez Baudouin, volume 5, mois de juillet 1793.

III.1.2. Archives manuscrites

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Lettre du Comte de Mirabeau à Monsieur de Calonne, ministre des finances de France, Paris : Archives diplomatiques, mémoires et documents France : MD 1889, (f° . 16-52).

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Lettres écrites par un ancien magistrat à un ami sur le procès du comte et de la comtesse de Mirabeau, Paris : Archives diplomatiques, mémoires et documents France, (f°.22 v °).

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Précis de la Révolution des Etats-unis de l'Amérique, Paris : Archives diplomatiques, mémoires et documents France, (f°. 66 r° .-69 r°).

Mirabeau (Honoré-Gabriel Riqueti ; comte de), Sur l'Amérique, Paris : Archives diplomatiques, mémoires et documents France, (f. 70 r°-72 v°).

III.2. Autres travaux

III.2.1. Recueils de jurisprudence

Duvergier (Jean-Baptiste), Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État…, Paris : Guyot et Scribe, 1824-1949, 158 vol.

Ledru-Rollin (Alexandre-Auguste), Journal du Palais : répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs, t.3, Paris : Bureau du journal du palais, 1846, 956 p.

Ledru-Rollin (Alexandre-Auguste), Journal du Palais : Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française, 3e éd., t.23, 1830-1831, Paris, F.-F. Patris, 1841.

III.2.2. Rapports

Avril (Pierre), Le statut pénal du Président de la République : 12 décembre 2002, rapport au Président de la République ; Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République,présidée par le Pr Pierre Avril, Paris : la Documentation française, Coll. des rapports officiels, 2003, 105 p.

Étude de législation comparée, L'immunité parlementaire, n° 250, novembre 2014, (en ligne sur le site internet du Sénat : https://www.senat.fr/lc/lc250/lc250_mono.html).

Étude de législation comparée, La responsabilité pénale des Chefs d'État et de gouvernement, Service des affaires européennes, septembre 2001, p.3-4, (en ligne sur le site du Sénat : https://www.senat.fr/lc/lc92/lc92.html).

Jospin (Lionel), Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, Paris : La Documentation française, Coll. des Rapports officiels, 2012, 143 p.

Nadal (Jean-Louis), Renouer la confiance publique. Rapport au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, Paris, La Documentation française, 2015.

Roman (Bernard), Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi constitutionnelle (n°3091) de M. Jean-Marc Ayraud et les membres du groupe socialiste et apparentés, tendant à modifier l'article 68 de la Constitution, Paris : Assemblée Nationale, 2001, 63 p.

Sauvé (Jean-Marc), Migaud (Didier) et Magendie (Jean-Claude), Pour une nouvelle déontologie de la vie publique. Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, Paris : La Documentation française, Coll. des Rapports officiels, 2011, 150 p.

Vedel (Georges), Rapport au Président de la République, Propositions pour une révision de la Constitution, Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, 15 février 1993, 106 p.

IV. Sites internet

Archives parlementaires de 1787 à 1860	https://frda.stanford.edu/
Archives ouvertes- HAL	https://hal.archives-ouvertes.fr/
Assemblée Nationale	http://www.assemblee-nationale.fr/
Blog Jus politicum	http://blog.juspoliticum.com/
Commission de Venise, Conseil de l'Europe	https://venice.coe.int/
Conseil constitutionnel	https://www.conseil-constitutionnel.fr/
Conseil d'État	https://www.conseil-etat.fr/

Cour de cassation	https://www.courdecassation.fr/
Cour européenne des droits de l'homme	https://www.echr.coe.int/
Gallica	https://gallica.bnf.fr/
Google books	https://books.google.fr/
Jus Politicum/Encyclopédie de droit politique	http://juspoliticum.com/
La vie des idées	https://laviedesidees.fr/
Légifrance	https://www.legifrance.gouv.fr/
OpenEdition journals	https://www.openedition.org/
Parlement européen	https://www.europarl.europa.eu/portal/fr
Persée	https://www.persee.fr/
Sénat	https://www.senat.fr/
Vie publique	https://www.vie-publique.fr/

INDEX ONOMASTIQUE ET THEMATIQUE

- A -

Acte additionnel 345, 365, 366, 367, 368, 372, 372, 373, 374, 375 376, 377, 378, 379, 389, 380, 381, 382, 383, 384, 386, 421, 430, 714, 1007, 1013, 1020

Alembert Jean Le Rond d'.....201

Angleterre58, 80, 81, 137, 163, 165, 167, 168, 182 324, 326, 329, 330, 402, 469, 584, 719, 983, 987, 991

Aristote.....69

Aulard Alphonse.....296

Autorité judiciaire.....16, 121, 122,, 126, 180, 213, 254, 259, 263, 265, 266, 272, 281, 282, 378, 521, 699, 737, 766, 768, 769, 852, 857, 858, 868, 872, 901, 929, 933, 934, 935, 937, 941

Avril Pierre....35, 92, 113, 207, 243, 255, 257, 267, 268, 345, 348, 365, 367, 372, 389, 430, 462, 529, 693, 695, 718, 719, 875, 891, 905, 922, 959, 963, 965

- B -

Badinter Robert.....875, 898 902

Baranger Denis.....881, 964, 978

Barère Bertrand.....133, 256, 279, 280, 282, 284

Barnave Antoine. 89, 221, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 240

Barrère Bertrand.....270, 271

Barthélémy Joseph.608, 713 ,714, 715, 716, 718, 811

Bastid Paul.....505, 634, 719

Batbie Anselme.....540, 547, 551, 563, 566, 708

Baumert Renaud.....76

Beaud Olivier.....16, 18, 38, 40, 82, 806, 815, 833, 877, 879, 881, 882, 883, 885, 886, 887, 888, 890, 894, 896, 919, 920, 921, 924, 943, 953, 959, 960, 964, 965

Bentham Jeremy.....142

Berriat-Saint-Prix Félix...464, 481, 482, 483, 484, 487, 488, 498, 499, 500, 501, 505, 511, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 521, 523, 524, 525, 526, 527, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 543 555, 558, 573, 574

Billaud-Varennes Jacques-Nicolas.....284

Bodin Jean.....78, 357

Boissy d'Anglas François-Antoine....92, 305, 309, 329

Bonneau Henri...751, 754, 758, 759, 760, 761, 763

Boudon Julien.....1, 9, 886

Boulay de la Meurthe Antoine.....345

Brunet Pierre.....1, 9, 102, 104, 105, 227, 636

Burdeau Georges.....634, 784, 78/, 807, 823

- C -

Cabantous Louis.....544, 548, 554, 559, 523, 563, 578, 582, 583

Capitant René.....63, 634, 733, 795, 804, 805, 824, 895, 937

Carcassonne Guy.....894, 897, 908, 952, 963

Cardin Le Bret 78

Carré de Malberg René....283, 601, 615, 618, 619, 620, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 656, 682, 724, 728, 925, 956

Cassia Paul.....948

Charvin Robert.....363, 488, 522, 788

Chateaubriand François René de....413, 415, 416, 417, 418, 426

Chavegrin Ernest.....718, 720

Chevallier Jean-Jacques....171, 172, 179, 186, 735

Chirac Jacques.....875, 891, 896, 939

Chrestia Philippe.....904

Cinquième République.599, 835, 985, 1006, 1007, 1009, 1011

Clère Jean-Jacques.....320

Clermont-Tonnerre Stanislas de……132, 247, 409

Clos Jean.....12, 108, 134, 379, 395, 397, 456, 542, 699, 709, 728, 892, 928, 977

Cohendet Marie-Anne.....1, 9, 31, 74, 76, 85, 806, 815, 816, 901, 958

Condorcet Nicolas de.....297, 298, 299, 300

Constant Benjamin.....41, 76, 84, 86, 92, 142, 179, 252, 269, 270, 324, 329, 330, 332, 345, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 386, 389, 399, 402, 408, 409, 410, 411, 412, 416, 420, 421, 422, 423, 425, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 445, 462, 464, 471, 478, 558, 589, 617, 702, 703, 714, 724, 743, 747, 764, 768, 973

Constitution de 1791...19, 201, 217, 227, 244, 258, 262, 286, 287, 288, 306, 325, 331, 335, 499, 524, 555, 625, 635, 641, 642, 996, 998, 1018, 1024

Constitution de 1793.....91, 201, 283, 308

Constitution de 1795.....309, 310, 315, 316, 1003

Constitution de 1799.....356

Constitution de 1958.....16, 38, 736, 1016

Cormenin Louis Marie de.....507, 538

Cosnard Michel.....34, 37, 38

Cour de Justice de la République....16, 25, 55, 72, 871, 873, 874, 875, 877, 880, 883, 887, 888, 890, 950, 954, 969, 978, 1022, 1027

Couthon Georges.....270, 271

- D -

Danton Georges.....268, 276, 282

Daunou Pierre 305, 311, 312, 313, 345

De Broglie Victor de..541, 552, 565, 566, 584, 585, 586, 673, 676, 678, 679, 684

De Gaulle Charles.....15, 599, 795, 802, 803, 805, 806, 807, 808, 812, 813, 817, 832, 861, 884, 979

Delacroix Jacques-Vincent.96, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215

Delaurier Albert.....690, 693

Démocratie.…15, 18, 21, 23, 24, 25, 49, 59, 86, 91, 101, 115, 168, 257, 305, 339, 350, 351, 360, 460, 470, 508, 509, 601, 603, 623, 662, 815, 839, 849, 861, 870, 868, 870, 872, 880, 885, 896, 897, 901, 919, 928, 931, 933, 936, 943, 945, 956, 958, 959, 964, 965, 967, 974, 976, 978, 979, 984, 987, 990, 993, 994, 996, 997, 998, 999, 1001, 1002, 1003, 1009, 1013, 1021, 1025

Drago Roland.....755, 762, 768, 771

Duez Paul.....715, 723, 773, 788, 811

Duguit Léon.....601, 614, 615, 634, 637, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 654, 655, 656, 657, 658, 680, 681, 683, 684, 686, 688, 693, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 725, 729, 740, 741, 749, 750, 764, 786, 787

Duhamel Olivier.....884, 885, 952

Dumont Etienne.....164, 826, 902

Duport Adrien.....89, 222, 223, 224, 225, 226

Duquesnoy Adrien.....116, 117, 119, 121, 136

Duverger Maurice.....760, 782, 787, 788, 789, 799, 807, 834, 835, 836, 837

Duvergier de Hauranne Prosper.....460, 468, 469, 472

- E -

Eisenmann Charles.....634

Esmein Adhémar. .49, 70, 191, 601, 605, 611, 613, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 640, 642, 643, 646, 656, 657, 658, 659, 670, 672, 677, 680, 682, 683, 688, 689, 692, 701, 704, 706, 708, 709, 728, 759, 790, 821

Esplugas Pierre.....901, 903

Etats-Unis.....137, 324, 504, 1006, 1028

Euzet Christophe.....91, 320

Révision constitutionnelle de 1993.....16

Exception. 18, 19, 20, 22, 30, 33, 35, 40, 57, 66, 67, 73, 85, 87, 94, 111, 185, 216, 234, 238, 244, 248, 251, 267, 268, 287, 293, 300, 320, 329, 336, 341, 363, 364, 382, 387, 392, 425, 433, 485, 487, 488, 496, 530, 543, 555, 556 558, 559, 561, 562, 563, 566

580, 589, 595, 616, 630, 634, 649, 662, 675, 676, 677, 679, 683, 684, 685, 686, 688, 690, 694, 695, 696, 714, 715, 685, 686, 688, 690, 694, 695, 696, 714, 715, 723, 724, 725, 730, 739, 751, 757, 758, 759, 761, 764, 765, 772, 774, 776, 779, 782, 785, 788, 791, 797, 798, 800, 810, 816, 818, 820, 821, 822, 825, 829, 831, 841, 847, 848, 849, 852, 853, 855, 860, 864, 876, 888, 901, 906, 908, 911, 912, 916, 919, 937, 951, 953, 962, 974, 977, 1003, 1012, 1016, 1018

Exemption 33, 34, 36, 40, 42, 49, 50, 54, 55, 71

- F -

Favoreu Louis.....794, 891

Fonfrède Henri.....469, 4710 471

Foucart Emile-Victor462, 537, 545, 547, 548, 549, 556, 557, 574, 580, 582, 583

- G -

Garraud René.....687, 692

Gérando Joseph-Marie 396

Gerber Carl Friedrich.....613, 642

Gicquel Jean.....803, 808, 813, 817, 823, 827, 928

Giscard d'Estaing Valéry.....815, 826, 827, 902

Grévy Jules.....682, 804, 811

Guérin-Bargues.47, 48, 80, 96, 123, 133, 136, 137, 198, 838, 933, 935, 950, 955, 956, 957, 958, 965

Guizot François...68, 401, 403, 404, 405, 406, 407, 413, 413, 415, 452, 453, 456, 457, 460, 472, 477, 479, 482, 501, 591, 629, 975

- H -

Hamon Francis...767, 807, 911, 919, 926, 930, 931

Hauriou Maurice.....310, 601, 644, 645, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 687, 788, 803, 808, 813, 817, 823, 827, 896

Haute Cour . 25, 50, 53, 54, 55, 91, 242, 245, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 256, 316, 320, 321, 323, 333, 336, 337, 340, 341, 361, 362, 363, 364, 382, 389, 431, 437, 484, 504, 505, 506, 510, 513, 514, 515, 516, 517, 519, 520, 521, 522, 533, 542, 543, 554 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 582, 589, 592, 602, 665, 675, 679, 687, 701, 704, 707, 708, 711, 712, 715, 716, 718, 719, 722, 727, 736, 738, 739, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 786, 787, 788, 790, 791, 793, 795, 797, 804, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 826, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 860, 864, 873, 885, 889, 891, 892, 893, 894, 898, 904, 906, 907, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 940, 969, 1004, 1005, 1007, 1013, 1015, 1018, 1022, 1025, 1027, 1028

Haute Cour de justice...25, 53, 256, 316, 320, 321, 323, 333, 336, 337, 361, 389, 484, 504, 505, 506, 510, 513, 514, 515, 516, 519, 520, 521, 525, 533, 542, 543, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 582, 589, 592, 602, 665, 679, 693, 701, 704, 707, 708, 712, 715, 738, 739, 773, 774, 777, 778, 782, 786, 788, 804, 816, 817, 818, 819, 822, 860, 894, 904, 1005, 1007, 1015, 1022, 1025, 1028

Havas Nathalie . .252, 299, 302, 303, 334, 335, 336, 429, 679, 704

Hello Charles-Guillaume.....417, 490

Hobbes Thomas.....289

- I -

Immunité.....1, 3, 12, 13, 15, 18, 21, 22, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 75, 76, 77, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 94, 95, 96, 97, 98, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 110, 113, 114, 115, 116, 117, 121, 122, 123, 124, 129, 130, 131, 134, 136, 137, 138, 139, 140, 143, 155, 158, 159, 161, 162, 164, 165, 166, 167, 169, 172, 173, 174, 175, 176, 180, 181, 182, 183, 184, 188, 189, 190, 191, 192, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 226, 242, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 266, 267, 270, 273, 274, 275, 276, 278, 280, 282, 284, 289, 293, 305, 307, 308, 309, 310, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 322, 338, 339, 340, 345, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 365, 377, 378, 379, 380, 381, 385, 387, 388, 393, 394, 398, 437, 438, 439, 442, 444, 445, 447, 448, 450, 461, 463, 465, 468, 469, 490, 492, 493, 494, 495, 497, 498, 499, 500, 502, 504, 522, 523, 528, 531, 532, 533, 547, 567, 568, 570, 571, 573, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 590, 591, 592, 593, 595, 596, 598, 599, 602, 603, 604, 606, 607, 608, 609, 610, 615, 616, 617, 618, 620, 623, 624, 626, 627, 628, 629, 630, 631,

632, 633, 634, 638, 640, 642, 643, 644, 645, 650, 653, 654, 656, 657, 658, 659, 664, 665, 667, 669, 670, 671, 672, 673, 728, 729, 736, 737, 739, 740, 741, 743, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 762, 766, 767, 769, 771, 772, 773, 792, 793, 795, 796, 798, 810, 836, 837, 838, 839, 840, 842, 844, 845, 846, 847, 850, 853, 854, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 863, 864, 865, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 890, 892, 894, 895, 900, 903, 905, 906, 909, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 924, 926, 927, 928, 930, 936, 937, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 946, 955, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 973, 975, 976, 977, 979, 1004, 1005, 1006, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1017, 1018, 1019, 1020, 1021, 1023, 1024, 1025, 1029

Immunités parlementaires...43, 45, 48, 56, 57, 71, 73, 80, 82, 84, 85, 90, 95, 96, 97, 98, 102, 103,104, 105, 106, 109, 110, 114, 115, 116, 121, 122, 123, 124, 130, 131, 136, 137, 138, 139, 140, 143, 155, 158, 159, 161, 162, 164, 165, 166, 167, 169, 172, 173, 174, 175, 176, 181, 182, 183, 184, 188, 189, 192, 199, 200, 201, 205, 206, 207, 209, 210, 214, 215, 242, 253, 255, 256, 257, 273, 274, 276, 280, 284, 307, 308, 309, 310, 314, 316, 317, 318, 319, 322, 339, 340, 355, 357, 358, 359, 360, 361, 365, 377, 379, 380, 381, 385, 387, 388, 393, 398, 437, 439, 442, 444, 445, 447, 448, 450, 461, 490, 492, 493, 494, 497, 498, 500, 502, 504, 522, 523, 531, 532, 567, 568, 570, 571, 573, 575, 576, 578, 579, 584, 585, 588, 590, 592, 595, 596, 603, 616, 617, 618, 620, 623, 624, 626, 627, 628, 629, 631, 632, 634, 638, 640, 642, 643, 644, 645, 650, 653, 654, 656, 657, 658, 659, 664, 670, 671, 672, 673, 729, 737, 739, 741, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 771, 772, 793, 795, 796, 837, 838, 839, 840, 847, 860, 861, 863, 864, 868, 872, 905, 928, 941, 955, 976, 1004, 1006, 1013, 1017, 1019

Inviolabilité du roi..... 91, 95, 216, 217, 219, 220, 221, 227, 228, 229, 231, 238, 286, 288, 292, 398, 399, 400, 401, 404, 405, 408, 411, 412, 413, 414, 419, 424, 450, 455, 460, 463, 468, 589, 592, 596, 1024

Inviolabilité parlementaire . 48, 49, 190, 196, 198, 260, 264, 315, 377, 495, 496, 528, 569, 576, 627, 669, 741, 755, 757, 769, 771, 772, 839, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 861, 865, 872, 932, 935, 937, 941, 945, 955, 956, 957, 958, 965, 970, 1007, 1019

Irresponsabilité parlementaire . 17, 26, 36, 40, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 59, 60, 71, 78, 88, 95, 97, 109, 120, 137, 172, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 198, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 215, 216, 217, 218, 220, 221, 222, 226, 228, 229, 230, 231, 237, 238, 256, 257, 258, 259, 260, 264, 265, 272, 273, 288, 314, 319, 322, 326, 340, 355, 356, 362, 377, 388, 416, 438, 443, 447, 448, 451, 455, 461, 492, 494, 495, 497, 498, 499, 504, 505, 509, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 549, 569, 574, 576, 577, 578, 581, 588, 616, 620, 627, 629, 630, 631, 639, 640, 657, 664, 665, 666, 667, 668, 673, 674, 676, 679, 680, 681, 683, 730, 741, 742, 743, 744, 750, 751, 752, 753, 754, 775, 782, 783, 784, 785, 788, 791, 792, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 811, 812, 813, 815, 816, 818, 822, 823, 824, 825, 826, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 861, 865, 884, 890, 905, 908, 913, 917, 918, 919, 921, 924, 929, 940, 946, 948, 1004

Irresponsabilité présidentielle 44, 60, 673, 783, 798, 825

- J -

Jaume Lucien.....324, 409, 421

- K -

Kantorowicz Ernst.....924

Kelsen Hans.....772

- L -

Laband Paul.....613, 620, 642

Laboulaye Edouard.....505

Laferrière Firmin.....49, 542, 544, 545, 550, 551, 557, 558, 559, 563, 565, 576, 577, 578, 582, 588, 741, 750, 764, 765, 785

Lally-Tollendal Trophisme-Gérard de.....89, 132, 245, 248

Lanjuinais Jean-Denis 89, 334, 409, 411, 412, 413, 425, 427, 428, 445, 446, 447, 448

Laquièze Alain. . .367, 372, 373, 376, 407, 413, 425

Le Pillouer Arnaud.....74, 188, 507, 511, 737

Locke John.....160, 163, 289

Lolme Jean Louis de.....165

- M -

Macarel Louis-Antoine.....485, 486

Magnon Xavier.....907, 908, 957

Malraux André.....979

Malvy Jean-Louis.....602, 616, 676, 696, 707, 708, 711, 713, 714, 716, 718, 719, 720, 724, 726, 727, 731, 739, 774, 776, 779, 830, 864, 883, 889, 974

Marchand Pierre.....741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 755, 770, 772

Mathiez Albert.....206, 255, 275

Mestre Jean-Louis.....202, 526, 600

Mirabeau Honoré-Gabriel Riqueti. 77, 82, 87 89, 91, 96, 126, 128, 130, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 230, 265, 274, 339, 387, 576

Mirkine-Guetzévitch Boris.....89, 732

Molinier Victor.....672

Monarchie de Juillet.....66, 68, 391, 392, 394, 451, 452, 454, 455, 456, 458, 460, 461, 462, 463, 464, 469, 470, 472, 473, 474, 476, 478, 482, 484, 485, 487, 488, 489, 491, 492, 498, 501, 502, 504, 508, 521, 560, 587, 588, 591, 592,

Montesquieu Charles Louis de.....69, 80, 85, 141, 160, 246, 508, 627

Moreau Félix.....683, 821, 824

- N -

Napoléon Bonaparte.....12, 68, 90, 342, 344, 345, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 357, 358, 360, 361, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 370, 372, 373, 374, 380, 381, 382, 385, 389, 391, 442, 446, 533, 534, 545, 547, 549, 560, 563, 569, 572, 575, 579, 580, 581, 796, 807, 975

Nation.10, 16, 19, 21, 22, 27, 28, 30, 34, 35, 38, 39, 41, 43, 45, 46, 54, 55, 56, 58, 59, 62, 70, 72, 73, 75, 81, 82, 84, 86, 87, 88, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 275, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 302, 303, 304, 305, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 318, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 374, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 387, 388, 389, 391, 394, 395, 397, 401, 411, 412, 414, 424, 427, 428, 431, 435, 438, 439, 440, 442, 444, 445, 446, 448, 450, 463, 468, 470, 474, 476, 478, 479, 484, 486, 487, 489, 490, 491, 493, 494, 495, 496, 497, 499, 500, 501, 504, 510, 511, 513, 514, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 523, 525, 526, 527, 529, 532, 533, 542, 545, 550, 554, 556, 558, 561, 563, 564, 569, 571, 574, 576, 578, 580, 584, 589, 590, 591, 592, 593, 595, 596, 602, 606, 607, 608, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 631, 632, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 650, 651, 652, 653, 654, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 666, 667, 669, 670, 671, 672, 673, 677, 678, 682, 686, 687, 688, 690, 691, 694, 695, 696, 698, 699, 700, 701, 704, 706, 707, 712, 721, 722, 724, 726, 727, 729, 730, 731, 733, 736, 738, 739, 741, 743, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 755, 756, 757, 762, 763, 764, 769, 774, 778, 779, 780, 782, 783, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 795, 800, 807, 808, 810, 811, 813, 815, 816, 818, 821, 823, 826, 829, 838, 839, 841, 844, 845, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 859, 863, 875, 877, 879, 887, 889, 907, 910, 912, 923, 928, 929, 930, 931, 933, 935, 936, 937, 942, 943, 947, 949, 952, 960, 964, 965, 967, 969, 973, 975, 976, 977, 978, 983, 987, 988, 989, 990, 992, 993, 995, 996, 997, 998, 999, 1000, 1001, 1002, 1003, 1004, 1007, 1008, 1009, 1010, 1012, 1015, 1016, 1017, 1018, 1019, 1023, 1024, 1025, 1026, 1028, 1029

Necker Jacques. 156, 180, 322, 324, 325, 326, 327, 328, 331, 332

- P -

Pagès Jean-Pierre.....434, 435, 436, 437

Parlementaire...10, 15, 18, 21, 25, 26, 36, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 56, 57, 58, 59, 60, 70, 71, 72, 73, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 88, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 110, 113, 114, 115, 116, 117, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 139, 140, 143, 147, 150, 151, 152, 153, 155, 157, 158, 159, 161, 162, 164, 165, 166, 167, 169, 172, 173, 174, 175, 176,

177, 180, 181, 182, 183, 184, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 230, 241, 242, 249, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 267, 269, 273, 274, 276, 278, 280, 281, 282, 283, 284, 307, 308, 309, 310, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 331, 335, 338, 339, 340, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 365, 370, 371, 373, 375, 377, 378, 379, 380, 381, 383, 385, 387, 388, 389, 391, 392, 393, 398, 399, 403, 407, 408, 409, 411, 412, 413, 415, 418, 419, 420, 425, 427, 428, 429, 430, 434, 437, 438, 439, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 454, 455, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 468, 469, 470, 472, 484, 488, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 501, 502, 504, 520, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 541, 550, 552, 553, 556, 560, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 584, 585, 586, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 595, 596, 601, 602, 603, 606, 615, 616, 617, 618, 620, 623, 624, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 650, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 680, 682, 683, 684, 688, 704, 705, 707, 710, 714, 715, 724, 726, 727, 729, 730, 734, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 780, 782, 783, 784, 785, 787, 789, 791, 793, 795, 796, 797, 799, 800, 802, 803, 804, 810, 811, 812, 815, 822, 823, 824, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 863, 864, 865, 868, 869, 871, 872, 873, 874, 881, 885, 886, 889, 896, 905, 909, 913, 914, 923, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 937, 938, 941, 942, 943, 945, 952, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 973, 974, 976, 978, 981, 982, 983, 985, 987, 988, 990, 992, 994, 996, 997, 998, 999, 1003, 1004, 1005, 1006, 1007, 1012, 1013, 1014, 1017, 1018, 1019, 1020, 1021, 1023, 1024, 1025, 1026, 1028, 1029

Pépin Alphonse.....468, 471

Perrin Francisque.....690, 700, 702, 703, 705

Pierre Eugène.....1, 9, 89, 100, 102, 104, 105, 113, 197, 205, 227, 238, 239, 240, 244, 248, 249, 250, 270, 271, 272, 279, 281, 282, 301, 304, 305, 311, 315, 322, 325, 364, 400, 401, 409, 416, 434, 453, 456, 460, 461, 469, 472, 518, 569, 615, 623, 636, 688, 741, 747, 755, 764, 819, 820, 828, 830, 836, 868, 901, 903, 905, 930, 963, 977, 978

Pinto Roger.....784

Prélot Marcel.....789, 804, 820, 822, 827, 836, 843, 858

Président de la République. .15, 16, 17, 18, 21, 24, 25, 27, 28, 29, 36, 43, 45, 48, 53, 54, 55, 57, 70, 71, 72, 502, 503, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 513, 516, 517, 518, 519, 528, 532, 534, 543, 545, 546, 550, 561, 562, 564, 568, 569, 588, 592, 602, 603, 607, 615, 616, 674, 676, 677, 679, 680, 682, 684, 685, 686, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 696, 708, 709, 718, 719, 730, 735, 736, 738, 757, 773, 774, 775, 778, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 790, 791, 796, 797, 798, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 830, 832, 837, 860, 861, 863, 865, 867, 869, 871, 872, 873, 874, 890, 891, 892, 893, 894, 896, 897, 898, 899, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 911, 913, 914, 916, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 927, 928, 939, 940, 942, 944, 945, 947, 948, 954, 959, 961, 964, 965, 966, 968, 969, 974, 976, 978, 993, 994, 1004, 1005, 1006, 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1014, 1015, 1016, 1017, 1018, 1020, 1021, 1022, 1023, 1024, 1025, 1026, 1027, 1029

Prévost-Parado Lucien-Anatole.....541, 552, 556, 584, 585, 676, 678, 679, 684

Privilège...12, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 28, 33, 35, 36, 44, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 67, 69, 70, 71, 72, 76, 78, 80, 86, 88, 89, 95, 98, 106, 122, 137, 138, 147, 155, 157, 166, 179, 181, 194, 202, 209, 212, 215, 217, 219, 221, 222, 225, 229, 230, 231, 234, 242, 243, 245, 246, 247, 255, 256, 257, 258, 262, 267, 272, 273, 279, 280, 282, 285, 291, 300, 304, 319, 320, 321, 322, 323, 328, 333, 334, 335, 337, 339, 340, 341, 342, 354, 355, 356, 357, 359, 360, 361, 363, 364, 377, 378, 380, 381, 384, 385, 386, 388, 389, 390, 391, 394, 397, 398, 416, 424, 430, 431, 437, 438, 441, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 454, 456, 461, 462, 484, 486, 488, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 499, 501, 503, 504, 505, 506, 509, 516, 518, 519, 520, 523, 525, 527, 533, 547, 549, 554, 555, 557, 559, 567, 570, 571, 574, 576, 577, 579, 580, 581, 582, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 595, 596, 597, 598, 599, 601, 602, 603, 604, 607, 609, 610, 612, 617, 624, 626, 627, 628, 629, 630, 632, 634, 640, 641, 642, 645, 646, 650, 655, 656, 657, 658, 664, 671, 673, 676, 683, 685, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 707, 709, 710, 725, 728, 729, 730, 731, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 751, 761, 765, 772, 773, 774, 776, 782, 792, 793, 799, 800, 808, 826, 828, 829, 837, 839, 840, 841, 848, 852, 854, 856, 860, 861, 863, 864, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 887, 890, 891, 892, 893,

894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 903, 906, 917, 924, 926, 928, 929, 930, 932, 939, 940, 941, 945, 946, 947, 950, 954, 955, 956, 957, 964, 965, 969, 970, 974, 976, 977, 978, 979, 987, 1013, 1014, 1018, 1024, 1026

- Q -

Quastana François....141, 144, 149, 151, 157, 158, 160, 163, 167, 168, 171

Quatrième République.....736, 739, 773

- R -

Responsabilité politique.....16, 17, 18, 27, 51, 79, 157, 180, 243, 306, 322, 333, 386, 389, 399, 420, 426, 428, 429, 433, 455, 461, 462, 473, 514, 515, 534, 542, 544, 545, 546, 549, 550, 553, 554, 631, 674, 675, 676, 678, 680, 681, 695, 707, 714, 715, 717, 719, 723, 724, 730, 731, 735, 738, 775, 776, 779, 780, 781, 783, 787, 788, 791, 796, 797, 798, 799, 802, 804, 805, 806, 807, 808, 811, 816, 820, 822, 823, 831, 863, 867, 877, 878, 880, 881, 884, 885, 886, 887, 890, 891, 905, 912, 913, 939, 945, 952, 953, 964, 965, 966, 969, 973, 992, 1002, 1006, 1007, 1008, 1009, 1011, 1012, 1015, 1016, 1017

Restauration. .68, 88, 107, 308, 329, 344, 354, 373, 376, 380, 390, 391, 392, 393, 396, 397, 398, 399, 400, 402, 403, 407, 409, 418, 420, 421, 425, 426, 428, 429, 430, 434, 437, 438, 441, 444, 445, 446, 447, 448, 450, 451, 452, 454, 460, 461, 462, 463, 464, 469, 473, 474, 478, 490, 500, 504, 535, 560, 589, 591, 592, 595, 596, 597, 659, 885, 987, 996, 1007, 1014, 1015

Robespierre Maximilien.....89, 197, 238, 239, 240, 248, 250, 270, 271, 272, 279, 281, 282, 301, 305, 747

Rosanvallon Pierre....400, 453, 461, 469, 623, 978

Rossi Pellegrino.....66, 68, 69, 183, 392, 452, 454, 456, 457, 473, 474, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 483, 485, 486, 492, 494, 495, 497, 498, 499, 501, 700, 702

Rousseau Jean-Jacques....00, 101, 102, 134, 141, 150, 151, 160, 163, 175, 301, 304, 325, 339, 357, 526, 620, 638, 660, 978

Royer-Collard Pierre-Paul.....401, 402, 403, 404, 406, 408, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 667

- S -

Saint-Bonnet François....19, 31, 33, 69, 77,78, 217

Saint-Girons Antoine......676, 696

Sarkozy Nicolas.....961, 970

Sauvé Jean-Marc.....21

Second Empire....68, 392, 394, 455, 502, 503, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 547, 548, 549, 550, 553, 554, 555, 556, 558, 560, 561, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 573, 576, 577, 578, 579, 582, 583, 584, 586, 587, 588, 591, 592, 593, 596, 610, 673, 680, 796, 810, 850, 975, 983, 990, 1015, 1024

Ségur Philippe.....45, 51, 54, 125

Séparation des pouvoirs.....39, 44, 45, 61, 76, 91, 123, 130, 138, 139, 140, 158, 159, 160, 161, 162, 166, 172, 173, 182, 184, 187, 193, 195, 199, 210, 222, 224, 226, 229, 232, 241, 245, 257, 263, 276, 279, 281, 298, 303, 310, 316, 324, 338, 357, 358, 359, 360, 387, 388, 398, 463, 485, 487, 497, 499, 525, 528, 529, 531, 532, 548, 590, 598, 606, 608, 621, 627, 645, 659, 662, 664, 665, 669, 682, 699, 707, 710, 733, 762, 763, 770, 772, 859, 875, 896, 898, 901, 923, 932, 935, 953, 956, 977, 1008, 1012

Sieyès Emmanuel.....19, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 114, 116, 119, 121, 131, 134, 135, 149, 150, 152, 153, 154, 170, 171, 186, 211, 338, 345, 349, 351, 352, 369, 527

Soulier Gérard.....838, 839, 840, 850, 851, 853, 854

Staël Germaine de.....107, 126, 322, 324, 328, 329, 330, 331, 332

Suède (régime politique).....57, 79, 126

- T -

Taine Hippolyte...19, 21, 27, 33, 34, 36, 37, 39, 42, 46, 49, 59, 63, 65, 66, 70, 81, 82, 86, 89, 90, 93, 95, 126, 137, 138, 159, 160, 174, 188, 198, 200, 201, 202, 207, 210, 217, 225, 230, 232, 234, 240, 241, 242, 245, 254, 256, 258, 261, 265, 278, 281, 283, 298, 300, 303, 306, 310, 322, 323, 332, 335, 340, 361, 369, 389, 395, 396, 402, 431, 434, 440, 441, 461, 493, 525, 526, 529, 563, 564, 565, 571, 573, 575, 576, 577, 585, 589, 596, 630, 632, 633, 642, 658, 664, 665, 677, 715, 774, 784, 789, 798, 800,

822, 827, 835, 849, 852, 909, 914, 925, 928, 942, 949, 954

Thiers Adolphe.....399, 417, 460, 463, 680

Thouret Jacques-Guillaume.….229, 230, 237, 247

Tillet Edouard.....80

Tocqueville Alexis de.....19, 69, 507, 508, 509, 510

Troisième République.....586, 595, 606, 613, 618, 644, 673, 711, 732, 774, 1007, 1022

Troper Michel.....93, 283, 300, 306, 310, 807, 911, 912, 919, 926, 930, 931

Trotabas Louis.....839

- V -

Vedel Georges....738, 752, 771, 775, 777, 779,780, 781, 783, 784, 785, 789, 790, 791, 801, 802, 807, 817, 821, 841, 852, 855, 858, 859, 873, 876, 884, 885, 952

Villèle Joseph de.....397, 418

Vitrolles Eugène de…403, 406, 413, 414, 415, 416, 418, 422, 423, 424

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....9

PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....10

SOMMAIRE.....12

INTRODUCTION.....15

I. LA NOTION D'IMMUNITÉ.....33
A. Une notion juridique ancienne connue de toutes les branches du droit.....33
B. L'ambiguïté de la notion d'immunité dans son acceptation constitutionnelle.....36
1. L'immunité au sens constitutionnel : un désaccord doctrinal manifeste.....37
1.1. Le concept d'immunité : une définition polysémique.....37
1.2. Spécificité et unité de l'immunité constitutionnelle.....43
1.2.1. Spécificité de l'immunité constitutionnelle.....43
1.2.2. L'unité des immunités constitutionnelles.....44
2. Typologie des immunités constitutionnelles : la distinction discutée de l'inviolabilité et de l'irresponsabilité.....45
3. Immunités constitutionnelles et « privilège de juridiction ».....54
4. Une conception variable des statuts dérogatoires des pouvoirs constitués en droit comparé.....56

II. L'OBJET DE LA RECHERCHE : L'APPRÉHENSION DES IMMUNITÉS CONSTITUTIONNELLES PAR LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE DE 1789 À NOS JOURS.....62
A. La définition *lato sensu* de la doctrine retenue dans cette étude.....62
1. Une définition stipulative de la doctrine.....62
2. L'examen de la doctrine publiciste et principalement constitutionnelle.....67
3. L'examen de la doctrine publiciste française.....69
B. La définition *lato sensu* des immunités constitutionnelles retenue dans cette étude....70
1. La définition de l'immunité constitutionnelle par sa finalité et ses effets.....70
2. Une définition large des immunités : les immunités parlementaires et présidentielles, et les privilèges de juridiction.....71

III. LA MÉTHODE RETENUE.....73
A. Le choix de l'approche systématique du droit constitutionnel.....74
B. Une analyse chronologique et conceptuelle de l'histoire constitutionnelle française...77
1. De la Révolution française à aujourd'hui : une analyse diachronique.....77
2. Le découpage de l'histoire doctrinale des immunités en générations.....83

IV. LA PROBLÉMATIQUE, L'INTÉRÊT DE L'ANALYSE ET LE PLAN.....84

PARTIE 1. LA GÉNÉRATION DES FONDATEURS : UNE CONSTRUCTION ESSENTIELLEMENT EMPIRIQUE DES STATUTS DÉROGATOIRES (1789-1875)....87

TITRE 1. LA GÉNÉRATION DES BÂTISSEURS : L'ÉMERGENCE DES IMMUNITÉS DANS UN CONTEXTE POLITIQUE AGITÉ (1789-1815)....89

CHAPITRE 1. LA PÉRIODE RÉVOLUTIONNAIRE OU LA GENÈSE INTELLECTUELLE DE LA PROBLÉMATIQUE DES IMMUNITÉS DES POUVOIRS CONSTITUÉS EN FRANCE (1789-1799).....91

Section 1. Une réflexion doctrinale axée principalement sur les parlementaires et sur leur nécessaire sanctuarisation (1789-1792)....95

§1. La volonté de protéger l'œuvre révolutionnaire en garantissant l'indépendance des représentants souverains face aux pressions du pouvoir exécutif....96

A. Une vive controverse constitutionnelle quant à la finalité réelle des immunités parlementaires à leur naissance par le décret du 23 juin 1789....97

1. Les immunités parlementaires, une œuvre théorique : un instrument de protection de l'indépendance des parlementaires à l'égard du peuple....97

a. Les immunités parlementaires, conséquence rationnelle de la construction doctrinale de la représentation nationale élaborée par Sieyès....97

b. Les immunités parlementaires, corollaire de la transformation de la nature des mandats des députés aux États généraux....105

c. Les immunités parlementaires, conséquence de l'exigence fonctionnelle de libre délibération d'une Assemblée délibérante naissante....110

d. Les immunités parlementaires, moyen de protection face aux pressions populaires contre la Constituante....116

2. Les immunités parlementaires, une œuvre circonstancielle : un mécanisme destiné à sauvegarder l'indépendance des parlementaires à l'égard du pouvoir exécutif et des juges....123

a. Le décret du 23 juin 1789 : une mesure d'opportunité visant à protéger la jeune représentation nationale des exactions du seul pouvoir exécutif.....123

α) L'inscription du décret du 23 juin 1789 dans un temps court contre le pouvoir exécutif : protéger la personne des députés....123

β) L'inscription du décret du 23 juin 1789 dans un temps long contre le pouvoir exécutif : protéger l'œuvre révolutionnaire matérialisée par le transfert de la souveraineté du Roi vers la Nation....127

b. L'ambivalence du mandat dévolu aux représentants lors de la proclamation des immunités parlementaires....131

B. La résolution de la controverse grâce une contextualisation objective et subjective de la pensée de l'initiateur de la « conceptualisation » des immunités parlementaires : le comte de Mirabeau....139

1. La conception du juriste aixois tributaire de facteurs exogènes et endogènes.....140

a. Une vive dénonciation de la transformation de la monarchie en despotisme sous le signe du républicanisme classique....141

α) La condamnation des ordres arbitraires, symboles du despotisme monarchique, destructeurs de la liberté civile....142

β) La monarchie de droit divin délégitimé au nom du droit naturel et de la souveraineté populaire....147

γ) La dénonciation virulente du despotisme ministériel....155

b. Une ambition politique personnelle au service de la régénération de la monarchie française....157

α) Mirabeau, un ardent défenseur de la séparation des pouvoirs....158

β) Une connaissance pointue des régimes constitutionnels étrangers grâce à ses voyages dans l'Europe des peuples libres....162

γ) Un désir de servir affirmé et une ambition politique élevée de l'homme d'État Mirabeau....168

2. Les répercussions du contexte absolutiste et de son système personnel sur sa conception des immunités parlementaires....172

a. La solution à la question du fondement véritable des immunités parlementaires à la Révolution....173

b. Une tension doctrinale quant au champ d'application matériel du décret du

23 juin 1789 : l'apport de la mise en contexte.....188
C. La première théorisation des immunités parlementaire par le professeur au Lycée Jacques Vincent Delacroix assise sur la théorie du mandat représentatif.....200
1. Jacques-Vincent Delacroix ou les prémices de la discipline du droit constitutionnel.....200
2. Le perfectionnement de la réflexion doctrinale quant à la problématique des immunités parlementaires.....206
a) Une distinction évidente malgré un vocabulaire juridique encore imprécis 206
b) L'évolution du fondement des immunités parlementaires en raison de présupposés politiques divergents.....209
§2. Un débat doctrinal agité autour de la protection du pouvoir royal : la volonté de le soumettre à l'Assemblée souveraine.....216
A. Un vif débat doctrinal sur le fondement de l'inviolabilité royale.....217
1. L'inviolabilité du Roi, héritage unanime de l'Ancien Régime.....217
2. La querelle doctrinale sur le fondement réel de l'inviolabilité royale fondée sur des intérêts politiques divergents.....221
a. L'inviolabilité royale fondée sur la séparation des pouvoirs.....221
b. L'inviolabilité royale fondée sur sa qualité de co-législateur.....227
B. Un débat nourri sur l'inviolabilité absolue ou non du Roi.....230
§3. Le privilège de juridiction des ministres et ses modalités, source de divergences doctrinales au cœur d'intérêts politiques.....242
A. Une opposition légère sur la détermination de l'organe de jugement des ministres.....244
B. L'obligation de définir les crimes de lèse-nation et les peines subséquentes, pierre d'achoppement entre les constituants guidés par des velléités politiques opposées.....249
Section 2. une réflexion doctrinale renouvelée par l'apparition de la république et du gouvernement révolutionnaire (1792-1795).....254
§1. Une rupture mesurée quant à la manière de concevoir les immunités parlementaires lors du régime conventionnel.....256
A. Une conceptualisation classique malgré un bouleversement du cadre de réflexion.....257
1. L'ancrage doctrinal de la distinction entre l'irresponsabilité et l'inviolabilité.....258
2. La défense doctrinale de l'autorisation préalable de l'assemblée en matière de levée d'immunité fondée sur l'idée de suprématie du corps représentatif.....261
B. Divisions et revirement sur le droit à la parole des députés soupçonnés au gré du durcissement du gouvernement révolutionnaire.....273
§2. La volonté des conventionnels de subordonner les autorités exécutives à la Convention souveraine.....284
A. Le jugement du Roi par la Convention, manifestation de la suprématie institutionnelle de « l'Assemblée ».....285
1. L'abandon de l'inviolabilité constitutionnelle du Roi en vertu de la souveraineté de la Nation personnifiée par la Convention.....286
2. L'auto-proclamation de la compétence souveraine de la Convention, incarnation de la Nation, pour juger le monarque.....291
B. La subordination de l'exécutif à la Convention souveraine revendiquée par les conventionnels.....296
Section 3. le directoire : une période de rationalisation des immunités constitutionnelles dans un contexte politique davantage apaisé.....305
§1. La conceptualisation des immunités parlementaires entre continuité et perfectionnement.....307
A. La volonté constituante d'une protection immunitaire élargie fondée sur la spécialisation des pouvoirs.....308
1. La recherche affichée d'une restauration d'un équilibre entre les pouvoirs exécutif et législatif par les Constituants de l'an III.....309
2. La persistance de l'articulation des immunités parlementaires autour du paradigme

révolutionnaire de la prédominance institutionnelle de l'Assemblée souveraine.....310
B. Le perfectionnement de la technique constitutionnelle des immunités parlementaires.....317
§2. La subordination persistante de l'exécutif à la représentation nationale malgré les tentatives d'inflexion du Groupe de Coppet.....322
A. L'esprit de Coppet ou la volonté de revalorisation inédite du pouvoir exécutif.....323
B. L'architecture de la responsabilité des Directeurs, manifestation de la suprématie des assemblées législatives.....332

CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....338

CHAPITRE 2 : LA SYNTHÈSE AMBIVALENTE DE L'HÉRITAGE RÉVOLUTIONNAIRE LORS DES RÉGIMES NAPOLÉONIENS (1799-1815).....342
Section 1. les régimes consulaire et impérial, une phase de rupture dans la conceptualisation des statuts dérogatoires liée à l'émergence de l'autoritarisme346
§1. L'apparition d'un nouveau paradigme en rupture avec la tradition révolutionnaire : la suprématie de l'exécutif sur le législatif.....346
A. Le renversement des rapports de force institutionnels : la domestication des assemblées par le pouvoir exécutif.....346
B. Une nouvelle hiérarchisation des pouvoirs fondée sur une redéfinition de la légitimité politique.....350
§2. Les répercussions manifestes du nouveau paradigme sur la conception des statuts exorbitants de droit commun.....354
A. La transformation du fondement théorique des immunités parlementaires sous une apparente continuité : une construction autour du paradigme nouveau de la suprématie du pouvoir exécutif.....355
B. Le renouvellement des fondements théoriques du privilège de juridiction des ministres.....361
Section 2. le retour furtif à la conception révolutionnaire des statuts dérogatoires des pouvoirs supérieurs dans l'acte additionnel aux constitutions de l'empire…365
§1. Un renouvellement de l'agencement des pouvoirs à travers une redéfinition de leurs légitimités respectives.....368
A. L'ébauche d'une théorie de la souveraineté nationale par Benjamin Constant en dépit de la persistance de la tradition bonapartiste d'une légitimité composite.....368
B. L'Acte additionnel, une œuvre transactionnelle : la restauration du pouvoir législatif malgré la persistance d'une prépondérance impériale.....373
§2. Le renouveau de la conceptualisation des statuts dérogatoires dans les traces de la tradition révolutionnaire 376
A. Le retour au fondement révolutionnaire des immunités parlementaires 377
B. Un privilège de juridiction pour les ministres repensé à nouveau comme frein au pouvoir exécutif.....381

CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....**385**

CONCLUSION DU TITRE 1.....**387**

TITRE 2. LA GÉNÉRATION DES CONSTRUCTEURS : LES PRÉMICES D'UNE SYSTÉMATISATION DANS UN CADRE POLITIQUE ET SCIENTIFIQUE ENCORE TUMULTUEUX (1815-1875) 391

CHAPITRE 1. L'ÉCLOSION D'UNE SYSTÉMATISATION PERFECTIBLE PAR LES « PROFESSEURS POLITIQUES » DANS UN CONTEXTE DE DÉVELOPPEMENT DU PARLEMENTARISME (1814-1830) 395

Section 1. la responsabilité de l'exécutif au cœur des préoccupations doctrinales de la restauration (1814-1830)....398

§1. La centralité de la question de l'inviolabilité royale : la mise en lumière d'une controverse dictée par des intérêts politiques....400

A. Le « paradoxe de 1816 » : la défense majoritaire par les libéraux de gouvernement de l'inviolabilité du Roi....400

B. L'inviolabilité du Roi comme source de son pouvoir arbitral : la vision des libéraux d'opposition et des royalistes anglophiles....408

§2. Le renouveau doctrinal de la problématique de la responsabilité pénale des ministres et de ses modalités....420

A. La controverse doctrinale quant à l'obligation d'une norme législative définissant les infractions et les peines à l'encontre des ministres....421

1. La thèse constitutionnaliste majoritaire : la dispense d'une loi encadrant la responsabilité politico-pénale des ministres....421

2. La thèse pénaliste minoritaire : l'exigence d'une loi définissant les infractions et les peines applicables....426

B. Le dissensus doctrinal sur la nature de l'organe compétent pour juger les ministres et les règles applicables....430

1. La thèse de la liberté : la souveraineté quasi-absolue des chambres statuant comme une haute cour politique....431

2. La thèse judiciaire : l'assimilation partielle des Chambres à des juridictions pénales imposant la soumission au droit commun....434

Section 2. les immunités parlementaires : une problématique délaissée, source de divergences au sein de la doctrine politisée....437

§1. La défense paradoxale des immunités parlementaires par les libéraux de gouvernement centrée autour du rôle d'éclairage des assemblées, auxiliaires du Roi....439

§2. L'articulation équivoque des immunités parlementaires autour de la théorie de la représentation nationale par les libéraux d'opposition....445

CONCLUSION DU CHAPITRE 1....449

CHAPITRE 2. L'APPARITION D'UN DISCOURS PLUS SCIENTIFIQUE DANS UN CONTEXTE DE PROFUSION DES RÉGIMES POLITIQUES ET DES FORMES DE GOUVERNEMENT (1830-1870)....453

Section 1. la responsabilité de l'exécutif au centre de la pensée constitutionnelle, pierre angulaire de l'équilibre du régime (1830-1848)....457

§1. La responsabilité de l'exécutif au cœur des enjeux du nouveau régime : un vif débat doctrinal davantage didactique....462

A. L'inviolabilité du Roi : un sujet de réflexion doctrinal central....463

1. La thèse parlementaire : l'inviolabilité du Roi, source de son pouvoir restreint. .463

2. La thèse royale : la possible conciliation de l'inviolabilité du Roi et d'un pouvoir actif....468

B. La responsabilité pénale des ministres : un vecteur classique de discorde doctrinale....472

1. La formalisation de la responsabilité pénale des ministres : la résurgence des courants politique et pénal au sein de la doctrine constitutionnelle de la Monarchie de Juillet....474

a. L'ambiguïté de la thèse politique quant à la formalisation de la responsabilité ministérielle....474

b. La thèse pénaliste : la soumission au droit commun de la responsabilité ministérielle prévue par l'article 47 de la Charte de 1830.....481
2. La compétence de la Cour des Pairs pour juger les ministres : une absence d'unanimité doctrinale.....484
§2. Une appréhension doctrinale divergente des immunités parlementaires en raison d'une démarche opposée.....490
A. Une démarche descriptive et exégétique par rapport à l'objet des immunités parlementaires.....492
B. Une optique critique par rapport à l'objet des immunités parlementaires 498
Section 2. la concentration de la réflexion scientifique autour du chef de l'État sous la Deuxième République et le Second Empire.....502
§1. La réapparition de la République, source de renouvellement de la problématique des pouvoirs constitués en dépit de la vacance de la chaire de droit constitutionnel (1848-1852).....503
A. Un problème doctrinal inédit : le régime juridique de la responsabilité d'un chef d'État républicain.....505
1. Le rejet doctrinal de la reconnaissance de privilèges exorbitants au Président de la République : une conception nouvelle du pouvoir exécutif.....506
2. Le nature indéterminée de la double responsabilité ministérielle et présidentielle : un dissensus doctrinal.....511
3. La discussion doctrinale autour des modalités du privilège de juridiction des titulaires du pouvoir exécutif.....516
B. Une redéfinition du fondement des immunités parlementaires à l'aune d'une conception populaire de la souveraineté.....522
1. L'irresponsabilité parlementaire : un changement de paradigme opéré par Berriat-Saint-Prix.....523
2. L'articulation de l'inviolabilité parlementaire autour du principe libéral de la séparation des pouvoirs.....528
§2. Une réflexion constitutionnelle active durant le Second Empire malgré la disparition de la discipline du droit constitutionnel : le paradigme administrativiste.....533
A. Le système de responsabilité du pouvoir exécutif de l'Empire autoritaire analysé sur un mode descriptif et technique par les administrativistes-constitutionnalistes.....542
1. Le simple éclaircissement doctrinal de la prétendue responsabilité de l'Empereur en dehors de toute critique.....543
2. Le travail doctrinal de clarification du régime de la responsabilité ministérielle face au laconisme de la Constitution de 1852.....549
3. La Haute Cour de justice : un discours constitutionnel purement technique occultant son manque d'indépendance vis-à-vis de l'Empereur.....558
B. L'appréhension des immunités parlementaires, nouvelle illustration des méthodologies divergentes de la doctrine publiciste impériale.....568
1. La systématisation des immunités parlementaires par la science du droit public dans le contexte paradoxal des chambres muettes.....571
a. Une incertitude doctrinale à propos des fondements immunitaires des députés.....579
b. Le travail de rationalisation des immunités sénatoriales par la doctrine publiciste.....584
2. Une approche divergente des immunités parlementaires : le discours prescriptif des penseurs politiques.....587

CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....587

CONCLUSION DU TITRE 2.....591

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....595

PARTIE 2. LA GÉNÉRATION DES HÉRITIERS : UN CLIVAGE DOCTRINAL DANS UN CONTEXTE POLITIQUE QUASI-STABLE (1875-2020).....599

TITRE 1. LA GÉNÉRATION DES CONTINUATEURS FORTS DE L'EXPÉRIENCE CENTENAIRE DU PARLEMENTARISME ET DE LA RÉPUBLIQUE (1875-1990).....604

CHAPITRE 1.....610
LE TOURNANT DE LA FIN DU XIXÈME SIÈCLE : LA CONSOLIDATION THÉORIQUE DE LA QUESTION DES PRIVILÈGES IMMUNITAIRES ENTRE CONSENSUS ET DISSENSUS (1875-1930)..610

Section 1. les immunités parlementaires : une appréhension doctrinale hautement conceptuelle en apparence divergente 616

§1. L'assise doctrinale des immunités parlementaires sur le paradigme traditionnel de la souveraineté nationale.....618

A. Adhémar Esmein ou l'élaboration d'une théorie républicaine des immunités parlementaires fondée sur le principe de la souveraineté nationale 620

1. Les présupposés théoriques et méthodologiques d'Esmein.....624

2. La conception esmeinienne des immunités parlementaires façonnée par une démarche dogmatique et historico-comparative orientée.....624

a. Le dogme de la souveraineté nationale, vecteur d'engendrement des immunités parlementaires.....624

b. Les immunités parlementaires, institution du droit commun constitutionnel français et étranger selon une vision engagée de l'histoire constitutionnelle 628

B. Le « positivisme républicain » de Raymond Carré de Malberg.....634

§2. Des constructions théoriques relativement inventives vis-à-vis de la question des immunités parlementaires : entre révolution et synthèse scientifique.....644

A. Une appréhension paradoxale des privilèges parlementaires dans la pensée de Duguit.....646

1. Une conception objectiviste du droit 650

2. Le fondement contradictoire des immunités parlementaires dans la théorie duguitienne.....657

a. La conception duguitienne des immunités parlementaires comme déclinaison de ses présupposés théoriques et méthodologique 658

b. Le rattachement classique des immunités parlementaires au principe de la souveraineté nationale.....659

B. Une conception ambiguë des immunités parlementaires dans la pensée de Maurice Hauriou.....658

1. Une doctrine singulière de la représentation loin de toute délégation ou mandat...659

2. L'articulation surprenante des privilèges parlementaires autour du mandat 664

Section 2. Le régime de responsabilité de l'exécutif : un fort dissensus de la doctrine publiciste classique révélateur de courants en son sein.....673

§1. La responsabilité pénale du Président de la République dans une république parlementaire : une question doctrinale vivement discutée.....676

A. Le consensus doctrinal sur la responsabilité pénale limitée du chef de l'État dans un souci d'enracinement de la République.....677

B. Une profonde division doctrinale sur les modalités de la responsabilité pénale présidentielle ou la mise en lumière de deux écoles au sein de la science publiciste.....685

1. Un éclaircissement bienvenu de la notion mixte de « haute trahison » : entre droit pénal et droit constitutionnel.....685

2. La responsabilité du Président de la République pour les actes extérieurs à ses fonctions : deux visions doctrinales diamétralement opposées du droit constitutionnel.....690

§2. Le privilège de juridiction des ministres : une problématique hautement polémique durant la IIIème République.....695

A. Le souci de clarification de la procédure pénale lacunaire persistante en matière de responsabilité pénale des ministres.....696
1. La dispute des publicistes classiques quant à la définition de la notion de « crimes commis dans l'exercice des fonctions » : la prégnance des thèses pénaliste et constitutionnaliste.....697
2. Le désaccord doctrinal sur l'étendue de la compétence de la Chambre des députés en cas de mise en accusation d'un ministre 704
3. Une opposition doctrinale sur l'étendue de la compétence du Sénat constitué en Haute Cour de justice 708
B. L'affaire Malvy, source d'une intense controverse doctrinale témoignant des fractures profondes de la science publiciste de la IIIème République . 711
1. La thèse constitutionnaliste : la défense du pouvoir souverain du Sénat assimilé à une Cour politique.....713
2. La thèse pénaliste : le rejet du pouvoir souverain du Sénat réuni en Cour de justice dans un souci de protection de l'État de droit 716
3. Une controverse doctrinale déterminée par des facteurs endogènes et exogène complémentaires.....721

CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....728

CHAPITRE 2. UN OBJET RELATIVEMENT DÉLAISSÉ 732
AU TOURNANT DES ANNÉES 1930 SOUS L'EFFET D'UN DOUBLE FACTEUR MÉTHODOLOGIQUE ET POLITIQUE.....732
Section 1. une réflexion doctrinale modérée et plus consensuelle en matière de privilèges des pouvoirs publics durant la quatrième république.....739
§1. Les privilèges parlementaires : une problématique apaisée ravivée par l'actualité politique 740
A. Un discours relativement consensuel sur les deux volets immunitaires : une protection objective complémentaire destinée à garantir la liberté des chambres.....741
1. L'apparition inédite de critiques doctrinales contre l'existence d'un statut privilégié des parlementaires et la dénonciation de leurs abus.....745
2. Un fort consensus doctrinal sur l'utilité des deux volets immunitaires reconnus aux parlementaires pour raisons pratiques.....751
3. La conception objectiviste dominante des immunités parlementaires : l'influence de la pensée de Duguit.....755
4. La volonté doctrinale de donner un maximum d'effets aux immunités parlementaires sous réserve d'encadrement.....762
B. Le renouvellement de la problématique de l'inviolabilité parlementaire suite à l'affaire des députés malgaches : la prédominance de la représentation doctrinale pénaliste.....755
1. La querelle constitutionnelle vis-à-vis de la définition du flagrant délit et du cas particulier du « flagrant délit continu » : la prédominance de la thèse pénaliste.....762
2. Une doctrine majoritairement favorable à une appréciation passive et souple de l'Assemblée saisie d'une demande de levée d'immunité.....766
3. Un consensus doctrinal autour de la conception stricte du principe de spécialité de l'autorisation parlementaire face aux prétentions expansionnistes des chambres....768
§2. Un discours constitutionnaliste davantage pacifié en matière de protection du pouvoir exécutif lors de la Quatrième République.....773
A. La responsabilité pénale des ministres devant la Haute Cour de Justice : l'apparition nouvelle d'un certain consensus doctrinal.....775
1. La prédominance inédite de la thèse pénaliste en matière de responsabilité ministérielle devant la Haute Cour de Justice.....777
2. La justice politique comme prolongement pénal de la responsabilité politique des ministres 779
B. Le problème théorique de la responsabilité pénale du Président de la République : une réflexion doctrinale modeste et relativement apaisée durant la IVème République.....782
1. Le consensus doctrinal sur la nature républicaine de l'irresponsabilité pénale du

Président de la République dans un régime parlementaire.....783
2. La notion de « haute trahison » du Président de la République, « un assez joli problème juridique ».....785
a. L'hégémonie de la thèse constitutionnaliste sur la thèse pénaliste.....788
b. Le maintien d'une thèse intermédiaire minoritaire.....791
Section 2. les immunités constitutionnelles, la « belle endormie » de la science du droit constitutionnel (1958-1990).....794
§1. Une réflexion constitutionnelle axée principalement sur les régimes de protection du pouvoir exécutif, expression de sa prédominance dans l'architecture de la Vème République.....798
A. Le régime de responsabilité du Président gouvernant : un thème de réflexion renouvelé hautement polémique.....799
1. Une lecture doctrinale opposée de l'article 68 de la Constitution de 1958.....800
a. La dénonciation doctrinale du « paradoxe » de l'irresponsabilité présidentielle dans la Constitution de 1958: la disjonction entre le pouvoir et la responsabilité.....800
b. La reconnaissance doctrinale minoritaire d'une responsabilité politique du Président de la République devant le peuple à l'aune d'une lecture politique de l'article 68 de la Constitution.....806
2. Le délit d'offense au Président de la République : un problème doctrinal inédit fortement polémique.....810
3. Le discours doctrinal relatif à la responsabilité présidentielle pour haute trahison : entre apaisement et protestation.....817
a. Le problème « largement académique » du sens de la haute trahison : un crime *sui generis*.....819
b. La responsabilité présidentielle pour haute trahison : une procédure vivement critiquée.....822
4. L'inviolabilité présidentielle : une problématique délaissée et conflictuelle.....825
B. Une réflexion constitutionnelle restreinte fortement consensuelle en matière de responsabilité pénale des ministres : la prédominance de la vision pénaliste.....828
1. La persistance de la thèse légaliste en matière de responsabilité pénale des ministres devant la Haute Cour.....829
2. La contestation doctrinale unanime de la jurisprudence judiciaire favorable à la compétence exclusive de la Haute Cour en matière de responsabilité pénale des ministres pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions.....832
§2. Les immunités parlementaires : un champ d'étude secondaire entre tradition et rupture.....837
A. Un discours doctrinal traditionnel en proie à des remises en question...839
1. Le renouvellement de la problématique de l'irresponsabilité parlementaire sous l'influence de la jurisprudence constitutionnelle.....840
a. L'opposition doctrinale à propos du champ d'application de l'article 26 alinéa 1 de la Constitution.....841
b. La contestation doctrinale de la représentation de l'irresponsabilité parlementaire comme exception au principe général d'égalité.....847
2. La réflexion constitutionnelle relative à l'inviolabilité parlementaire : entre continuité et rupture 850
a. Une unanimité doctrinale sur les fondements de l'inviolabilité parlementaire dans le régime représentatif de la Vème République.....850
b. Le dissensus doctrinal sur la nature du mécanisme de l'inviolabilité : entre exception au droit commun et principe de droit constitutionnel.....852
B. Un discours fortement critique à l'égard de l'inviolabilité parlementaire en raison de sa dénaturation.....854
1. Le détournement abusif de la protection de l'inviolabilité de la part des parlementaires 855
2. La propension exagérée des Chambres à intervenir dans la procédure judiciaire en matière de demande de levée de l'immunité parlementaire.....858

CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....860

CONCLUSION DU TITRE 1.....863

TITRE 2. LA GÉNÉRATION DES RÉFORMATEURS : UNE RÉNOVATION DOCTRINALE FRACTURÉE AU CŒUR D'ENJEUX CONCEPTUELS NOUVEAUX (1990-2020).....867

CHAPITRE 1. LA RÉAPPROPRIATION DE L'OBJET DES IMMUNITÉS CONSTITUTIONNELLES PAR LA DOCTRINE DANS UN CONTEXTE D'AFFERMISSEMENT DE L'ETAT DE DROIT 870

Section 1. les immunités exécutives aux contours vivement discutés.....873

§1. Une doctrine très critique à l'égard de la jurisprudence de la Cour de Justice de la République dans l'affaire du sang contaminé : les prémices d'un discours réformateur.....875

A. La forte opposition des constitutionnalistes à la criminalisation de la responsabilité ministérielle et du droit constitutionnel justifiant une refonte du système.....877

1. La dénonciation du processus de criminalisation de l'action gouvernementale...878

2. La criminalisation de la science du droit et du droit constitutionnel : l'ancrage de « l'idéologie du droit commun ».....882

3. La naissance d'un discours réformateur en matière de responsabilité pénale des ministres devant la Cour de Justice de la République.....883

B. Un système « bancal » et « impraticable » : la réapparition de la justice politique.....887

§2. Les immunités présidentielles au centre des discussions des constitutionnalistes de la fin du XX ème siècle : une porte d'entrée sur les fractures scientifiques contemporaines.....890

A. Le débat doctrinal passionné sur la responsabilité pénale du chef de l'État pour ses actes privés, reflet des paradigmes méthodologiques et théoriques opposés de la doctrine contemporaine.....892

1. La thèse majoritaire du privilège de juridiction extensif fondée sur une lecture extra-textuelle de l'article 68 et le paradigme du droit politique.....893

2. La thèse minoritaire du droit commun fondée sur une lecture exégétique de l'article 68 et le paradigme de l'État de droit.....898

B. Le nouveau statut immunitaire du chef de l'État et ses extensions vivement discutés.....905

1. Une opposition doctrinale sur le sens de la notion floue de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de ses fonctions ».....907

2. Le large consensus doctrinal sur la nature sui generis de la responsabilité présidentielle devant la Haute Cour.....910

3. Les immunités du chef de l'État à l'aune de la présidentialisation de la Vè République : le renouvellement des virtualités du débat.....916

a. L'extension critiquée des immunités présidentielles à ses proches conseillers par les juges du fond : l'accroissement des poches immunitaires 916

b. La dénonciation doctrinale du pouvoir contentieux asymétrique du Président de la République.....921

Section 2. les immunités parlementaires : une réflexion doctrinale reflétant les tendances de fond de la démocratie française moderne 928

§1. L'assouplissement du régime protecteur des parlementaires par la réforme du 4 août 1995 salué par la majorité des constitutionnalistes : l'emprise de la doctrine de l'État de droit.....930

§2. La protection contre « le pouvoir judiciaire », nouveau fondement doctrinal de l'inviolabilité à nuancer.....932

A. La mise en lumière doctrinale de l'évolution inédite du fondement de l'inviolabilité parlementaire.....933

B. Un fondement fragile.....935

CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....939

CHAPITRE 2 : UN DISCOURS CONSTITUTIONNEL CONFLICTUEL EN MATIÈRE DE STATUTS DÉROGATOIRES DES POUVOIRS CONSTITUÉS : ENTRE BANALISATION ET PROTECTION DU STATUT DES POUVOIRS CONSTITUÉS.....942

Section 1. un discours réformateur majoritaire : la critique des immunités au cœur d'enjeux conceptuels nouveaux.....944

§1. Un statut pénal de l'exécutif réformé plus conforme aux canons du constitutionnalisme et de l'État de droit : la soumission au droit commun 946

A. La poussée des constitutionnalistes en faveur de la suppression de l'inviolabilité civile et pénale du chef de l'État : l'alignement sur le droit commun.....946

B. La compétence des tribunaux de droit commun pour les crimes et délits commis dans l'exercice des fonctions ministérielles : un changement de paradigme contesté.....950

§2. La remise en cause du bien-fondé de l'inviolabilité parlementaire à travers une relecture de ses paradigmes traditionnels et des garanties de la CEDH.....955

Section 2. un discours traditionaliste minoritaire : la défense des immunités constitutionnelles dans une perspective étatique et démocratique.....959

§1. Les immunités constitutionnelles conçues comme l'un des instruments de l'institutionnalisation de l'État 960

§2. Les immunités constitutionnelles comme socle démocratique aux mandats représentatifs.....963

CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....966

CONCLUSION DU TITRE 2.....969

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....973

CONCLUSION GÉNÉRALE.....975

BIBLIOGRAPHIE.....981

INDEX ONOMASTIQUE ET THEMATIQUE.....1031

TABLE DES MATIÈRES 1039