THÈSE

UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale Sciences sociales et humanité ED SSH 481

Présentée et soutenue le 27 novembre 2020
par **Djalil AHMADI**

pour obtenir le grade de Docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Spécialité : Droit public

LES DROITS FONDAMENTAUX DES RESPONSABLES POLITIQUES

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Olivier LECUCQ

MEMBRES DU JURY

Madame Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI
Directrice de recherches CNRS- Droit public – Rapporteur

Monsieur Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN
Professeur agrégé de droit public, Université de Bordeaux – Rapporteur

Monsieur Denys DE BÉCHILLON
Professeur agrégé de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour

Madame Wanda MASTOR
Professeur agrégé de droit public, Université de Toulouse- Capitole

Monsieur Olivier LECUCQ
Professeur agrégé de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur de recherche.

THÈSE

UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale Sciences sociales et humanité ED SSH 481

Présentée et soutenue le 27 novembre 2020
par **Djalil AHMADI**

pour obtenir le grade de Docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Spécialité : Droit public

LES DROITS FONDAMENTAUX DES RESPONSABLES POLITIQUES

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Olivier LECUCQ

MEMBRES DU JURY

Madame Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI
Directrice de recherches CNRS- Droit public – Rapporteur

Monsieur Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN
Professeur agrégé de droit public, Université de Bordeaux – Rapporteur

Monsieur Denys DE BÉCHILLON
Professeur agrégé de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour

Madame Wanda MASTOR
Professeur agrégé de droit public, Université de Toulouse- Capitole

Monsieur Olivier LECUCQ
Professeur agrégé de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur de recherche.

L'université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner aucune approbation ni aucune improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont vers Monsieur le Professeur Olivier LECUCQ pour la confiance qu'il m'a témoigné en acceptant de diriger cette recherche et pour les enseignements qu'il m'a prodigués. Il a su, avec patience et gentillesse, me conseiller et m'encourager durant ces six années de travail. Qu'il reçoive ici l'expression de ma profonde gratitude.

A Mesdames et Messieurs les membres du jury, votre présence est un honneur, qu'il me soit permis, en ces quelques mots, de vous exprimer tous mes remerciements.

Je tiens également à remercier l'ensemble des personnes qui ont contribué à la réalisation de cette thèse : les membres du centre de recherche de l'Institut d'études ibériques et ibérico-américaines (IE2IA) et notamment Monsieur le Professeur Hubert ALCARAZ et Madame Claude FOURNIER, le personnel administratif, particulièrement Éliane, et enfin Madame Laure Romazzotti et Madame Laure Cazalis.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.	Arrêté
aff.	affaire
AJ Collectivités Territoriales	Actualité juridique des collectivités territoriales
AJ Contrat	Actualité juridique des contrats
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ Famille	Actualité juridique du droit de la famille
art.	article
Ass.	Assemblée
Bull.	bulletin
c./	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Cons. const.	Cahier du Conseil constitutionnel
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CGCT	Code général des collectivités territoriales
ch.	chambre
CE	Conseil d'État
ch.	chambre
Circ.	Circulaire
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNRTL	Centre National de Ressources Textuelles et Linguistiques
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	commentaire
consid.	considérant
Cons. cons.	Conseil constitutionnel
CPP	Code de procédure pénale
CPI	Cour pénale internationale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Dr. adm.	Revue de droit administratif
Dr. fisc.	Revue de droit fiscal
dir.	Sous la direction de

doss.	dossier
fasc.	fascicule
HATVP	Haute Autorité pour la transparence de la vie publique
HS	Hors série
infra	ci-dessous, ci-après
JCP A	Semaine juridique Administrations et Collectivités Territoriales
JCP E	Semaine juridique Entreprises et affaires
JCP G	Semaine Juridique Édition générale
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JORF	Journal Officiel de la République Française
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
JCl.	Jurisclasseur
L.	Loi
L. const.	Loi constitutionnelle
LO	Loi organique
LPA	Les Petites affiches
NCCC	Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
NOR	norme
n°	numéro
Obs.	Observation
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
op. cit.	Ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
p.	page
préc.	précité
PUF	Presse Universitaire Française
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Règl.	Règlement
RDI	Revue de droit international
RDP	Revue de droit public
Rev. Sociétés	Revue des Sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RF fin. publ.	Revue française de finances publiques
RTDcom	Revue trimestrielle de droit communautaire
RTDeur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDF	Revue trimestrielle de droit financier
s.	suivant
supra	Plus haut, ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des Conflits
TEG	Taux effectif global

TGI	Tribunal de Grande Instance
UE	Union européenne
v.	voir
vol.	volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE – LE RESPONSABLE POLITIQUE : UN CITOYEN PARTICULIER

Chapitre 1 – L'exigence d'un degré de protection plus limité des droits et libertés

Chapitre 2 – L'exigence d'un degré de protection plus étendu des droits et libertés

DEUXIÈME PARTIE – LE RESPONSABLE POLITIQUE : UN JUSTICIABLE ATYPIQUE

Chapitre 1 – L'immunité fonctionnelle

Chapitre 2 – Le privilège juridictionnel

TROISIÈME PARTIE – LA RECHERCHE D'UNE PROTECTION EQUILIBREE DES DROITS FONDAMENTAUX DES RESPONSABLES POLITIQUES

Chapitre 1 – La protection de la fonction grâce à des critères objectifs d'évaluation

Chapitre 2 – La préservation des droits grâce à l'exercice d'un contrôle de proportionnalité

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« La vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très pénible »[1].

1. Les responsables politiques sont investis d'une mission particulière, celle de la satisfaction de l'intérêt commun. L'exercice de cette mission hors du commun, tenant à l'accomplissement du pouvoir politique, fait d'eux des personnages singuliers. En tant qu'acteurs primordiaux de la *Res publica*, leurs décisions ont des répercussions sur l'ensemble des citoyens, presque mécaniquement, la détention d'un tel pouvoir politique se répercute, d'une manière tout aussi positive que négative, sur leurs droits et libertés qui ne peuvent en rester indemnes. Comme si, à la défense de l'ordre politique et démocratique, devait nécessairement répondre la singularité de leurs droits fondamentaux.

2. L'encadrement du pouvoir politique destiné à éviter les abus et la garantie d'une protection spécifique pour exercer la fonction politique en toute indépendance exigent, en effet, tantôt une protection renforcée de certains droits, comme la liberté d'expression, car « précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple »[2], tantôt une protection plus restreinte de certains d'entre eux, comme le droit au respect de la vie privée car « il existe un droit du public à être informé, droit essentiel dans une société démocratique et qui, dans des circonstances particulières, peut même porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment lorsqu'il s'agit de personnalités politiques » [3] . Agissant dans l'intérêt des représentés, les actions des responsables politiques, qu'elles relèvent de la sphère publique ou privée, sont, de plus, livrées à l'opinion publique, ce qui accentue la complexité des droits fondamentaux bénéficiant aux titulaires de la fonction politique.

3. Suscitant un vif intérêt en faveur de l'encadrement de la vie politique [4] , la médiatisation des scandales politico-financiers dans les années 1980[5] a engendré une

[1] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre IV, Chapitre V, Tome I, Folio Essais, Gallimard, 1995, p. 137.
[2] CEDH, 7 septembre 2017, Lacroix c/ France, n°41519/12.
[3] CEDH, 16 novembre 2004, Karhuvaara et Iltalehti c./ Finlande, n° 53678/00, § 45.
[4] Voir les lois organique n°88-226 et ordinaire n°88-227 du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique.

multiplication de normes législatives restreignant fortement certains des droits et libertés des responsables politiques, au point parfois de donner à penser qu'ils seraient exclus de leur bénéfice, alors qu'individus et citoyens avant tout, ils devraient jouir en cette qualité du droit au respect de la vie privée, du droit à la présomption d'innocence, du droit à un procès équitable, du droit à la dignité, du droit à l'honneur. L'époque contemporaine les met souvent, au contraire, sur le devant de la scène d'une manière péjorative, leurs agissements étant régulièrement décriés.

4. Le malaise populaire se cristallise de deux façons. D'une part, à travers l'idée selon laquelle les responsables politiques seraient des intouchables placés au-dessus de la loi, au point qu'il existerait une justice à deux vitesses, faisant d'eux une caste de privilégiés. Vision tenace au fondement de la politique de moralisation de la vie publique alors qu'elle est pourtant, à bien des égards, contredite, entre autres exemples, par le nombre de condamnations d'élus locaux pour négligence ou imprudence[6] , par les démissions des membres du gouvernement[7], ou encore par la sévérité de plus en plus marquée des décisions de justice prises à leur encontre [8] . D'autre part, à travers la quête de légitimité des responsables politiques, souffrant du rejet, voire de la vindicte populaire et cédant souvent aux excès de l'émoi sociétal, qui aggrave le phénomène de régression de protection de leurs droits fondamentaux. Mission hors norme de responsables politiques, moralisation de la vie publique, poids de l'opinion populaire, autant de facteurs qui donnent au droit beaucoup de peine à trouver le bon équilibre entre la protection de la fonction politique et la sauvegarde des droits fondamentaux de son titulaire.

Une analyse approfondie de la protection des droits fondamentaux des responsables politiques implique d'abord de déterminer l'objet de la recherche (I), d'en préciser ensuite les enjeux (II) et d'énoncer, enfin, la méthode retenue pour traiter l'étude (III).

---

[5] Y. Mény, *La corruption de la République*, Fayard, 1992.

[6] M.-P. Prat, C. Janvier, « Les conflits d'intérêts chez les élus », *Pouvoirs*, 2013/4, n° 147, p. 53-64.

[7] N. Schuck, « Démission en cas de mise en examen : une jurisprudence politique devenue trop rigide ? », *Le Parisien*, 13 septembre 2019 : « Quant à François Hollande et Emmanuel Macron, chantres d'une République "exemplaire" et "irréprochable", ils ont poussé le curseur encore plus loin : le socialiste Bruno Le Roux, comme les centristes François Bayrou, Sylvie Goulard et Marielle de Sarnez après lui, ont quitté leurs fauteuils après la simple ouverture d'une enquête judiciaire, sans mise en examen. Plus sévère encore, François de Rugy est parti sur la foi d'enquêtes de presse ».

[8] O. Dufour, « Affaire Fillon : une lourde condamnation pour l'exemple », *Actu-juridique*, *Lextenso*, 30 juin 2020.

I – L'objet de la recherche

La détermination de l'objet de la recherche conduit à définir les termes du sujet, à savoir la notion de droits fondamentaux (A), et celle de responsables politiques (B), avant, à nouveau, de souligner que ces derniers en sont des titulaires particuliers (C).

A – La notion de droits fondamentaux

5. Quoiqu'aujourd'hui très connue, le détour par la notion de droits fondamentaux s'impose évidemment en ouverture de cette étude.

6. En France, l'apparition de la notion de droits fondamentaux est récente, comme en témoigne les propos du professeur Jean Rivero tenus lors d'un colloque consacré à ce thème à Aix-en Provence en 1981 : « au temps, lointaines peut–être, mais enfin pas encore préhistoriques, où je faisais mes études de droit, personne ne m'a jamais parlé de droits fondamentaux »[9]. Cette notion est postérieure à celles des droits de l'homme[10] et des libertés publiques[11].

---

[9] J. Rivero, *Rapport de synthèse, in Cours constitutionnelles et droits fondamentaux,* Actes du II colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21 février 1981, PUAM Economica, 1982, p. 515.

[10] Les droits fondamentaux se constituent de valeurs et principes généraux insufflés par les droits de l'homme qui en sont les prémisses. Il s'agit de « l'aboutissement d'une évolution inscrite dans l'histoire de la philosophie, dans laquelle ils puisent en premier lieu leurs racines. Mais ils sont aussi une conquête et le résultat d'un processus politique historique » (L. Favoreu, P. Gaîa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Pena, O, Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, 7ème éd., Dalloz, 2015, p.5). Néanmoins, de nombreux courants ont remis en cause cette notion. Ces critiques ont émergés vers la fin du XVIIIème siècle se montrant hostiles à l'esprit révolutionnaire de 1789 en France. Ainsi, Burke reproche à ce concept, notamment inscrit dans la DDHC de 1789, son caractère abstrait (Cité par L. Favoreu, *Op. cit.*,p.6). De même, Maistre rejette cette idée abstraite et la conception individualiste des droits de l'homme contre la société, pour lui les devoirs de l'Homme envers Dieu prévalent. Plus tard, Maurras s'inscrit dans cette tendance consistant à critiquer la « démocratie majoritaire qui ne serait que la tyrannie d'une minorité dominante et agissante »[10]. Il prône alors la prédominance de la monarchie non parlementaire et décentralisée. Karl Marx conteste, lui aussi, la vision individualiste de ces droits. Pour lui, il s'agirait d'un instrument permettant à la bourgeoisie d'affirmer sa domination sur le prolétariat. Pour Mounier, cette conception relève du capitalisme et de l'émergence de la bourgeoisie qui tendent à l'avilissement de l'esprit. Mais aussi, Nietzsche, qui plaide pour l'épanouissement de l'individu, réfute les entraves morales et la démocratie libérale représentative qui leurs seraient imposés. De plus, l'efficacité des droits de l'homme a été sujette à des critiques car cette notion ne serait pas homogène, culturellement et idéologiquement marquée ce qui pourrait entraîner des contestations parallèles. Ces droits universels et s'imposant à tous ne seraient, avant tout, qu'une « idée » (L. Favoreu, *Op. cit.,* p.5). Cette fragilité semble être une faille dont découlerait des interrogations sur leurs fondements, leur champ d'application et leur contenu, mais aussi, par voie de conséquence, des questions sur leur effectivité. Cependant, la notion de droits de l'homme a trouvé un point d'ancrage dans l'ordre juridique grâce à la consécration des libertés publiques.

[11] La judiciarisation des droits de l'homme s'est produite par la consécration des libertés publiques. « Le terme de « libertés publiques » (…) désigne une forme de consécration des droits de l'homme. (…) L'expression a été employée dans des textes, y compris constitutionnels (cf. art. 25 de la Constitution du 14 janvier 1852 ; art. 34 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958). » Il s'agirait de libertés protégées par la loi. En effet, une série de lois les consacrent, par exemple la « loi Le Chapelier » de juin 1790 protégeant la liberté de commerce et d'industrie, ou la « loi Falloux garantissant la liberté

7. D'origine allemande[12], cette notion a irrigué, après la seconde guerre mondiale, la majorité des constitutions des pays européens[13] aussi bien que les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme[14]. Jusqu'aux années 1970, la notion de droits fondamentaux était très peu utilisée en France[15], la Constitution du 4 octobre 1958 n'y fait d'ailleurs pas référence. Il s'agit d'une notion doctrinale[16] systématisée et développée en France par l'école aixoise[17]. Elle va progressivement intégrer l'ordre juridique français, à mesure que le juge constitutionnel[18] et le législateur[19] y feront expressément référence.

Cependant, la doctrine ne partage pas une vision analogue de cette notion. Si elle reçoit un écho positif par certains[20], elle se heurte à l'opposition d'autres[21]. Même ceux qui la

---

d'enseignement. Sous la IIIème République, ces lois consacrant des libertés publiques ont connu un développement considérable. A ce titre, on peut citer les lois de juin et de juillet 1881 sur la liberté de réunion et de la presse, la loi de 1884 concernant la liberté syndicale et la loi de 1901 relative à la liberté d'association. Ainsi, les libertés publiques sont « la contribution à la garantie des droits du modèle républicain à la fin du XIXe siècle » (O. Dord, « Libertés publiques ou droits fondamentaux? », in *Les libertés publiques*, La Documentation française, 2000, p. 12). Elles sont prévues et protégées par la loi. Néanmoins, l'avènement de la seconde guerre mondiale, notamment sous le régime de Vichy, a remis en cause le légicentrisme qui a conduit à l'affaiblissement de cette notion. Le regain pour celle-ci a eu lieu après la guerre, la protection des libertés s'est intensifiée et a permis l'émergence des droits fondamentaux.

[12] La notion de droits fondamentaux a été formulée dans la section VI de la Constitution allemande du 28 mars 1849.

[13] La Loi fondamentale du 23 mai 1949 consacre ses 19 premiers articles aux droits fondamentaux ; la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 et la Constitution portugaise du 2 avril 1976 y font également référence.

[14] Le préambule de la Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945, l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 1er décembre 1966, le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 y font également référence.

[15] J. Rivero, *Rapport de synthèse, op. cit*., p. 517.

[16] Expression employée pour la première fois par M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA », in *Recueil d'études* en hommage à C. Eisenmann, Cujas, 1975, p. 49-64, cité par E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n°6, 1998 : « elle permettait de comparer les droits positifs de plusieurs systèmes juridiques, au sein desquels la notion pouvait déjà présenter une grande importance, en particulier, en Allemagne, évidemment ».

[17] L. Burgorgue-Larsen, « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental. L'influence du droit européen sur les catégories du droit public », *D.*, 2010, p.389.

[18] La première utilisation apparaît dans la décision du 16 janv. 1982 sur les nationalisations (3) qui affirma « le caractère fondamental du droit de la propriété ». Décis. n° 81-132 DC, 16 janv. 1982, cons. 13 à 20, Rec. Cons. const., p. 18.

[19] A l'occasion de l'adoption de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs. L'article 1er de cette loi dispose que « le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent ».

[20] L. Richer écrit à ce propos que « Ancrées dans une conception citoyenne des droits de l'homme, les libertés publiques sont liées à la Constitution et axées sur la protection de la liberté individuelle et la participation politique. Les droits de l'homme de la deuxième et de la troisième "génération" entrent difficilement dans ce cadre, alors qu'ils ne sont pas de deuxième ou troisième importance. Avec la notion de droits fondamentaux, l'unité de la matière est restaurée, les clivages sont dépassés. La catégorie des droits fondamentaux est apte à intégrer toutes les générations de droits et libertés, elle dépasse les séparations entre disciplines, elle a une vocation universelle. On ne peut donc que se féliciter de voir acclimatée dans la doctrine française cette notion venue d'Allemagne », « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA*, 1998, p. 1 ; de même, M. Delmas-marty et C. Lucas de Lessac soulignent l'importance de cette notion, « la loi n'a plus tous les droits. Après une période de presque deux siècles de souveraineté absolue de la loi, l'émergence des libertés et droits fondamentaux comme catégorie juridique nouvelle est la marque d'une véritable mutation qui accompagne, par vagues successives, les changements politiques survenus depuis la Seconde Guerre mondiale », M. Delmas-marty et C. Lucas de Lessac, *Liberté et droits fondamentaux*, éd. Seuil, coll. Point d'essais, 2002.

[21] Certains réfutent son existence comme Patrick Wachsmann, (P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 5ème éd., Dalloz, coll. Cours, 2005, p.676), ou encore comme Claude-Albert Colliard et Roseline Letteron qui ont préféré sauvegarder l'intitulé classique de « Libertés publiques » pour leur manuel (C.-A. Colliard, R. Letteron, *Libertés publiques*, 8ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, p.569) ; Voir également, C. Leclercq, *Libertés publiques*, 5ème éd., Litec, coll. Manuels, 2003, p. 363. Ainsi, P. Wachsmann estime qu'il est très prématuré de parler de droits fondamentaux. Selon lui, la doctrine n'a pas pris la mesure des bouleversements qu'implique une authentique réception de la notion de droit fondamental comme elle peut exister en

reconnaissent n'en donnent pas la même signification. Deux thèses principales s'affrontent : la conception substantielle (a) et la conception formelle (b).

a) La conception substantielle

8. La conception substantielle est principalement représentée par le professeur Étienne Picard qui considère les droits fondamentaux comme des « droits assez essentiels pour fonder et déterminer, plus ou moins directement, les grandes structures de l'ordre juridique tout entier en ses catégories, dans lequel et par lesquelles ils cherchent à se donner ainsi les moyens multiples de leurs garanties et de leur réalisation »[22] . Selon cette vision, le critère pour reconnaître la fondamentalité est la substance même du droit. L'importance de cette substance nécessite dès lors une protection spécifique. Cette conception se justifie principalement par trois caractéristiques. La première est *le caractère hors-norme des droits fondamentaux.* Pour l'auteur, les droits fondamentaux trouvent leur source dans l'intégralité de la structure normative. Ainsi, aucune norme n'en a le monopole ni ne les contient ou ne les détermine entièrement. La deuxième est *le caractère relatif des droits fondamentaux.* Ces droits peuvent être considérés comme fondamentaux dans certaines situations, mais pas dans toutes. La troisième est *le caractère autonome des droits fondamentaux.* La catégorie des droits fondamentaux est juridiquement autonome en ce que la fondamentalité ne se fonde que sur elle-même. Se trouvant ainsi au fondement du droit, les droits fondamentaux apparaissent eux-mêmes, en leur principe, nécessairement fondateur.

b) La conception formelle

9. La conception formelle, promue en France par l'école aixoise, repose sur une fondamentalité déterminée par la hiérarchie normative. Elle identifie les droits fondamentaux suivant divers paramètres, mais ne prend pas en considération le contenu du droit. Deux critères sont alors retenus. Le premier est celui des garanties : les droits fondamentaux impliquent une protection d'une nature supérieure, c'est-à-dire contre les autorités législatives

---

Allemagne. D'ailleurs il critique tant la conception substantielle que la conception formelle de la notion des droits fondamentaux. Pour lui, les conceptions formelle ou substantielle sont contestables. Il reproche à la première de ne pas distinguer les droits des libertés, d'être à l'origine de la dépréciation du contrôle de conventionalité, au fait que certains droits ne sont pas forcément reconnus uniquement au niveau supra-législatif, ils peuvent l'être dans la loi. En ce qui concerne la seconde conception, si la base de cette doctrine est la fondamentalité matérielle, cette dernière pose une difficulté : en effet, si on se réfère au contenu du droit, mais aussi à sa relativité dans certaines situations, le droit fondamental n'est alors pas si protecteur. Il n'y a pas de conséquences identifiables et *a priori* prévisibles aux droits fondamentaux. Selon cette vision les droits fondamentaux peuvent perdre, entre autres, son effectivité.

[22] E. Picard, *Op. cit*.

et règlementaires [23] , et contre les particuliers [24] . Selon cette conception, les droits fondamentaux ne servent pas seulement de fondement en cas de violation verticale du fait de l'Etat, mais ils sont aussi efficients dans les rapports horizontaux, à savoir les relations entre particuliers[25]. Le second est celui des sources : les droits fondamentaux seraient des droits protégés par les instruments normatifs constitutionnels et internationaux. Ainsi, ils sont consacrés dans une norme de valeur supralégislative qui les protège des majorités politiques.

10. Dans le cadre de la présente étude, la conception formelle de la notion de droits fondamentaux sera retenue pour une raison pratique liée à leur identification objective grâce à la Constitution ou aux textes internationaux. D'ailleurs, dans une démarche comparatiste, seule la conception formelle permet « d'identifier les droits fondamentaux dans des contextes juridiques, notamment constitutionnels, différents »[26]. Alors que l'approche matérielle s'avère inappropriée, et en tout état de cause vouée à l'échec, tant est vaine, en raison de l'absence de critère objectif d'identification, « l'entreprise qui consisterait à établir la notion à partir de l'inventaire des droits qualifiés de droits fondamentaux dans différents pays »[27].

B – La notion de responsable politique

11. L'étude entreprise recommande d'écarter l'emploi de la notion d'« Homme politique » au profit de celle de « responsable politique ». L'utilisation linguistique du terme « Homme » suscite un rejet largement partagé en raison de son caractère sexiste et inégalitaire. L'expression « droits de l'Homme » constituant du reste une exception française. Dans la plupart des pays francophones, en Suisse ou au Canada par exemple, l'expression « droits humains » s'est en effet imposée, comme dans les pays anglo-saxons avec la formulation de « human rights », ou en Espagne avec « derechos humanos », en Allemagne avec « menschenrechte » et en Italie avec « diritti umani »[28]. D'ailleurs, le 20 juin 2018, un amendement constitutionnel proposait de remplacer au premier alinéa du Préambule de la Constitution les mots « de l'Homme » par « humains »[29]. Selon l'exposé sommaire de cet

[23] Voir E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 750.
[24] D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse dactylographiée, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2005, p. 46.
[25] *Ibidem.*
[26] *Ibidem*, p. 50.
[27] *Ibidem*, p. 49.
[28] « Sexistes, les droits de l'Homme ? », *Le Parisien*, 21 mai 2015.
[29] Assemblée nationale, 20 juin 2018, Amendement n° CL409.

amendement, « issu de la recommandation n° 5 de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, cet amendement vise à remplacer l'expression "Droits de l'Homme" qui invisibilise les femmes par l'expression "Droits humains". Plus inclusive, cette formulation permet d'éviter toute confusion, notamment à l'oral où la différence entre le mot "homme" et le mot "Homme" n'est pas audible. L'emploi des termes "Droits humains" montre clairement que ces droits universels sont bien ceux de l'ensemble de l'humanité ». Finalement rejetée, cette proposition illustre tout de même le caractère controversé de la notion[30]. En conséquence de quoi, il importe de privilégier les termes « responsables politiques » dans les analyses qui vont suivre. Pour en définir le contenu et les contours, un détour par la notion d'« Homme politique » s'avère néanmoins nécessaire.

12. Le *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques* y fait en effet référence et le définit comme « le personnel politique (qui) constitue une élite spécifique en charge du pouvoir politique ; si l'on s'en tient ici au personnel politique national, il se compose des ministres, des députés ou encore, des sénateurs détenteurs, les uns et les autres, le plus souvent de mandats électifs locaux »[31]. Ce premier élément définitionnel n'est cependant pas satisfaisant dans la mesure où il ne détermine pas un critère précis permettant de qualifier le responsable politique en tant que tel. De plus, sans précision supplémentaire, la notion « d'élite spécifique » ne saurait caractériser la particularité de la catégorie des personnes qui peuvent la constituer.

13. Le *Dictionnaire de science politique* fait, quant à lui, également référence à la notion d'homme politique et précise que ce dernier est un politicien ou un acteur politique, faisant « de la politique pour défendre un idéal collectif »[32]. Faute, là encore, de circonscrire suffisamment les personnes considérées, par référence à une notion beaucoup trop abstraite, il importe de s'employer à dégager plusieurs critères supplémentaires, utiles à l'identification des responsables politiques.

14. **Le critère de l'acte politique**. Si l'on assimile le responsable politique à un politicien, ce dernier peut être aussi considéré comme « une personne qui accomplit, en professionnel,

[30] C.-A. Chassin, « Droits de l'Homme vs Droits humains », *Point de vue*, Institut international des droits de l'Homme et de la paix, n°2, disponible sur le site : https://www.2idhp.eu.
[31] G. Hermet, B. Badie, P. Birnbaum et Ph. Braud, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 8ème éd., Arman Colin, 2015, p. 212.
[32] M. Lakehal, *Dictionnaire de science politique*, 4ème éd., L'Harmattan, Paris, 2009, p. 22.

des actes politiques courants, quotidiens, occasionnels et solennels »[33]. Un acte politique est cependant difficile à identifier tant il est vrai que la détermination de la nature politique d'une activité souffre de la flexibilité de son objet qui peut varier selon les circonstances et le temps. Comme il en va du reste de la science politique elle-même dont le champ suscite lui aussi régulièrement la controverse car « pas plus que la "politique" n'a de contenu universel, la "science politique" n'a d'objet intrinsèque – quoique les définitions les plus canoniques de la discipline entendent la cantonner aux questions institutionnelles (les régimes politiques) et électorales (les analyses du vote). On imagine bien dans ces conditions que les bouleversements du monde – la fin de la guerre froide, la chute du mur de Berlin, le 11 septembre 2001 ou la globalisation, retentissent sur la définition des "objets" de la science politique. Un "problème" ne devient en effet "politique" qu'à partir du moment où des groupes parviennent à le désigner et à le faire désigner comme tel »[34]. Par exemple, l'organisation d'une activité sportive n'est pas de nature politique et, pourtant, elle peut renfermer une dimension politique. Tel était le cas des Jeux olympiques de Sotchi en 2014 où certains pays avaient refusé d'envoyer leurs représentants, en raison de la position de la Russie sur la question des droits de l'homme. Ainsi, l'événement et les actes qui en découlent revêtent ici un caractère politique alors que, dans d'autres occasions, il perdrait ce caractère. Le critère fondé sur « l'acte politique » se révèle, en conséquence, fragile eu égard à son indétermination.

15. Le critère de la notion de profession. Tout comme le critère de l'acte politique, le recours à la profession comme critère d'identification du responsable politique n'est pas convaincant car, « s'il y a en toute logique un processus de professionnalisation à la politique –un apprentissage de savoirs et de savoir-faire spécifiques, une spécialisation, un style et un rythme de vie– tout ceci n'implique pas pour autant qu'il existe un seul type de carrière politique, ni une seule filière d'entrée en politique ». Comme le notait Max Weber, il existe en réalité plusieurs « façons de faire de la politique ». Tous les responsables politiques ne font pas forcément *carrière* en politique. La politique peut être pratiquée de manière occasionnelle comme, par exemple, lorsqu'un haut fonctionnaire exerce temporairement dans un cabinet ministériel. Elle peut faire l'objet d'une activité *secondaire*, comme il en va de nombreux élus locaux qui ne vivent pas exclusivement *pour* et *de la* politique. La politique peut à l'inverse être une véritable *profession*. C'est le cas de nombreux ministres et parlementaires. La façon

[33] *Ibidem*, p. 304.

[34] A. Cohen, B. Lacroix et P. Riutort, *Nouvel manuel de science politique*, éd. La découverte, coll. Grands repères, Paris, 2009, p.16.

de pratiquer l'activité politique varie de plus en fonction des postes politiques occupés. Il existe une pluralité de postes qui ne demandent pas le même investissement ni ne sont équivalents entre eux. « Cette hiérarchie tient essentiellement à l'importance et à l'étendue des prérogatives qui se rattachent à chaque poste, et donc à leur prestige social : plus les prérogatives qu'offre une position sont nombreuses, plus cette position sera haute dans la hiérarchie des positions de pouvoir politique ; plus la portion de territoire sur lequel s'étend ces prérogatives est grande, et plus la position sera prestigieuse »[35].

16. Le critère de l'élection. *A priori*, la prise en compte de l'élection peut sembler intéressante en tant que critère d'identification du responsable politique puisque, toujours selon Max Weber, le responsable politique est un « politicien professionnel comme avatar du suffrage universel »[36]. Ce critère permet de reconnaître un certain nombre de personnes politiques en tant qu'elles contribuent à l'organisation de la vie de la nation en vertu de leur désignation par le peuple. Ainsi, l'on peut, sans difficulté particulière, distinguer comme responsables politiques, au niveau national, le Président de la République, les membres du Parlement, c'est-à-dire les députés et les sénateurs, et les députés européens, et, au niveau local, les maires, les conseillers municipaux, les conseils départementaux et les conseillers régionaux. Quoique digne d'intérêt, la prise en considération des élections comme unique fil conducteur d'identification d'un responsable politique n'est toutefois pas complètement dénuée d'inconvénients car ce critère exclut la reconnaissance de certaines catégories de personnes qui sont incontestablement des responsables politiques de premier plan sans avoir pour autant été élus au préalable. Tel est le cas exemplaire des membres du gouvernement qui ne sont pas désignés par des élections mais qui sont nommés, tout en disposant du pouvoir d'organisation de la vie de la société qui leur est reconnu par la Constitution, notamment dans son article 20.

17. Le critère de l'appartenance à un parti politique. L'article 4 de la Constitution dispose : « les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage ». La reconnaissance de cette liberté constitutionnelle permet de passer de la phase de conquête à la phase ultime, c'est-à-dire l'acquisition du pouvoir. Dans le cadre de cette analyse, la distinction entre l'exercice réel du pouvoir et l'esprit de la conquête de ce dernier s'impose dans la mesure où les membres des partis politiques, à qui la Constitution ne reconnaît pas de fonction officielle, ne peuvent êtres considérés comme des responsables politiques. En

[35] *Ibidem*, p. 339.
[36] A. Smith et C. Sorbet, *Le leadership politique et le territoire*, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 76.

d'autres termes, le responsable politique est celui qui occupe une fonction politique, non celui qui aspire à l'occuper. Dès lors, seront considérés comme responsables politiques ceux occupant une fonction officielle soit à la suite d'une élection soit à la suite d'une nomination. Ce qui conduit à exclure de l'étude les personnes qui interviennent sur la scène politique au sens large, comme les membres des partis politiques qui ne sont pas en poste officiel. La distinction entre « les candidats à une fonction publique » et « ceux qui exercent une telle fonction »[37] permet d'identifier, d'un point de vue organique, les responsables politiques au sens strict, c'est-à-dire ceux investis légalement d'un pouvoir décisionnel.

18. La pertinence du critère de l'initiative de pouvoir décisionnel reconnue par la Constitution. La politique étant conçue comme l'art de gouverner la cité, on peut sans doute estimer, avec la majorité des sociologues, que la politique est tout ce qui a trait à l'exercice du pouvoir[38] . Partant de cette vaste acception, l'existence légale d'un pouvoir d'initiative décisionnelle en vue d'organiser la société est sans doute le critère le plus propice à l'identification du responsable politique. Sachant que le pouvoir d'initiative décisionnelle est organisé par la Constitution qui détermine la répartition des pouvoirs et les personnes qui en sont investies.

19. Le critère du pouvoir décisionnel présente également un avantage sous l'angle du droit comparé. Comme les Constitutions mentionnent généralement les titulaires du pouvoir décisionnel, ils sont plus aisément et objectivement identifiables. Ce critère peut être transposable dans différents régimes politiques, quelle que soit leur nature, régime parlementaire, présidentiel ou mixte, et utilisé indépendamment du mode d'organisation territoriale, d'un État fédéral ou centralisé.

20. Par responsable politique, on entendra en définitive celui à qui la Constitution reconnaît une prérogative singulière, à savoir le pouvoir d'initiative décisionnelle dans des domaines qu'elle détermine. En France, la Constitution traite l'organisation des pouvoirs et, de ce fait, mentionne les responsables politiques. A sa lecture, peuvent être identifiés clairement comme responsables politiques le Président de la République, les ministres, les

[37] P. Kayser, *La protection de la vie privée par le droit*, 3ème éd., Economica, PUAM, 1995, n°153.

[38] Le terme « politique » trouve son origine dans le mot « Polis » qui, en grec, signifie la cité. Ce terme est assez ambigu car il revêt des sens différents. De plus, c'est un mot « androgyne » puisqu'il s'utilise au masculin et au féminin. Le «politique » définit l'idée d'un ordre indispensable qui permet aux hommes de vivre ensemble. La «politique » désigne quant à elle une activité spécialisée, caractérisée par l'affrontement d'idées. En outre, elle correspond à la « pratique du pouvoir à tous les niveaux de responsabilité. Toute institution, tout responsable, est doté d'un ou plusieurs domaines de compétence qui exigent de sa part, une gestion, une prévision, une anticipation, bref une action permanente appuyée sur des mesures appropriées en vue d'atteindre un objectif déterminé à l'avance, dans un délai raisonnable » (M. Lakehal, *Op. cit.*, p. 22).

députés, les sénateurs, les députés européens et les élus des collectivités territoriales[39]. Les autres critères à l'étude ayant un caractère supplétif, leur utilité consistant à déterminer comment s'est opérée l'accession à la fonction.

C – Les responsables politiques : titulaires particuliers des droits fondamentaux

21. De prime abord, puisque les droits fondamentaux « visent une universalité[40] », les responsables politiques et les autres citoyens en seraient des destinataires analogues. Les textes constitutionnels ou conventionnels relatifs aux droits fondamentaux n'excluent du reste personne de leur jouissance. Les références expresses à des notions comme « les hommes »[41], « tous les êtres humains »[42], « nul ne peut être »[43], « chacun »[44] ou « toute personne »[45] illustrent, en effet, leur portée universelle. L'abstraction et l'universalité des formules n'empêchent pas la possibilité de limiter l'exercice de ces droits et libertés[46], pour tenir

[39] Une autre manière d'identifier ces responsables serait de se référer à l'obligation qui leur incombe de déclarer leur situation patrimoniale et d'intérêts en vertu des lois ordinaire n° 2013-907 et organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Ces responsables, comme le Président de la République, les membres du gouvernement, les parlementaires nationaux et européens et les principaux élus locaux, doivent en effet déclarer leur situation patrimoniale et d'intérêts auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Mais l'utilisation de ce critère s'avère finalement inadéquate et parcellaire car cette obligation, concernant les élus locaux, n'incombe qu'aux principaux, n'incluant pas les élus des petites communes qui en sont dispensés alors qu'ils sont pourtant titulaire d'un pouvoir décisionnel.

[40] L. Favoreu, P. Gaîa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Pena, O, Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, *Op. cit.,* p. 93.

[41] L'article 1er de la DDHC dispose que « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

[42] L'article 1er de la DUDH indique que « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ».

[43] Les articles 3, 4 et 7de la CEDH font expressément référence à ces termes tout comme les articles 2 et 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[44] L'article 2 de la DUDH précise que « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté ». Voir également son article 6.

[45] Voir les articles 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 de la CEDH, et les articles 10, 8, 11, 13, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 de la DUDH, mais aussi les articles 2, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 17, 20, 29, 34, 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[46] Aucun droit ou aucune liberté ne s'exerce de manière absolue, à l'exception de la dignité de la personne humaine qui ne peut faire l'objet de limitation. A cet égard, l'article 2 de la CEDH, intitulé le droit à la vie, illustre bien cette acception. Son alinéa 1er qui consacre ce droit, prévoit aussi ses limites. Il précise que « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». Son alinéa 2 dispose également que « la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire », c'est-à-dire « pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale », « pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue », ou « pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ». Il en va de même de l'article 34 de la Constitution qui reconnaît la compétence du législateur pour fixer des limites à l'exercice des droits et libertés. Dès lors, les limitations apportées aux droits fondamentaux s'inscrivent dans un objectif de cohérence conditionnant l'existence même de ces droits.

compte d'un intérêt légitime antinomique, comme la préservation des droits et libertés d'autrui, l'ordre public ou, plus largement, l'intérêt général.

22. Par ailleurs, malgré l'admission des atteintes aux droits fondamentaux, la conception universaliste est confrontée à la question de la prise en compte des spécificités de certains statuts comme les fonctionnaires, les détenus, les majeurs protégés, les enfants. De la même manière, le statut des responsables politiques a motivé une protection différenciée des droits fondamentaux.

23. **La singularité de la fonction politique**. Ainsi qu'il a été évoqué en ouverture de cette recherche, le mandat politique confère à son détenteur le pouvoir politique dont il doit user en vue de satisfaire l'intérêt général. Ce dernier représente la volonté du peuple en menant ses actions conformément aux attentes des citoyens. L'organisation de la vie en société impose aux responsables politiques le devoir de définir et de défendre les intérêts communs. Pour y parvenir, l'initiative du choix politique et les moyens de sa réalisation leur sont reconnus.

24. La particularité de la fonction politique, caractérisée par l'exercice du pouvoir politique, nécessite, en contrechamp, un régime spécifique de certains des droits et libertés de son titulaire. Protéger les intérêts des représentés a en effet pour conséquence soit un degré de protection plus important, soit un degré de protection moins étendu, voire l'exclusion de certains droits fondamentaux du responsable politique en raison des devoirs particuliers lui incombant.

25. **L'exemplarité, l'équité, la probité, la vertu.** De tout temps, l'encadrement du pouvoir politique a fait l'objet de réflexions philosophiques. A ce propos, Montesquieu relevait que : « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser »[47], alors que, selon Alain, « l'abus du pouvoir est un fruit naturel du pouvoir »[48].

26. La prise en considération de l'exemplarité, de l'équité, de la probité et de la vertu est considérée comme indispensable au bon fonctionnement démocratique d'une société. A titre d'illustration, l'article 15 de la DDHC déclare que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». C'est dans le même ordre d'idées que le 4 vendémiaire an IV (26 septembre 1795), la Convention adopte un décret qui instaure la déclaration de patrimoine des détenteurs du pouvoir politique en disposant que « chaque

[47] Montesquieu, *Op. cit.*, 1995, p.326.
[48] Alain, *Politique*, PUF, 1952, p.7.

représentant du peuple sera tenu, dans le délai d'une décade, et dans celui de deux décades pour ceux qui sont négociants ou marchands, de déposer au comité des décrets la déclaration, écrite et signée par chaque déclarant, de la fortune qu'il avait au commencement de la Révolution et de celle qu'il possède actuellement ; que cette déclaration sera imprimée et envoyée à toutes les communes, pour y être publiée, affichée, et soumise à la censure publique »[49].

27. De même, les récents dispositifs relatifs à la lutte contre le conflit d'intérêts et le renforcement des incompatibilités ont été instaurés en vue de satisfaire au mieux les devoirs d'exemplarité, d'équité et de la probité des responsables politiques dans le cadre de la moralisation de la vie politique, générant ainsi des mesures restrictives à l'encontre de certains droits et libertés tels que le droit au respect de la vie privée, la liberté de travailler et d'entreprendre.

28. Le devoir d'exemplarité, d'équité et de probité a, en outre, conduit à l'instauration de mesures répressives spécifiques permettant de contrôler et de prévenir les abus de pouvoir[50]. Le Code pénal dans ses articles L. 432-1 et suivants prévoit également des infractions supplémentaires pour de telles atteintes et le statut de responsable politique peut constituer une circonstance aggravante conduisant au prononcé d'une sanction plus sévère[51].

29. L'indépendance et la continuité de la fonction. La poursuite de l'intérêt général implique, à l'inverse, que les responsable politiques puissent exercer leur fonction en toute indépendance et que l'exercice de la fonction ne soit pas entravé par des actions abusives.

30. La continuité de la mission d'intérêt général serait compromise si les titulaires des fonctions politiques devaient être « à chaque instant obligé(s) d'abandonner (leur) service

[49] Bulletin des lois de la République française, vol. 6, n° 1132, cité par Ph. Bourdin, « Démocratie tronquée, Convention transparente. Les Deux Tiers au crible des déclarations individuelles d'état-civil et de patrimoine », *Annales historiques de la Révolution française*, 2015/3, n° 381, p. 155 à 187 ; voir aussi C-E. Sénac, « Données personnelles et transparence de la vie publique », *RDLF*, 2018, chron. n°19.

[50] Voir *infra* Partie III.

[51] Voir l'article 441-2 du Code pénal qui dispose que : « Le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.
L'usage du faux mentionné à l'alinéa précédent est puni des mêmes peines.
Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis :
1° Soit par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ;
2° Soit de manière habituelle ;
3° Soit dans le dessein de faciliter la commission d'un crime ou de procurer l'impunité à son auteur ». Le fait d'être un responsable politique est circonstance aggravante.

pour venir, devant les tribunaux, se défendre contre des plaintes bien ou mal fondées »[52] concernant leurs actions politiques. Pour sauvegarder l'ordre établi et entreprendre les réformes nécessaires à la vie en société, les titulaires de certaines fonctions politiques, d'une sensibilité particulière, doivent bénéficier d'une protection spécifique. Les immunités fonctionnelles et le privilège de juridiction ont été établis en vue de préserver leur indépendance et le fonctionnement normal de l'exercice de leur fonction[53]. Aussi, leur nécessaire instauration ont pour effet d'influer sur le contenu de certains droits et libertés comme le droit au procès équitable[54] . Et il faut voir dans cette faveur concédée aux responsables politiques une condition indispensable à la prospérité de la société, qui conduit à ne pas regarder les immunités fonctionnelles comme des privilèges personnels mais comme un moyen de garantir l'intérêt commun.

31. Mais cette mesure de protection doit dans tous les cas demeurer proportionnée aux objectifs poursuivis – indépendance et continuité de la fonction – afin d'éviter de devenir contre-productive, ni se traduire par une impunité des responsables politiques qui sont tenus de rendre compte de leurs actions. En d'autres termes, elle ne saurait avoir pour effet de les soustraire de leur responsabilité, car si tel était le cas, comme le soulignait Montesquieu, « les agents du pouvoir ne feraient jamais de lois que pour eux-mêmes, et n'en exécuteraient jamais contre eux »[55]. C'est la raison pour laquelle la protection de l'intérêt général exige de limiter ces immunités. « Il est indispensable de ménager aux citoyens une protection contre les abus d'autorité possibles, un asile contre les violences, une sauvegarde contre l'arbitraire. Le premier de tous les intérêts sociaux, le plus urgent de tous les besoins, c'est que ceux qui ont en main la force publique pour défendre le droit et protéger la liberté individuelle, ne s'en

[52] Répertoire méthodique Dalloz, Tome 32, p. 287.

[53] Cette nécessité est née d'un contexte historique en réaction à l'Ancien régime, dans lequel, le seul dépositaire du pouvoir, était le Roi. En effet, durant plusieurs siècles de monarchie, disposant à la fois des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, les rois contrôlent tous les pans de la vie sociétale notamment depuis l'acquisition du trône par Louis XIV qui a dépossédé la noblesse de ses pouvoirs, favorisant l'avènement de la monarchie absolue. La Révolution de 1789 a complétement bouleversé la conception de l'organisation du pouvoir. Est ainsi apparue la logique de la division des pouvoirs implantée par les idées de Locke et Montesquieu théorisant la séparation des pouvoirs. De la sorte, un seul homme ne peut gouverner au nom de tous les citoyens. Cette théorie a été consacrée par les rédacteurs de la DDHC de 1789 qui l'intègrent dans son article 16, « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». C'est ainsi que l'avènement de l'immunité parlementaire, dès la Révolution, ayant pour finalité de préserver l'indépendance de ces derniers face au pouvoir exécutif ou à l'autorité judicaire, a atténué le risque pénal en raison de leur vote.

[54] Il s'agira du droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial, dans le cas où ils bénéficieraient du privilège de juridiction, ou de l'application du principe de légalité des délit et des peines.

[55] Montesquieu, *Op. cit,* p.99.

servent pour les opprimer. L'exercice du pouvoir a ses tentations, ses entraînements, ses excès : il y a un frein. Ce frein, c'est la justice»[56].

II – Les intérêts de la recherche

32. La protection des droits et libertés des responsables politiques se retrouvent au confluent de l'impératif de l'intérêt général, et de la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne humaine. Ces interactions entre personne et fonction présentent plusieurs intérêts.

33. Le premier se rattache aux fondements même de l'État de droit qui doit assurer le compromis entre la protection de la fonction politique et la préservation des droits fondamentaux de son titulaire, puisque, incontestablement, l'adaptation des droits fondamentaux conditionne la survie du pacte social entre les représentants et les représentés. Néanmoins, le débat constant de la prise en considération des exigences démocratiques dans la sphère médiatique et politique réserve une place secondaire à la question de la protection des droits fondamentaux des responsables politiques. Ce penchant, en faveur de la protection de la fonction politique, a entraîné leur affaiblissement. La « dictature de la transparence » sur le fondement d'une exigence croissante de la moralisation de la vie politique confronte les droits fondamentaux à des mesures coercitives inédites, que d'aucuns pourront juger excessives. Songeons en effet que, depuis les années 1980, une trentaine de lois[57] sont intervenues, notamment sur le fondement de la transparence, en introduisant des mesures préventives toujours plus nombreuses à côté du cadre répressif déjà existant. Ces contraintes irradient un nombre important de leurs droits et libertés sans traduire la recherche d'un véritable équilibre entre la protection de la fonction, qui relève de l'intérêt général par excellence, et la préservation des droits fondamentaux des représentants. Autrement dit, la protection de la fonction ne doit pas se faire sur l'autel du sacrifice des droits.

34. Le deuxième intérêt est la mise en évidence du caractère improductif de la protection de la fonction politique par le renforcement continu des mesures préventives à l'encontre des droits fondamentaux. Comme en témoignent les statistiques fournies par l'enquête annuelle

[56] E. Poitou, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, éd. Charpentier et Cie, Paris, 1869, p. 188.
[57] Voir *infra* partie III.

du Centre de recherches de Sciences Po Paris en janvier 2019[58], la défiance des citoyens à l'égard des personnels politiques n'a eu de cesse de s'intensifier depuis le lancement de ce baromètre en 2009. Il en ressort qu'en dix ans, 85 % des personnes interrogées considèrent que les responsables politiques « ne se préoccupent pas d'elles ». Elles pensent également à 74 % que ceux-ci sont plutôt corrompus. Ce qui tend à prouver que la multiplication des contraintes à l'égard des responsables politiques n'a pas produit l'effet attendu qui sont la lutte et la résorption du déficit démocratique. Il est « difficile de trouver une profession plus critiquée en France que celle de responsable politique. À de rares exceptions historiques près, le personnel politique y fait l'objet d'une vindicte aussi permanente que partagée. Des variations existent bien sûr – les crises économiques, les périodes où se multiplient les scandales et les révélations en matière de corruption – et les longues phases sans alternance favorisent l'expression de ce rejet. Mais cette règle générale connaît finalement assez peu d'entorses : depuis plus d'un siècle, la politique est en France un métier peu avouable »[59].

35. Le troisième intérêt tient à la visibilité du sujet en France. Il occupe souvent l'espace médiatique, politique et juridique, comme l'illustre la volonté actuelle de supprimer la Cour de justice de la République[60] en raison de sa composition majoritairement politique. En somme, l'articulation entre une responsabilité alignée sur le droit commun en vertu du principe d'égalité et l'indispensable protection de la fonction exigeant un régime spécifique, met la capacité du système juridique à rude épreuve.

36. De surcroît, l'absence d'une étude globale sur le sujet doit être soulignée et témoigne de la difficulté à appréhender globalement les droits fondamentaux des responsables politiques, alors même qu'ils sont les acteurs incontournables de la vie politique. Les études menées reposent généralement sur des points particuliers, elles ne sont que sectorielles traitant par exemple des immunités ou du droit au respect de la vie privée.

[58] CEVIPOF, Sciences Po, « Baromètre de la confiance politique, 2009-2019 : La crise de la confiance politique », janvier 2019, disponible sur le site : http://www.sciencespo.fr.

[59] D. Damamme, « Professionnel de la politique, un métier peu avouable », in M. Offerlé, *La Profession politique, XIXème XXème siècle*, Belin, Paris, 1999, p. 37-67, cité par J. Boelaert, S. Michon et É. Ollion, « Le temps long de la politique », *Pouvoirs*, février 2017, n° 161, pp. 61 à 72.

[60] Projet de loi constitutionnelle nº 911 pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018.

III – La construction du plan

37. L'étude du texte et de la jurisprudence, éclairée, en tant que de besoins, par des analyses de droit comparé, confirme le postulat selon lequel la protection de la fonction politique induit nécessairement l'aménagement de certains droits fondamentaux de son titulaire.

38. Trois observations peuvent à cet égard être formulées. Selon la première, tous les responsables politiques, quelle que soit la fonction occupée, connaissent une protection différenciée de certains de leurs droits fondamentaux par rapport aux autres citoyens. Le citoyen étant défini comme un « individu jouissant, sur le territoire d'un État dont il relève, des droits civils et politiques »[61].

39. La deuxième observation réside, si on reprend la distinction entre les catégories de droits fondamentaux opérée par Louis Favoreu dans son manuel *Droit des libertés fondamentales*[62], dans le régime singulier de leurs droits-garanties. Sachant que, par droits-garanties, il convient d'entendre le droit au juge, le droit de la défense, le principe de la légalité des délits et des peines, ainsi que le droit à la présomption d'innocence. Appliqué en effet aux responsables politiques, l'aménagement est lié à la spécificité de la fonction occupée et se caractérise par l'immunité fonctionnelle et le privilège de juridiction qui grèvent les droits-garanties. Alors qu'au niveau local, les titulaires de ces fonctions ne sont pas concernés, au niveau national, les responsables politiques ne sont pas des justiciables[63] comme les autres.

40. La troisième observation tient au fait que la protection spécifique des droits fondamentaux des responsables politiques fait l'objet de critiques concernant l'invocabilité ou la protection de certains droits ou libertés, comme le droit d'exercer un recours juridictionnel

---

[61] *Lexique des termes juridiques*, 16ème éd., Dalloz, 2007. « L'homme devient citoyen lorsqu'il acquiert les droits et libertés qui en font un être politique actif. Plus précisément, dans la conception moderne de la cité, le citoyen, c'est celui qui participe à la souveraineté nationale en tant qu'individu investi d'un statut politique et titulaire de droits politiques » (D. Lochak, « La citoyenneté : un concept juridique flou », in C. Emeri et J. Zylberberg, *Citoyenneté et nationalité*, PUF, Paris, 1991, p. 189). Selon Dominique Schnapper (D. Schnapper, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, 2000, p. 9-11), la citoyenneté a avant tout un sens juridique, le citoyen étant un sujet de droit et disposant à ce titre de droits civils et politiques. La citoyenneté est également le fondement de la légitimité politique car le citoyen est détenteur d'une part de la souveraineté politique. Enfin, la citoyenneté constitue la source du lien social, le lien politique se substituant au lien religieux ou dynastique dans les sociétés modernes.

[62] L. Favoreu, *op. cit.*

[63] Le justiciable, dans son premier sens, est défini comme « la personne considérée dans ses rapports avec la justice, soit qu'elle demande justice, soit qu'elle soit appelée en justice », *Lexique des termes juridiques*, 16ème éd., Dalloz, 2007.

contre les sanctions infligées aux parlementaires, l'imprécision de certaines infractions pénales, les atteintes excessives au droit au respect de la vie privée ou le privilège de juridiction des membres du gouvernement. Et, sans doute, le contrôle restreint opéré par le juge en matière de protection de la fonction et de préservation des droits fondamentaux n'est pas en mesure de garantir le bon équilibre et donne au contraire l'impression d'une balance déséquilibrée où l'intérêt général se taille la part belle sans pouvoir aller au-delà de l'erreur manifeste d'appréciation. De surcroît, le législateur et le juge, motivés par la lutte contre la crise de la représentation et par la volonté de restaurer la confiance des citoyens vis-à-vis des responsables politiques, ont sans cesse accentué le degré de contrainte pesant sur leurs droits et libertés.

L'impact de la protection de la fonction sur les droits fondamentaux des responsables politiques peut être ainsi analysé selon trois axes. L'application différenciée de certains droits et libertés permet d'abord de les décrire comme des citoyens particuliers indépendamment de la fonction politique occupée (partie I). En faisant apparaître une catégorie atypique de justiciables, la spécificité des fonctions politiques au niveau national rend ensuite compte d'une adaptation des droits-garanties, lorsqu'ils bénéficient des immunités et d'un privilège de juridiction (partie II). Dans les deux hypothèses, la garantie des droits fondamentaux n'est pas exempte d'inconvénients, et la nécessité d'une protection spécifique demeure inévitable, le défaut de pleine cohérence de cet aménagement invite à rechercher une protection plus adéquate des droits fondamentaux des responsables politiques (partie III).

PARTIE I

LE RESPONSABLE POLITIQUE :

UN CITOYEN PARTICULIER

41. L'idée selon laquelle le responsable politique est un citoyen particulier se caractérise au travers des conséquences qui découlent de l'aménagement de ses droits et libertés. D'une part, l'adaptation de ses droits fondamentaux le soumet à un « statut négatif » par un degré de protection amoindri. Cette expression employée par Léon Duguit, lui-même inspiré de la doctrine allemande à propos des fonctionnaires, pourrait être transposée au cas du responsable politique. Selon cette doctrine, l'apparition d'un statut négatif est le résultat de l'ensemble de « restrictions à la situation normal du citoyen »[64]. Dans la mesure où la protection de la fonction se traduit par l'admission d'un degré de limitation plus important de certains de ses droits fondamentaux, le responsable politique pourrait même être qualifié de «citoyen diminué»[65] (Chapitre I).

42. D'autre part, l'aménagement des droits fondamentaux du responsable politique, le place aussi dans un « statut positif » et il devient un citoyen privilégié puisque certains de ses droits fondamentaux font l'objet d'un degré de protection plus étendu. L'essence démocratique de l'exercice de la fonction impose ce « statut positif » puisque son inexistence remettrait substantiellement en cause son fonctionnement. Il rend inévitable la prise en considération d'un degré de protection plus importante de certains droits et libertés (Chapitre II).

[64] L. Duguit, cité par F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, 2ème éd., Economica, 2010, p. 10.

[65] Comme l'écrivait Maxime Leroy à propos des fonctionnaires : M. Leroy, *Les transformations de la puissance publique. Les syndicats de fonctionnaires*, Girard et Brière, 1907, p.148 et p. 288.

CHAPITRE I – L'EXIGENCE D'UN DEGRÉ DE PROTECTION PLUS LIMITÉ DES DROITS ET LIBERTÉS

43. L'impartialité, la neutralité et la transparence sont des notions indissociables de la légitimité de la fonction politique dans une société démocratique. Les objectifs précités visent à renforcer la confiance des citoyens à l'égard des institutions en imposant au responsable politique des exigences spécifiques dans le cadre de sa fonction et constituent des sujets sensibles faisant l'objet d'un encadrement juridique très poussé résultant d'un certain nombre de règles constitutionnelles, législatives, réglementaires, jurisprudentielles et, parfois même, déontologiques.

44. L'analyse de ce corpus normatif révèle que la satisfaction de ces attentes démocratiques a entraîné des restrictions aux droits et libertés du responsable politique. Il en ressort naturellement que la protection de ses droits ne puisse pas s'inscrire dans le régime de droit commun. C'est pourquoi dans le cadre de la présente étude, l'identification des droits et libertés subissant des mesures coercitives s'impose. Force est de constater que ces exigences impliquent un degré de protection plus limité des droits des travailleurs et de la liberté d'entreprendre (section I) mais aussi du droit au respect de la vie privée du titulaire de la fonction (section II).

Section I – Les droits des travailleurs et la liberté d'entreprendre

45. Un degré de protection plus limité des droits des travailleurs ainsi que la liberté d'entreprendre à l'égard du responsable politique se manifeste de deux manières. D'une part, il s'agit de restrictions internes liées aux caractères inaliénable et extrapatrimonial de la fonction, les privant de la jouissance de certains droits et libertés (§I). D'autre part, la fonction impose des contraintes externes aux droits et libertés de son titulaire dans l'exercice d'activités parallèles (§II).

§ I – Les restrictions justifiées dans le cadre de la fonction politique

46. La fonction politique place son titulaire en marge du régime commun relatif aux droits des travailleurs et à la liberté d'entreprendre. La singularité de la fonction induit que la liberté d'entreprendre soit neutralisée puisqu'elle ne peut être comparée à aucune autre activité professionnelle (A) et que les droits des travailleurs soient plus limités, le responsable politique n'étant pas un travailleur comme les autres (B).

A – La fonction politique n'est pas une activité comme les autres

47. La liberté d'entreprendre reconnue comme un droit constitutionnellement garanti[66] ne peut pas s'appliquer au responsable politique car la nature de la fonction s'oppose à ce qu'elle soit assimilée à une chose entrant dans le commerce juridique. Contrairement à une société

[66] Cons. cons., 16 janvier 1982, DC n° 81-132 portant sur la loi de nationalisation, « Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».

commerciale, où les parts sociales des associés peuvent être cédées, transmises, la fonction politique ne constitue pas la propriété de son titulaire. Il exerce la souveraineté, revêtant les caractères d'inaliénable, d'indivisible et d'imprescriptible, au nom de la nation selon la logique démocratique (1). Par ailleurs, contrairement à une société commerciale où l'objectif est la recherche des profits ou des intérêts matériels d'un ou plusieurs individus, la finalité de la fonction politique impose à son titulaire la satisfaction de l'intérêt général. Ce qui fait ressortir son caractère extrapatrimonial (2).

1- Les caractères inaliénable, indivisible et imprescriptible de la fonction politique

48. Ces caractères, théorisés notamment par Montesquieu et adoptés par les révolutionnaires, ont été transcrits dans la Constitution de 1791 dans son article 1er du titre III qui proclamait : « la Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice ». La notion de souveraineté nationale a eu des conséquences importantes sur l'organisation du pouvoir. Il ne peut être délégué ou partagé (la souveraineté est indivisible) ; le mandat des représentants doit être limité dans le temps (la souveraineté est inaliénable) ; la nation ne peut déléguer l'exercice de la souveraineté de manière définitive (la souveraineté est imprescriptible).

49. Selon Carré de Malberg, l'adoption du principe de la souveraineté nationale par les révolutionnaires avait pour seul objectif de mettre un terme à l'appropriation du pouvoir par le Roi. « Le Roi ne peut être le propriétaire de la souveraineté, il n'en a pas la maîtrise. Car, la souveraineté ne peut être le bien propre de personne. La souveraineté ou la puissance étatique, ce n'est pas autre chose, en effet, que le pouvoir spécial de la nation », d'après cette acception les titulaires de la fonction politique « ne peuvent se poser comme le propriétaire personnel de la puissance étatique »[67]. L'attribution de la fonction à un individu lui confère simplement la qualité d'organe[68]. Dès lors, la fonction politique empêche son titulaire de jouir de certains droits et libertés comme le ferait un entrepreneur ou un chef d'entreprise. Ces derniers disposent d'une liberté d'action étendue en ce qui concerne leurs activités puisqu'elles leur appartiennent. La théorie de la propriété se composant de l'usus, du fructus et de l'abusus leur est appliquée. C'est la raison pour laquelle, contrairement au cas précité, au vu des caractères

[67] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome II, Recueil Sirey, 1920, n° 330, p.170.
[68] H. Kelsen, *Théorie pure de droit*, traduction par C. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, 1999, p. 153.

de la fonction, il est naturel que l'on ne puisse pas appliquer cette théorie au titulaire de la fonction politique, sa nature même s'y opposant.

50. De la sorte, la fonction politique ne peut pas être considérée comme un bien tel que perçu en droit civil[69] dans la mesure où, en vertu l'acception civiliste, « les biens peuvent revêtir trois caractéristiques. Ils émergent d'abord dans les relations individuelles sous la forme de *valeurs,* qui traduisent juridiquement le désir que l'on peut en avoir. Ils sont ensuite *appropriables,* car l'appropriabilité est la seule relation entre un bien et une personne qui permette à cette dernière d'en faire tout ce qu'elle veut –préalable juridique à l'assouvissement du désir qui est au cœur de la notion de bien juridique. Ils doivent enfin entrer dans le commerce juridique, c'est-à-dire être *cessibles,* car cette qualité est souvent la condition d'une appropriation, en même temps qu'elle insère les biens dans la sphère interindividuelle qui intéresse le droit ». La fonction politique n'entre pas dans cette définition, ne ressortant pas de relations individuelles, elle n'a pas de valeur pécuniaire.

51. De même, plusieurs autres définitions de la notion de bien rejettent l'idée d'incorporer la fonction dans cette catégorie, que ce soit la définition avancée par les professeurs François Terré et Philippe Simler selon laquelle « dans le sens le plus ordinaire le mot "bien" désigne les choses qui servent à l'usage de l'Homme et permettent à celui-ci de satisfaire ses besoins en les utilisant ou en les échangeant»[70], ou celle retenue par Rémy Libchaber, pour laquelle l'appropriation du bien se définirait comme l'accomplissement d'un désir. « Cette appropriation, qui destine le bien à son titulaire tout en excluant de sa jouissance tous les tiers, est d'essence juridique : l'existence d'un lien qui mette en "tête-à-tête" la personne et sa chose, et seulement cette personne, ne postule pas de quelles utilisations matérielles celle-ci fera l'objet, qui dépendent entièrement du gré du propriétaire. Mais ce lien est le préalable juridique qui ouvre à la personne la possibilité de faire ce qu'elle veut de sa chose, et partant de satisfaire matériellement son désir initial. Il ne s'ensuit pas pour autant qu'une chose doive être appropriée pour exister en tant que bien : il suffit qu'elle soit appropriable, ce qui permet de considérer comme biens des choses abandonnées, ou qui n'ont jamais été à personne »[71]. D'autres auteurs proposent une définition qui se fonde sur la notion de

[69] La fonction politique ne peut pas être non plus considérée comme un bien tel que perçu en droit public car malgré son caractère inaliénable il dispose d'une valeur pécuniaire, il peut être déclassé pour tomber dans le domaine privé afin d'être vendu, alors que ce n'est pas le cas de la fonction politique.

[70] F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil les biens*, 7ème éd., Dalloz, 2006, p. 32 et 33, ils précisent que « dans un deuxième sens, on désigne les droits existant au profit des personnes, physiques ou morales, et pouvant exister à leur avantage soit principalement en relation de la personne et de ses droits primordiaux, soit par rapport à une personne, ou à une chose ».

[71] R. Libchaber, « Biens », *Répertoire de droit civil*, Mai 2016.

saisissabilité [72] . Ainsi, « les biens doivent être appropriables et participer au commerce juridique pour pouvoir être qualifiés de biens »[73].

52. Aucune définition de la notion de bien ne permet d'inclure la fonction politique dans cette catégorie. Au regard de la conception du bien retenue par la doctrine de droit civil, le lien qui unit le responsable politique et sa fonction n'a pas pour résultat l'appropriation de la fonction par son titulaire. Plus précisément, la jouissance de la titularité ne signifie pas la jouissance de la propriété puisque l'investiture politique peut être définie comme l'action de conférer une fonction à quelqu'un par élection ou nomination[74]. L'investiture n'implique pas une transmission de pouvoir[75]. Ainsi, la fonction politique ne peut être transmise par son titulaire « l'extracommercialité matérielle implique que l'investiture politique soit inapte au transfert, pris en tant qu'effet de l'opération »[76]. Dès lors, l'investiture ne peut se définir comme une transmission mais plutôt comme une délégation du pouvoir et, par conséquent, elle se caractérise par son intransmissibilité qui « est la qualité de ce qui ne peut être l'objet d'aucune transmission d'une personne à l'autre » [77] . D'ailleurs, l'hérédité des pouvoirs politiques datant du Moyen-Age en France a été abandonnée par la Constitution du 3 septembre 1791 qui proclame que : « L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivaient, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public»[78].

53. Comme il a déjà été décrit, la fonction politique n'étant pas appropriable, elle ne peut pas être également cessible. La cession ou le trafic des fonctions publiques qui étaient

---

[72] P. Berlioz, *La notion de bien*, préface L. Aynès, LGDJ, 2007, cité par F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., 2008, PUF, n° 2, p. 18.
[73] F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3e édition, PUF, n° 2, 2008, p. 18.
[74] G. Cornu, *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, Association H.Capitant, Quadrige, PUF, 2002.
[75] A. Magdelain, *Recherche sur l'imperium, la loi curiate et les auspices d'investiture*, Collection Travaux et recherches de la faculté de droit et de sciences Economiques de Paris, série sc. Historique, PUF, 1968, cité par P. Larrieu, *La vie politique saisie par le droit privé*, Préface J. Mestre, Thèse, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2006, p 54.
[76] P. Larrieu, *La vie politique saisie par le droit privé*, Préface J. Mestre, Thèse, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2006, p 59.
[77] G. Cornu, *Op. cit.*
[78] Constitution de 1791 disponible sur le site : http://www.conseil-constitutionnel.fr.

pratiqués dans l'Antiquité Romaine[79], sont depuis la Révolution systématiquement interdits et sanctionnés. La souveraineté de l'État se trouve hors du commerce juridique[80], sinon l'ordre public politique serait remis en cause[81]. La fonction politique ne peut être cessible car, « dans un régime démocratique la transmission des mandats politiques contredit le principe individualiste et égalitaire et constitue un obstacle à la nécessaire rotation des rôles normalement associée à toute démocratie »[82], et, aboutirait à une confiscation du pouvoir du peuple et le priverait de ses droits politiques, plus précisément, le droit de suffrage et le droit de se présenter à une élection pour tout citoyen.

54. D'autant plus que, contrairement à une activité commerciale où le propriétaire dispose d'une liberté d'action considérable, tout abus de bien public par le titulaire à son profit est sanctionné pénalement. A titre illustratif, on peut citer le délit de corruption ou le délit de trafic d'influence prévu par l'article 433-1 du Code pénal[83], mais aussi le délit issu de l'article 432-11 du code pénal qui incrimine « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui : 1° Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 2° Soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des

[79] P. Ariès, G. Duby, *Histoire de la vie privée, De l'empire romain à l'an mil*, Tome I, éd. du Seuil, 1985, p.103.

[80] M. C. Vincent-Legoux, *L'ordre public, étude de droit comparé interne*, Préface J.P. Dubois, thèse Paris XI, PUF, 2001, p. 117.

[81] J. Hauser, J.J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », *répertoire de droit. Civil, Dalloz* 1993, n°34 et suivants.

[82] P. Larrieu, *Op. cit.*, p 59.

[83] L'article 433-1 du Code pénal dispose que « est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui : 1° Soit pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 2° Soit pour qu'elle abuse, ou parce qu'elle a abusé, de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte mentionné au 1° ou pour abuser ou avoir abusé de son influence dans les conditions mentionnées au 2°».

distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ». On peut rajouter aussi le délit de prise illégale d'intérêt de l'article 432-12 du Code pénal[84].

Toutes ces dispositions illustrent le constat selon lequel, la fonction politique n'est comparable à aucune autre activité. L'inaliénabilité, l'indivisibilité et l'imprescriptibilité, éléments indissociables de la nature de la fonction politique, exigent, à juste titre, l'exclusion de l'exercice de la liberté d'entreprendre.

A côté des caractères précités, le caractère extrapatrimonial de la fonction prive le responsable politique de la jouissance de cette liberté.

2- Le caractère extrapatrimonial de la fonction politique

55. La finalité poursuivie de la liberté d'entreprendre étant l'accroissement de la richesse, est radicalement différente de celle de la fonction politique qui s'inscrit dans la satisfaction de l'intérêt général empêchant le responsable politique de jouir de cette liberté dans l'exercice de son mandat. Dès lors, la fonction politique ne relève pas du domaine patrimonial tel que perçu en droit civil.

56. L'idée d'extrapatrimonialité de la fonction politique apparaît naturellement lorsqu'on tente de lui appliquer la théorie du patrimoine utilisée en droit civil[85]. Selon Alain Sériaux, « dans le langage juridique, le mot "patrimoine" sert en général d'équivalent à ceux, plus économiques, de "richesses" ou de "fortune". C'est ainsi que le patrimoine est considéré en droit comme l'ensemble des biens extérieurs, des choses inanimées ou même animées (végétaux, animaux), mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles qui appartiennent à une personne physique ou morale »[86]. Le Patrimoine *stricto sensu* est, aux yeux de la doctrine, à ranger dans le domaine de l'économique[87]. Pour Gérard Cornu, la patrimonialité est « le caractère de ce qui est patrimonial, l'appartenance au patrimoine indiquant que l'élément revêtu de cette qualité constitue une valeur appréciable en argent »[88].

---

[84] L'article 432-12 du Code pénal : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».

[85] Il s'agit d'une théorie d'origine doctrinale : R. Séve, *Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau*, Arch. phil., Droit, 1979, p. 247 et suivantes ; F. Zénati, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.*, 2003, §. 667 et suivants ; A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.*, 1994, §.801 et suivants. ; Cités par F. terré et Ph. Simler, *Op. cit.*, p. 24.

[86] A. Sériaux, « Patrimoine », *Recueil Dalloz*, 2010.

[87] *Ibidem.*

[88] G. Cornu, *Op. cit*.

Ou encore, comme le souligne le Professeur Catala, « qui dit patrimonial dit pécuniaire »[89]. Pour cet auteur, la patrimonialité est synonyme d'évaluabilité[90] . En somme, les biens patrimoniaux tels que le droit de propriété ou le droit de créance, sont évaluables en argent, sont cessibles à une autre personne et sont transmissibles aux héritiers. Leur objet direct est d'assurer la protection d'un intérêt pécuniaire[91]. Juridiquement, « les droits patrimoniaux s'opposent alors aux droits extrapatrimoniaux qui ne sont pas conçus comme ayant une valeur pécuniaire, du moins si on les considère en eux-mêmes et quant à leur objet direct »[92]. En effet, les droits extrapatrimoniaux « tendent à se confondre avec la personne elle-même dans sa dimension physique (vie, intégrité corporelle, santé…) ou spirituelle (honneur, réputation, tranquillité…) »[93] .

57. La fonction politique est incompatible avec cette définition matérielle, son but consistant à assurer l'intérêt général. La nature de la fonction politique réfute l'idée de la recherche d'un intérêt personnel. L'intérêt général constitue le noyau dur de l'action du responsable politique. Il détermine la finalité et fonde la légitimité de son action. « Depuis le XVIIIème siècle, la notion de l'intérêt général a remplacé progressivement la notion de bien commun aux fortes connotations religieuses et morales, et a servi tant le législateur dans la détermination de son rôle, "la loi n'est que l'expression de la volonté général", que le juge dans le contrôle de la légalité de l'action administrative. La poursuite de l'intérêt général se trouve en parfaite cohésion avec la notion de l'État de droit et d'une démocratie apaisée »[94]. La fonction politique visant la satisfaction utilité commune, est dénuée de valeur pécuniaire. Dès lors elle ne relève pas de l'ordre du matériel ce qui limite indéniablement les droits de son titulaire car cette dernière ne s'inscrit pas dans la même perspective qu'une activité économique.

58. La particularité de la fonction politique consiste à ce que le titulaire soit désigné en vue de garantir le bonheur collectif même si la poursuite de ce but exige de la part du son titulaire une renonciation à ses intérêts personnels. D'où l'idée que « la politique n'est pas de

[89] P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ*. 1996, p. 185.
[90] *Ibidem.*
[91] R. Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, Thèse, Lyon, 1939 ; L. Collet, *La notion de droit extra-patrimonial*, Thèse, Panthéon- Assas (Paris II), 1992 ; cités par F. terré et Ph. Simler, *Op. cit.*, p. 30.
[92] F. Terré, Ph. Simler, *Op. cit.*, p. 30.
[93] R. Nerson, Op. cit. ; A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Préface G. Levasseur, LGDJ, 1960.
[94] Conseil d'Etat, « Réflexions sur l'intérêt général, rapport public 1999 », « L'intérêt général : une notion centrale de la pensée politique et du système juridique français », 30 novembre 1998, disponible sur le site http://www.conseil-etat.fr.

l'ordre des choses matérielles »[95]. Cette mission revêt un caractère sacré en raison de sa finalité. L'immatérialité de la fonction politique met en exergue son caractère extrapatrimonial. Peggy Larrieu note que dans la notion de fonction politique, il y a deux éléments. D'un côté, il y a le service d'un but supérieur qui est constitutif d'un élément passif de la fonction. D'un autre côté, il y a aussi le pouvoir, c'est-à-dire l'élément actif de la fonction qui peut être considéré comme une autorité ou une aptitude à exercer une mission. Or, cette prérogative est caractérisée par la poursuite du bien commun, elle relève de l'ordre des choses immatérielles. L'élément actif de la fonction est extrapatrimonial comme l'élément passif[96]. Ainsi, l'objectif poursuivi par la fonction politique est radicalement différent de celui d'une société commerciale, sa création étant subordonnée à la recherche d'intérêts purement matériels. Le caractère extrapatrimonial de la fonction limite la liberté d'action de du responsable politique dans le cadre de ses prérogatives.

Outre la privation de la liberté d'entreprendre, la fonction politique induit des restrictions des droits des travailleurs à l'égard de son titulaire.

B – Le responsable politique n'est pas un travailleur comme les autres

59. Dans le régime de protection de droit commun ou le régime spécifique prévu pour les fonctionnaires, le travailleur dispose de droits fondamentaux particuliers comme la liberté syndicale, le droit de grève et le droit à la participation[97]. Le mandat exercé par le responsable politique rend difficilement imaginable l'idée de lui appliquer ces droits et libertés, bien qu'aucune limitation textuelle expresse ne le prévoie.

60. Le principal argument en faveur de la limitation voire de l'exclusion des droits des travailleurs à l'encontre des responsables politiques réside dans le fait qu'ils sont le garant par

[95] J. Mestre, M.A. Ribeyre, *Politique et droit*, Dr. Patrimoine avril 2002, n°103, p.5, cité par P. Larrieu, *La vie politique saisie par le droit privé*, Préface J. Mestre, Thèse, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2006, p 15.
[96] P. Larrieu, *Op. cit.*, p.42 et 43.
[97] L. Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, 6ème éd., Dalloz, Précis, 2012, p. 318 : il s'agit des droits protégés par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PDESC) et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PDCP), et la DUDH de 1948. La DUDH insiste sur la liberté d'association (art. 20) et sur le droit de former un syndicat et de s'y affilier (art. 23, § 4), sur le droit au travail et sur le droit au choix de son travail (art. 23, § 1). Ces droits sont également reconnus par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. L'article L2131-1 du Code du travail énonce que « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts. » Il est par conséquent interdit aux syndicats d'avoir des activités politiques ou commerciales. L'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 qui énonce que « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhère au syndicat de son choix » et l'article 7 pour le droit de grève.

excellence de l'intérêt général. Cette mission conduit au renoncement de l'intérêt privé qui a vocation à être protégé par les droits et libertés mentionnés. Les admettre au profit des garants de l'intérêt général contredirait l'essence même de leur mission, plus précisément leur légitimité par la recherche des intérêts personnels, et pourrait même conduire à une paralysie institutionnelle.

61. Indépendamment de la justification évoquée, un autre argument plaide pour l'exclusion des droits des travailleurs. Il s'agit de l'absence d'un lien de subordination, dans la mesure où, seule l'existence de ce lien plaçant les travailleurs dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'employeur justifie la consécration des droits des travailleurs dans l'intention de sauvegarder leurs intérêts. C'est la raison pour laquelle, ce lien de subordination peut être exploré comme fil conducteur motivant l'injusticiabilité des droits des travailleurs envers les responsables politiques à l'instar d'un chef d'entreprise. L'absence de ce lien de subordination dans l'exercice de leur fonction se caractérise par la liberté décisionnelle dont ils disposent (2) en vertu du caractère politique de leur mandat (1).

1- Le caractère politique du mandat

62. Le mandat exercé par le responsable politique installe son titulaire dans une situation d'indépendance vis-à-vis des autres responsables politiques ou des électeurs.

63. L'exercice de la fonction politique distingue le responsable politique des travailleurs de droit commun et des agents du service public qui sont soumis à une autorité hiérarchique, c'est-à-dire, à l'administration ou au chef de l'entreprise. C'est pourquoi, sauf exception, dans le cadre de leur contrat du travail, la négation des droits des travailleurs dont le respect est imposé par la Constitution, les conventions internationales ou encore certains textes législatifs sera frappée d'illégalité. Le contrat de travail induit un lien de subordination entre l'autorité patronale et le salarié, il a pour « objet et pour effet de placer le salarié dans une situation de dépendance »[98].

64. Le mandat politique [99] se diffère aussi de celui existant en droit privé [100] où le mandataire agit conformément à la volonté du mandant. La théorie de représentation issue du

[98] G.H. Camerlynck, *Encyclopédie Dalloz*, contrat du travail, n°71.

[99] L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, 2005, p.11 : Selon Léon Duguit la notion de représentation a été « inventée pour expliquer et sanctionner certains rapports de droit privé, la notion de représentation reçoit une prodigieuse extension, dès qu'apparaît la nécessité de formuler une théorie juridique des relations politiques ». Sa théorie met en évidence le fait que « pris en son sens le plus large, le mandat implique l'existence de deux personnes, dont l'une, le mandant est

droit privé ne peut être transposée en droit public compte tenu de la particularité de la fonction politique. Appliquer la théorie du mandat de droit privé signifierait renoncer au mandat représentatif au profit du mandat impératif, comme le décrivent les professeurs Francis Hamon et Michel Troper, « le mandat impératif serait un mandat, analogue au mandat de droit privé, qui serait confié par les électeurs aux élus et qui aurait pour conséquence que ceux-ci auraient l'obligation de se conformer aux instructions reçues, qu'ils devraient rendre des comptes et qu'ils seraient responsables envers leurs électeurs »[101]. Or, le mandat impératif a été prohibé par toutes les Constitutions françaises, ce qui a pour conséquence, la préservation de la liberté de l'élu vis-à-vis des partis et des groupes[102]. Cette acception a été soutenue par Raymond Carré de Malberg qui relevait que le mandat politique ne reflète pas une véritable représentation, « on fait valoir notamment qu'il s'agit avant tout de rendre compte d'un phénomène politique : la volonté exprimée par certains hommes n'est pas censée être la leur propre, mais celle du souverain»[103].

65. Ce mandat spécifiquement adapté à la fonction politique suppose que le non-respect d'un de ses engagements n'engendre pas nécessairement sa déchéance alors que la mauvaise exécution ou l'inexécution du contrat de travail ou d'un mandat en droit privé, peut, parfois, entraîner la sanction, le licenciement ou la révocation du cocontractant.

66. L'exercice de la fonction, en dehors de tout lien de subordination, ouvre la possibilité de mettre un terme à certains mandats avant leur échéance, en l'absence de tout manquement ou de toute responsabilité juridique. La cessation du mandat peut intervenir à tout moment, justifiée par les aléas politiques, qu'il s'agisse d'un responsable politique élu ou nommé au niveau national. En ce qui concerne le cas de la nomination, il en va ainsi des fonctions des membres du gouvernement où le mandat peut prendre fin prématurément suite aux aléas institutionnels tels que les renouvellements gouvernementaux, les modifications gouvernementales, ou les tournants politiques, comme le changement de majorité ou une rupture interne au sein de la majorité. Le lien de subordination semblerait exister entre l'autorité nommée et l'autorité disposant du pouvoir de nomination. Mais cela reste à

---

titulaire ; le mandataire agit soit parce qu'il en a reçu mission par un acte volontaire de mandant, soit parce que la loi impose ou suppose cette mission..

[100] En droit privé, l'acte est accompli par le mandataire pour et au nom du mandant et ainsi le mandataire exerce les droits du mandant : « Le mandataire est obligé par la loi ou par le contrat à transmettre au mandant le bénéfice et les charges qui résultent de cet acte, les tiers ne connaissent que le mandataire ; aucun rapport de droit ne naît entre eux et le mandant ». L. Duguit, *Op. cit.*, p.6.

[101] F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 33ème éd., LGDJ, 2012, p. 190.

[102] *Ibidem.*

[103] *Ibidem*, p. 187 ; d'ailleurs, comme l'expliquent ces auteurs, Léon Duguit précisait que l'homme politique ne remplit pas un mandat en raison de l'interdiction d'exercer un mandat impératif mais exerce une fonction.

relativiser dans la mesure où une lecture littérale de l'article 20 de la Constitution écarte, en théorie, cette hypothèse en disposant que : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ». En ce qui concerne les responsables politiques élus, l'interruption du mandat des députés peut être occasionnée par certaines hypothèses exceptionnelles, tel est le cas lors de la dissolution de l'Assemblée nationale par le chef de l'État sur le fondement de l'article 12 de la Constitution motivée par le renversement du gouvernement ou le défaut de majorité. Cette cessation du mandat se justifie au regard de l'architecture constitutionnelle mise en place qui assure un fonctionnement régulier de l'appareil institutionnel.

67. Toutefois au niveau des collectivités, la révocation des élus ne peut intervenir que par une appréciation objective, moins politisée, compte tenu de l'existence du contrôle juridictionnel de la décision. En effet, la révocation prononcée par décret motivé rendu en conseil des ministres[104], est susceptible de recours. A propos de la dissolution d'un conseil municipal, le Conseil d'État[105] a estimé que « le décret de dissolution est régulier lorsque deux conditions sont remplies: les dissensions doivent avoir des répercussions sur le fonctionnement du conseil municipal et elles doivent revêtir un degré de gravité tel que la gestion administrative de la commune soit mise en péril ». De même l'article L2122-16 du CGCT prévoit la révocation des maires et de leurs adjoints par décret motivé en conseil des ministres. Néanmoins, d'après le Conseil d'État, la révocation ne peut être prononcée qu'en cas de faute du maire dans l'exercice de ses fonctions[106] ou lorsque celui-ci est impliqué dans des faits, qui bien qu'étrangers à la nature de ses fonctions, entachent son autorité morale[107]. De la sorte, la révocation ne peut être prononcée en dehors de l'existence d'une responsabilité juridique préétablie. Malgré ces différentes possibilités de révocation, elles ne permettent pas d'établir l'existence d'un lien de subordination.

68. Dans les systèmes prévoyant un référendum révocatoire[108], on pourrait penser qu'un lien de subordination existerait entre les responsables politiques et les électeurs. Mais là

---

[104] En vertu de l'article L 2121-6 du CGCT, un conseil municipal ne peut être dissous que par décret motivé rendu en conseil des ministres et publié au Journal officiel.

[105] CE, 13 juillet 1968, Hell, *RD publ*. 1969. 175.

[106] CE, 1er février 1967, n°65484, publié au recueil Lebon.

[107] CE, 12 juin 1987, n°78114, mentionné aux tables du recueil Lebon ; CE, 26 février 2014, n°372015, inédit au recueil Lebon : la révocation d'un maire a été jugée légale par le Conseil d'Etat en raison de la falsification d'un permis de construire au bénéfice de la société immobilière dont il était le gérant.

[108] Dans un certain nombre de pays, le référendum révocatoire permet aux électeurs de mettre un terme au mandat des élus d'une circonscription ou d'un État lorsque ces derniers ont perdu leur confiance. Cette solution est prévue principalement dans les États fédéraux mais certains États unitaires l'ont aussi adopté.

Au niveau des États fédéraux, en Amérique latine, l'article 72 de la Constitution vénézuélienne prévoit que tout élu peut être alors révoqué au niveau fédéral, fédéré et local (D'ailleurs, l'ancien président Hugo Chavez a dû se soumettre à des élections révocatoires en août 2004, et son successeur Nicolas Maduro a fait l'objet d'une tentative de révocation en 2016).

encore, l'étude des pays l'ayant adopté démontre que l'exercice du mandat politique ne crée pas un lien de dépendance entre le responsable politique et les électeurs de la même manière et selon le même degré que dans le cadre d'un contrat de travail ou un mandat du droit privé, sa mise en œuvre supposant des conditions particulières à divers égards.

69. D'abord, les pays qui l'ont instauré admettent généralement que cette révocation ne puisse pas intervenir en début de mandat et exigent l'initiative d'un nombre déterminé d'électeurs [109] . A titre illustratif, en Amérique latine, l'article 72 de la Constitution vénézuélienne prévoit la révocation de tout élu, et que « toutes les charges et magistratures de l'élection populaire sont révocables. Passée la moitié de la période à laquelle a été élu, le ou la fonctionnaire, un nombre qui ne peut être inférieur à vingt pour cent des électeurs ou électrices inscrit(e)s dans la circonscription correspondante pourra solliciter la convocation d'un référendum pour révoquer son mandat. (…) Durant la période de son mandat, le ou la fonctionnaire ne peut subir plus d'une sollicitation de révocation de son mandat ».

70. Ensuite, cette révocation est déclenchée que lorsqu'il existe une violation de la loi, une mauvaise gestion, un comportement contraire aux règles déontologiques de la fonction ou un abus de fonction. Par exemple, aux États-Unis, le référendum révocatoire « *recall elections* », a été introduit en 1903 suite aux corruptions généralisées, par une décision populaire dans la

---

En Argentine la révocation populaire se limite au niveau local, certaines Constitution des provinces fédérées la prévoit expressément (La révocation des autorités locales n'est envisagée que dans certaines provinces ; ses exigences et ses effets peuvent varier. La révocation au niveau provincial et municipal est notamment réglementée à Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Rios, La Rioja, Misiones, Neuquén, Rio Negro, San Luis, San Juan, Santiago del Estero et Tierra del Fuego (Commission européenne pour la démocratie par le droit, Commission de Venise, « Rapport sur la révocation des maires et des élus locaux », Strasbourg, le 22 août 2019, p. 13)). En Amérique du nord, notamment aux États-Unis, le référendum révocatoire « *recall elections* », existe au niveau des États fédérés et varie en fonction de chaque État. En Europe et plus précisément, en Allemagne, la révocation populaire n'est pas prévue par la Loi fondamentale au niveau fédéral mais trois *Länder* permettent le référendum révocatoire d'initiative populaire. En Suisse, la révocation populaire n'existe pas au niveau fédéral, mais existe dans certains cantons.

Certains Etats unitaires ont également opté pour le référendum révocatoire, en Amérique latine, la Constitution équatorienne (Les article 105 et 106 de la Constitution équatorienne disposent que « Las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del periodo para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el periodo de gestión de una autoridad podrá realizarse sólo un proceso de revocatoria del mandato. La solicitud de revocatoria deberá respaldarse por un número no inferior al diez por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso de la Presidenta o Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al quince por ciento de inscritos en el registro electoral), la Constitution péruvienne (Article 2.17 de la Constitution, « A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum »), la Constitution Bolivienne (Article 240 de la Constitution) et la Constitution colombienne (Articles 40 et 103 de la Constitution prévoient la révocation de tous élus sauf les magistrats) permettent la révocation de tout élu, au niveau national comme au niveau local, par les électeurs. En Europe, les États unitaire limite le referendum révocatoire, souvent, au niveau local. Au niveau national il existe en Moldavie, récemment adopté à l'encontre des députés le 24 février 2019. La Biélorussie a, quant à elle, limité ce référendum au niveau national, il n'existe pas au niveau local. Ce principe de révocation des députés à l'initiative des électeurs est consacré dans à l'article 72 de sa Constitution. Dans certains autres États unitaires, cette option est applicable uniquement au niveau local. En Slovaquie, en Pologne, en Roumanie.

[109] Commission européenne pour la démocratie par le droit, Commission de Venise, « Rapport sur la révocation des maires et des élus locaux », Strasbourg, le 22 août 2019, p. 26.

ville de Los Angeles et acceptée au niveau de l'État de Californie en 1911. Il existe au niveau des États fédérés et varie en fonction de chaque État[110]. Au Royaume-Uni, depuis 2015[111] un vote de révocation d'un membre de la chambre des communes à l'initiative d'au moins 10 % des électeurs d'une circonscription ne peut intervenir que dans trois hypothèses : lorsqu'il y a une condamnation à une peine de privative de liberté, même avec un sursis, lorsqu'il a été suspendu plus de dix jours par la Chambre ou lorsqu'il fournit une fausse note de frais[112]. En Roumanie, en raison de faits graves violant les dispositions de la Constitution, la destitution du Président de la République par le Parlement peut être prononcée, un référendum doit confirmer ou non cette destitution, il ne s'agit pas d'une initiative populaire néanmoins le dernier mot revient aux électeurs[113].

71. Enfin, cette procédure est très peu utilisée et ne concerne pas les responsables politiques non élus[114]. Par voie de conséquence, la responsabilité politique devant les citoyens ne peut intervenir que plus tard, dans le cas d'une révocation populaire où dans le cadre d'une nouvelle élection par laquelle les électeurs auront la possibilité de ne pas renouveler leur confiance, ainsi découle une liberté décisionnelle se distinguant clairement du régime applicable aux travailleurs. Le caractère politique du mandat suppose alors une liberté d'action qui exclut tout lien de dépendance.

2- La singularité de l'autorité décisionnelle

72. Les attributions dévolues au responsable politique dans l'exercice de sa fonction lui procure une force politique se caractérisant par une autorité décisionnelle hors pair qui proscrit tout lien de subordination ou de dépendance hormis le respect du principe de légalité.

---

[110] D. Jiraux, « La révocation populaire aux États-Unis, une procédure démocratique méconnue » dans B. Owen, *le processus électoral, permanences et évolutions,* Actes du colloque réuni au Sénat le 22 novembre 2005, p. 94.

[111] Recall of MPs Act 2015, section 1.

[112] Un membre de la Chambre des communes a été condamné 3 mois de prison avec sursis pour obstruction à la justice suite à une série de mensonges pour éviter une amende pour excès de vitesse ce qui a été à l'origine d'une procédure de révocation.

[113] L'article 95 de la Constitution roumaine déclare que :

« (1) S'il commet des faits graves violant les dispositions de la Constitution, le Président de la Roumanie peut être suspendu de sa fonction par la Chambre des Députés et par le Sénat, en séance commune, à la majorité des voix des députés et des sénateurs, après consultation de la Cour constitutionnelle. Le Président peut donner au Parlement des explications au sujet des faits qui lui sont imputés.

(2) La proposition de suspension de la fonction peut être présentée par un tiers au moins du nombre des députés et des sénateurs et est communiquée immédiatement au Président.

(3) Si la proposition de suspension de la fonction est approuvée, dans un délai maximum de trente jours un référendum est organisé pour démettre le Président ».

[114] Commission européenne pour la démocratie par le droit, Commission de Venise, *Op. cit.*, p. 16.

73. Comme l'évoquait Marcel Waline, en qualité du gouvernant, le responsable politique « participe à la gestion des affaires publiques,(…) lui confér(ant) (…) une force politique propre »[115]. De la sorte, son autorité décisionnelle le différencie des agents du service public placés, généralement, sous son autorité hiérarchique.

74. Ce constat a été mis en exergue par Léon Duguit qui opérait la distinction entre les fonctionnaires et le responsable politique fondée sur ses attributions. Il notait que « dans les sociétés politiques modernes, où les services demandés légitimement aux plus forts sont extrêmement nombreux et augmentent chaque jour par suite de la complexité et du nombre toujours croissant des besoins, il est matériellement impossible que les gouvernants primaires et même les gouvernants représentants puissent remplir eux-mêmes toutes les charges qui leur incombent. On a été amené à instituer des individus qui, sous l'autorité ou le simple contrôle des gouvernants, remplissent certaines fonctions qui s'imposent à ces derniers »[116]. D'ailleurs, cet auteur nomme les fonctionnaires, « les agents des gouvernants ». Le responsable politique, grâce aux prérogatives dont il dispose en vertu du corpus normatif, exerce le pouvoir et les fonctionnaires ne sont que les exécutants de sa politique publique. Cette situation de dépendance distingue les fonctionnaires et les travailleurs de droit commun du responsable politique qui n'est pas en situation de dépendance et de subordination.

75. Cette liberté décisionnelle liée à la nature de la fonction politique assoie ses titulaires au centre de l'exercice du pouvoir, c'est pourquoi le recours aux droits et libertés invocables par les travailleurs serait paradoxal puisque le droit syndical ou le droit de grève consistent à exercer des pressions sur les pouvoirs publics ou privés afin de mettre en avant les intérêts des salariés.

76. L'autorité décisionnelle résultant du caractère politique du mandat du responsable politique trace la distinction entre lui et un agent du service public ou un travailleur de droit commun.

A côté de ces restrictions internes qui limitent les droits des travailleurs et la liberté d'entreprendre du responsable politique, il existe aussi des contraintes externes, qui influencent ces droits et libertés, dans l'exercice des activités parallèles à la fonction politique.

---

[115] M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ème éd., Sirey, 1951, p. 641, p. 323.
[116] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., Tome II, E. de Boccard, 1928, p. 552 et p. 888.

§ II – Des restrictions justifiées dans le cadre des activités parallèles à la fonction

77. La limitation des libertés de travailler et d'entreprendre dans le cadre des activités parallèles à la fonction vise à préserver l'indépendance et l'impartialité du responsable politique par l'instauration des incompatibilités (A). Toutefois, les atteintes aux droits fondamentaux précités doivent répondre à certaines exigences, et font l'objet d'un contrôle juridictionnel (B).

A – La liberté de travailler et la liberté d'entreprendre limitées par les incompatibilités

78. Pour la doctrine, la limitation de la liberté de travailler et de la liberté d'entreprendre du responsable politique, par le régime des incompatibilités, se justifie pleinement à de nombreux égards (1). Cependant les limites induites par le régime des incompatibilités aux droits fondamentaux évoqués, varient selon la fonction politique occupée (2).

1- Les justifications doctrinales des atteintes aux droits fondamentaux résultant des incompatibilités

79. Les incompatibilités portent atteinte à la liberté de travailler et d'entreprendre du responsable politique dans la mesure où elles interdisent de cumuler certains mandats ou certaines fonctions avec les mandats électifs[117]. Elles « produisent leur effet après l'élection contrairement à celle des inéligibilités qui font obstacle à la candidature, et lorsqu'elles sont constatées par le juge après l'élection, elles entraînent l'annulation du scrutin »[118]. Au contraire, les incompatibilités ne constituent pas des freins à se présenter à une élection. Bien qu'elles limitent les droits fondamentaux précités, elles sont indispensables au maintien de la légitimité de la fonction politique. La doctrine approuve leur existence. A ce propos, le professeur Jean-Pierre Camby indique que les incompatibilités sont « fondées sur la volonté d'éviter tout risque d'interférence ou de confusion entre plusieurs fonctions, emplois ou situations, notions assimilables à celle de conflit d'intérêts, les incompatibilités ont pour objet

[117] L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, 16ème éd., Dalloz, 2014, p. 613.
[118] Y. Gaudemet, *Les incompatibilités*, Chapitre 3, Folio°11232, Encyclopédie des collectivités locales, 2008.

de faire obstacle à l'usage abusif d'un mandat ou d'une fonction à des fins personnelles »[119]. Le professeur Marcel Waline notait que l'absence des incompatibilités « entraînerai(t) leur titulaire à défendre simultanément des intérêts qui peuvent se révéler contradictoires entre eux », ou bien « le souci de plaire aux électeurs pourrait être gênant dans l'accomplissement de la fonction non élective [120]». Le professeur Michel Troper, à propos des incompatibilités parlementaires, relève que leur « (…) raison d'être (…) est d'empêcher que l'occupation, situation publique ou privée, des parlementaires vienne fausser leur rôle en tant que les représentants de la nation »[121]. Le principe même des incompatibilités et leur impact sur les droits fondamentaux du responsable politique, ne font pas l'objet de contestations doctrinales car elles permettent de protéger l'exercice de la fonction par le biais de son indépendance. Elles « se justifie(nt) d'une part, (par le) désir d'éviter des confusions éventuellement préjudiciables entre les deux qualités, dont celle d'élu, dont pourrait se prévaloir une personne, d'autre part, (par la) volonté de faire en sorte que l'élu se consacre à sa fonction, ne la délaisse pas au profit d'une autre activité. L'établissement des incompatibilités est toujours un compromis entre l'idéal démocratique de l'élu entièrement voué à sa fonction, et les nécessités de la vie qui conduisent à admettre la compatibilité entre les fonctions électives et d'autres activités, pour éviter de décourager des candidats éventuels »[122].

80. Les restrictions, découlant des incompatibilités, assurent l'indépendance et la neutralité du responsable politique face aux éventuelles influences des titulaires des autres fonctions. Le cas des incompatibilités parlementaires à ce propos est révélateur. A l'origine, leur mise en place avait pour but de protéger les parlementaires contre le pouvoir exécutif et ainsi assurer leur indépendance. C'est pourquoi, l'incompatibilité de toutes les fonctions publiques non électives avec le mandat parlementaire a été instaurée « depuis la Révolution de 1848 »[123]. L'instauration de ces incompatibilités « s'expliqu(ait) par une réaction contre la présence de nombreux fonctionnaires à la Chambre des députés de la monarchie de Juillet. Ces députés subissaient des pressions de la part du gouvernement, qui était le maître de leurs carrières »[124].

---

[119] J.-P. Camby, *Incompatibilités politiques intéressant les mandats nationaux*, Répertoire de contentieux administratif, §1, Avril 2016.
[120] M. Waline, note sous CE, 7 janvier 1966, Élections du maire de Marcoing, *RDP*, 1966, p. 578.
[121] F. Hamon, M. Troper, *Op. cit.*, p. 658.
[122] J-M. Pontier, *Le conseil régional*, Chapitre 1, Folio n°1728, §39, Encyclopédie des collectivités locales, §39, mars 2006, actualisation en juin 2009.
[123] F. Hamon, M. Troper, *Op. cit.*, p. 659.
[124] *Ibidem*, p. 659.

81. Par ailleurs, ces limites assurent l'indépendance et la neutralité du titulaire face à ses intérêts privés. Elles permettent de sanctionner, par voies juridictionnelles, les abus de pouvoir du responsable politique. Dans cette optique, sous la IIIème République, diverses dispositions législatives ont été adoptées pour assurer l'indépendance des parlementaires face aux intérêts économiques, leurs interdisant d'exercer un certain nombre de fonctions privées. Ces interdictions ont été progressivement complétées notamment sous la Vème République par la loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel[125], mais aussi la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique[126].

82. De surplus, elles garantissent la disponibilité du responsable politique afin qu'il se voue, de manière satisfaisante, à l'exercice de sa fonction. Le professeur Yves Gaudemet, à ce titre, souligne que « l'incompatibilité procède de la conviction que l'exercice simultané de deux fonctions, dont une au moins élective, par une même personne, doit être prohibé parce que les caractéristiques de ces fonctions sont de nature à affecter les conditions d'exercice de la fonction élective »[127].

83. Par conséquent, l'existence du régime des incompatibilités, à divers égards, se révèle nécessaire et justifiée au regard de la nature de la fonction. Cependant, ce régime ne s'applique pas de manière uniforme à tous les responsables politiques, il varie selon la fonction politique occupée.

2- La variation des restrictions aux droits fondamentaux tirée des spécificités de chaque fonction

84. La variation de la liberté de travailler et d'entreprendre se caractérise par une application différenciée des incompatibilités qui ne s'imposent pas de manière univoque aux titulaires de toutes les fonctions politiques. Les restrictions apportées à la liberté de travailler et à la liberté d'entreprendre varient en raison du statut de chaque responsable politique. L'application des régimes des incompatibilités est divergente entre les responsables politiques

[125] Loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel.
[126] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[127] Y. Gaudemet, *Op. cit.*

concernant le cumul avec des activités privées, des activités publiques électives ou non électives[128].

85. De cette manière, l'intensité des limitations apportées aux droits des travailleurs et à la liberté d'entreprendre se différencie selon qu'il s'agisse des ministres, des parlementaires ou des élus locaux. Par voie de conséquence, trois sortes de régimes d'incompatibilités peuvent être distingués[129]. En premier lieu, il existe un régime d'incompatibilités rigide applicable aux ministres (a), en deuxième lieu, les parlementaires possèdent un régime d'incompatibilités « hybride » (b). Et en troisième lieu, les élus locaux disposent d'un régime d'incompatibilités que l'on peut qualifier de souple (c).

a) Un régime d'incompatibilités rigide applicable aux ministres

86. La fonction ministérielle, qui justifie un régime d'incompatibilités rigide, s'explique par sa nature singulière. Selon le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 octobre 2013[130] portant sur la loi relative à la transparence de la vie publique, cette spécificité réside « dans l'exercice du pouvoir réglementaire et dans la détermination et la conduite de la politique de la Nation ». C'est la raison pour laquelle, l'article 23 de la Constitution impose un régime d'incompatibilité quasi absolu pour les membres du gouvernement en disposant que : « les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle ».

[128] Les textes soumettent explicitement les parlementaires et les membres du gouvernement à un régime plus restrictif que les élus locaux concernant les activités privées. A titre d'exemple, concernant les élus locaux, l'incompatibilité entre leur mandat local et l'exercice d'une activité privée est limitativement prévue par le Code électoral (L'unique obstacle à l'exercice des libertés précitées avec l'exercice du mandat concerne l'éventuelle qualification d'entrepreneur de service municipal, art. L. 231 du Code électoral, départemental, art. L. 207 du Code électoral, ou régional, art. L. 343 du Code électoral, qui sont les activités limitativement prévues comme incompatibles avec l'exercice de la fonction). De surcroît, l'exercice d'une fonction publique élective ou non élective en parallèle de la fonction politique occupée diverge en raison de la spécificité de chaque fonction politique.

[129] Dans le cadre cette démonstration, le cas du Président de la République ne sera pas traité car il n'existe aucune disposition relative aux incompatibilités qui lui sont applicables sous la Vème République alors que la Constitution de la IVème République prévoyait dans son article 43 que « la charge de président de la République est incompatible avec toute autre fonction publique ». D'autant plus que cette question ne suscite aucune controverse.

[130] Cons. cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676 relative à la loi relative à la transparence de la vie publique. Dans cette décision, le Conseil évoque la nature particulière de la fonction des membres du gouvernement en raison de leur rôle dans l'exercice du pouvoir réglementaire et dans la détermination et la conduite de la politique de la nation pour admettre que « le législateur, en prévoyant une publication de leurs déclarations d'intérêts ainsi que de leurs déclarations de situation patrimoniale par la Haute autorité, a porté au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi ».

87. L'article 23 de la Constitution, étant la principale disposition constitutionnelle[131] qui traite la question des incompatibilités ministérielles, tend, en apparence[132], à supposer qu'il limite considérablement les libertés de travailler et d'entreprendre des ministres en raison de la généralité de ses termes. Mais, le rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par l'ancien Premier ministre, Lionel Jospin, rendu le 12 novembre 2012[133], estime que la formulation de cette disposition est insatisfaisante. En effet, selon elle, « l'incompatibilité avec toute "activité professionnelle" dont la notion n'est pas définie, n'interdit pas l'exercice par un membre du Gouvernement de fonctions de direction ou de contrôle au sein d'une société commerciale. Or le cumul de telles fonctions avec des fonctions ministérielles est susceptible de nuire à l'impartialité de la décision publique »[134].

88. Cette incompatibilité « n'exclut pas (non plus) l'exercice, au sein d'associations ou de partis politiques, de fonctions de responsabilités, dès lors qu'elles ne sont pas exercées à titre professionnel »[135]. Par ailleurs, selon ce rapport, cet exercice, dans le cadre d'une association ou d'un parti politique, pourrait entraîner un conflit d'intérêts qui devrait faire l'objet d'une prévention quant aux financements de ces organisations. La Commission recommande de modifier l'article 23 pour le moderniser afin qu'il encadre ces sortes d'activités. De cette manière, « ce texte pourrait désormais prévoir, outre les incompatibilités actuelles, que les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de toute fonction de direction ou d'administration au sein d'un parti ou d'un groupement politique – ce qui inclurait, notamment, les fonctions de président, de secrétaire général, de secrétaire national

[131] Outre l'article 23 de la Constitution, l'article 57 de la Constitution et l'ordonnance du 7 novembre 1958 interdisent aux ministres de cumuler leur fonction avec celle du Conseil constitutionnel (Ordonnance n° 58-1067, 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 4), ou encore, la loi organique du 29 mars 2011 (Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, art. 3.) prohibe le cumul de la fonction ministérielle avec celle de Défenseur des droits.

[132] F. Hamon, M. Troper, *Op. cit.*, p. 635 ; Néanmoins, cet article vise expressément un emploi ou une activité mais n'empêche pas pour autant, comme le souligne le Professeur Michel Lascombe, « le simple fait de détenir des biens ou des parts dans des sociétés (…). Pour ces éléments, il s'agit simplement de déclarer ces biens et parts dans la déclaration patrimoniale » (M. Lascombe, « Les incompatibilités ministérielles : brèves considérations sur un objet aléatoire », *Petites affiches*, 31 juillet 2014, n° 152, p. 30, il ajoute : « Ainsi, ce n'est pas la possession de parts dans une holding qui est reprochée à Yamina Benguigui (ministre de la Francophonie du Gouvernement Ayrault), mais le doute sérieux quant à l'exhaustivité, l'exactitude et la sincérité des déclarations qu'elle a déposées en 2012, 2013 et 2014 (appréciations de la haute autorité pour la transparence de la vie publique sur la situation de Yamina Benguigui, 31 mars 2014). On se souvient aussi que Bernard Laporte fut secrétaire d'État aux Sports tout en conservant des parts dans de nombreuses sociétés, dont des casinos. Dans l'un et l'autre cas, ces membres du Gouvernement n'exerçaient, dans ces sociétés, aucune «fonction» »).

[133] Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, « Pour un renouveau démocratique », Commission présidée par L. Jospin, La documentation française, rendu au Président de la République le 12 novembre 2012, la proposition n° 20 intitulée « renforcer le régime des incompatibilités », p. 87.

[134] *Ibidem.*

[135] *Ibidem.*

ou encore de trésorier – et de toute autre personne morale – cette formulation englobant aussi bien les sociétés commerciales que les associations »[136].

89. Les incompatibilités issues de l'article 23 de la Constitution réduisent considérablement les libertés de travailler et d'entreprendre des ministres concernant l'exercice des activités privées et des activités publiques non électives et électives notamment avec le mandat parlementaire[137] alors que la question du cumul de cette fonction avec un mandat local, n'est pas explicitement prévue par la Constitution. Toutefois, dans la pratique, de nombreux gouvernements ont opté pour la mise en place d'une interdiction entre ces deux fonctions, la finalité de cette interdiction consiste à ce que les membres du gouvernement se consacrent pleinement à leur fonction. Il s'agit d'une sorte de coutume forgée par l'exécutif.

---

[136] *Ibidem.*

[137] J. Cabannes, *Le personnel gouvernemental sous la cinquième République (1959-1986)*, Tome 71, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, L.G.D.J, Thèse, 1990, p. 139 : En ce qui concerne l'incompatibilité avec un mandat parlementaire, Jean Cabannes précise que « l'article 23 de la Constitution, s'il fut l'une de ses dispositions les plus discutées-mais aussi l'une des plus populaires-était donc bien considéré, en 1958, comme « d'une importance cardinale » ». Cette importance découle de l'objectif du texte qui est de promouvoir la stabilité de la fonction ministérielle. Dans cette perspective de lutte contre l'instabilité gouvernementale, cet auteur souligne que « l'idée gaulliste consistant à « instaurer l'incompatibilité entre le mandat parlementaire et la fonction ministérielle reposait sur le principe de la séparation des pouvoirs. Cette règle répondait surtout à des objectifs d'opportunité, tenant à la lutte contre l'instabilité gouvernementale et la « cours au portefeuilles » ayant cours sous la IIIème et IVème Républiques ». L'histoire constitutionnelle française met en exergue le constat selon lequel l'incompatibilité de la fonction ministérielle et de la fonction parlementaire n'est pas propre à la Vème République. A titre illustratif, la Constitution du 3 septembre 1791, dans son article 2, section IV, chapitre II, titre III, précisait que « les membres de l'Assemblée nationale actuelle et des législatures suivantes…ne pourront être promus au ministère… pendant la durée de leurs fonctions ni pendant deux ans après en avoir cessé l'exercice ». Il en va de même pour la Constitution de l'An III, qui dans son article 136 indiquait qu'« à compter du premier jour de l'an V de la République, les membres du Corps Législatif ne pourront être élus membres du Directoire ni ministres, soit pendant la durée de leurs fonctions législatives, soit pendant la première année après l'expiration de ces mêmes fonctions ». La Constitution du 14 Janvier 1852 dans son article 44 prévoyait la prohibition entre la fonction ministérielle et la fonction parlementaire en disposant que « les ministres ne peuvent être membres du Corps Législatif ». Ainsi, cette incompatibilité répond pour la première fois à l'objectif d'assurer la stabilité gouvernementale. Cependant, aujourd'hui cette disposition s'avère contestée. En effet, les Professeurs, Michel Troper et François Hamon soulignent que « dans le cadre de la Constitution de 1958, l'incompatibilité entre la fonction du ministre et le mandat parlementaire se justifiait pour des raisons pratiques et théoriques » (F. Hamon, M. Troper, *Op. cit.*, p. 635). Le principal argument pratique consistait à ce que « l'incompatibilité renforcerait la solidarité ministérielle et la stabilité gouvernementale, parce qu'un parlementaire devenu ministre sait qu'il ne retrouvera pas son siège s'il quitte le gouvernement » (F. Hamon, M. Troper, *Op. cit.*, p. 636). Néanmoins, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{e} République) a rendu cet argument inopérant dans la mesure où un ministre a la possibilité de reprendre son siège au Parlement sans qu'il soit organisé de nouvelles élections (*Ibidem*). L'autre argument tenant à la séparation des pouvoirs, selon ces auteurs, ne peut être retenu en raison du fait majoritaire. En effet, « la théorie de la séparation des pouvoirs ne prend pas en considération le phénomène de la majorité, qui conduit toujours à concentrer les pouvoirs entre les mains de la majorité du moment, qui exerce le pouvoir à la fois à l'Assemblée et au gouvernement » (*Ibidem*). Dès lors, cette incompatibilité n'a plus de raison d'exister (*Ibidem*). Comme l'écrivait M. Ameller, « l'incompatibilité entre les fonctions ministérielles et parlementaires est (…) de règle dans les régimes qui se réclament de la séparation des pouvoirs. Elle constitue d'ailleurs l'un des aspects les plus caractéristiques des régimes présidentiels » (M. Ameller, *Parlements*, Paris, PUF, 1996, p.76). On la rencontre dans les pays aussi variés que le Brésil, le Costa Rica, les États-Unis, le Portugal et la Suisse. « En revanche, la règle d'incompatibilité est, en principe, étrangère à l'esprit du régime parlementaire, dont l'existence est liée à une étroite collaboration entre les pouvoirs » (*Ibidem*). Exception faite de pays comme la Belgique, la France, la Norvège, les Pays-Bas et la Suède, dans la plupart des régimes parlementaires, le cumul avec la fonction ministérielle est non seulement autorisé mais même encouragé afin de renforcer les liens entre les assemblées et l'exécutif » (M. Van Der Hulst, *Le mandat parlementaire : étude comparative mondiale*, Union interparlementaire, Genève, 2000, p. 52). Même si elle semble désuète, elle conserve un avantage majeur. En effet, un ministre qui exercerait en même temps un mandat parlementaire ne pourra pas exécuter simultanément les deux fonctions de manière satisfaisante. Même si cette incompatibilité limite la liberté de travailler des ministres, elle est prévue expressément par la Constitution contrairement au cumul de la fonction ministérielle avec un mandat local qui reste à la libre appréciation du Président de la République ou du Premier ministre.

Les gouvernements de Lionel Jospin en 1997, puis celui de Jean-Pierre Raffarin en 2002, et celui de Dominique de Villepin en 2005 ainsi que celui de François Fillon en 2007 ont imposé cette vision. Le Président Hollande, le 17 mai 2012, dès le premier conseil des ministres de son quinquennat, impose à tous les membres du Gouvernement, la signature d'une charte de déontologie, avec cinq principes, dont le quatrième relatif à la disponibilité qui précise que « les membres du Gouvernement consacrent tout leur temps à l'exercice de leurs fonctions ministérielles. Ils doivent, de ce fait, renoncer aux mandats exécutifs locaux qu'ils peuvent détenir» [138] . En mai 2017, le Président Macron a demandé aux ministres nommés de démissionner de leurs fonctions exécutives locales.

90. D'ailleurs, l'ancien Président François Hollande dans sa lettre de mission du 16 juillet 2012, avait demandé à Lionel Jospin à ce que « la Commission (de rénovation et de déontologie de la vie publique) formule des propositions permettant d'éviter le cumul de fonctions ministérielles ou d'un mandat parlementaire avec l'exercice de responsabilités locales »[139]. Cette Commission, dans son rapport rendu au Président de la République le 9 novembre 2012, recommande d'opérer une « rupture avec la pratique du cumul des mandats »[140] en indiquant que « les responsabilités exercées par les élus locaux ne peuvent plus être regardées comme l'accessoire utile de fonctions nationales » [141] et qu'il est « nécessaire que leur importance soit pleinement reconnue »[142]. Elle indique aussi que « changer la donne sur ce point constitue, à double titre, une ardente obligation : il s'agit tout à la fois de contribuer à un meilleur fonctionnement de nos institutions et de conforter la confiance des citoyens dans leurs élus. La Commission en est convaincue : la réforme du cumul des mandats est aujourd'hui la pierre de touche de toute politique de rénovation de la vie publique »[143]. Elle préconise, en outre, dans sa proposition n°14 de modifier l'article 23 de la Constitution pour y intégrer l'incompatibilité des fonctions de ministre avec tout mandat local car selon elle, « un ministre qui cumule sa fonction avec des responsabilités locales court ainsi le risque de n'exercer complètement ni l'une ni les autres. Et s'il assume pleinement ses fonctions ministérielles, on peut craindre qu'il ne soit contraint de s'en remettre à l'excès à ses collaborateurs pour exercer ses responsabilités locales »[144]. Un rapport d'information du

[138] Charte de déontologie des membres du gouvernement, 17 mai 2012, disponible sur le site : http://www.elysee.fr.
[139] Annexe du décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012 portant création d'une commission de rénovation et de déontologie de la vie publique disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr.
[140] Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Op. cit.*, p. 59.
[141] *Ibidem.*
[142] *Ibidem.*
[143] *Ibidem.*
[144] *Ibidem,* p.61.

Sénat[145] avait également suggéré d'instaurer une incompatibilité entre la fonction de membre du Gouvernement et l'exercice d'un mandat exécutif local. En outre, le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace du 9 mai 2018, prévoit dans son article 1er d'insérer à l'article 23 de la Constitution un alinéa selon lequel « les fonctions de membre du gouvernement sont également incompatibles, dans les conditions fixées par la loi organique, avec l'exercice d'une fonction exécutive ou de présidence d'assemblée délibérante au sein des collectivités régies par les titres XII et XIII, de leurs groupements et de certaines personnes morales qui en dépendent ». Selon l'exposé des motifs de ce projet, il s'agit « d'écarter les situations de conflits d'intérêts, les ministres devant, par ailleurs, se consacrer pleinement à leurs fonctions ».

91. La révision constitutionnelle n'ayant pas eu lieu à ce jour, l'on se trouve dans une situation ambigüe et incertaine, cumuler la fonction ministérielle avec un mandat local relève de la volonté du Président de la République ou du Premier ministre si l'on se trouve en période de cohabitation. En ce sens, le Conseil d'Etat avait jugé qu'« en exprimant le souhait que les membres de son Gouvernement n'exercent pas en même temps des fonctions de maire, le Premier ministre n'a édicté aucune règle de droit positif et n'a porté atteinte à aucune liberté fondamentale»[146].

92. Cependant, le régime d'incompatibilité parlementaire s'avère moins rigoureux que celui des membres du gouvernement.

b) Un régime d'incompatibilités hybride applicable aux parlementaires

93. Malgré les attributions importantes des parlementaires [147] , leur participation à l'exercice de la souveraineté nationale, en votant la loi et en contrôlant l'action du

[145] F-N. Buffet, G. Labazée, « Le cumul des mandats : moins cumuler pour plus d'efficacité », Rapport d'information, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales n° 365, 2011-2012.
[146] CE, ord. réf., 22 mars 2001, n° 231601, Meyet : Lebon, Tables 2001.
[147] Les parlementaires européens disposent d'un régime d'incompatibilités semblable à celui des parlementaires nationaux. Dès lors, leur situation au regard des droits fondamentaux relatifs à la liberté de travailler et d'entreprendre peut être qualifiée aussi d'hybride. Les incompatibilités des parlementaires européens sont prévues par l'article 7, paragraphes 1 et 2, de l'acte de 1976 modifié par la décision 2002/772/CE du Conseil. En vertu de l'article 7, paragraphe 3, de l'acte précité, les Etats membres peuvent transposer les incompatibilités en vigueur en droit interne à leurs députés européens. En France, ces incompatibilités sont prévues par la loi ordinaire. Ainsi, la loi du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen prévoit aussi de nombreuses incompatibilités. L'article 6 de la loi précitée et modifiée par la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013, renvoie aux articles L.O. 139, L.O. 140, L.O. 142 à L.O. 150 et L.O. 152 du Code électoral qui sont applicables aux représentants du Parlement européen. On note d'ailleurs que ces textes étendent le champ des incompatibilités à l'instar des incompatibilités applicables aux parlementaires nationaux. Ensuite, son article 6-1, créé par la loi n° 2000-295 du 5 avril 2000, impose une incompatibilité entre le mandat national de membre du Parlement et celui de

gouvernement, le régime d'incompatibilités leur incombant paraît moins attentatoire à leurs libertés de travailler et d'entreprendre que celui applicable aux membres du gouvernement concernant les activités privées ou des activités publiques électives. En revanche, concernant les activités publiques non électives, les incompatibilités ont été prévues à l'origine pour mettre les parlementaires à l'abri des pressions du gouvernement et les placer en dehors du pouvoir hiérarchique du gouvernement [148] exigeant depuis longtemps que le régime d'incompatibilités parlementaires relatif à l'exercice d'une fonction publique non élective soit aussi contraignant que celui des ministres[149].

94. Concernant les fonctions privées, cette préoccupation n'avait pas lieu d'être à l'origine et, au contraire, ces dernières favorisaient la représentation de toutes les activités professionnelles au sein du Parlement [150] . Par voie de conséquence, l'absence d'incompatibilité était considérée comme répondant à la singularité de la fonction parlementaire. De ce fait, les libertés de travailler et d'entreprendre des parlementaires ne s'en trouvaient pas limitées. Toutefois, ce principe a été atténué à la suite de certains scandales qui ont mis en exergue la collusion de la politique et de la finance[151]. C'est pourquoi, certaines incompatibilités ont été instaurées dans le but d'éviter que les intérêts privés puissent remettre en cause les intérêts publics. Les lois du 30 octobre 1928 et 6 janvier 1950[152], ainsi que

---

représentant au Parlement européen. Cette loi introduit aussi l'article 6-4 et 6-5 qui prohibent l'exercice du mandat de représentant européen avec les fonctions de membre de la Commission européenne, membre du directoire de la Banque centrale européenne ou membre du conseil de la politique monétaire de la Banque de France, mais aussi avec la fonction de juge des tribunaux de commerce. Enfin, l'article 6-3, modifié par la loi n°2013-403 du 17 mai 2013 et par la loi n° 2014-126 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen, prévoie que « le mandat de représentant au Parlement européen est incompatible avec l'exercice de plus d'un des mandats électoraux énumérés ci-après : conseiller régional, conseiller à l'assemblée de Corse, conseiller départemental, conseiller de Paris, conseiller à l'assemblée de Guyane, conseiller à l'assemblée de Martinique, conseiller municipal d'une commune soumise au mode de scrutin prévu au chapitre III du titre IV du livre Ier du code électoral », c'est-à-dire pour les communes de 1000 habitants ou plus.

[148] F. Hamon, M. Troper, *Op. cit.*, p. 660.

[149] En somme, concernant la fonction publique non élective, l'article LO. 132 du Code électoral énumère une liste exhaustive de fonctions publiques incompatibles avec le mandat parlementaire. De plus, pour préserver leur indépendance, il existe d'autres incompatibilités prévues par le Code électoral et l'article 57 de la Constitution. Les parlementaires chargés par le Gouvernement d'une mission temporaire ne peuvent pas cumuler cette mission avec leur mandat de député ou de sénateur au-delà d'une durée de six mois. Sont également incompatibles avec le mandat parlementaire, l'exercice des fonctions conférées par un État étranger ou par une organisation internationale et rémunérées sur leurs fonds (Article LO 143 du Code électoral). Par ailleurs, d'autres cas d'incompatibilité sont prévus avec le mandat parlementaire comme, les fonctions de membre du Conseil constitutionnel (Article 57 de la Constitution), de membre du Conseil économique, social et environnemental (Articles L.O. 139 et L.O. 297 du Code électoral), de membre du Conseil supérieur de la magistrature(Articles L.O 140 et L.O. 297 du Code électoral), de membre de certains conseils ou autorités administratives indépendantes (Conseil supérieur de l'audiovisuel, Autorité de régulation des Télécommunications, Conseil de la politique monétaire, Commission de régulation de l'électricité, etc.), les fonctions de juré d'assises et enfin les fonctions exercées dans certaines entreprises nationales énumérées par l'article L.O. 145 du Code électoral. Dès lors, le régime des incompatibilités des parlementaires relatif aux fonctions publiques non électives s'aligne sur la même logique que celui des incompatibilités ministérielles.

[150] F. Hamon, M. Troper, *Op. cit.*, p. 660.

[151] *Ibidem.*

[152] Loi n° 50-10 du 6 janvier 1950 portant modification et codification des textes relatifs aux pouvoirs publics.

l'ordonnance du 24 octobre 1958 et la loi organique du 24 janvier 1972[153] en sont des exemples. Le Code électoral dans son article LO. 146, modifié par la loi organique du 15 septembre 2017 relative à la confiance de la vie politique[154], a durci également les restrictions notamment concernant les activités de conseil et d'avocat, en disposant que « sont incompatibles avec le mandat parlementaire les fonctions de chef d'entreprise, de président de conseil d'administration, de président et de membre de directoire, de président de conseil de surveillance, d'administrateur délégué, de directeur général, directeur général adjoint ou gérant exercées » dans certaines sociétés[155].

95. Bien que le cumul de la fonction parlementaire soit interdit avec un certain nombre d'activités privées prévues par l'article précité, ils peuvent tout de même, en dehors de ce cadre, exercer les autres professions. Il n'existe pas d'interdiction générale comme le prévoit l'article 23 de la Constitution à l'égard des ministres.

96. Cependant, concernant le cumul des mandats électifs, la spécificité de la fonction parlementaire a induit quelques différences avec le régime applicable aux membres du

[153] Loi organique n° 72-64 du 24 janvier 1972 modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires.

[154] Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

[155] L'article L.O 146 du Code électoral cite une liste de sociétés dans lesquelles un Parlementaire ne peut exercer les fonctions de directeur général ou directeur général adjoint ou gérant: « Sont incompatibles avec le mandat parlementaire les fonctions de chef d'entreprise, de président de conseil d'administration, de président et de membre de directoire, de président de conseil de surveillance, d'administrateur délégué, de directeur général, directeur général délégué ou gérant exercées dans :
1° les sociétés, entreprises ou établissements jouissant, sous forme de garanties d'intérêts, de subventions ou, sous forme équivalente, d'avantages assurés par l'État ou par une collectivité publique sauf dans le cas où ces avantages découlent de l'application automatique d'une législation générale ou d'une réglementation générale ;
2° les sociétés ayant principalement un objet financier et faisant publiquement appel à l'épargne, ainsi que les sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne et les organes de direction, d'administration ou de gestion de ces sociétés ;
3° les sociétés ou entreprises dont l'activité consiste dans l'exécution de travaux, la prestation de fournitures ou de services destinés spécifiquement à ou devant faire l'objet d'une autorisation discrétionnaire de la part de l'État, d'une collectivité ou d'un établissement public ou d'une entreprise nationale ou d'un État étranger ;
4° les sociétés ou entreprises à but lucratif dont l'objet est l'achat ou la vente de terrains destinés à des constructions, quelle que soit leur nature, ou qui exercent une activité de promotion immobilière ou, à titre habituel, de construction d'immeubles en vue de leur vente ;
5° les sociétés dont plus de la moitié du capital est constituée par des participations de sociétés, entreprises ou établissements visés aux 1° à 4° ;
6° Les sociétés et organismes exerçant un contrôle effectif sur une société, une entreprise ou un établissement mentionnés aux 1° à 4° ;
7° Les sociétés d'économie mixte ;
8° Les sociétés, entreprises ou organismes dont l'activité consiste principalement à fournir des prestations de conseil aux sociétés, entreprises, établissements ou organismes mentionnés aux 1° à 7°. ». Ainsi, ces restrictions ont pour finalité de préserver l'indépendance des parlementaires face aux intérêts privés. Toutefois l'on constate que la compatibilité entre le mandat parlementaire et l'exercice d'une activité privée demeure le principe car les restrictions énoncées restent mesurées. De plus, les incompatibilités entre le mandat parlementaire et une activité privée font l'objet d'un contrôle minutieux par le Conseil constitutionnel qui apprécie de manière stricte le cumul de ces deux fonctions, en précisant que « tout texte édictant une incompatibilité et qui a donc pour effet de porter une atteinte à l'exercice d'un mandat électif [...] ne saurait faire l'objet d'une interprétation extensive » (Cons. cons., 18 octobre 1977, DC n° 77-51, Examen de la compatibilité de certaines fonctions avec l'exercice du mandat parlementaire). Ainsi le Conseil constitutionnel circonscrit le champ des incompatibilités au texte.

gouvernement. Si ce régime d'incompatibilités est similaire à celui des ministres concernant les mandats nationaux[156], il s'en distingue ce qui concerne l'exercice des mandats locaux.

97. Initialement, l'exercice de la fonction parlementaire recommandait ce cumul dans un objectif d'efficacité consolidée par l'expérience locale. C'est la raison pour laquelle, cette incompatibilité n'était pas prévue à l'origine. Le cumul de ces mandats ne présentait pas, pendant longtemps, de difficultés particulières. Si cette pratique procurait aux parlementaires des avantages matériels, elle leur permettait surtout de s'implanter dans une circonscription. C'est pourquoi, parallèlement à son mandat, un parlementaire pouvait exercer plusieurs mandats locaux. Il s'agissait « d'une pratique constante depuis le XIXème siècle, (et) la Vème République a renforcé de cette pratique »[157]. Michel Debré soulignait à ce propos que : « dans la politique française, le cumul des mandats (...) est la règle ; c'est pour un parlementaire une infériorité presque insupportable que de ne pas être en même temps chargé d'un mandat local. Telle est la vraie loi »[158]. Comme en témoigne un rapport d'information sénatorial, « avant 1985, aucune règle ne limitait la pratique du cumul des mandats et des fonctions. *A contrario*, au cours de la période 1972-1984, les députés et sénateurs étaient soumis à une règle de cumul obligatoire : les parlementaires de chaque région devenaient automatiquement membres du conseil régional correspondant. La décentralisation, avec les lois du 2 mars 1982, du 7 janvier 1983 et du 22 juillet 1983, a largement accentué les pouvoirs des élus locaux, conduisant ainsi à l'adoption d'une réglementation plus précise s'agissant du cumul des mandats »[159]. Depuis ces lois, le cumul du mandat de député ou de sénateur avec un ou plusieurs mandats locaux a suscité des controverses.

---

[156] Le cumul de la fonction avec les mandats nationaux ne présente pas de difficultés particulières dans la mesure où, comme pour les ministres, il existe une incompatibilité. A titre d'exemple, l'on peut citer les articles L.O. 137 et suivants du Code électoral qui précisent que « le cumul des mandats de député et de sénateur est interdit». Le bicamérisme empêche la compatibilité entre le mandat de député et de sénateur (« Le statut du sénateur : données juridiques », Fiche technique, disponible sur le site : https://www.senat.fr). En outre, l'article 23 de la Constitution prohibe l'exercice simultané des fonctions de membre du Gouvernement avec tout mandat parlementaire, afin d'éviter qu'un parlementaire puisse « cumuler les fonctions de contrôleur et de contrôlé » (*Ibidem*) et porter ainsi atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. De plus, l'article L.O. 137-1 du même code (Créé par Loi n°2000-294 du 5 avril 2000 - art. 2) prévoit l'interdiction de cumuler le mandat de député ou de sénateur avec celui de représentant au Parlement européen.

[157] Selon un rapport parlementaire du 23 juin 2013, n° 1173 et 1174, sur le projet de loi organique n° 885 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur et sur le projet de loi n°886 interdisant le cumul de fonctions locales avec le mandat de représentant au Parlement européen, par Ch. BORGEL, « Le phénomène s'est renforcé depuis 1958. Avec une proportion d'environ 80 % de parlementaires exerçant simultanément au moins un mandat local, la V^{e} République connaît un niveau de cumul largement supérieur à celui de ses devancières – cette proportion atteignant 36 % sous la III^{e} République (1936) et 42 % sous la IV^{e} République (1956) ». Disponible sur le site : http://www.assemblee-nationale.fr.

[158] M. Debré, « Trois caractéristiques du système parlementaire français », *Revue française de science politique*, 1955, n° 1, p. 22.

[159] F-N Buffet, G. Labazeé, *Op. cit.*

98. Les questions relatives aux cumuls des mandats ont progressivement été prises en compte par le législateur. D'abord, les lois organiques n° 85-1405 et n° 85-1406 du 30 décembre 1985 tendant à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives par les parlementaires instaurent pour la première fois la prohibition de cumuler un mandat parlementaire avec la fonction de représentant au Parlement européen, de conseiller régional, de conseiller à l'assemblée de Corse, de conseiller général ou membre d'une assemblée territoriale d'un territoire d'outre-mer, de conseiller de Paris, de maire d'une commune de 20 000 habitants ou plus et d'adjoint au maire d'une commune de 100 000 habitants ou plus. La réglementation de cumul des mandats a ensuite été renforcée par la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 relative aux incompatibilités entre mandats électoraux, qui a étendu la limitation du cumul aux conseillers municipaux des communes de plus de 3 500 habitants. Ainsi, un conseiller municipal d'une commune de moins de 3500 habitants pouvait cumuler deux mandats locaux en plus de son mandat de parlementaire jusqu'à la loi organique n° 2013-402 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers municipaux, des conseillers communautaires et des conseillers départementaux qui a abaissé ce seuil à 1000 habitants.

99. Malgré ces lois, l'encadrement de la pratique du cumul des mandats en France restait contesté par la doctrine[160]. Le cumul entre mandat parlementaire et mandats locaux était souvent perçu comme une particularité française [161] . « Les différentes expériences européennes montrent que, même sous sa forme édulcorée et réglementée actuelle, le cumul des mandats reste l'une des spécificités françaises les plus étonnantes : dans aucun autre pays

[160] J.-C. Masclet, « Un remède homéopathique ? Les lois sur le cumul des mandats et des fonctions électifs », *AJDA*, 1986, p. 220. Selon lui, cette réforme était insuffisante ; voir aussi, C. Guettier, « Commentaire de la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 relative aux incompatibilités entre mandats électoraux et de la loi n° 2000-295 du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives et à leurs conditions… » — *AJDA*, 2000. 427 ; voir aussi, B. Mathieu, P. Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 23ème éd., LGDJ, 2011, p 570 et 571. Selon ces auteur « le cumul de mandat avec d'autres fonctions menaçant sa disponibilité et sa liberté, l'exposant à des pressions, à des tentations, à des compromissions », « le cumul de mandats électoraux empêche les parlementaires de se consacrer entièrement aux affaires de la nation ; ils sont écartelés entre leurs responsabilités locales et le travail parlementaire ; leur mairie, leur canton, sont souvent situés à des centaines de kilomètres du Palais Bourbon ou du Palais du Luxemburg et, s'il s'agit d'une grande ville, son administration serait déjà lourde pour un individu sans autres obligations…Au surplus, la situation ne facilite pas le renouvellement du personnel politique. Son mandat national est un atout de première importance pour un conseiller général ou un maire et, en sens inverse, sa situation locale conforte sa position au moment des élections nationales. On comprend qu'il ne soit pas porté à y renoncer. Mais par-là, il bloque durablement des mandats locaux qui permettraient à de nouveaux talents de se révéler, de faire leurs classes et de prétendre ensuite à des responsabilités nationales. Appliquer le principe « un homme, un mandat » entrainerait un extraordinaire appel d'air pour la démocratie. Enfin le cumul entraîne des *conflits d'intérêts* malsains, dans lesquels l'élu local sera tenté de faire prévaloir l'intérêt de la circonscription sur l'intérêt général qu'il a vocation à défendre en tant que parlementaire ».

[161] É. Guérin-Lavignotte, É. Kerrouche, « Les élus locaux en Europe. Un statut en mutation », *La documentation française*, 2006, p. 75 ; voir aussi J.-M. Pastor, « Le cumul des mandats, une « exception française », *AJCT*, 2012, p. 112.

européen, on ne connaît d'application aussi systématique de cette possibilité – quand elle existe – que dans l'Hexagone »[162].

100. Les justifications traditionnelles du cumul de mandat ont ainsi été remises en cause. L'un des opposants au cumul des mandats, le professeur Guy Carcassonne, avançait plusieurs arguments contre cette pratique. Selon lui, « on ne peut servir convenablement deux maîtres : la nation et les collectivités territoriales. On penchera d'un côté, au détriment de l'autre. En outre, l'activité parlementaire est "une occupation qui est bien digne d'un plein-temps", et "ne pas l'admettre est intrinsèquement choquant "». Ensuite, il évoquait le fait que « le cumul des mandats est un facteur d'absentéisme » et il ajoutait que « le cumul pouvait se comprendre dans la France centralisée de jadis, en mettant du liant entre le centre et la périphérie, mais il n'a plus de sens aujourd'hui : "on peut contacter un bureau ministériel sans pigeon voyageur ou nuits passées dans un train à vapeur" ». Et enfin, il soulignait que « le cumul est un désastre politique qui bloque le renouvellement et la diversité d'un corps électif que menacent le vieillissement, l'homogénéité et, avec eux, la sclérose. Les situations de cumul, en effet, ce sont autant de mandats " fermés aux femmes, aux jeunes, à la diversité". Pire, la tendance serait "assez naturelle qui conduit chaque élu à se méfier de tout nouveau venu de son propre parti, surtout s'il semble prometteur" » [163]. La réglementation du cumul des mandats a été plus largement souhaitée par la majorité de la doctrine qui contestait les fondements du cumul de mandats. A ce titre, le professeur Yves Gaudemet relevait que « la réglementation du cumul des mandats répond à un objectif qui lui est propre : il s'agit d'empêcher des situations artificielles ou fictives, dans lesquelles une même personne n'a manifestement pas la possibilité matérielle ni le temps d'occuper simultanément plusieurs fonctions électives importantes » [164] . Le professeur Bertrand Mathieu et le professeur Philippe Ardant considéraient, quant à eux, qu'« appliquer le principe "un homme, un mandat" entraînerait un extraordinaire appel d'air pour la démocratie »[165]. Le rapport de la Commission de rénovation et déontologie de la vie publique, présidée par Lionel Jospin, en 2012, proposait d'interdire le cumul d'un mandat parlementaire avec l'exercice de toute fonction locale à l'exception d'un mandat local simple[166]. L'exercice simultané de plusieurs mandats a, en définitive, été

[162] É.Guérin-Lavignotte, É. Kerrouche, *Op. cit.*

[163] G. Carcassonne, « Une "absurde exception française" », disponible sur le site : http://www.ceas53.org ; voir également G. Carcassonne, « Cumul des mandats, le piège », *Le Monde*, 3 mai 2010, disponible sur le site : http://www.lemonde.fr.

[164] Y. Gaudemet, *Op. cit.*

[165] B.Mathieu et P.Ardant, *Op. cit.*, p 571.

[166] Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidé par Lionel Jospin, « Pour un renouveau démocratique », Rapport au Président de la République p. 63-64.

considéré comme contreproductif et ne répondant pas à la spécificité de la fonction parlementaire.

101. Relayant en partie seulement ces critiques, le législateur est intervenu et a adopté la loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014[167] interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur. Toutefois, la pratique du cumul de mandats ne disparaîtra pas totalement car cette loi prévoit dans son article 9[168] la possibilité de cumul avec le mandat de conseiller municipal, celui de conseiller régional ou départemental, celui de conseiller à l'assemblée de Martinique ou de Guyane et enfin un parlementaire pourra siéger dans les instances d'un établissement public de coopération intercommunale sauf en qualité de Président. La loi organique du 14 février 2014 prend donc en compte l'importance de l'expérience locale et ne met pas fin à la pratique du cumul des mandats, ainsi la possibilité de cumul demeure envisageable ce qui n'est pas exempt de critiques.

Le régime d'incompatibilités prévu pour les parlementaires est moins rigide que celui des ministres mais plus restreint que celui applicable aux élus locaux.

[167] L'article L.O 141-1 du Code électoral prévoit que :« Le mandat de député est incompatible avec :1° Les fonctions de maire, de maire d'arrondissement, de maire délégué et d'adjoint au maire ;2° Les fonctions de président et de vice-président d'un établissement public de coopération intercommunale ;3° Les fonctions de président et de vice-président de conseil départemental ;4° Les fonctions de président et de vice-président de conseil régional ;5° Les fonctions de président et de vice-président d'un syndicat mixte ;6° Les fonctions de président, de membre du conseil exécutif de Corse et de président de l'assemblée de Corse ;7° Les fonctions de président et de vice-président de l'assemblée de Guyane ou de l'assemblée de Martinique ; de président et de membre du conseil exécutif de Martinique ;8° Les fonctions de président, de vice-président et de membre du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ; de président et de vice-président du congrès de la Nouvelle-Calédonie ; de président et de vice-président d'une assemblée de province de la Nouvelle-Calédonie ;9° Les fonctions de président, de vice-président et de membre du gouvernement de la Polynésie française ; de président et de vice-président de l'assemblée de la Polynésie française ;10° Les fonctions de président et de vice-président de l'assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna ;11° Les fonctions de président et de vice-président du conseil territorial de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon ; de membre du conseil exécutif de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon ;12° Les fonctions de président et de vice-président de l'organe délibérant de toute autre collectivité territoriale créée par la loi ;13° Les fonctions de président de l'Assemblée des Français de l'étranger, de membre du bureau de l'Assemblée des Français de l'étranger et de vice-président de conseil consulaire. Tant qu'il n'est pas mis fin, dans les conditions prévues au II de l'article LO 151, à une incompatibilité mentionnée au présent article, l'élu concerné ne perçoit que l'indemnité attachée à son mandat parlementaire. NOTA : En vertu de l'article 12 de la loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, le présent article s'applique à tout parlementaire à compter du premier renouvellement de l'assemblée à laquelle il appartient suivant le 31 mars 2017 ».

[168] Voir l'article 9 de la loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr.

c) Un régime d'incompatibilités souple applicable aux élus locaux

102. Eu égard à leurs attributions circonscrites au niveau territoriales, mais aussi au caractère indemnitaire de leur fonction[169], les élus locaux ne sont pas soumis à un régime d'incompatibilité équivalent aux membres du gouvernement ou aux parlementaires. Les dispositions relatives aux incompatibilités parlementaires et ministérielles qui prévoient une interdiction quasi-absolue entre l'exercice de la fonction et une fonction publique non élective, ne sont transposables aux titulaires des mandats locaux que de manière limitativement énumérée par les textes pour les conseillers municipaux[170], pour les conseillers départementaux[171] et pour les conseillers régionaux[172]. Concernant leurs activités privées, elles ne sont soumises qu'à un faible nombre de restrictions légales[173]. En conséquence, leurs libertés de travailler et d'entreprendre apparaissent plus étendues que celles des parlementaires et des membres du gouvernement. En revanche, concernant les incompatibilités avec d'autres fonctions électives, l'article L 46-1 du Code électoral prévoit que : « nul ne peut cumuler plus de deux des mandats électoraux énumérés ci-après : conseiller régional, conseiller à l'Assemblée de Corse, conseiller départemental, conseiller de

[169] L'article L. 2123-17 du Code général des collectivités territoriales dispose que « les fonctions de maire, d'adjoint et de conseiller municipal sont gratuites ». Seuls les responsables politique des exécutifs des grandes collectivités territoriales peuvent prétendre à un régime indemnitaire suffisant leur permettant de renoncer à l'exercice d'autres activités professionnelles.

[170] A titre illustratif concernant les conseillers municipaux, l'article L.237 du Code électoral précise que cette fonction est incompatible avec celle de préfet ou sous-préfet et de secrétaire général de préfecture, de fonctionnaire des corps de conception et de direction et de commandement et d'encadrement de la police nationale, de représentant légal des établissements communaux ou intercommunaux tels que les établissements publics de santé, les hospices publics et les maisons de retraite publiques sauf celles rattachées au bureau d'aide sociale de Paris, dans la ou les communes de rattachement de l'établissement où il exerce son mandat. L'article L 46 du même Code prévoit une incompatibilité avec la fonction de militaire de carrière ou assimilé. Il existe un régime spécifique d'incompatibilité pour la fonction de maire. L'article L 2122-4 du Code général des collectivités territoriales précise que « les fonctions de maire sont incompatibles avec l'exercice d'une des fonctions électives suivantes : président d'un conseil régional (et) président d'un conseil départemental. Les fonctions de maire sont également incompatibles avec celles de membre de la Commission européenne, membre du directoire de la Banque centrale européenne ou membre du conseil de la politique monétaire de la Banque de France ».

[171] Concernant les conseillers départementaux, les articles L. 206 et L. 207, L. 46, L. 195 du Code électoral impose certaines incompatibilités comme par exemple le cumul avec les fonctions de militaire de carrière, ou de Préfet dans le département où il exerce leur mandat, mais encore les fonctions de magistrats du siège et du parquet des cours d'appel dans le ressort du lieu dans lequel ils effectuent leur fonction. De plus, le Président doit respecter des incompatibilités prévues par l'article L 3122-3 du Code général des collectivités territoriales c'est-à-dire qu'il ne doit pas exercer la fonction de président d'un conseil régional ou celle de maire, mais aussi celles de membre de la Commission européenne, membre du directoire de la Banque centrale européenne ou membre du Conseil de la politique monétaire de la Banque de France.

[172] Concernant les conseillers régionaux, l'article L.342 du Code électoral leur imposent les mêmes incompatibilités que celles applicables aux conseillers départementaux issues de l'article L.46 et celles du 1° et du 6° de l'article L.195 du Code électoral. De plus, l'article L.343 du même code précise qu'il est interdit aux conseillers régionaux d'exercer les fonctions d'agent salariés de la région. Le président du conseil régional doit respecter des incompatibilités imposées par l'article L.4133-3 du Code général des collectivités territoriales qui dispose que « les fonctions de président de conseil régional sont incompatibles avec l'exercice d'une des fonctions électives suivantes : président d'un conseil départemental, maire, le président du conseil de la métropole de Lyon. Les fonctions de président de conseil régional sont également incompatibles avec celles de membre de la Commission européenne, membre du directoire de la Banque centrale européenne ou membre du conseil de la politique monétaire de la Banque de France ».

[173] Voir *infra*.

Paris, conseiller à l'assemblée de Guyane, conseiller à l'assemblée de Martinique, conseiller municipal ». L'article 6-3 de la loi de du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen prohibe également le cumul de ces mandats avec le mandat de parlementaire européen.

103. Moins étendues en général, les incompatibilités des élus locaux sont de plus parfois circonscrites au lieu où ils exercent leur mandat, contrairement aux parlementaires et aux ministres qui doivent respecter des incompatibilités que l'on pourrait qualifier de générales, c'est-à-dire qui sont applicables sur l'ensemble du territoire. De ce point de vue aussi, la spécificité de leur fonction conduit à ce que leurs libertés de travailler et d'entreprendre soient moins limitées.

Force est de constater que les limitations prévues par les incompatibilités à la liberté de travailler et à la liberté d'entreprendre sont acceptables que si elles répondent à certaines exigences (B).

B – La préservation de la liberté de travailler et de la liberté d'entreprendre par le contrôle juridictionnel des incompatibilités

104. Le juge prête une vigilance particulière lorsqu'un droit ou liberté fait l'objet d'une limitation par une autorité politique. Dans cette optique, lorsque les droits et libertés sont impactés par les incompatibilités, il vérifie qu'elles soient édictées par les autorités compétentes désignées par la Constitution (1), et qu'elles soient proportionnées (2), ce qui contribue à la préservation des droits fondamentaux.

1- Le contrôle du respect de la règle de compétence

105. Les incompatibilités doivent être déterminées par les organes désignés par la Constitution. Les incompatibilités applicables aux membres du gouvernement relèvent de la compétence du pouvoir constituant en vertu de l'article 23 de la Constitution. La séparation des pouvoirs empêche l'immixtion du législateur en la matière, le Conseil constitutionnel déclarera non conforme à la Constitution toute incompatibilité nouvelle issue d'une loi organique ou d'une loi ordinaire.

106. Quant aux incompatibilités applicables aux parlementaires, l'article 25 de la Constitution confie à la loi organique, et non pas à la loi ordinaire, le soin de fixer ce régime. Le choix d'une loi organique résulte de la volonté de préserver la liberté de travailler et d'entreprendre des parlementaires dans la mesure où, même si elle émane du parlement, son adoption est différente d'une loi ordinaire puisque son examen nécessite un délai plus long, de six semaines au moins, après son dépôt. Contrairement à une loi ordinaire où l'Assemblée nationale peut avoir le dernier à majorité simple, la loi organique impose une majorité absolue. Comme les incompatibilités parlementaires concernent aussi les sénateurs, l'accord du Sénat est impératif, ce qui renforce le consensus face à son adoption. Dès lors, les atteintes à la liberté de travailler et à la liberté d'entreprendre sont strictement contrôlées, à la fois par le contrôle parlementaire et par le contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel qui est obligatoirement saisi lorsqu'il s'agit d'une loi organique.

107. Cette règle de compétence relative aux incompatibilités des parlementaires a été rappelée par le Conseil constitutionnel, qui dans sa décision du 20 janvier 1972[174], a déclaré non conforme à l'article 25 de la Constitution, l'alinéa 2 de l'article 21 de l'ordonnance du 24 octobre 1958 dans sa rédaction résultant de l'article 4 de la loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires. En effet, cette disposition de la loi organique laissait « à chaque assemblée parlementaire le soin de déterminer par la voie de son règlement l'autorité chargée de se prononcer sur les demandes de ses membres quand ceux-ci sollicitent l'autorisation de prendre, en cours de mandat, des fonctions et emplois mentionnés par ladite disposition ». Celle-ci fut, dès lors, déclarée contraire à la Constitution puisque, selon le Conseil constitutionnel, seule une loi organique peut fixer le régime des incompatibilités parlementaires. Il en va de même dans sa décision du 30 août 1984[175] dans laquelle le Conseil précise que « l'article 71 de la Constitution, en disposant que : "La composition du Conseil économique et social et ses règles de fonctionnement sont fixées par une loi organique", réserve à la loi organique le soin d'instituer les incompatibilités applicables aux membres du Conseil économique et social ; que, par suite, la loi déférée au Conseil constitutionnel, qui n'a pas le caractère organique, ne pouvait instituer un nouveau cas d'incompatibilité; Sur l'incompatibilité entre les fonctions de membre du Gouvernement du

[174] Cons. cons., 20 janvier 1972, DC n° 71-46, Loi organique modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires.
[175] Cons. cons., 30 août 1984, DC n° 84-177, Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française, et notamment son article 10 ; voir aussi Cons. cons., 30 août 1984, DC n° 84-178, Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137.

territoire de la Polynésie française et celles de membre de l'Assemblée des communautés européennes ».

108. Plus tard, dans sa décision du 18 septembre 1986[176], le Conseil réitère sa position relative au respect de la règle de compétence inhérente aux incompatibilités. Dans cette décision, les incompatibilités concernaient aussi bien les membres du gouvernement que les parlementaires. L'article 5 de la loi relative à la liberté de communication prévoyait une incompatibilité entre les fonctions de membre de la Commission nationale de la communication et des libertés avec tout mandat électif, tout emploi public et toute activité professionnelle. Le juge constitutionnel, alors qu'il s'agissait d'une loi ordinaire, ne la déclare pas contraire à la Constitution puisqu'elle est la conséquence d'une disposition constitutionnelle en ce qui concerne les membres du gouvernement et d'une loi organique s'agissant des parlementaires. D'après le Conseil, « le fait que l'incompatibilité édictée par l'article 5 de la loi soit applicable aux membres du Gouvernement, loin de méconnaître l'article 23 de la Constitution, en constitue, au contraire, une exacte application ». De la même manière, à propos des incompatibilités parlementaires, le Conseil indique qu'une loi ordinaire qui retiendrait une incompatibilité, auparavant fixée par une loi organique, en l'espèce, par l'article L.O. 142 du Code électoral, ne constitue pas une violation de l'article 25 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel n'a pas assoupli sa jurisprudence traditionnelle, il la maintient en exigeant une loi organique pour instaurer une incompatibilité parlementaire.

109. En revanche, les incompatibilités applicables aux mandats locaux relèvent de la loi ordinaire en vertu de l'article 34 de la Constitution. Le législateur ne peut s'autoriser une subdélégation de compétence au profit du pouvoir réglementaire. Ainsi, le risque de ne pas assortir les incompatibilités de garanties légales suffisantes est fortement limité, à l'instar de la compétence législative dans la limitation des autres droits et libertés constitutionnels où l'incompétence négative est sanctionnée par le Conseil constitutionnel.

110. Le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que les incompatibilités ne se présument pas, elles doivent résulter exclusivement d'une disposition expresse de la loi[177]. Toutefois, il a admis que les incompatibilités peuvent être instaurées par d'autres textes que ceux prévus par la partie législative du Code électoral ou du Code général des collectivités territoriales. Dans sa décision du 28 décembre 2001, il a précisé que « l'édiction d'une règle d'incompatibilité

[176] Cons, cons, 18 septembre 1986, DC n° 86-217, Loi relative à la liberté de communication.
[177] CE, 2 novembre 1977, Élections municipales de Soultznatt, *RDP* 1978. 909, chron. J. Boulouis.

ayant pour objet de prohiber l'exercice simultané d'un mandat électif et celui d'une profession ou d'une activité peut résulter aussi bien des règles applicables à ce mandat électif que de celles relatives à la profession et l'activité en cause »[178].

111. De surcroît, les incompatibilités qui limitent la liberté de travailler et d'entreprendre font l'objet d'un contrôle de proportionnalité.

2- Le contrôle de la proportionnalité des incompatibilités

112. Les incompatibilités entraînant la restriction de la liberté de travailler et de la liberté d'entreprendre doivent répondre au principe de la nécessité qui fait l'objet d'une appréciation systématique par le juge.

113. Le Conseil constitutionnel vérifie si les incompatibilités ne portent pas une atteinte excessive aux droits fondamentaux du responsable politique. Ainsi, dans sa décision du 30 mars 2000 concernant la loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice, le Conseil a indiqué que « si le législateur peut prévoir des incompatibilités entre mandats électoraux ou fonctions électives et activités ou fonctions professionnelles, la restriction ainsi apportée à l'exercice de fonctions publiques doit être justifiée, au regard des exigences découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789, par la nécessité de protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou l'indépendance des juridictions contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts »[179]. Le juge constitutionnel déclare l'article 3 de la loi susdite contraire à la Constitution puisqu'il ne cantonne pas ces incompatibilités au ressort géographique de la collectivité territoriale dont l'intéressé est élu. Selon le Conseil, « cette justification fait défaut dès lors que les incompatibilités critiquées ne sont pas, en l'espèce, limitées aux cas où le ressort géographique de la collectivité territoriale coïncide, en tout ou partie, avec celui de la chambre consulaire ou du tribunal de commerce ».

114. De même, dans sa décision du 9 octobre 2013[180], le juge constitutionnel s'est prononcé sur la conformité de la loi organique relative à la transparence de la vie publique qui

[178] CE, 28 décembre 2001, Élections du maire de Longeville-les-Metz, Lebon p. 677.

[179] Cons. cons., 30 mars 2000, DC n° 2000-426, considérant 15, concernant la loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice. Cette position a été réitérée dans ses décisions, DC n° 2014-688 du 13 février 2014 relative à la loi interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen, et dans sa décision QPC n° 2014-432 du 28 novembre 2014 relative à l'incompatibilité des fonctions de militaire en activité avec un mandat électif local.

[180] Cons. cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676 portant sur la loi relative à la transparence de la vie publique.

renforçait les incompatibilités parlementaires. Elle prévoyait notamment l'interdiction d'exercer toute activité professionnelle qui n'était pas la sienne avant le début de son mandat ou une fonction de conseil, sauf dans le cadre d'une profession réglementée. Le Conseil a estimé cette disposition contraire à la Constitution en soulignant que « le législateur a institué des interdictions qui, par leur portée, excèdent manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts ».

115. Pour être valables, les incompatibilités doivent être nécessaires et proportionnées à la protection de la fonction, comme l'a rappelé le Conseil d'État[181], à l'occasion d'une QPC relative à la conformité de l'article L. 237-1 du code électoral issu de l'article 23 de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 aux droits et libertés garantis par la Constitution, qu' « en rendant incompatible le mandat de conseiller communautaire avec l'exercice d'un emploi salarié au sein des communes membres de l'établissement public de coopération intercommunale concerné, le législateur a institué une interdiction qui, par sa portée, n'excède pas manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts ». Les fondements constitutionnels de la liberté de travailler et de la liberté d'entreprendre imposent le contrôle de la proportionnalité de l'incompatibilité dans l'objectif de préserver les libertés fondamentales précitées.

116. La fonction politique entraîne non seulement la restriction des droits des travailleurs et de la liberté d'entreprendre, mais aussi un degré de protection plus limité du droit au respect de la vie privée de son titulaire.

[181] CE, 17 décembre 2014, n° 383316.

Section II – Le droit au respect de la vie privée

117. Si avant la Révolution, l'intimité des responsables politiques, à l'instar du roi, était absorbée par la sphère publique, de telle sorte que « les palais royaux (étaient) ouverts à tous ou presque, la reine accouch(ait) en public, la chambre du roi (était) occupée du matin au soir, tous ses repas (étaient) pris en public »[182], la DDHC a marqué « la rupture entre une scène publique où s'exprime la communauté des citoyens et une sphère privée où seraient gérées les seules relations humaines. Cette rupture met un terme à la logique qui avait présidé à l'établissement de la société de cour, à savoir un règlement de la chose privée sous le modèle de la chose publique, car les deux éléments étaient superposés dans la personne du roi. La disjonction entre fonction et personne, produite par la démocratie libérale, nécessite la définition théorique puis l'entrée en pratique de deux espaces distincts »[183]. Malgré cette approche, un droit de contrôle sur certains éléments relevant de la sphère privée pouvant impacter l'exercice de la fonction a été considéré, dans une logique démocratique, par l'intermédiaire de la transparence, comme une nécessité se traduisant par un degré de protection plus limitée du droit au respect de leur vie privée des responsables politiques (§I). Progressivement, la lutte contre la crise de la représentation a entraîné une prise en compte excessive de la transparence par le juge et le législateur. De cette manière, « le mur de la vie privée des hommes politiques se fissure, plus au moins, en plusieurs endroits, de telle sorte que, si la reconnaissance par le législateur de la généralité du droit au respect de la vie privée paraît nette, la réalité l'est moins »[184]. Cette situation altère la protection de ce droit fondamental (§II).

[182] B. Beignier, *La protection de la vie privée, dans Libertés et droits fondamentaux*, 9ème éd., Dalloz, 2003, p 171.
[183] F. Almeida, « Des usages de la vie privée dans la (dé)légitimation politique », *Quademi*, février 2010, n°72, p.77.
[184] P. Larrieu, *La vie politique saisie par le droit privé*, Préface J. Mestre, Thèse, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2006, p 134.

§ I – La transparence : facteur d'une protection plus limitée du droit au respect de la vie privée

118. Restaurer la confiance des citoyens envers les responsables politiques se transcrit par l'instauration de l'exigence de transparence à leur égard[185]. Ce « devoir de transparence » engendre « un droit du public à être pleinement informé de tout ce qui peut avoir une incidence sur la vie publique »[186]. Dès lors, le responsable politique « ne peut prétendre être une personne privée ayant droit à l'anonymat. (…) les Hommes politiques, (…) accomplissent leurs tâches de manière publique. Ils peuvent ne pas rechercher la publicité mais, par définition, leur image est, dans une certaine mesure, propriété publique »[187]. L'exigence de la transparence fondée par le statut du responsable politique a rendu licite le droit à l'information et la liberté d'expression des citoyens dans ce domaine pourtant soustrait à l'intrusion des tiers (A). Néanmoins, cette immixtion n'est acceptable que si elle contribue à un débat d'intérêt général (B).

A – L'admissibilité du droit à l'information dans le domaine de l'intimité

119. La vie privée[188], comme l'avait souligné Jean Rivero, est « cette sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié. La liberté de la vie privée

[185] La singularité de la fonction politique impose, comme le mentionnait déjà en 1848, le Dictionnaire politique, que « la vie privée doit être murée, a-t-on dit… ; à l'égard des simples citoyens, on conçoit jusqu'à un certain point que la loi protège une obscurité volontaire. Mais celui qui veut exercer la vie publique ne peut plus revendiquer la même tolérance. La vie privée éclaire la valeur publique d'un homme, il faut qu'elle puisse être perpétuellement recherchée et examinée, et ceci est de l'intérêt de tout le monde, de l'individu aussi bien que de la société, car le droit à examiner… est le meilleur garant contre la calomnie » Rubrique « Privée (vie) », *Dictionnaire politique*, cité par Conseil d'État, *La transparence et le secret*, Rapport public 1995, E.D.C.E., La documentation Française, n° 47, 1996, p. 85.

[186] Civ. 1ère, 11 juillet 2018, n°17-22.381 : Dans l'arrêt du 11 juillet 2018, la Cour de cassation déclare que « le fait d'exercer une fonction publique ou de prétendre à un rôle politique expose nécessairement à l'attention du public, y compris dans des domaines relevant de la vie privée, de sorte que certains actes privés de personnes publiques peuvent ne pas être considérés comme tels, en raison de l'impact qu'ils peuvent avoir, eu égard au rôle de ces personnes sur la scène politique ou sociale et de l'intérêt que le public peut avoir, en conséquence, à en prendre connaissance » ; voir aussi A. Lacabarats, « Vie privée et médias », Intervention au colloque Cour de cassation 2002, disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr.

[187] Opinions concordantes du juge Zupančič, dans l'affaire CEDH, 24 juin 2004, Von Hannover c. Allemagne, n° 59320/00, p 34.

[188] Il convient de préciser que les textes ne définissent pas le contenu de cette notion. C'est la raison pour laquelle la doctrine s'est emparée de la question. Deux conceptions ont été développées. En premier lieu, une conception objective ou une approche négative de la vie privée a été proposée. Cette acception consiste à opposer la vie privée et la vie publique de l'individu. Dans cette optique, la vie privée ressort par la soustraction à la vie publique. Les éléments qui ne relèvent pas de la vie publique, font partie de la sphère privée. Cette position a été partagée par Raymond Lindon (R. Lindon, « La presse et la vie privée », *JCP* 1965. II. 1887) et Robert Badinter (R. Badinter, « « Le droit au respect de la vie privée, *JCP* 1968, éd. G, I, 2136). Ce dernier définit la vie publique comme « la participation de l'individu à la vie de la cité sous ses trois aspects fondamentaux : ses travaux, ses jeux, ses institutions ». Or, cette analyse présente le risque d'exclure de la vie privée des

est la reconnaissance, au profit de chacun, d'une zone d'activité qui lui est propre, et qu'il est maître d'interdire à autrui »[189]. La personne dispose d'un droit de contrôle sur ce qui relève de son intimité. Ce droit est inscrit à l'article 9 du Code civil et revêt une valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1999, qui l'attache à l'article 2 de la DDHC de 1789[190]. Il est également protégé par les instruments internationaux, comme l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 8-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 7 du chapitre II de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

120. Parmi l'ensemble des instruments juridiques susmentionnés, qui assurent la protection du droit au respect de la vie privée, aucun ne prévoit une différence de traitement entre le responsable politique et un citoyen ordinaire. En principe, la vie privée des responsables politiques est protégée de la même manière que celle des autres personnes comme le précise la jurisprudence, « toute personne, quelle que soit sa notoriété, a droit au respect de sa vie privée et peut s'opposer à la divulgation d'informations la concernant »[191]. Cependant, les progrès de la démocratie médiatisée et la lutte contre la crise de la représentation ont enclin le juge et le législateur à admettre que le titulaire d'une fonction politique, ne peut prétendre dans certaines circonstances, à la protection de son droit au respect de la vie privée au même titre qu'un citoyen ordinaire. Il est admis qu'il ne puisse pas contrôler, dans certaines circonstances, les informations relevant de sa vie privée alors que ce pouvoir constitue l'essence même de ce droit. Le régime de protection de droit commun plaide en ce sens. Or, concernant le droit au respect de la vie privée des responsables politiques, on remarque la

---

activités qui se déroulaient en public, car « la vie privée ne s'arrête pas lorsque l'on franchit le seuil de son domicile » (H. Alcaraz, *Le droit à l'intimité devant les juges constitutionnels français et espagnol*, cité dans L. Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*,7ème éd., Dalloz, 2016, p. 273). A cet égard, Hubert Alcaraz souligne que « la vie privée ne s'exerce pas uniquement au domicile de son titulaire, mais, reliée à la personne, elle la suit lorsqu'elle quitte ce lieu, habituellement désigné comme "privée", pour poursuivre ses activités dans un espace plus "ouvert" ». En second lieu, a été retenu une conception subjective, une approche positive de la vie privée. Cette approche consiste à « se concentrer davantage sur la personne elle-même et son libre épanouissement » (L. Favoreu, *Op. cit.*, p. 273). Elle présente l'avantage d'exclure la distinction entre la sphère privée et la sphère publique et permet à l'individu de protéger son intimité. Cette conception, s'avère aussi imparfaite, dans la mesure où, en pratique, la vie privée est une notion mouvante, surtout avec l'apparition des nouvelles technologies qui rend complexe l'identification des contenus de la vie privée. Face à la complexité d'une telle tâche, la jurisprudence a dû préciser les contours de cette notion au fur à mesure des contentieux. Elle considère que relève de la vie privée : le patrimoine, le salaire, la dette, l'adresse du domicile, l'inviolabilité de domicile, les loisirs, les convictions personnelles, qui définissent une personne sur le plan religieux, politique, philosophique ou moral, le corps humain, la santé, la vie sentimentale, la vie sexuelle et la vie affective (J-P Gridel, « Le fond du droit », cité dans « Le droit à la vie privée et la liberté d'expression », Bulletin d'information n° 573 du 15/03/2003 de la Cour de cassation, disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr). Le contenu de la vie privée est susceptible d'évolution car l'article 9 du Code civil laisse une marge d'appréciation assez conséquente au juge.

[189] J. Rivéro, *Libertés publiques*, Tome II, PUF, Paris, 1983, p. 74.

[190] Cons. cons, 23 juillet 1999, DC n°99-416, Loi portant création d'une couverture maladie universelle.

[191] Trib. civ. Seine (1ère ch.), 16 juin 1858, Félix c. O'Connell, *Dalloz périodique*, 1858, III, p. 62.

manifestation d'un régime d'exception, forgé par le juge et le législateur sur le fondement du principe de transparence.

121. Pour le juge, le droit à l'information dans le domaine de l'intimité des responsables politiques revêt un caractère licite lorsque la transparence est jugée légitime en raison de la contribution de l'élément révélé au débat d'intérêt général. En vertu de ce principe, le juge interne, comme la Cour EDH, considère que « les limites de la protection qui sont dues à (l') intimité (du responsable politique), ne peuvent s'apprécier aussi strictement que lorsqu'il s'agit d'un citoyen anonyme, éloigné des médias par son mode de vie »[192]. La prise en compte de la transparence par la Cour EDH a conduit cette dernière à admettre qu'« (…) il existe un droit du public à être informé, droit essentiel dans une société démocratique et qui, dans des circonstances particulières, peut même porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment lorsqu'il s'agit de personnalités politiques »[193]. Elle note que les responsables politiques considérés comme des personnages publics « ne peuvent pas prétendre de la même manière à une protection de leur droit à la vie privée que des personnes privées inconnues du public »[194] . Certaines conjonctures peuvent justifier des atteintes à leur vie privée[195]. De surcroît, elle a jugé que « selon qu'elle est ou non investie de fonctions officielles, une personne pourra voir son droit à l'intimité de sa vie privée plus ou moins restreint : en ce sens, le droit des personnes publiques à préserver le secret de leur vie privée est en principe plus large lorsqu'elles ne sont détentrices d'aucune fonction officielle »[196]. Récemment, à propos de la vie privée d'un responsable politique, elle a déclaré que « le fait d'exercer une fonction publique ou de prétendre à un rôle politique expose nécessairement à l'attention du public, y compris dans des domaines relevant de la vie privée. Dès lors, certains actes privés des personnes publiques peuvent ne pas être considérés comme tels, en raison de l'impact qu'ils peuvent avoir eu égard au rôle de ces personnes sur la scène politique ou sociale et de l'intérêt que le public peut avoir, en conséquence, à en prendre connaissance (…). Il ne fait aucun doute que la protection de la vie privée des personnalités politiques se trouve réduite en raison des fonctions publiques exercées » [197] . Dans cette logique, la révélation du patrimoine d'un responsable politique, son appartenance à un courant de

[192] TGI Nanterre, 31 mai 1995, cité par : O.Antin, L. Brossollet , « Le domaine de la vie privée et sa délimitation jurisprudentielle », *Legicom*, 4/1999 (N° 20), p. 9-19.
[193] CEDH, 16 novembre 2004, Karhuvaara et Iltalehti c./ Finlande, n° 53678/00, § 45.
[194] CEDH, 7 février 2012, Von Hannover c./ Allemagne n°2, n°40660/08, §110 ; voir aussi CEDH, 19 septembre 2013, Von Hannover c./ Allemagne n°3, n° 8772/10, §53.
[195] CEDH, 10 janvier 2012, Standard Verlags GmbH c./ Autriche n° 3, n° 34702/07, § 53.
[196] CEDH, 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi associés c./ France, n° 40454/07, §119.
[197]CEDH, 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi associés c./ France, n° 40454/07, §120.

pensées[198], ses relations sentimentales[199], sa situation familiale et son état de santé[200]…, ont été jugés non attentatoires au droit au respect de leur vie privée et l'accès des tiers à la connaissance de ces informations a été considéré comme légitime.

122. Pour le législateur, l'exigence de la transparence s'est focalisée autour de la situation patrimoniale des responsables politiques. L'instauration de la déclaration de patrimoine des responsables politiques a été considérée comme un pilier essentiel à la légitimité de la fonction politique, dès la Révolution. La Convention, après de nombreuses discussions, adopta le principe selon lequel « les représentants du peuple sont à chaque instant comptables à la Nation de l'état de leur fortune »[201]. Puis le 4 vendémiaire an IV (26 septembre 1795), elle adopte un décret qui consacre le principe de transparence en disposant que « chaque représentant du peuple sera tenu, dans le délai d'une décade, et dans celui de deux décades pour ceux qui sont négociants ou marchands, de déposer au comité des décrets la déclaration, écrite et signée par chaque déclarant, de la fortune qu'il avait au commencement de la Révolution et de celle qu'il possède actuellement ; que cette déclaration sera imprimée et envoyée à toutes les communes, pour y être publiée, affichée, et soumise à la censure publique »[202]. L'objectif de cette mesure était de contrôler que les conventionnels élus ne s'étaient pas enrichis du fait de leur fonction. Néanmoins, ce décret a été peu appliqué, puis, abandonné. Jusqu'à la Vème République, la question de la transparence est tombée en désuétude. Elle resurgit à la suite de différents scandales politico-financiers. Le législateur est ainsi intervenu par la loi organique du 24 janvier 1972[203], qui impose dans son article 3 une double obligation déclarative à la charge des députés et sénateurs, cette déclaration concerne l'activité qu'il souhaite conserver et celle qu'il entreprend au cours de son mandat. Cette disposition énonce que « le parlementaire doit déclarer au bureau de l'Assemblée à laquelle il appartient toute activité professionnelle qu'il envisage de conserver. De même il doit, en cours de mandat, déclarer toute activité professionnelle nouvelle qu'il envisage d'exercer ». Par la suite, l'affaire politico-judiciaire Luchaire, sur la vente illégale d'armes à l'Iran, a abouti à l'adoption de la loi organique n° 88-226 du 11 mars 1988 et la loi n° 88-227 du 11

[198] Civ. 1er, 24 octobre 2006, bull.civ. I, n°437. Il a été jugé que la révélation de l'appartenance à la franc-maçonnerie justifiée par l'information du public sur un débat d'intérêt général.
[199] CEDH, 14 janvier 2014, Ruusunen c./ Finlande, n° 73579/10 (anglais).
[200] CEDH, 7 février 2012, Von Hannover c./ Allemagne, n° 40660/08, la révélation des informations sur l'état de santé n'est pas constitutive d'une atteinte à la vie privée.
[201] C-E. Sénac, « Données personnelles et transparence de la vie publique », *RDLF*, 2018 chron. n°19.
[202] Bulletin des lois de la République française, vol. 6, n° 1132, cité par Ph. Bourdin, « Démocratie tronquée, Convention transparente. Les Deux Tiers au crible des déclarations individuelles d'état-civil et de patrimoine », *Annales historiques de la Révolution française*, mars 2015, n° 381, p. 155 à 187, voir aussi C-E. Sénac, *Op. cit.*
[203] Loi organique modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, n° 72-64, JO 25 janvier 1972, p. 1004.

mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique qui impose la déclaration de patrimoine à l'égard de certains responsables politiques. Cette loi précisait que ces derniers devaient la déposer auprès de la Commission pour la transparence financière de la vie politique. Ainsi, initialement, l'idée était de placer les responsables politiques à l'abri des suspicions, tel que le relevait Charles Pasqua, lorsqu'il était Ministre de l'Intérieur, au cours de la séance du 11 février 1988 au Sénat relative à cette loi en déclarant qu'« instituer des mécanismes permettant d'apprécier la variation de la situation patrimoniale des hommes politiques n'est pas une mesure de défiance à leur égard. Il s'agit, tout au contraire, d'éviter à l'avance les suspicions infondées en montrant à l'opinion publique que l'accomplissement d'un mandat électif ou d'une fonction publique importante n'est pas l'occasion, pour celui ou celle qui l'exerce, de s'enrichir indûment »[204]. De cette manière, « un droit de regard sur le patrimoine de certains élus »[205] a été instauré.

123. Dans la même perspective, la loi n° 95-126 du 8 février 1995 a étendu le champ de cette obligation aux parlementaires européens, aux présidents élus d'un groupement de communes doté d'une fiscalité propre dont la population excède 30 000 habitants. La loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique a aussi élargi la liste des personnes soumises à la déclaration de la situation patrimoniale.

124. Toujours dans l'objectif de renforcer la transparence de la vie politique, suite à « l'affaire Cahuzac », le législateur a adopté la loi n° 2013-907[206] et la loi organique n° 2013-906[207] du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique[208] qui ont étendu les obligations de la déclaration patrimoniale à d'autres catégories de responsables publics[209]. Elle crée la Haute Autorité de la transparence de la vie publique, autorité administrative indépendante, qui remplace la Commission pour la transparence financière de la vie politique.

[204] C. Pasqua, Minsitre de l'Intérieur, J.O, Sénat, Séance du 11 février 1988, p 18 disponible sur le site : http://www.senat.fr.
[205] P. Pactet, *Institutions politiques Droit constitutionnel*, 15ème éd., Armand Colin, Paris, Coll. « U », 1996, p. 380.
[206] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[207] Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[208] Haute autorité pour la transparence de la vie publique, Rapport d'activité 2015, p 15, disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr.
[209] Il s'agit des membres des cabinets ministériels, collaborateurs du Président de la République et des présidents des assemblées parlementaires, membres des autorités administratives ou publiques indépendantes et, enfin, toute personne nommée en Conseil des ministres et exerçant un emploi à la décision du Gouvernement.

Cette autorité dispose de compétences plus accrues que la commission concernant le contrôle de la déclaration patrimoniale[210].

125. L'étude des travaux préparatoires de ces dispositions législatives démontre que l'instauration de l'obligation de déclaration patrimoniale des responsables politiques répond à la prise en considération de l'objectif de transparence, comme le soulignait le Jean-Jacques Urvoas dans son rapport concernant la loi relative à la transparence de la vie publique, en 2013[211]. Selon lui, la loi du 11 mars 1988[212] « avait pour objet de mettre ces derniers (les responsables politiques) à l'abri des suspicions. Il s'agissait en particulier de pouvoir apprécier l'évolution du patrimoine au cours de l'exercice d'un mandat ou d'une fonction et, le cas échéant, de détecter des enrichissements anormaux. La transparence était déjà invoquée comme un principe cardinal, ainsi qu'en atteste l'intitulé des deux lois du 11 mars 1988, toutes deux relatives à la "transparence financière de la vie politique" »[213]. L'exigence de la transparence dans l'exercice de la fonction politique se justifie car la collectivité est en droit de s'assurer que les responsables politiques ne se sont pas enrichis en raison de leur mandat. D'autant plus que les déclarations de patrimoine auxquelles ils sont assujettis constituent désormais une obligation dont le non-respect dans les délais requis par la loi, est sanctionné par l'inéligibilité[214].

126. Bien que les informations relatives au patrimoine, relèvent de la vie privée de l'individu[215], le statut du responsable politique a fragilisé le degré de protection de ce pan.

---

[210] Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, Rapport d'activité 2015, « La Haute Autorité a la possibilité de solliciter l'administration fiscale pour qu'elle lui communique les informations qu'elle a en sa possession et que cette dernière mette en œuvre, lorsque c'est nécessaire, le droit de communication qu'elle détient en application du livre des procédures fiscales, afin d'obtenir communication de tout document susceptible de lui apporter des informations utiles à son contrôle. Les projets durcissent en outre les sanctions du délit de déclaration mensongère en les portant à 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, alourdies à 5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende pour les membres du Gouvernement. Une peine d'inéligibilité définitive ou temporaire des déclarants est également introduite en cas d'infraction portant atteinte à la probité (corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, fraude électorale ou fiscale). » p.17-18, disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr.

[211] J-J. Urvoas, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi organique (n° 1004) et le projet de loi (n °1005), relatif à la transparence de la vie publique, disponible sur le site : http://www.assemblee-nationale.fr.

[212] Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

[213] J-J. Urvoas, *Op. cit.*

[214] *Ibidem.*

[215] Le domaine patrimonial relève de la sphère privée comme le confirme la majorité de la doctrine : P. Kayser, *La protection de la vie privée par le droit*, 2ème éd., Economica, PUAM, n° 146 ; R. Lindon, note sous TGI Marseille, 29 sept. 1982, *D.* 1984, *Jur.* p. 64, et obs. sous TGI Paris, 11 juill. 1984, *D.* 1985, *IR* p. 166 ; D. Tallon, « Droits de la personnalité », *Rép. civ. Dalloz*, n° 49 ; J. Ravanas, *J.-Cl. Civil*, art. 9, Fasc. 1, n° 50.
Voir aussi, J. Ravanas, « L'argent et le respect dû à la vie privée », *Recueil Dalloz*, 1996 p.409 ; F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens*, 3ème éd., Dalloz, Précis, 1985, n° 43, p. 51, ils ajoutent : « ce qui peut inviter à faire état d'une sorte de personnalisation des biens » ; J. Hauser, « La vie privée et l'argent », *RTD civ.* 1994, p. 77, l'auteur estime : « Est une atteinte à la liberté de la vie privée la divulgation d'informations, tel un classement, susceptibles de stigmatiser les personnes et de les enfermer dans les catégories (…) de bénéficiaires d'aides publiques, également de riche ou de ploutocrate... ». R. Lindon,

127. Si un citoyen ordinaire peut invoquer la protection de ses renseignements patrimoniaux au titre du droit au respect de la vie privée, il n'en va pas de même concernant les titulaires des fonctions politiques en raison de leur statut. La jurisprudence considère que la révélation de la situation patrimoniale d'un responsable politique n'est pas attentatoire au droit au respect de sa vie privée. Ainsi, il a été jugé par la Cour EDH qu'« une législation qui, dans un souci de transparence et de lutte contre la corruption, impose à des élus la publication de renseignements patrimoniaux, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée »[216]. Mais encore, la Cour a eu l'occasion de relever que « les questions patrimoniales concernant une personne menant une vie publique […] ne relèvent pas du domaine de la vie privée »[217].

128. Dans le même ordre d'idées, le Conseil constitutionnel déclare comme non attentatoire au droit au respect de la vie privée, la révélation des renseignements d'ordre patrimonial des

---

note sous TGI Paris, 12 et 23 janv. 1987, et CA Paris, 15 janv. 1987, *D.*, 1987, p. 231, « il ne fait également aucun doute que le gain au loto est une information patrimoniale qui relève de la vie privée » ; F. Deboissy, J-C. Saint-Pau, « La divulgation d'une information patrimoniale », *D.*, 2000, p 267.

Si, jusqu'à récemment, la question de savoir si les informations relatives au patrimoine s'inscrivaient ou non dans le domaine de la vie privée n'était pas clairement tranchée par la jurisprudence (TGI Marseille, 29 sept.1982, *D.* 1984, jur. p. 64, note R. Lindon, il précise que la divulgation de renseignement d'ordre patrimonial porte atteinte au droit au respect de la vie privée ; TGI Marseille, 29 sept.1982, *D.* 1984, jur. p. 64, note R. Lindon ; il en va de même concernant la décision de la CA Paris, 19 Juin 1989, *D.* 1989, p.240 ; Mais dans une décision du 20 novembre 1989 la première chambre civile de la Cour de Cassation prend une position inverse en indiquant que « la publication de renseignements d'ordre patrimonial, exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité d'une personne physique, ne porte pas atteinte à l'intimité de la vie privée », Civ. 1ère, 20 nov. 1989, Bull. civ. I, n°257, cité par A. Lepage, « Droits de la personnalité », *D.*, septembre 2009 (actualisation : juin 2016). Elle a maintenu sa position dans sa décision du 28 mai 1991 (Civ. 1ère, 28 mai 1991, n° 89-19818). Elle réitère sa position dans une décision du 20 octobre 1993, « Attendu que pour accueillir ces demandes, la cour d'appel, statuant sur renvoi après cassation, a énoncé que la fortune personnelle est un élément de la vie privée et qu'elle ne peut être portée à la connaissance du public ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial, exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité des intéressés, ne porte pas atteinte à l'intimité de leur vie privée, la cour d'appel a violé le texte susvisé », Civ. 1ère, 20 oct. 1993, n° 91-20580.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « les questions patrimoniales concernant une personne menant une vie publique, tel un dirigeant d'une grande entreprise, ne relevaient pas du domaine de la vie privée », CEDH, 21 janv. 1999, Affaire Fressoz et Roire c./ France, n° 29183/95, § 50 ; ensuite la Cour de cassation a quelque peu modifier sa position en précisant que la publication d'informations sur « la situation de fortune, mais aussi sur le mode de vie et la personnalité » d'un chanteur portait atteinte à sa vie privée, cependant, si les révélations auraient seulement concerné la situation de sa fortune, l'atteinte à la vie privée n'aurait peut-être pas été caractérisée, (Civ. 1ère, 30 mai 2000, no 98-14.610, Bull. civ. I, n° 167, *D.* 2001. Somm. 1989, obs. L. Marino ; V. aussi, Civ. 2ème, 23 sept. 2004, *CCE* 2005. Comm. 49, obs. A. Lepage), aujourd'hui, l'étude des décisions du Conseil constitutionnel confirme que ces informations relèvent de la sphère privée (Dans sa décision du 9 octobre 2013, concernant la loi relative à la transparence de la vie publique, le Conseil a jugé qu'« aux termes de l'article 2 de la Déclaration de 1789 : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; que la liberté proclamée par cet article implique le droit au respect de la vie privée ; que le dépôt de déclarations d'intérêts et de déclarations de situation patrimoniale contenant des données à caractère personnel relevant de la vie privée ainsi que la publicité dont peuvent faire l'objet de telles déclarations portent atteinte au respect de la vie privée… ». Selon le Conseil, les renseignements d'ordre patrimonial relèvent de la vie privée. Il a réitéré cette reconnaissance dans sa décision QPC du 21 octobre 2016 (DC n° 2016-591 QPC) en précisant que « la mention, dans un registre accessible au public, des noms du constituant, des bénéficiaires et de l'administrateur d'un trust fournit des informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine. Il en résulte une atteinte au droit au respect de la vie privée. Or, le législateur, qui n'a pas précisé la qualité ni les motifs justifiant la consultation du registre, n'a pas limité le cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre, placé sous la responsabilité de l'administration fiscale. Dès lors, les dispositions contestées portent au droit au respect de la vie privée une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Par conséquent, (…), le deuxième alinéa de l'article 1649 AB du code général des impôts doit être déclaré contraire à la Constitution ». La lecture des décisions précitées, ne laisse guère de doute quant à la reconnaissance des informations relatives au patrimoine comme un élément de la vie privée).

[216] CEDH, 25 octobre 2005, Wypych c./ Pologne, n°2428/05.

[217] CEDH, 21 janvier 1999, Fressoz et Roire c./ France, n° 29183/95, *D.* 1999, Somm 272, obs. N. Fricero.

titulaires de certaines fonctions. Il a eu l'occasion d'affirmer que « l'instauration d'une obligation de dépôt, auprès d'une autorité administrative indépendante, de déclarations d'intérêts et de déclarations de situation patrimoniale par les titulaires de certaines fonctions publiques ou de certains emplois publics a pour objectif de renforcer les garanties de probité et d'intégrité de ces personnes, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci ; qu'elle est ainsi justifiée par un motif d'intérêt général »[218]. Pour le Conseil, même la déclaration d'intérêts contenant des données personnelles permet « à chaque citoyen de s'assurer par lui-même de la mise en œuvre des garanties de probité et d'intégrité de ces élus, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci »[219].

129. Force est de constater que « le secret de la vie privée (du responsable politique) ne peut être traité de la même manière qu'un citoyen ordinaire. La fréquence des déclarations tendant à sa protection exprime autre chose, car le secret doit être concilié ici avec des considérations inverses liées à une transparence que les besoins de l'information et le rôle grandissant des médias ont constamment mis à l'ordre du jour depuis quelques décennies »[220].

Cependant, le statut du responsable politique ne conduit pas à nier totalement son droit au respect de la vie privée. Le juge a été amené à concilier ce droit avec celui de la liberté d'expression et de l'information du public. C'est la raison pour laquelle, le droit à l'information dans le domaine de l'intimité des responsables politiques, n'est pas absolu, il s'agit d'un droit conditionné car, comme l'écrivait le professeur Carbonnier, les responsables politiques « derrière leur vie publique, étalée sous tous les yeux, ont une vie privée qu'ils peuvent souhaiter préserver »[221].

B- L'admissibilité conditionnée du droit à l'information

130. Lorsque le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information se trouvent en confrontation, dans le cadre de la résolution d'un litige, l'exercice d'un contrôle de proportionnalité s'impose au juge (1). A l'instar du droit au respect de la vie privée, la liberté

[218] Cons. cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676, Loi relative à la transparence de la vie publique.
[219] *Ibidem.*
[220] F. Terré, *La vie privée, Chapitre 7*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, disponible sur le site : http://yvon.jaouen.free.fr.
[221] J. Carbonnier, *Droit civil, les personnes*, 21ème éd., Tome I, Droit privé, PUF, coll. themis, 2000, p.137 cité par P. Larrieu, *Op. cit.*, p 134.

d'expression revêt une protection constitutionnelle en droit interne mais aussi elle est garantie par les dispositions conventionnelles [222] . Ces deux droits fondamentaux, revêtant « une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime (…) »[223]. Lors de ce contrôle de proportionnalité, selon les circonstances, l'un l'emporte au détriment de l'autre. Au fil de sa jurisprudence, le juge est parvenu à établir des critères lui permettant d'exercer ce contrôle (2).

1- La recherche d'un équilibre s'imposant au juge

131. Notre ordre juridique impose au juge la recherche d'un équilibre entre ces deux droits. La question ne se pose pas de la même façon aux États-Unis où la protection de la vie privée est souvent moins protégée ; « en effet, les tribunaux, très attachés à la liberté de la presse garantie par le premier amendement à la Constitution[224], opposent notamment au droit au respect de la vie privée l'intérêt public et le fait qu'une personne " raisonnable" peut considérer une information comme méritant d'être diffusée »[225]. Les professionnels du droit aux États-Unis considèrent la position de nos juges très réductrice de la liberté d'expression[226]. Ce système diffère de notre tradition juridique qui reconnaît des valeurs égales aux deux droits.

132. La jurisprudence admet depuis toujours que les responsables politiques, comme « toute personne, quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée »[227]. Cette reconnaissance a été confirmée tant par le juge européen qui admet qu'« une personne, même connue du public, peut se prévaloir

---

[222] La liberté d'expression et de l'information est consacrée aux articles 10 et 11 de la DDHC, à l'article19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 10 de la CEDH.

[223] Civ. 1ère, 9 juillet 2003, Bulletin 2003 I n° 172 p. 134. Il en va de même concernant la CEDH dans ses arrêts : CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c./ Royaume-Uni, n° 5493/72; CEDH, 18 août 2004, Éditions Plon c./ France, n° 58148/00 ; CEDH, 22 octobre 2007, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c./ France, n° 21279/02 et 36448/02.

[224] Le premier amendement de la Constitution des États-Unis, 1791 dispose que « Le Congrès ne pourra faire aucune loi ayant pour objet l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, de limiter la liberté de parole ou de presse, ou le droit des citoyens de s'assembler pacifiquement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour qu'il mette fin aux abus ».

[225] Sénat, « La protection de la vie privée face aux médias », Étude de législation comparée n° 33, janvier 1998, disponible sur le site : http://www.senat.fr.

D'autant plus que la Cour Suprême, dans son arrêt du 9 mars 1964 *New York times contre Sullivan*, met en évidence la supériorité de la liberté d'expression sur la « privacy law ».

[226] D. Korzenik, « La protection des droits de la personnalité aux États-Unis et en Grande-Bretagne : aspect de droit comparé », *Legicom*, n°43-2009/2, p.52.

[227] Civ. 1ère, 23 octobre 1990, n° 89-13.163, Bull. civ. I, n° 222.

d'une espérance légitime de protection et de respect de sa vie privée »[228] que par le juge interne[229]. Cette logique de conciliation entre le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information, apparaît en effet dans les décisions du Conseil constitutionnel. Dans ses deux décisions du 9 octobre 2013[230] concernant la loi organique et la loi ordinaire relatives à la transparence de la vie publique, il censure certaines de ses dispositions qui portaient une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, telle que l'instauration de l'obligation de la déclaration des activités des parents et des enfants des parlementaires, des membres du gouvernement et des membres de l'exécutif local. En revanche, il reconnaît conforme à la Constitution la déclaration des activités des conjoints, ce qui s'avère discutable[231] au regard de ce contrôle de proportionnalité. D'ailleurs, le Conseil fait une distinction entre les personnes qui exercent une fonction élective et ceux qui n'en exercent pas, en précisant que « pour des personnes exerçant des responsabilités de nature administrative et n'étant pas élues par les citoyens, l'objectif de renforcer les garanties de probité et d'intégrité de ces personnes, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci est directement assuré par le contrôle des déclarations d'intérêts par la Haute autorité et par l'autorité administrative compétente ; qu'en revanche, la publicité de ces déclarations d'intérêts, qui sont relatives à des personnes qui n'exercent pas de fonctions électives ou ministérielles mais des responsabilités de nature administrative, est sans lien direct avec l'objectif poursuivi et porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de ces personnes »[232].

133. L'exercice de la fonction ne conduit pas à ce que le contenu du droit au respect de la vie privée soit déterminé de manière différente par rapport à un citoyen ordinaire. Celle-ci n'est pas prise en compte « dans la détermination du contenu de la vie privée, mais au stade de la résolution des conflits »[233]. Le contenu de la vie privée étant le même pour tous les individus. Le statut de responsable politique sert de paramètre pour mesurer le degré de restriction porté au droit au respect de la vie privée. Une protection spécifique naît précisément à ce moment-là.

---

[228] CEDH, 9 février 2007, Leempoel & S.A. ed. Cine revue c./ Belgique, n° 64772/01 ; CEDH, 23 octobre 2009, Hachette Filipacchi associes (« ici paris ») c./ France, n° 12268/03.

[229] Civ. 1ère, 13 avril 1988, Bull. civ. I, n° 98 : « la circonstance que la personne visée exerce une activité d'homme public ne saurait autoriser une intrusion quelconque dans ce qui constitue la vie privée au respect de laquelle chacun a droit ».

[230] Cons. cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-675, Loi organique relative à la transparence de la vie publique ; Cons. cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676, Loi relative à la transparence de la vie publique.

[231] D. De Béchillon, « Transparence : la double peine des familles », *Pouvoirs*, avril 2013, n° 147, p. 46.

[232] Cons. cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676, Loi relative à la transparence de la vie publique.

[233] A. Lepage, « Droits de la personnalité », *recueil Dalloz*, septembre 2009 (actualisation : juin 2016), § 65.

134. Au fil du contentieux, le juge a identifié des critères qu'il prend en compte au stade de résolution du conflit.

2- Un équilibre théorisé par le juge

135. En droit interne, le juge judiciaire opérait déjà un contrôle de proportionnalité entre ces deux droits en examinant le lien entre l'information révélée et sa contribution à un débat d'intérêt général. A titre illustratif, dans son jugement du 7 janvier 2004[234], le Tribunal de grande instance de Paris n'a pas condamné la révélation de l'existence d'une relation entre un responsable politique et une journaliste au motif que celle-ci constituait un débat d'intérêt général du fait qu'elle évoquait l'impartialité de la journaliste. De plus, la publication ne traitait pas des détails les plus intimes de leur relation. Pour autant c'est la jurisprudence de la Cour EDH qui a théorisé et structuré ce contrôle. L'arrêt fondateur dans ce domaine est celui du 24 juin 2004, Von Hannover contre Allemagne[235], dans lequel, le juge de Strasbourg a énuméré les différents critères à analyser lors de la mise en balance du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression. Il s'agit de vérifier la contribution de l'information à l'intérêt général, la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage, ainsi que le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme, les répercussions de la publication et les circonstances dans lesquelles a été récoltée l'information. Le juge interne a repris le schéma défini par la Cour EDH. Par exemple, dans l'affaire Gayet contre S.A.S Mondadori magazines France, le Tribunal de grande instance de Nanterre rappelle qu' « il résulte des articles 8 de la CEDH et 9 du Code civil, qui garantissent à toute personne, quelles que soit sa notoriété, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, le respect de sa vie privée et de son image, et de l'article 10 de cette même convention, qui protège l'exercice du droit à l'information du public est limité, d'une part, aux éléments relevant pour les personnes publiques de la vie officielle, d'autre part, aux informations et images volontairement livrées par les intéressés ou que justifie une actualité ou un débat d'intérêt général » [236]. Par conséquent, le juge opère un double contrôle.

136. **En premier lieu**, il effectue un contrôle de la détermination de l'intérêt général de l'information constituant l'élément le plus important. La Cour EDH rappelle que : « dans les affaires relatives à la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté

[234] TGI de Paris, 7 janvier 2004, Schönberg c./VSD, cité dans *L'observatoire de l'image, Lettre d'information juridique,* décembre, 2004, p.4.
[235] CEDH, 24 juin 2004, Von Hannover c./ Allemagne, n° 59320/00, §60.
[236] TGI de Nanterre, 27 mars 2014, Gayet c./ la société Mondadori magazines France, n° 14 /02736.

d'expression dont la Cour a eu à connaître, elle a toujours mis l'accent sur la contribution que la parution de photos ou d'articles dans la presse apportait au débat d'intérêt général »[237]. Pour parvenir à cet objectif, le juge étudie l'objet de l'information divulguée, c'est-à-dire qu'il prend en compte le contenu de l'information pour distinguer une information qui porte sur un sujet, même controversé, mais qui contribue à l'intérêt général et celle portant sur les détails de la vie privée qui aurait « pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public ». Un contrôle réel de la situation permet d'identifier les détails qui touchent aux éléments les plus intimes qui sont considérés comme dépourvus de tout lien avec la légitimité de l'information. Ainsi, dans l'affaire Schönberg contre Paris Match, le Tribunal de grande instance de Paris considère que la nécessité de l'information du public a été dépassée par le fait qu'« en consacrant quatre pages à des photographies surprenant l'intimité du couple, l'hebdomadaire Paris Match ne se contente pas de rappeler un fait notoire. Il n'évoque pas davantage, à nouveau, le débat public suscité par cette liaison, lequel n'est abordé à aucun moment dans les articles qui entourent les clichés litigieux. Au contraire, les textes qui les accompagnent n'évoquent cette liaison que sous un angle sentimental »[238]. Tout comme, lorsque la révélation n'entretient pas de lien avec l'exercice de la fonction officielle, il est de jurisprudence constante, qu'il y a atteinte au droit au respect de la vie privée. Dans l'affaire Standard Verlags GmbH[239], la Cour EDH déclare que les problèmes conjugaux d'un Président de la République ne sont pas considérés comme d'intérêt général. Ou encore, dans l'affaire Ségolène Royal contre Paris Match, le Tribunal de grande instance de Paris condamne le journal pour des photographies prises dans une église au motif qu'il s'agissait d'une visite de nature privée et dépourvue du moindre lien avec une manifestation publique[240]. Il en va de même dans l'affaire François Hollande contre Choc concernant la photographie de ce dernier dans un supermarché[241], mais aussi, dans l'affaire Wiliam Arthur Philip Louis Mountbatten-Windsor, Catherine Elizabeth Middleton contre S.A.S Mondadori Magazine France, concernant les photographies publiées par Closer le 14 Septembre 2012, représentant la duchesse de Cambridge dévêtue sur la terrasse d'une propriété privée. Le Tribunal de grande instance de Nanterre précise que « l'article litigieux présente des photographies captées manifestement à l'insu de M. et Mme Mountbatten-Windsor à l'occasion d'un séjour privé dans le Sud de la France, les montrant sur la terrasse d'une propriété privée dans des moments

[237] *Ibidem.*
[238] TGI de Paris, 31 octobre 2005, Mme Béatrice Schonberg c./ SNC Hachette Filipacchi, LP 232-23.
[239] CEDH, 7 février 2012, Von Hannover c./ Allemagne, n° 40660/08 et n°60641/08, § 109.
[240] TGI de paris, ord. réf., 29 mai 2008, S. Royal c./ Hachette Filipacchi Associés, LP 253-08.
[241] TGI de Paris, 22 octobre 2007, F. Hollande c./ SA société de conception de presse et d'édition, n° 06/13499.

de détente et une tenue réservée à la plage ou au bronzage, et donc dans leur intimité. Dépourvus de tout lien avec leurs activités publiques ou officielles, ou avec celles de la famille royale britannique, ces instants ne peuvent être considérés comme un sujet d'intérêt général justifiant l'information du public »[242]. Le juge considère que l'atteinte à la vie privée de M. et Mme Mountbatten-Windsor est donc caractérisée.

137. Il examine également la notoriété de la personne concernée visant à dissocier une personne publique d'une personne privée inconnue. Par ailleurs, ce contrôle de la notoriété de la personne peut entraîner un degré de protection variable du droit au respect de la vie privée entre les titulaires des différentes fonctions eux-mêmes au regard de l'importance de la fonction occupée. La Cour EDH, comme le juge interne, évoque la notoriété du titulaire de la fonction politique pour évaluer le degré de protection de son droit au respect de la vie privée. A titre d'exemple, dans l'arrêt du 7 février 2012, Axel Springer Ag c. Allemagne[243], la Cour a indiqué parmi les différents critères de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée, la notoriété de la personne visée comme un élément déterminant. Selon cette jurisprudence, «le rôle ou la fonction de la personne visée et la nature de l'activité faisant l'objet du reportage et/ou de la photo constituent un critère important »[244]. Dans son arrêt du 10 novembre 2015, la Cour déclare que « le fait d'exercer une fonction publique ou de prétendre à un rôle politique expose nécessairement à l'attention du public, y compris dans des domaines relevant de la vie privée. Dès lors, certains actes privés des personnes publiques peuvent ne pas être considérés comme tels, en raison de l'impact qu'ils peuvent avoir eu égard au rôle de ces personnes sur la scène politique ou sociale et de l'intérêt que le public peut avoir, en conséquence, à en prendre connaissance »[245]. Plus la fonction politique est importante, plus la notoriété du responsable politique est élevée, plus le degré de protection de son droit au respect de la vie privée est restreint.

138. Dans un arrêt du 19 Décembre 2013, la cour d'appel de Paris prend aussi en considération la notoriété de la personne concernée[246]. Il s'agissait d'une affaire opposant un secrétaire général d'un parti politique et un conseiller régional à une maison d'édition. Bien que le secrétaire général d'un parti politique ne soit pas, au sens de la présente étude,

[242] TGI de Nanterre, ord. réf., 18 septembre 2012, Wiliam Arthur Philip Louis Mountbatten- Windsor, Catherine Elizabeth Middleton c./ SAS Mondadori Magazine France, n° 12/02127.
[243] CEDH, 7 février 2012, Affaire Axel Springer AG. c./ Allemagne, n° 39954/08, §89 ; Voir aussi CEDH, 7 février 2012, Von Hannover c./ Allemagne n° 2, n° 40660/08 et n°60641/08, §108.
[244] CEDH, 7 février 2012, Affaire Axel Springer AG. Allemagne, n° 39954/08, §91.
[245] CEDH, 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi associés c./ France, n° 40454/07, § 120.
[246] CA Paris, 19 décembre 2013, n° 13/23969.

considéré comme titulaire d'une fonction politique, sa situation peut néanmoins être transposé au cas des responsables politiques. En l'espèce, l'éditeur révélait l'homosexualité de ces deux hommes politiques et leur vie commune. La cour d'appel énonce que « M.B est une personnalité politique de premier plan puisqu'il est secrétaire général du Front national et que, comme le rappelle le livre « *Le Front national des villes et le Front national des champs* », il sera le candidat de ce parti lors des prochaines élections dans une commune dont le livre rappelle l'importance dans la stratégie de conquête électorale menée par le Front national; que l'évocation de l'homosexualité de M.B et de la supposée influence de cette orientation sexuelle sur la politique du Front national est de nature à apporter une contribution à un débat d'intérêt général puisque, dans un contexte de fort clivage entre la gauche et la droite parlementaire à l'occasion de l'adoption de la loi relative au mariage des personnes de même sexe, le Front national a montré des signes d'ouverture à l'égard des homosexuels, ce qui a donné lieu à des questionnements publics sur la relation entre la droite nationaliste et les homosexuels […] ; qu'en conséquence le droit du public à être informé de l'homosexualité de M.B prime sur le droit au respect de ce pan de sa vie privée ». Dans cette affaire, le juge estime que plus la notoriété d'une personne est importante, plus la protection du droit au respect de la vie privée s'avère limitée. Comme l'avait relevé le tribunal de grande instance de Paris, la Cour d'appel juge que la révélation de l'homosexualité du conseiller général porte atteinte au droit au respect de sa vie privée contrairement au secrétaire général du parti politique. En l'espèce, le juge admet que la fonction de conseiller général revêt une dimension moins importante que celle de secrétaire général du parti politique au regard de l'intérêt général. La fonction fait office de curseur dans l'appréciation de l'admissibilité de l'atteinte. La révélation de l'homosexualité du conseiller général est constitutive d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée contrairement au secrétaire général du parti politique dont le pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation[247].

139. De plus, l'appréciation du degré de la notoriété du responsable politique a été opérée par le Conseil constitutionnel dans la détermination de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée au vu de l'importance de la fonction occupée dans les décisions du 9 octobre 2013[248] relatives à la loi ordinaire[249] et à la loi organique[250] portant sur la transparence de la vie publique. Ce critère a été retenu comme le paramètre de détermination d'un degré de

[247] Civ. 1ère, 9 avril 2015, n°14-14.146.
[248] Cons. Cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-675 relative à la Loi organique relative à la transparence de la vie publique.
[249] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[250] Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

protection variable du droit au respect de la vie privée des responsables politiques[251]. A l'origine ces lois prévoyaient la publication des situations patrimoniales des titulaires de toutes les fonctions politiques, mais le Conseil a opérée une distinction concernant la publication des déclarations de patrimoine en considérant la spécificité de certaines fonctions. Alors qu'il a admis que les déclarations de patrimoine du Président de la république[252] et des membres du Gouvernement soient publiées sur le site de la Haute autorité, rendant leur consultation plus rapide et plus fréquente, les déclarations de patrimoine des parlementaires ne sont pas publiées sur le site de la Haute Autorité mais sont uniquement consultables en préfecture sur rendez-vous. Même si chaque citoyen inscrit sur les listes électorales dispose de la possibilité de consulter ces déclarations, leur vie privée est, par conséquent, moins exposée que celle des membres du gouvernement. Alors que, concernant les élus locaux, le Conseil a jugé « qu'en prévoyant une forme de publicité relative au patrimoine des titulaires de

[251] Concernant la déclaration du patrimoine du Président de la République et les candidats à cette élection, le Conseil constitutionnel soulève d'abord la spécificité de cette fonction en soulignant « la place du Président de la République dans les institutions et (…) la nature particulière de son élection » pour ensuite, eu égard à cette spécificité, en déduire que le législateur n'a pas « porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des candidats à l'élection présidentielle » (Cons. Cons. 9 octobre 2013, DC n° 2013-675 relative à la Loi organique relative à la transparence de la vie publique, considérant 7). Dans la décision rendue le même jour relative à la loi portant sur la transparence de la vie publique (Cons. Cons. 9 octobre 2013, DC n° 2013-676 relative à la Loi relative à la transparence de la vie publique), le Conseil constitutionnel met aussi en exergue la particularité de la fonction de membre du gouvernement, qui se caractérise par « l'exercice du pouvoir réglementaire et dans la détermination et la conduite de la politique de la Nation », de la même manière il en déduit que « le législateur, en prévoyant une publication de leurs déclarations d'intérêts ainsi que de leurs déclarations de situation patrimoniale par la Haute autorité, a porté au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi ». De même, à propos de la déclaration de patrimoine et d'intérêts qui incombent aux parlementaires, le Conseil constitutionnel apprécie l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée à la lumière de la spécificité de la fonction qui se manifeste par le fait : « qu'en vertu de l'article 3 de la Constitution, les membres du Parlement participent à l'exercice de la souveraineté nationale ; qu'aux termes du premier alinéa de son article 24, ils votent la loi et contrôlent l'action du Gouvernement ; qu'eu égard à cette situation particulière et à ces prérogatives des membres du Parlement, le législateur, en prévoyant une publication des déclarations d'intérêts et d'activités des membres du Parlement et une publicité de leurs déclarations de situation patrimoniale sous la forme d'une consultation par les électeurs, n'a pas porté au droit au respect de la vie privée une atteinte qui revêt un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi » (Cons. Cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-675 relative à la Loi organique relative à la transparence de la vie publique). Concernant la déclaration de patrimoine des élus locaux, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition législative qui prévoyait leur publicité contrairement à celle du chef de l'État, celles des membres du gouvernement et celles des parlementaires. Le Conseil prend en considération la spécificité de la fonction des élus locaux fondée notamment sur le principe de la libre administration qui justifierait l'absence de la publicité de leur déclaration de patrimoine. Selon le Conseil, cette différence de traitement ressort de ce qu'en « en prévoyant une forme de publicité relative au patrimoine des titulaires de fonctions exécutives locales visés au 2° du paragraphe I de l'article 11, le législateur a, s'agissant d'élus d'établissements publics et de collectivités territoriales qui règlent les affaires de leur compétence par des conseils élus, porté au droit au respect de la vie privée une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (Cons. Cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676 relative à la Loi relative à la transparence de la vie publique). En somme, pour le Conseil constitutionnel, la spécificité de chaque fonction détermine le degré de l'atteinte pouvant être portée au droit au respect de la vie privée. Concernant le chef de l'État, les membres du gouvernement et les parlementaires, le Conseil considère que la publication de leur déclaration de patrimoine est un moyen qui garantit la probité et l'intégrité de ces derniers (Cons. Cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676 relative à la Loi relative à la transparence de la vie publique, le Conseil a relevé dans son considérant 19 que « d'une part, qu'en prévoyant une publication des déclarations d'intérêts des personnes visées aux 1° à 3° du paragraphe I de l'article 11 par la Haute autorité, le législateur a entendu permettre à chaque citoyen de s'assurer par lui-même de la mise en œuvre des garanties de probité et d'intégrité de ces élus, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci ; que, s'agissant de personnes élues, l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi ») alors que le principe de la libre administration exonère les élus locaux de cette obligation de publication de leur déclaration patrimoniale.

[252] Décret n° 2018-518 du 27 juin 2018 portant diverses modifications du décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 modifié portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel et modifiant le code électoral.

fonctions exécutives locales (…), le législateur a, s'agissant d'élus d'établissements publics et de collectivités territoriales qui règlent les affaires de leur compétence par des conseils élus, porté au droit au respect de la vie privée une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi » [253] . Par voie de conséquence, les différentes modalités de publication de déclaration de patrimoine selon qu'il s'agit de l'exécutif, des parlementaires[254], et l'absence de publication des déclarations des élus locaux, engendrent un degré de protection variable du droit au respect de la vie privée[255].

140. En second lieu, le juge procède à un contrôle consistant à examiner le comportement antérieur de la personne, c'est-à-dire si elle-même a joué un rôle dans la révélation de l'information ou si elle a consenti ou non au dévoilement de l'information. Le contrôle réalisé offre la possibilité au juge de recueillir la conception qu'a le plaignant lui-même de sa propre vie privée. Dès lors, si la personne a divulgué des informations concernant sa vie intime, le juge considère que celle-ci a fait basculer elle-même ces éléments dans la sphère publique. Le juge cherche à savoir si les révélations litigieuses n'ont pas été portées volontairement à la connaissance du public par le demandeur lui-même. A ce propos, dans l'affaire Gayet contre la société Mondadori Magazines France, le Tribunal de grande instance de Nanterre rappelle que « Mme Gayet ne s'est jamais exprimée sur cette prétendue relation sentimentale. En faisant publier un communiqué informant le public qu'elle démentait les rumeurs qui circulaient à son sujet et avait déposé plainte, elle n'a pas, contrairement à ce que prétend la société Mondadori Magazines France, fait entrer ces éléments de son intimité dans la sphère médiatique dans des conditions qui ne lui permettraient plus de faire respecter les droits qu'elle détient en vertu de l'article 9 » [256] du Code civil. Sans doute, l'analyse du comportement peut faire pencher la balance du juge. Dans l'affaire Royal contre Gala, en 2007, le Tribunal de grande instance de Paris retient le même raisonnement en invoquant que

[253]Cons. Cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676 relative à la Loi relative à la transparence de la vie publique, considérant 20.
[254] Il convient de préciser, à propos des déclarations qui sont rendues publiques, que certains éléments sont retirés comme le nom du conjoint, partenaire de PACS ou concubin ou des autres membres de la famille ; les coordonnées personnelles (numéro de téléphone, adresse, mail…) ;l'adresse des banques et les numéros de compte bancaires.
[255] Le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013 relative à la Loi organique relative à la transparence de la vie publique indique dans son considérant 6 « qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; que la liberté proclamée par cet article implique le droit au respect de la vie privée ; que le dépôt de déclarations de situation patrimoniale qui contiennent des données à caractère personnel relevant de la vie privée, ainsi que la publicité dont peuvent faire l'objet ces déclarations, portent atteinte au respect de la vie privée ; que, pour être conformes à la Constitution, ces atteintes doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif ; ». Au-delà de cette différence de traitement entre les différentes fonctions politiques, une distinction se retrouver au sein d'une même fonction politique, notamment concernant les élus locaux. En effet, la loi de 2013, dans son article 11.2°, impose aux principaux élus locaux de déposer une déclaration de patrimoine alors que les autres élus ne sont pas soumis à cette obligation.
[256] TGI de Nanterre, 27 mars 2014, J. Gayet c./ SAS Mondadori magazines France, n° 14 /02736.

l'article intitulé « Qui est vraiment Ségolène Royal ? », en révélant les éléments relevant de sa vie privée, ne démontre pas que Ségolène Royal aurait elle-même dévoilé publiquement les révélations litigieuses[257]. En revanche, dans l'affaire Nicolas Sarkozy contre le Matin, qui avait révélé les relations extraconjugales de celui-ci, le juge précise « que les intéressés ont eux-mêmes contribué à travers des entretiens avec des journalistes de la télévision et de la presse écrite à porter à la connaissance du public, des informations sur leurs ententes professionnelles renforcées par l'affection qu'ils se portaient mutuellement, de sorte qu'au-delà de leur notoriété personnelle, c'est bien le couple qu'ils formaient qui a revêtu un caractère public conduisant, d'ailleurs, les journalistes à des comparaisons avec d'autres couples célèbres, ce faisant, le demandeur a lui-même repoussé les limites de la protection légale de l'article 9 du code civil »[258].

141. Le droit à l'information dans le domaine de l'intimité des responsables politiques n'est donc pas absolu. La protection du droit au respect de la vie privée des responsables politiques, grâce à une analyse minutieuse de la situation au regard des différents critères énoncés, apparaît de prime abord, satisfaisante. Cependant, ce régime de protection, qui se démarque du droit commun, perd de son efficacité en raison de la prise en compte d'une exigence parfois excessive de la transparence dans l'aménagement du droit au respect de la vie privée des personnels politiques.

§ II – L'excès de transparence : facteur d'une altération du droit au respect de la vie privée

142. La prise en considération de la transparence, qui s'est traduite par l'acceptation du droit à l'information dans la sphère de l'intimité, semble convaincante, en apparence, dans une logique de lutte contre la crise de défiance. L'évaluation objective du degré d'incidence d'un fait relevant de la vie privée sur la vie publique, doit être opérée pour éviter de porter une atteinte disproportionnée à ce droit. Toutefois, l'étude du droit au respect de la vie privée des responsables politiques révèle une tendance jurisprudentielle (A) et législative (B) grandissante de l'exigence de la transparence à leur égard rongeant progressivement tous les pans de leur vie intime.

[257] TGI de Paris, 22 octobre 2007, S. royal c./ SNC Prima presse, LP 247-23.
[258] TGI de Thonon-Les-Bains, 22 septembre 2006, N. Sarkozy c./ T. Bouchat et SA Edipresse publications, LP 245-28.

A – La prise en compte disproportionnée de la transparence par le juge

143. Le juge appréhende parfois le critère de l'intérêt général de l'information de manière expansive. Cette acception issue de la jurisprudence de la Cour EDH, adoptée par le juge interne, a brisé parfois l'équilibre entre la protection du droit au respect de la vie privée et le droit à l'information rendant la détermination de contours précis de la protection de la vie privée des responsables politiques délicate. Il n'existe pas de clivage clair entre les éléments relevant de la vie privée de ces derniers en tant qu'individus et ceux relevant du cadre de leur fonction. De nos jours, le contrôle de proportionnalité entre le droit au respect de la vie privée du titulaire de la fonction politique et le droit à l'information du public, opéré par le juge, est devenu plus nébuleux.

144. Le juge Alain Lacabarats[259] souligne à cet égard, lors d'un colloque organisé en 2002 par la Cour de cassation, qu'« il existe une tendance, tout spécialement dans la jurisprudence européenne, à privilégier actuellement la défense de la liberté de la presse. Il ne faudrait pas néanmoins oublier que les démocraties doivent garantir à tout citoyen, en certaines circonstances, un "droit à être laissé tranquille"[260] ».

145. Cet emploi excessif de la transparence se manifeste dans certaines décisions de la Cour EDH. Dans les arrêts Ruusunen contre Finlande[261] et Ojala et Etukeno Oy contre Finlande[262] du 14 janvier 2014, la CEDH s'est prononcée dans un litige opposant le Premier ministre Matti Vanhanen et son ex-petite amie qui avait détaillé leur relation intime dans un livre. Etrangement, les conditions dans lesquelles le responsable politique avait rencontré cette femme et la rapidité avec laquelle leur relation s'était développée ont été considérées par la Cour comme constituant un débat d'intérêt général puisqu'elles démontrent le « manque de jugement » dont fait preuve le Premier ministre. Dans cette affaire, les relations sentimentales d'un responsable politique ont été considérées d'intérêt général. Cette vision du critère de l'intérêt général de l'information est contestable dans la mesure où elle réduit considérablement la protection du droit au respect de la vie privé et soulève des interrogations quant à la distinction opérée par le juge même, entre les révélations qui s'attachent à la fonction et celles qui ne s'y attachent pas. Comment la Cour a pu déduire de la rapidité de

[259] A. Lacabarats, « Vie privée et médias », 2002, disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr.
[260] J. Carbonnier, *Droit civil*, Thémis n° 71, cité par A. Lacabarats, « Vie privée et médias », *Op. cit.*
[261] CEDH, 14 janvier 2014, Ruusunen c./ Finlande, n° 73579/10 (anglais).
[262] CEDH, 14 janvier 2014, Ojala et Etukeno Oy c./ Finlande, n° 69939/10 (anglais).

cette relation, l'honnêteté du responsable politique et la nécessité de la contribution de cette information à un débat d'intérêt général ? Comme le précisait le rapport du Conseil d'État relatif à la transparence et le secret, « on voit mal ce qui justifierait que le mariage, le remariage, voire l'adultère, qui sont des faits privés, changeant de nature quand c'est un homme public qui est en cause, à moins que lui-même n'en décide, à tort ou à raison, autrement, et en quoi la seule circonstance qu'un homme ou une femme s'offre au suffrage de ses concitoyens habiliterait ceux-ci à percer tous ses secrets »[263].

146. Mais encore, la CEDH, dans son arrêt du 7 février 2012[264], a dû se prononcer sur la diffusion par les médias allemands d'une photographie représentant le couple Hannover en vacances d'hiver à Saint Moritz. Le reportage accompagnant cette photographie relatait le fait que le couple était en vacances alors que le Prince Rainier était malade, seule Stéphanie de Monaco était restée auprès de son père. La Cour déclare que la publication de la photographie a une valeur informative d'intérêt général dans le sens où elle illustre les commentaires qui lui sont associés. Ainsi, la publication de la photographie du couple qui est certes attentatoire à leur intimité est considérée comme légitime puisqu'il existe un lien entre cette dernière et l'état de santé du prince Rainier. Cette position de la Cour paraît plus que discutable puisqu'elle vide le droit au respect de la vie privée de sa substance[265].

147. A l'occasion de cette affaire, la Cour a réaffirmé que les révélations relatives à l'état de santé d'un responsable politique peuvent être considérées comme une information légitime[266]. Alors que, sur ce point, le juge interne semblait plus réticent à admettre cette conception. A titre démonstratif, la Cour d'appel de Paris avait jugé dans son arrêt du 5

---

[263] J-D. Bredin, « Vie publique, intimité et transparence », cité dans : Conseil d'État, *« La transparence et le secret »*, E.D.C.E. n° 47, 1996, p. 86- 87.

[264] CEDH, 7 février 2012, Von Hannover c./ Allemagne n°2, n° 40660/08 et n° 60641/08.

[265] « Les dangers d'un tel procédé —qui peut évidemment être un subterfuge pour arriver à publier des photos volées et dépourvues de caractère d'intérêt général— ne sont pas à ignorer. Ils furent d'ailleurs mis en avant par les requérants qui dénoncèrent l'instrumentalisation par les éditeurs allemands de la jurisprudence de la Cour : il leur suffisait de présenter un commentaire dans lequel une ou plusieurs références à un "événement de l'histoire contemporaine" existait, pour que des photos en elles-mêmes dépourvues d'intérêt puissent être publiées » (L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2012, 1726).

[266] CEDH, 7 février 2012, Von Hannover c./ Allemagne, n° 40660/08, la Cour considère, comme les juridictions allemandes, que la maladie du Prince Rainier est un « événement de l'Histoire contemporaine », § 118 : « La Cour observe que le fait que la Cour fédérale de justice ait apprécié la valeur informative de la photo litigieuse à la lumière de l'article l'accompagnant ne prête pas le flanc à la critique au regard de la Convention. En ce qui concerne la qualification de la maladie du prince Rainier d'événement de l'histoire contemporaine, la Cour est d'avis que, compte tenu des raisons avancées par les juridictions allemandes, cette interprétation ne peut passer pour déraisonnable» ; voir aussi : TGI Nanterre, 31 mai 1995 ; TGI Nanterre, 17 janvier 1996, cité par : O. Antin, L. Brossollet, « Le domaine de la vie privée et sa délimitation jurisprudentielle », *Legicom*, 4/1999, n° 20, p. 9-19 : Ainsi, a été jugé non fautif l'article faisant état de l'intervention médicale subie par un monarque : « dont l'état de santé est susceptible d'avoir des retentissements sur le fonctionnement des institutions de son pays et, le cas échéant, sur l'avenir politique de celui-ci si la gravité de cet état justifie l'ouverture de la succession au trône ».

décembre 1997[267] que l'annonce de l'internement psychiatrique d'un maire constitue une atteinte à sa vie privée.

148. La transparence sur l'état de santé d'un responsable politique n'est nécessaire que si l'état de santé peut avoir une réelle incidence sur la fonction. Or, dans le cadre du contrôle exercé par le juge, l'appréciation objective de cet élément fait défaut, dans la mesure où, le juge ne dispose pas d'une expertise médicale lui permettant d'évaluer le degré de l'incidence de l'état de santé sur la fonction. L'altération de ce pan du droit au respect de la vie privée se manifeste puisqu'il suffit d'évoquer le simple lien entre l'état de santé et la fonction pour que l'information soit couverte par l'article 10 de la CEDH.

149. A cet égard, la question de la transparence relative à l'état de santé du Chef de l'État en France mérite plus d'attention en raison de l'absence de son encadrement, mais aussi s'agissant de la fonction revêtant la plus haute importance. Elle n'est traitée par aucun texte et la procédure de l'empêchement de l'article 7 de la Constitution reste ambigüe.

150. Il n'existe aucune obligation légale lui imposant la transparence sur son état de santé, c'est la raison pour laquelle les Présidents de la République ont toujours été réticents à dévoiler cet aspect de leur vie privée. Le Président Pompidou atteint d'un cancer du sang a indiqué au public qu'il s'agissait d'une infection grippale. En 1981, François Mitterrand promettait d'être transparent sur son état de santé mais cela ne fut pas le cas puisqu'il a procédé à des publications de bulletins falsifiés. Ce n'est qu'en 1992 que le public découvre son cancer de la prostate.

151. En l'absence d'une réglementation, le juge pourra estimer légitimes les révélations relatives à l'état de santé du chef de l'État[268] du fait de son incidence sur la vie publique. D'ailleurs, le Conseil d'État, dans son rapport public de 1995, explique que « la santé des chefs d'État est certes devenue, sur une base largement coutumière, et sous quelque forme que soit illustrée cette coutume, un élément de leur vie publique » [269] . Cette conception jurisprudentielle serait logique en raison de la singularité de la fonction présidentielle sous la Vème République.

152. Néanmoins, dans l'objectif de ne pas porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée du chef de l'État, protéger la fonction présidentielle justifie que les

[267] CA de Paris, 5 décembre 1997, *D.*, 1998. p. 32.
[268] CEDH, 18 août 2004, Editions Plon c./ France, n° 58148/00, § 44 et 47.
[269] CE, « La transparence et le secret », Rapport public 1995, E.D.C.E., *La documentation Française*, n° 47, 1996, p. 86.

informations relatives à l'état de santé du chef de l'État ne puissent être divulguées que dans des circonstances exceptionnelles. Comme l'avait souligné le professeur Guy Carcassonne : « la seule chose qui compte, c'est de savoir si le Président est en capacité ou pas d'exercer ses fonctions » [270]. En 1995, les professeurs Georges Vedel, Olivier Duhamel et Guy Carcassonne ont proposé un encadrement de cette question. Ils suggéraient l'instauration une commission médicale *ad hoc*, chargée d'examiner le chef de l'État une fois par an à condition que des circonstances exceptionnelles le justifient. Après cet examen médical, les résultats auraient été communiqués au président du Conseil constitutionnel qui aurait pu saisir les autres membres du conseil afin de lancer la procédure de l'empêchement si l'état de santé du Président l'exigeait. Selon le professeur Guy Carcassonne : « l'objectif (de cette réglementation) (était) d'arriver à un système où, tant que les français n'entend(aient) parler de rien, c'(était) qu'il n'y (avait) pas de problème. Et quand un problème (serait survenu), il (aurait été) réglé par le Conseil constitutionnel »[271]. Cette solution présenterait l'avantage d'être plus respectueuse du droit au respect de la vie privée, car la nécessité de la transparence serait constatée par un rapport médical objectif, ce contenu du droit au respect de la vie privée affecté que dans de rares cas. Mais cette proposition n'a pas prospéré. Alors qu'aux Etats-Unis, le XXVème amendement de la Constitution américaine prévoit dans ses sections 3 et 4 deux mécanismes qui permettent d'alerter le président du Sénat et le président de la Chambre des représentants de l'incapacité du Président d'exercer sa fonction[272].

[270] P. Quinio, E. Aeschimann, « La santé, une affaire d'Etat », *Libération*, 9 septembre 2005, disponible sur le site : http://www.liberation.fr.
[271] *Ibidem.*
[272] Le XXVème amendement de la Constitution américaine dans sa Section 3 prévoit que «si le président fait parvenir au président *pro tempore* du Sénat et au président de la Chambre des représentants une déclaration écrite leur faisant connaître son incapacité d'exercer les pouvoirs et de remplir les devoirs de sa charge, et jusqu'au moment où il les avisera par écrit du contraire, ces pouvoirs seront exercés et ces devoirs seront remplis par le vice-président en qualité de président par intérim ». Sa Section 4 précise que « si le vice-président, ainsi qu'une majorité des principaux fonctionnaires des départements exécutifs ou de tel autre organisme désigné par une loi promulguée par le Congrès, font parvenir au président *pro tempore* du Sénat et au président de la Chambre des représentants une déclaration écrite les avisant que le président est dans l'incapacité d'exercer les pouvoirs et de remplir les devoirs de sa charge, le vice-président assumera immédiatement ces fonctions en qualité de président par intérim. Par la suite, si le président fait parvenir au président *pro tempore* du Sénat et au président de la Chambre des représentants une déclaration écrite les informant qu'aucune incapacité n'existe, il reprendra ses fonctions, à moins que le vice-président et une majorité des principaux fonctionnaires des départements exécutifs ou de tel autre organisme désigné par une loi promulguée par le Congrès ne fassent parvenir dans les quatre jours au président *pro tempore* du Sénat et au président de la Chambre des représentants une déclaration écrite affirmant que le président est incapable d'exercer les pouvoirs et de remplir les devoirs de sa charge. Le Congrès devra alors prendre une décision ; s'il ne siège pas, il se réunira dans ce but dans un délai de 48 heures. Si, dans les 21 jours qui suivront la réception par le Congrès de cette dernière déclaration écrite, ou dans les 21 jours qui suivront la date de la réunion du Congrès, si le Congrès n'est pas en session, ce dernier décide par un vote des deux tiers des deux Chambres que le président est incapable d'exercer les pouvoirs et de remplir les devoirs de sa charge, le vice-président continuera à exercer ces fonctions en qualité de président par intérim ; dans le cas contraire, le président reprendra l'exercice desdites fonctions ».

Le législateur, en raison de l'exigence toujours plus accrue de la transparence, adopte aussi cette vision très étendue du droit à l'information, ce qui limite le droit au respect de la vie privée des responsables politiques.

B – La prise en compte excessive de la transparence par le législateur

153. Aujourd'hui, l'exigence de la transparence a dépassé le cadre originel dans la politique législative, elle ne concerne plus seulement les responsables politiques mais surtout elle contamine l'intimité des membres de leur famille, entraînant une altération significative de leur droit au respect de leur vie privée.

154. L'irradiation du droit au respect de la vie privée de leurs proches par la transparence s'est traduite par la loi n° 2013-907[273] et la loi organique n° 2013-906[274] du 11 octobre 2013[275], dans lesquelles, le législateur a prévu que les activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint, par le partenaire ou par le concubin de certains responsables politiques doivent figurer dans leur déclaration d'intérêts. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 9 octobre 2013[276], a jugé que « le législateur organique pouvait imposer la mention, dans les déclarations d'intérêts et d'activités, des activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée compte tenu de la vie commune avec le déclarant ».

155. L'instauration de l'obligation de la transparence à l'égard des conjoints, des partenaires et des concubins a été fustigée par la doctrine dans le sens où elle réduit considérablement leur droit au respect de la vie privée. A ce propos le professeur Denys de Béchillon a pu noté que « l'embarquement des familles du personnel politique dans l'injonction générale de transparence réputée propre à prévenir les conflits d'intérêts et à garantir le retour de la confiance fonctionne comme une double peine : parce qu'il jette ces proches au feu d'une frénésie de lumière et de purification déraisonnable autant qu'improductive, mais aussi – et peut-être surtout – parce qu'il les y jette à leur corps

[273] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[274] Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[275] Haute autorité pour la transparence de la vie publique, Rapport d'activité 2015, p 15, disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr.
[276] Cons. cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-675, Loi organique relative à la transparence de la vie publique, considérant 29.

défendant, sans qu'ils soient jamais appelés à y consentir, et donc au mépris de leurs droits »[277]. Il ajoute que « l'obligation de déclarer ses intérêts, voire l'état de son patrimoine, peut parfaitement se comprendre comme le prix qu'un homme politique peut à lui-même s'imposer de payer parce qu'il y va d'un choix personnel, effectué en conscience. Mais on ne peut pas en dire autant du réseau des proches, à qui le même sacrifice d'intimité est imposé hors de toute logique de consentement véritable. Qu'on le veuille ou non, des personnes tierces sont attraites, brutalement, dans la sphère de la transparence »[278].

156. Certes, dans le cadre des activités publiques, « la transparence est la matrice de plusieurs constructions inhérentes à la démocratie : la délibération et le débat publics, la responsabilité des gouvernants, la formation de l'opinion et l'expression de la citoyenneté : rien de tout cela n'est simplement concevable sans transparence. (…) La transparence permet la mise en œuvre effective des principes et des valeurs qui fondent l'action publique et elle renforce ce faisant la confiance des citoyens dans les institutions : elle en est même un pilier. Elle est aussi un gage de probité du secteur public : appliquée, notamment, au financement de la vie politique comme aux achats publics, elle contribue à la prévention de la corruption »[279], mais, l'exigence d'une transparence parfois démesurée, induisant une altération du droit au respect de la vie privée explique l'excès des démocraties contemporaines, où le droit à l'information prime. A ce propos, le professeur Jean-Denis Bredin constate que « le champ de la vie privée, du respect de l'intimité se réduit, sensible à ce grand vent de transparence venu d'Amérique (…). La distinction se développe entre l'homme "privé" – auquel la loi accorderait encore la protection de son intimité – et l'homme "public" dont le citoyen doit vérifier les qualités et les défauts, connaître la vie passée, la vie présente, l'état de santé. Cet homme "public", la démocratie l'obligerait à la parfaite transparence afin que le citoyen, éclairé par la vérité, puisse lucidement le désigner, l'écarter ou le rejeter. Resterait à définir l'homme "public" ainsi soumis aux exigences d'une totale vérité, pour le progrès de la démocratie. La qualification d'homme privé ne s'appliquera-t-elle un jour qu'à celui dont la vie n'intéresse personne ? »[280] . La frontière entre la sphère privée et la sphère publique n'est plus aussi étanche qu'elle devrait l'être.

[277] D. De Béchillon, « Transparence : la double peine des familles », *Pouvoirs*, avril 2013, n° 147, p. 45-52.
[278] *Ibidem.*
[279] J-M. Sauvé, « Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général », Exposé d'ouverture de Jean-Marc Sauvé lors du colloque organisé par Transparence International France "Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ?" à l'Assemblée nationale le 5 juillet 2011, disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr.
[280] J-D. Bredin, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n°97, Transparence et secret, avril 2001, p. 9.

Le statut du responsable politique n'entraine pas seulement un degré de protection plus limité de la liberté de travailler et d'entreprendre, mais suppose aussi, en parallèle, un degré de protection plus étendu de certains autres droits et libertés.

CHAPITRE II – L'EXIGENCE D'UN DEGRÉ DE PROTECTION PLUS ÉTENDU DES DROITS ET LIBERTÉS

157. L'aménagement des droits fondamentaux des responsables politiques les place, parfois, dans un « statut positif » résultant de l'admission d'un degré de protection plus étendu de certains de leurs droits et libertés par rapport au régime de protection de droit commun.

158. La représentation démocratique constitue l'élément déterminant de cette acception, différenciant le titulaire de la fonction politique par rapport aux autres agents des fonctions publiques et aux travailleurs de droit privé qui disposent d'une protection amoindrie en raison du devoir de réserve qui s'impose à eux. La nature démocratique de la fonction politique rend inévitable la prise en considération d'un degré de protection plus importante de certains droits et libertés. Il en va ainsi en ce qui concerne la liberté d'expression (section I), et la liberté religieuse (section II).

Section I – La liberté d'expression

159. La liberté d'expression en tant que liberté fondamentale est reconnue au niveau interne, par l'article 11[281] de la DDHC. Elle apparaît aussi dans différents textes au niveau international, tel que l'article 19[282] de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 10[283] de la CEDH et l'article 11[284]de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cependant, la spécificité de la fonction politique découlant de son caractère démocratique, admis par le texte et la jurisprudence, a induit un degré de protection plus étendu de cette liberté à l'égard des responsables politiques.

160. La protection renforcée de la liberté d'expression des responsables politiques s'est manifestée dès l'origine sous l'angle du régime de l'immunité par le biais de l'irresponsabilité, reconnue en faveur de certains responsables politiques, limitativement énumérés par un texte (§ I). Progressivement, la jurisprudence a considéré cette protection comme essentielle dans une société démocratique, la généralisant au profit de tous les responsables politiques (§ II).

[281] Son article 11 souligne que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

[282] L'article 19 de la DUDH précise que « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ».

[283] L'article 10 de la CEDH dispose que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

[284] L'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne indique que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières ».

§ I – Une protection textuellement consacrée en faveur de certains responsables politiques

161. Traditionnellement, une liberté d'expression plus importante est reconnue en faveur des titulaires de certaines fonctions politiques, principalement au moyen de l'immunité textuelle. Il en va ainsi concernant les parlementaires (A) et le chef de l'État (B). La jouissance de cette immunité textuelle n'est pas accordée aux titulaires des autres fonctions (C).

A – L'immunité parlementaire garante d'une protection renforcée de la liberté d'expression

162. En France, l'avènement de l'immunité parlementaire va de pair avec la création de l'Assemblée nationale. A ce propos, Cécile Guérin-Bragues écrit qu'avec « l'apparition des protections immunitaires, tant dans la France révolutionnaire que dans l'Angleterre médiévale, au sein des colonies d'Amérique ou des États-Unis nouvellement constitués, un constat similaire s'impose. 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 » [285]. En somme, la sauvegarde des représentants du peuple et leur indépendance face à l'exécutif imposaient des mesures particulières [286] . L'instauration de cette immunité permet aux parlementaires « d'exercer pleinement (leurs fonctions) ; elles ne sont pas personnelles mais fonctionnelles, d'où l'impossibilité pour les intéressés d'y renoncer. C'est en cela qu'elles ont un fondement constitutionnel [287]».

163. Depuis, cet héritage révolutionnaire a été pérennisé. De nos jours, la Constitution du 4 octobre 1958 dans le premier alinéa de son article 26 dispose qu'« 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 ». Mais aussi, aux termes de l'article 41

[285] C. Guérin-Bargues, *Immunités parlementaires et régime représentatif : L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, États-Unis)*, dir. O. Beaud, LGDJ, 2011, p. 57.
[286] M. Van der Hulst, *Le mandat parlementaire : étude comparative mondiale*, l'union interparlementaire, Genève 2000, p. 70.
[287] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, présidée par le professeur J. Avril, *La Documentation française*, 2003.

de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse[288], aucune action ne pourra être engagée à l'encontre : « des discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées. Ne donnera lieu à aucune action le compte rendu des séances publiques des assemblées visées à l'alinéa ci-dessus fait de bonne foi dans les journaux ». L'irresponsabilité ainsi consacrée couvre essentiellement la liberté d'expression des parlementaires et, de ce fait, lui garantit une protection plus large.

164. Cette protection renforcée de la liberté d'expression des parlementaires couverte par l'irresponsabilité, considérée comme indispensable à la fonction, est reconnue quasiment dans tous les pays du monde. A titre illustratif, la Constitution américaine, dans son article 1 de sa section 6, consacre l'immunité parlementaire en soulignant que les sénateurs et les représentants « jouiront du privilège de ne pouvoir en aucun cas, 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 mis en cause dans aucun autre lieu ».

165. La doctrine considère la protection de la liberté d'expression parlementaire sauvegardée par l'irresponsabilité comme essentielle dans l'exercice de la fonction. Cette irresponsabilité, selon le professeur Olivier Duhamel [289] , assure leur indépendance. Le professeur Louis Favoreu note, quant à lui, à propos des immunités parlementaires, qu'« elles ont pour but (…) de leur accorder une totale liberté de pensée et d'action »[290] . Par conséquent, pour exercer efficacement leur mission, « les représentants du peuple doivent être entourés de garanties, d'une part pour marquer la dignité, la gravité et l'importance de la fonction qu'ils occupent et, d'autre part et surtout, pour leur assurer une tranquillité d'esprit propre à favoriser l'exercice de leur mandat. Dans cette optique, l'institution des immunités parlementaires a donc bien une valeur universelle et permanente, même si elle ne présente pas partout le même aspect ni la même portée[291] ». Ainsi, cette « immunité particulière »[292] garantissant une liberté d'expression plus étendue protège les parlementaires contre l'assemblée délibérative, l'exécutif et les tiers : « sans elle, les représentants du peuple ne

[288] Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[289] O. Duhamel, Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 487.
[290] L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 16ème éd. 2014, p. 742.
[291] M. Van der Hulst, *Op. cit.*,p. 69.
[292] P. Avril, J. Gicquel, *Lexique, Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2001, p. 75.

jouiraient pas de la liberté qui est indispensable à l'exercice de la souveraineté nationale et indissociable de cette dernière »[293].

166. Comme la doctrine, la jurisprudence adopte une position similaire face à l'irresponsabilité parlementaire permettant un degré de protection plus étendu de leur liberté d'expression. La Cour EDH, consciente de l'importance et de la nécessité de cette protection, souligne que « le fait pour les États d'accorder généralement une immunité plus ou moins étendue aux parlementaires constitue une pratique de longue date, qui vise à permettre la libre expression des représentants du peuple et à empêcher que des poursuites partisanes puissent porter atteinte à la fonction parlementaire. Dans ces conditions, la Cour estime que l'ingérence en question, qui était prévue par l'article 68 § 1 de la Constitution [italienne], poursuivait des buts légitimes, à savoir la protection du libre débat parlementaire et le maintien de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire »[294].

167. Néanmoins, cette irresponsabilité ne conduit pas à une liberté d'expression absolue et non limitée. En France, une conception extensive, selon laquelle « partout où il parle, partout où il écrit sur les choses de la politique, le député reste dans le domaine de son mandat législatif »[295] a été écartée par la jurisprudence, au profit d'une conception restrictive, selon laquelle « seul est couvert par l'irresponsabilité l'acte qui suppose chez son auteur l'existence du mandat parlementaire et qu'un non parlementaire ne pourrait accomplir »[296]. A ce titre, la Cour de cassation, a considéré comme non protégés par l'immunité des propos tenus par un parlementaire au cours d'un entretien radiodiffusé ou télévisé, même directement liés à un rapport parlementaire parce que l'irresponsabilité n'est valable que pour les discours tenus dans l'enceinte de l'Assemblée[297]. En outre, la loi modifiant la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui indiquait que ne donnera lieu à aucune action le rapport d'un parlementaire établi pour rendre compte d'une mission confiée par le Gouvernement en application de l'article L.O. 144 du code électoral, a été censurée par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a jugé qu'« en exonérant de façon absolue de toute responsabilité pénale et civile un parlementaire pour des actes distincts de ceux accomplis par lui dans l'exercice de ses fonctions », cette loi méconnaissait « le principe constitutionnel d'égalité

[293] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, présidée par le professeur J. Avril, *La Documentation française*, 2003.
[294] CEDH, 3 juin 2004, De Jorio c./ Italie, n° 73936/01, § 49. La Cour réitère sa position dans l'affaire suivante : CEDH, 11 février 2010, Syngelidis c./ Grèce, n° 24895/07 , § 42 (anglais).
[295] Assemblée Nationale, Connaissance de l'Assemblée N° 7, « Le statut de député ».
[296] *Ibidem*.
[297] Crim., 7 mars 1988, n°87-80931.

devant la loi [298] ». A juste titre, le professeur Olivier Beaud explique que « la question de savoir si telle ou telle question est couverte par cette irresponsabilité, dépend du lieu où elle a été prononcée [299]». Cette irresponsabilité couvre la liberté de parole des parlementaires dans l'exercice de leur fonction, plus précisément, elle s'applique aux opinions exprimées au sein du Parlement, c'est-à-dire aux « interventions et votes, propositions de loi, amendements, rapports ou avis, questions, actes accomplis dans le cadre d'une mission confiée par les instances parlementaires »[300].

168. A l'instar de la France, dans de nombreux États[301], « la liberté de parole n'est admise qu'à l'intérieur du Parlement et l'immunité parlementaire couvre les opinions ou votes émis par le membre du Parlement dans l'exercice de ses fonctions »[302]. Mais, dans un certain nombre de pays, cette liberté de parole est protégée par l'irresponsabilité aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du Parlement à condition que la parole soit liée à l'exercice du mandat parlementaire[303]. Dans ce cas, la liberté d'expression parlementaire est protégée par l'irresponsabilité lors d'émissions de radio et de télévision[304]. Il en va de même concernant l'immunité accordée aux parlementaires européens qui est prévue par l'article 8 du Protocole n° 7[305] sur les privilèges et immunités de l'Union européenne du 26 octobre 2012. La Cour de justice de l'Union Européenne a eu l'occasion d'apporter des clarifications sur la portée de cette immunité. Selon elle, l'irresponsabilité ainsi consacrée s'applique aux opinions quel que soit le lieu où elles ont été émises, si elles sont liées de façon « directe et évidente au mandat parlementaire »[306].

169. Cependant, même au sein des Parlements, la liberté d'expression parlementaire ne peut être couverte totalement par l'irresponsabilité notamment lorsque certaines déclarations perturbent le bon déroulement du débat parlementaire. A ce titre, en France, le règlement de l'Assemblée nationale comme celui du Sénat prévoient des peines disciplinaires[307]. Ces

---

[298] Cons. cons., 7 novembre 1989, DC n° 89-262, Loi relative à l'immunité parlementaire.

[299] O. Beaud, « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire ; une relecture à partir de Santi Romano », *Droits*, n° 33, 2001, p. 88 et p. 89.

[300] Assemblée Nationale, Connaissance de l'Assemblée N° 7, « Le statut de député », Fiche de synthèse n°16.

[301] Allemagne, Pays-Bas, Belgique, Italie, Espagne, Portugal, Finlande, Norvège, Suède, Royaume-Uni et Canada.

[302] Sénat, « L'immunité parlementaire », Étude de législation comparée n° 250 - novembre 2014, disponible sur le site : http://www.senat.fr.

[303] Tel est le cas, par exemple, en Belarus, en Hongrie, en Roumanie, en Grèce et en Uruguay.

[304] M. Van der Hulst, *Op. cit.*, P. 77.

[305] En vertu de l'article 8 du Protocole sur les privilèges et immunités, « 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.».

[306] CJUE, 6 septembre 2011, n° C-163/10, communiqué de presse n° 81/11, Luxembourg, disponible sur le site : https://curia.europa.eu.

[307] Le Règlement de l'Assemblée nationale, dans son titre I relatif à organisation et fonctionnement de l'assemblée**,** chapitre XIV, intitulé « Discipline, immunité et déontologie », article 70, prévoit que « peut faire l'objet de peines disciplinaires tout

sanctions ont été considérées par la CEDH [308] comme non attentatoires à la liberté d'expression des parlementaires puisqu'elles poursuivent deux buts légitimes, celui de garantir « la défense de l'ordre » en prévenant les perturbations dans les travaux des Assemblées et celui de protéger les droits d'autrui.

170. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une protection absolue, ces dispositions garantissent aux parlementaires, dans l'exercice de leur mandat, une liberté d'expression plus étendue. A l'instar de l'irresponsabilité parlementaire, l'immunité présidentielle offre une liberté d'expression plus importante au chef de l'État.

B – L'immunité présidentielle garante d'une liberté d'expression plus étendue

171. L'immunité du Président de la République, suivant la même logique que l'immunité accordée aux parlementaires**,** lui offre une liberté d'expression considérable.

172. En vertu de l'article 68 de la Constitution, le Président de la République bénéficie d'une liberté d'expression renforcée, dans la mesure où, il ne peut être remis en cause qu'en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». Il n'en demeure pas moins que l'irresponsabilité ainsi instaurée procure au chef de l'État une liberté d'expression singulière encore plus étendue que celle des parlementaires, n'étant pas cantonnée ni à un lieu précis ni soumise à des sanctions disciplinaires car la question de savoir s'il résulte de ce régime d'irresponsabilité une liberté d'expression absolue ou non n'a été pas tranchée en droit interne.

---

membre de l'Assemblée : 1° Qui se livre à des manifestations troublant l'ordre ou qui provoque une scène tumultueuse ; 2° Qui se livre à une mise en cause personnelle, qui interpelle un autre député ou qui adresse à un ou plusieurs de ses collègues des injures, provocations ou menaces ; 3° Qui a fait appel à la violence en séance publique ; 4°Qui s'est rendu coupable d'outrages ou de provocations envers l'Assemblée ou son Président ; 5° Qui s'est rendu coupable d'injures, de provocations ou de menaces envers le Président de la République, le Premier ministre, les membres du Gouvernement et les assemblées prévues par la Constitution ; 6°Qui s'est rendu coupable d'une voie de fait dans l'enceinte de l'Assemblée ; 7° À l'encontre duquel le Bureau a conclu, en application de l'article 80-4, à un manquement aux règles définies dans le code de déontologie ». Disponible sur le site : http://www.assemblee-nationale.fr.
Règlement de Sénat dans son chapitre XVII intitulé discipline et obligations déontologiques, dans l'article 93 dispose que « 1. - Le Président seul rappelle à l'ordre. 2. - Est rappelé à l'ordre tout orateur qui s'en écarte et tout membre qui trouble l'ordre, soit par une des infractions au Règlement prévues à l'article 40, soit de toute autre manière.3. - Tout sénateur qui, n'étant pas autorisé à parler, s'est fait rappeler à l'ordre, n'obtient la parole pour se justifier qu'à la fin de la séance, à moins que le Président n'en décide autrement. 4. - Est rappelé à l'ordre avec inscription au procès-verbal tout sénateur qui, dans la même séance, a encouru un premier rappel à l'ordre. son article 94 souligne que « la censure est prononcée contre tout sénateur :1° Qui, après un rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal, n'a pas déféré aux injonctions du Président ; 2° Qui, dans le Sénat, a provoqué une scène tumultueuse ; 3° Qui a adressé à un ou plusieurs de ses collègues des injures, provocations ou menaces ; 4° Qui s'est rendu coupable d'une infraction aux règles fixées par l'article 99 du présent Règlement ».Disponible sur le site : http://www.senat.fr.

[308] CEDH, 17 mai 2016, Karacsony et autres c./ Hongrie, n° 42461/13 et n°44357/13.

173. Le droit comparé apporte une réponse à cette question notamment à travers la jurisprudence de la Cour EDH [309] qui a dû se prononcer sur l'immunité présidentielle concernant l'État de Moldavie. L'immunité présidentielle prévue par la Constitution moldave présente des similitudes avec l'immunité accordée au Président français dans la mesure où elle ne détermine pas ses limites. La Cour EDH, dans cette affaire[310] qui concernait les déclarations diffamatoires prononcées par le chef de l'État moldave à la télévision, a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité de l'immunité présidentielle reconnue par la Constitution moldave avec le droit d'accéder à un tribunal garanti par l'article 6, § 1, de la Convention. Cette Constitution prévoit dans son article 81§2 que « le Président de la République jouit de l'immunité. Il ne peut pas être rendu responsable juridiquement des opinions exprimées dans l'exercice de son mandat ». Dans un premier temps, la Cour admet que les immunités reconnues en faveur de certaines fonctions politiques ne sont pas contraires à l'article 6 § 1. Mais, dans un second temps, elle met en exergue la nécessité de trouver un juste équilibre entre l'intérêt du public et la protection de la fonction présidentielle, plus précisément, la recherche d'une pondération entre la protection de la liberté d'expression du Président de la République et le droit d'accès au juge du plaignant. Dans son analyse, la Cour note que ni la Constitution ni la Cour constitutionnelle n'ont défini la limite de cette immunité et qu'en matière de liberté d'expression, les tribunaux n'ont pas cherché à savoir si les propos prononcés s'attachent à l'exercice de la fonction ou sont dépourvus de tous liens avec cette dernière. Selon la Cour, en l'absence d'une telle recherche, l'immunité consacrée par la Constitution Moldave demeure absolue et, par conséquent, « la manière avec laquelle la règle de l'immunité a été appliquée dans la présente affaire a constitué une atteinte disproportionnée au droit des requérants d'accéder à un tribunal ». Elle conclut alors à la violation de l'article 6§1 de la Convention.

174. La lecture de cette jurisprudence suscite quelques interrogations sur l'étendue de la liberté d'expression du chef de l'État puisque l'autorité de chose interprétée des décisions de la Cour EDH pourrait conduire le juge interne à adopter la même position. Dès lors, l'exigence d'un lien entre la parole prononcée et l'exercice de la fonction laisse la possibilité pour le juge interne de franchir le pas vers l'acceptabilité d'un éventuel recours. La définition d'une immunité présidentielle se redessine et la conception d'une immunité absolue en matière de liberté d'expression laisse place à une immunité conditionnée et relative.

[309] CEDH, 2 décembre 2014, Urechean et Pavlicenco c./ République de Moldova, n° 27756/05 et n°41219/07 (anglais).
[310] *Ibidem*.

175. L'assurance d'un degré plus étendu de la liberté d'expression via l'irresponsabilité n'est pas reconnue en faveur des titulaires de toutes les fonctions politiques.

C – L'absence d'une immunité textuelle à l'égard des titulaires des autres fonctions

176. Les titulaires des autres fonctions politiques sont exclus du bénéfice de l'immunité fonctionnelle. Tel est le cas des ministres[311] et des élus locaux. Leur liberté d'expression n'est pas garantie par un régime d'irresponsabilité alors qu'ils accomplissent une mission importante dans la détermination de la politique nationale et locale.

177. Les ministres ont pourtant des attributions importantes qui sont prévues par la Constitution. Son titre III consacré au Gouvernement, précise à l'article 20 que : « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, il dispose de l'administration et de la force armée ». De plus, l'article 21 dispose que : « le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires ». La reconnaissance d'un régime d'irresponsabilité aurait pu accorder à ces derniers un degré plus étendu de la liberté d'expression comme cela est le cas en Belgique où la Constitution dans son article 101 alinéa 2 énonce qu'« aucun ministre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions émises par lui dans l'exercice de ses fonctions ». Dans d'autres pays, les ministres qui participent au débat parlementaire bénéficient de l'irresponsabilité applicable aux parlementaires. Il en va ainsi au Canada, en Nouvelle Zélande, aux Pays-Bas et en Suisse[312].

178. Les élus locaux. Bien qu'ils ne possèdent pas d'immunités textuelles, l'état du droit actuel leur permet de s'exprimer librement lors de séances des assemblées délibérantes et de proposer des amendements. En effet, ils peuvent « exposer en séance du conseil des questions orales ayant trait aux affaires[313] » concernant leur circonscription, mais leurs propos ne sont pas couverts par l'irresponsabilité. Il convient de noter que, depuis le mouvement de décentralisation des années 1980 et le développement de la démocratie locale, le législateur a

---

[311] *M. Henry, « Ségolène Royal renvoyée devant la Cour de justice. La ministre, poursuivie pour diffamation par des enseignants, se pourvoit en cassation »,* Libération, *21 octobre 1999, disponible sur le site : http://www.liberation.fr*

[312] M. Van der Hulst, *Op. cit.*,p. 73.

[313] CGCT, art. L. 2121-19 (commune), L. 3121-20 (département) et L. 4132-20 (région).

renforcé la liberté d'expression dans les assemblées locales, notamment avec la loi n° 2002-276 du 27 février 2002[314], qui prévoit un espace réservé à l'opposition dans les bulletins d'informations des communes, des départements et des régions. La contribution de cette loi en matière de protection de la liberté d'expression des élus locaux d'opposition s'avère non négligeable pour la démocratie locale, comme le souligne le professeur Michel Verpeaux [315].

179. Le Conseil d'État a admis que la liberté d'expression des élus locaux est « un droit individuel, appartenant à chaque élu, indépendamment de son appartenance ou non-appartenance à une majorité, une opposition ou un groupe politique quelconque. C'est bel et bien de "leur qualité de membres de l'assemblée (délibérante) appelée à délibérer sur les affaires" de la collectivité que les conseillers tiennent "le droit de s'exprimer sur tout ce qui touche à ces affaires". Il est donc parfaitement logique que, dans le cadre des procédures d'urgence devant le même juge, cette liberté soit qualifiée de fondamentale »[316]. En outre, le juge administratif contrôle que les règlements intérieurs des collectivités ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression des élus.

180. En l'absence d'une reconnaissance généralisée de l'immunité textuelle en faveur de toutes les fonctions politiques, c'est la jurisprudence qui a comblé progressivement cette lacune en reconnaissant un degré de protection plus étendu de la liberté d'expression en faveur des titulaires de toutes les fonctions politiques.

---

[314] Ainsi, l'article 9 de cette loi qui a été codifié à l'article L2121-27-1 du CGCT indique que « Dans les communes de 3 500 habitants et plus, lorsque la commune diffuse, sous quelque forme que ce soit, un bulletin d'information générale sur les réalisations et la gestion du conseil municipal, un espace est réservé à l'expression des conseillers n'appartenant pas à la majorité municipale. Les modalités d'application de cette disposition sont définies par le règlement intérieur ». Son article L3121-24-1 dispose que « Lorsque le département diffuse, sous quelque forme que ce soit, un bulletin d'information générale sur les réalisations et la gestion du conseil général, un espace est réservé à l'expression des groupes d'élus. Les modalités d'application de cette disposition sont définies par le règlement intérieur ». Son article L4132-23-1indique que « Lorsque la région diffuse, sous quelque forme que ce soit, un bulletin d'information générale sur les réalisations et la gestion du conseil régional, un espace est réservé à l'expression des groupes d'élus. Les modalités d'application de cette disposition sont définies par le règlement intérieur ».

[315] M. Verpeaux, « La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité ou la proximité, une solution pour la démocratie locale ? », *RFDA*, 2003, p. 261. « En réalité, la loi a consacré l'entrée officielle des clivages politiques au sein de ces publications, qui retrouvent, par cette expression libre des opinions, un visage de neutralité apparente. L'intention du législateur était peut-être de contrebalancer l'image souvent unilatérale de ces journaux qui présentent l'action de l'administration locale sous un jour systématiquement favorable, ne serait-ce que dans l'éditorial qui est signé par l'organe exécutif de la collectivité. Si telle était cette intention, il n'est pas certain que les modalités d'application soient respectueuses de cet esprit. L'insertion, dans ces bulletins, d'au moins un point de vue différent de celui de la majorité et donc de l'exécutif local, aura au moins l'avantage, pour l'opposition (ou les oppositions) de leur fournir gratuitement une tribune écrite dont, si on sait qu'elle est largement diffusée, on ignore si elle est lue ».

[316] S. Dyens, « La liberté d'expression des élus locaux », *AJCT*, 2013, p. 35.

§ II – La généralisation de la protection consacrée par la jurisprudence

181. L'admissibilité d'un degré de protection plus étendu de la liberté d'expression à l'égard des responsables politiques a été considérée, par la jurisprudence, comme indispensable dans une société démocratique[317] . La notion de « société démocratique » constitue le noyau dur de cette protection renforcée (A). La préservation d'une démocratie apaisée s'oppose également à l'admission absolue de cette liberté. Dans le cadre d'un contrôle juridictionnel, certains propos tenus par les responsables politiques peuvent faire l'objet d'une sanction (B).

A – Une protection plus étendue considérée comme inhérente à toute société démocratique

182. Depuis les années 70, notamment, grâce à la jurisprudence de la Cour EDH, un degré de protection plus renforcé de la liberté d'expression au profit de l'ensemble des responsables politiques se dessine clairement (1). Ce mouvement a été relayé par la jurisprudence interne (2).

1- Un concept consacré par la CEDH

183. La Cour, dans l'arrêt Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976[318], a rappelé l'importance de la liberté d'expression et le lien indissociable qu'elle entretient avec la préservation d'une société démocratique, en précisant que « son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique". La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.

[317] Les juges ont estimé, pour la même raison, que les critiques envers ces derniers peuvent être plus facilement admises CEDH, 8 juillet 1986, Lingens c./ Autriche, série A, n° 103, § 42 : « les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance ». Voir aussi : CEDH, 23 avril 1992, Castells c./ Espagne, n° 1179/85, § 46 : « les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier, ou même d'un homme politique. Dans un système démocratique, ses actions ou omissions doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de la presse et de l'opinion publique ».

[318] CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c./ Royaume-Uni, n° 5493/72.

Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi »[319].

184. L'affirmation de la généralisation d'une protection plus importante de la liberté d'expression semblait incontournable, c'est pourquoi elle a été reconnue dès que la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur cette question. C'est ainsi que dans l'affaire Castells contre Espagne[320], elle a déclaré que « précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts »[321]. Dans sa décision Incal c. Turquie[322], elle réaffirme sa position en déclarant que « précieuse pour chacun, la liberté de l'expression l'est tout particulièrement pour les partis politiques et leurs membres actifs. Ils représentent leurs électeurs, signalent leurs préoccupations et défendent leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un homme politique, membre d'un parti d'opposition, comme c'est le cas du requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts »[323].

185. Pour la Cour EDH, « (…) la poursuite d'activités de nature politique relève de l'article 10, dans la mesure où la liberté du débat politique constitue un aspect particulier de la liberté d'expression. En effet, le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique » [324] . La contribution de la liberté d'expression des responsables politiques à la préservation de la société démocratique mérite une protection renforcée de leur liberté de parole. Sans elle, l'essence même de la démocratie se trouve compromise. Elle garantit l'existence d'une véritable démocratie et sa pérennité. Plus largement la protection

[319] *Ibidem*, § 49.
[320] CEDH, 23 avril 1992, Castells c./ Espagne, n° 1179/85.
[321] CEDH, 23 avril 1992, Castells c./ Espagne, n° 1179/85, § 42.
[322] CEDH, 9 juin 1998, Incal c./ Turquie, n°22678/93.
[323] *Ibidem*, § 46.
[324] CEDH, 20 mai 1999, Rekvényi c./ Hongrie, n° 25390/94, §26. Voir aussi CEDH, 8 juillet 1986, Lingens c./ Autriche, série A n° 103, § 42.

juridique spécifique du libre débat politique est essentielle au bon fonctionnement démocratique[325].

186. En matière de protection de la liberté d'expression dans le domaine du discours politique, le juge de Strasbourg a rappelé dans l'arrêt Sürek contre Turquie du 8 juillet 1999[326], que « (…) l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général [327]». A cet égard, la France a été condamnée par la Cour EDH dans l'arrêt du 12 avril 2012[328]. Un conseiller municipal dirigeant un mouvement d'opposition local nommé L'Union pour le Renouveau de Versailles avait été condamné pour diffamation à l'encontre d'un autre homme politique. Il avait déclaré que ce dernier, alors trésorier du parti politique du Centre des Démocrates Sociaux, avait reçu une mallette contenant des liquidités. Par un jugement en date du 19 novembre 2007, le tribunal correctionnel a déclaré le requérant coupable des faits reprochés pour les propos tenus lors de la séance du 15 février 2007 au sein du conseil municipal, le condamnant à la peine de 1 500 euros d'amende et 1 euro de dommages-intérêts. Ce jugement est confirmé le 18 avril 2008 par la Cour d'appel de Versailles qui précise que « si le caractère politique de la polémique que le prévenu a tenté d'introduire n'est pas contestable, compte tenu de leur opposition au conseil municipal et de la charge des finances communales de la partie civile, l'utilisation d'une ordonnance du 17 juillet 2001 de trois juges d'instruction de Paris, citant le nom de [B. D.] dans le cadre de l'affaire des marchés publics de l'Ile de France est dépourvue de pertinence en l'absence de poursuite judiciaire à son encontre, ainsi que le savait précisément [le requérant]. Il s'ensuit que celui-ci a tenté, avec une particulière persévérance, de tirer d'une dénonciation ancienne et à l'évidence mal-fondée, la mise en cause de la probité de la partie civile, pour satisfaire l'animosité personnelle qu'il nourrissait à son égard, et non dans le but légitime de favoriser un débat d'idées, informant le public dans un souci démocratique. [Le requérant] ne peut donc exciper de sa bonne foi ». Le requérant s'est alors pourvu en cassation, dénonçant une violation de l'article 10 de la Convention. Par un arrêt du 31 mars 2009, la Cour de cassation rejette le pourvoi. Saisie de l'affaire, la Cour EDH estime au contraire qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention. Pour elle, « eu égard à la tonalité générale des échanges verbaux entre les conseillers municipaux lors de la réunion, les propos du requérant

[325] CEDH, 11 avril 2006, Brasilier c./ France, n° 71343/01, § 39.
[326] CEDH, 8 juillet 1999, Sürek c./ Turquie (n° 1), n° 26682/95.
[327] *Ibidem, § 61.*
[328] CEDH, 12 avril 2012, De Lesquen c./ France, n° 54216/09.

constituent davantage des invectives politiques que les élus politiques s'autorisent lors des débats, lesquels peuvent être parfois assez vifs ». Elle note ensuite que « les propos litigieux ont été tenus au cours d'une réunion du conseil municipal de Versailles. Partant, même si les déclarations du requérant n'étaient pas couvertes par une quelconque immunité parlementaire, elles ont été prononcées dans une instance pour le moins comparable au parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression: or, dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique et une ingérence dans la liberté d'expression exercée dans le cadre de ces organes ne se justifie que par des motifs impérieux »[329]. La Cour indique qu'« un juste équilibre n'a pas été ménagé entre la nécessité de protéger le droit du requérant à la liberté d'expression et celle de protéger les droits et la réputation du plaignant. Les motifs fournis par les juridictions nationales pour justifier la condamnation du requérant ne pouvaient passer pour pertinents et suffisants, et ils ne correspondaient à aucun besoin social impérieux »[330]. La Cour EDH fait clairement prévaloir une conception plus étendue de la liberté expression en assimilant le débat au sein d'une assemblée municipale à celui se déroulant au sein du Parlement. De la sorte une immunité jurisprudentielle émerge au profit des élus locaux et des autres responsables politiques qui ne disposent pas d'une immunité textuelle dans l'exercice de leur fonction.

187. Cette volonté de la Cour de promouvoir un degré de protection plus étendu de la liberté d'expression des responsables politiques se manifeste depuis longtemps, non seulement en raison de sa généralisation au bénéfice des membres de toute assemblée de nature politique mais aussi puisqu'elle vise les expressions tenues à l'extérieur des enceintes politiques par le biais de la presse. Dans son arrêt Castells contre Espagne[331], la Cour a pris soin d'indiquer qu'« il ne faut pas oublier le rôle éminent de la presse dans un État de droit. [...] La liberté de la presse [...] donne en particulier aux hommes politiques l'occasion de refléter et commenter les préoccupations de l'opinion publique. Elle permet à chacun de participer au libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique »[332]. La Cour offre une conception très libérale de la liberté d'expression à ces

[329] CEDH, 12 avril 2012, De Lesquen c./ France, n° 54216/09, § 49.
[330] *Ibidem*, § 50.
[331] CEDH, 23 avril 1992, Castells c./ Espagne, n° 1179/85.
[332] *Ibidem*, dans cet arrêt, la Cour a estimé qu'il y a eu violation de l'article 10. Le requérant, militant basque, avait été condamné par les instances espagnoles parce qu'il avait publié un article dans lequel il insultait le gouvernement espagnol et où il l'accusait de soutenir les attaques de groupes armés contre les Basques. À cet propos, la Cour a déclaré qu'« il ne faut pas oublier le rôle éminent de la presse dans un État de droit. (...) La liberté de la presse fournit aux citoyens l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes de leurs dirigeants. Elle donne en particulier aux hommes

derniers. Ils ont dorénavant la possibilité de s'exprimer sans contrainte, non seulement dans l'enceinte d'une assemblée, mais plus largement dans l'espace public. De cette façon, la conception jurisprudentielle du droit à la liberté d'expression des responsables politiques est plus vaste que l'immunité fonctionnelle prévue par les textes.

188. Plus récemment, l'arrêt du 7 septembre 2017[333] illustre cette acception plus large de la liberté d'expression des responsables politiques émanant de la Cour EDH. Dans cette affaire, un conseiller municipal, dénonçant des irrégularités concernant la passation de marchés publics lors d'une séance d'un conseil municipal, a accusé le maire et son adjointe d'escroquerie. Cet élu a formulé ces propos sur des tracts et a été condamné par le Tribunal correctionnel de Grasse pour diffamation. Cette décision a été confirmée en appel, et son pourvoi en cassation a été rejeté. Saisie de ce litige, la Cour EDH condamne la France sur le fondement de l'article 10 de la Convention, indiquant que « les déclarations du requérant visaient à mettre en lumière et à informer les électeurs d'irrégularités qui, selon lui, entachaient l'exécution et la passation de marchés publics dont il était en charge. Ces propos relevaient donc du cadre d'un débat d'intérêt général pour la collectivité, sur lequel le requérant avait le droit de communiquer des informations au public »[334]. Elle ajoute que « dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique. S'il est vrai que les déclarations en l'espèce ont été prononcées lors d'une séance du conseil municipal d'une petite circonscription, il n'en reste pas moins qu'elles ont été faites par le requérant en sa qualité d'élu. Or précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple. Dans ces circonstances, une ingérence dans la liberté d'expression exercée dans le cadre de ces organes ne saurait également se justifier que par des motifs impérieux »[335].

Bien que les juges internes se montrent plus réservés parfois sur cette question, l'étude de la jurisprudence révèle que dans la majorité des cas, ils s'inscrivent dans la même logique que la position adoptée par la CEDH.

---

politiques l'occasion de refléter et commenter les soucis de l'opinion publique. Elle permet à chacun de participer au libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique.

[333] CEDH, 7 septembre 2017, Lacroix c./ France, n° 41519/12.

[334] CEDH 7 sept. 2017, Lacroix c./ France, n° 41519/12, § 42.

[335] *Ibidem*, § 43.

2- Une conception adoptée par le juge interne

189. La Cour EDH a exercé en la matière une réelle influence sur le juge interne. Ce dernier a entrepris une démarche jurisprudentielle analogue. Dans l'arrêt de rejet du 9 décembre 2014 rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation[336], elle souligne que « si c'est à tort que la cour d'appel a retenu que les propos litigieux caractérisaient une diffamation, en l'absence d'imputation ou d'allégation de faits suffisamment précis, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure, dès lors que, ainsi que la Cour de cassation est en mesure de s'en assurer, les paroles injurieuses incriminées, prononcées, dans le contexte d'un débat politique, par le maire, chargé de la police de l'assemblée municipale, s'analysaient en une critique du comportement de l'un de ses membres dans l'exercice de son mandat public, et ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression, qui ne peut connaître d'ingérence ou de restriction, en une telle circonstance, que pour des motifs impérieux, dont l'existence n'est pas établie ». Alors que, dans cette affaire, le maire de Nice a tenu des propos injurieux envers l'un des membres du conseil municipal, ces paroles tombent sous le coup de la protection de la liberté d'expression. Comme la Cour EDH, le juge interne mentionne que les seules limites contraignant l'exercice de cette liberté sont les « motifs impérieux ».

190. Deux arrêts plus récents de la Cour de cassation[337] rendus le même jour, témoignent de cette protection plus importante de la liberté d'expression des responsables politiques. Ces affaires relatent les propos diffamatoires émis par deux responsables politiques lors d'une émission de télévision et de radio à l'encontre d'un autre responsable politique. Ils l'accusent publiquement d'entretenir des relations étroites avec des personnalités antisémites. Dans ces arrêts, la Cour de cassation rappelle la jurisprudence de la Cour EDH en notant que « l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit la liberté d'expression, laquelle ne peut faire l'objet d'une limitation qu'à la condition qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but légitime poursuivi ; que les ingérences dans la liberté d'expression doivent être particulièrement rares dans le domaine politique, les limites de la critique admissible étant plus larges à l'égard d'un homme politique visé en cette qualité que d'un simple particulier ; qu'en outre, dans un contexte électoral, une certaine vivacité de propos, et même une certaine outrance, sont admises ; qu'en déclarant Mme X... coupable de diffamation en lui reprochant des propos tenus oralement lors d'un journal télévisé en direct entre les deux tours des élections législatives de 2012, dans un contexte

[336] Crim., 9 décembre 2014, n° 13-85.401.
[337] Crim., 28 juin 2017, n°16-80.064 et n°16-80066, Publié au bulletin.

d'alliance électorale visant des prises de position discutables du chef de file du Front de gauche en faveur d'une personnalité ayant par ailleurs tenu des propos antisémites virulents, les juges du fond n'ont pas pris la mesure des enjeux politiques et du débat électoral dans lesquels les propos ont été prononcés. En refusant à Mme X... le bénéfice de la bonne foi, alors même que lesdits propos qui reposent sur des faits avérés ne dépassent pas les limites de la liberté d'expression dans la critique de prises de position d'un adversaire politique et ont méconnu » l'article 10 de la Convention. La Cour admet plus facilement la notion de bonne foi en ce qui concerne les critiques émises par les responsables politiques vis-à-vis de leurs adversaires dans leurs prises de parole. De ce fait, elle accorde un degré de protection plus renforcé[338].

191. Cette ligne jurisprudentielle a été confirmée le même jour [339] concernant deux responsables politiques qui se sont présentés aux mêmes élections départementales. L'un d'entre eux avait placardé sur la vitrine de la permanence de son adversaire des affiches indiquant que celui-ci n'avait pas le soutien de certains personnels politiques contrairement à ce qu'il revendiquait, et il avait aussi publié sur Facebook un courrier prouvant ces informations. La Cour a énoncé que « les propos poursuivis s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général en vue d'une élection politique locale et reposaient sur la base factuelle suffisante des témoignages recueillis par leur auteur et matérialisés dans plusieurs attestations, de sorte que le prévenu, qui, n'étant pas un professionnel de l'information, n'avait pas à effectuer d'autres investigations, ne pouvait, compte tenu de ce contexte et de cette base factuelle, se voir reprocher d'avoir manqué de prudence dans l'expression dans des conditions de nature à le priver du bénéfice de la bonne foi ». Par ce raisonnement, la Cour de cassation accorde une protection très large au profit des responsables politiques, au point d'ailleurs de remettre en cause la notion de diffamation qui a pour objet la sauvegarde des droits d'autrui, conduisant à certaines dérives au nom d'un débat d'intérêt général.

192. Toujours est-il qu'une protection plus étendue de la liberté d'expression des responsables politiques, se révèle plus que jamais indispensable. Ainsi, la jurisprudence a métamorphosé la raison traditionnelle relative à la préservation de l'indépendance du titulaire

[338] *Ibidem*, selon la Cour : « Mme Nathalie X..., femme politique et non professionnelle de l'information, s'exprimait en direct lors d'un journal télévisé et pouvait adopter un ton indéniablement polémique, la cour d'appel qui, pour refuser à la prévenue le bénéfice de la bonne foi, a retenu une insuffisance de base factuelle et un défaut de prudence dans l'expression, a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ».
[339] Crim., 28 juin 2017, n° 16-82163, publié au bulletin.

de la fonction, en une nécessité démocratique exigeant aussi des limites à l'exercice de cette liberté.

B – Une protection limitée en raison de la préservation d'une société démocratique

193. Bien que les responsables politiques bénéficient d'une protection plus étendue de leur liberté d'expression en raison de la nécessité démocratique, prémunir la société démocratique contre des éventuelles dérives induit aussi que cette liberté soit limitée. Ne sont pas couverts par cette protection, les discours à caractère diffamatoire, raciste, xénophobe, négationniste ou antisémite, mais encore l'incitation à la haine et à la violence, ce constat est observé tant en droit interne (1) qu'en droit supranational (2).

1- Les limitations internes

194. En droit interne, l'article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881[340] punit d'un an d'emprisonnement et/ou de 45 000 € d'amende ceux qui, publiquement, ont « provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Cette disposition s'applique aussi aux déclarations prononcées par les responsables politiques. Ainsi, dans son arrêt du 24 juin 1997[341], la Cour de cassation a jugé, à propos d'un responsable politique, que la cour d'appel a justifié sa décision en déclarant ce dernier « coupable du délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes, (puisqu'elle) relève que les expressions "envahisseurs", "occupants de notre sol", "étrangers irrespectueux et nuisibles", contenues dans un tract électoral induisent une notion d'agression, et tendent à susciter un sentiment de haine ou des actes de discrimination envers les immigrés, considérés comme un groupe de personnes, et visés à raison de leur non-appartenance à la communauté française ».

[340] Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
[341] Crim., 24 juin 1997, n° 95-81.187.

195. Dans le même esprit, dans un arrêt du 28 septembre 2004[342], la Cour a condamné la publication sur le site internet d'une commune de la décision du maire de boycotter les produits israéliens. En effet, elle a estimé que cette diffusion est de nature à provoquer des comportements discriminatoires.

196. Par ailleurs, dans l'arrêt du 17 mars 2015[343], la Cour de cassation confirme la décision de la Cour d'appel de Nîmes qui a condamné un conseiller régional représentant le Front National pour provocation à la haine raciale ou à la violence contre un élu local et un député européen. Le prévenu avait posté sur son compte Facebook un message contenant des propos injurieux[344]. La Cour de cassation a affirmé que le délit de provocation prévu à l'article 24, alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881 était caractérisé puisque les propos, « tant par leur sens que par leur portée, (…) tendent à susciter un sentiment de rejet ou d'hostilité, la haine ou la violence, envers un groupe de personnes ou une personne à raison d'une religion déterminée » et de ce fait entrent dans le champ d'application des limitations prévues au §2 de l'article 10 de la CEDH. Par conséquent, ils ne bénéficient pas de la protection reconnue au titre du §1.

197. Sur les mêmes fondements, la Cour, dans l'arrêt du 20 septembre 2016[345], a condamné un responsable politique ayant tenu un discours qui le rend coupable du délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence envers un groupe de personnes à raison de leur appartenance à une religion déterminée. Elle a déclaré que « la cour d'appel n'a méconnu aucun des textes invoqués, dès lors qu'elle a, à bon droit, déduit d'éléments extrinsèques aux propos poursuivis, qu'elle a souverainement analysés, que ceux-ci visaient l'ensemble des immigrés de religion musulmane, et qu'elle a exactement retenu que lesdits propos, au prétexte d'un débat légitime sur les conséquences de l'immigration et la place de l'islam en France, en ce qu'ils présentaient tous les membres du groupe ainsi visé, assimilé au " grand banditisme" et au " crime organisé", comme des délinquants colonisant et asservissant la France par la violence, et affirmaient que cette situation ne pouvait être abandonnée " à l'action policière ou à celle des tribunaux", dès lors que les lois et les institutions chargées de les faire respecter étaient impuissantes à protéger " l'indépendance du pays" et " la liberté du

[342] Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450.
[343] Crim., 17 mars 2015, 13-87.922.
[344] « Ce grand homme a transformé Nîmes en Alger, pas une rue sans son Kebab et sa mosquée ; dealers et prostitués règnent en maîtres, pas étonnant qu'il ait choisi Bruxelles, capitale du nouvel ordre mondial, celui de la charia... Merci l'UMPS, au moins ça nous fait économiser le billet d'avion et les nuits d'hôtel, j'adore le Club Med version gratuite... Merci Franck et kiss à Leila... des bars à chichas de partout en centre-ville et des voilées. Voilà ce que c'est Nîmes la ville romaine, soi-disant ... L'UMP et le PS sont des alliés des musulmans... un trafic de drogue tenu par les musulmans... qui dure depuis des années .... Des caillassages sur des voitures appartenant a des blancs... Nîmes capitale de l'insécurité du Languedoc-Roussillon... Z... l'élu au développement économique... hallal... boulevard Gambetta et rue de la République (islamique) ».
[345] Crim., 20 septembre 2016, n° 15-83.070.

peuple", tendaient, tant par leur sens que par leur portée, à provoquer autrui à la discrimination, à la haine ou à la violence ». Plus récemment, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 1er février 2017[346], a confirmé la condamnation du maire de Roquebrune-sur-Argens qui s'était exprimé dans les termes[347] considérés comme constitutifs de l'infraction de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence.

Ces limitations de la liberté d'expression des responsables politiques prévues par les dispositions de droit interne se retrouvent aussi en droit supranational.

2- Les limitations supranationales

198. Comme l'indique l'article 10§2 de la CEDH, « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire».

199. L'article 10 de la Convention ne couvre pas les discours politiques qui sont contraires à la démocratie ou qui peuvent la mettre en péril. Selon la Cour, « nul ne peut se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique »[348]. A ce propos, elle a eu l'occasion de noter que « la liberté de discussion politique ne revêt assurément pas un caractère absolu. Un État contractant peut l'assujettir à certaines "restrictions" ou "sanctions", mais il appartient à la Cour de statuer en dernier lieu sur leur compatibilité avec la liberté d'expression telle que la consacre l'article 10 »[349]. Ainsi, les discours à caractère haineux ne peuvent bénéficier de la protection issue de l'article 10 de la Convention.

---

[346] Crim., 1er février 2017, n°15-84.511.

[347] « Je vous rappelle quand même, que les gens du voyage, que dis-je, les Roms, m'ont mis neuf fois le feu. Neuf fois des départs de feux éteints par le SDIS dont le dernier, ils se le sont mis eux-mêmes. Vous savez ce qu'ils font : ils piquent des câbles électriques et après ils les brûlent pour récupérer le cuivre et ils se sont mis à eux-mêmes le feu dans leurs propres caravanes. Un gag ! Ce qui est presque dommage, c'est qu'on ait appelé trop tôt les secours ! Mais je ne l'ai pas dit, je ne l'ai pas dit. Non mais parce que les Roms, c'est un cauchemar, c'est un cauchemar ».

[348] CEDH, 13 février 2003, Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c./ Turquie, n° 41340/98, n°41342/98, n°41343/98 et n°41344/98, § 99.

[349] CEDH, 23 avril 1992, Castells c./ Espagne, n° 1179/85, § 46.

200. La Cour EDH, lorsqu'elle est confrontée à des affaires relatives à l'incitation à la haine, les écarte du champ d'application de la protection de la liberté d'expression de deux manières. En premier lieu, elle peut retenir la voie de l'exclusion prévue par l'article 17, c'est-à-dire l'interdiction de l'abus de droit, lorsque les propos litigieux constituent une menace grave aux valeurs fondamentales garanties par la Convention. En second lieu, la Cour retient la voie des limitations de la protection prescrite par l'article 10§2 de la Convention relatif à la liberté d'expression. Cette seconde voie est utilisée par la Cour lorsque les propos mis en cause ne représentent pas une atteinte grave aux droits et libertés garanties par la Convention[350].

201. En somme, lorsque certaines déclarations de responsables politiques s'apparentent à un pareil appel, la Cour conclut que la restriction prévue par l'Etat contractant ne heurte pas l'article 10 au motif que l'ingérence litigieuse répond à un « besoin social impérieux »[351]. Tel a été sa position dans une affaire concernant un ancien maire de Diyarbakır en Turquie qui, en août 1987, alors qu'il purgeait plusieurs peines d'emprisonnement à la prison militaire de Diyarbakır, avait tenu les propos suivants au cours d'un entretien avec des journalistes : « je soutiens le mouvement de libération nationale du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan) ; en revanche, je ne suis pas en faveur des massacres. Tout le monde peut commettre des erreurs et c'est par erreur que le PKK tue des femmes et des enfants. (…) ». Or, depuis 1985, de graves troubles font rage dans le Sud-Est de la Turquie entre les forces de sécurité turques et les membres du PKK. Ce conflit a, d'après le Gouvernement turc, coûté la vie à 4 036 civils et 3 884 membres des forces de sécurité. A l'époque où la Cour a examiné l'affaire, dix des onze provinces du Sud-Est de la Turquie se trouvaient soumises, depuis 1987, au régime de l'état d'urgence. La Cour a estimé que les déclarations de l'ancien maire s'apparentaient à un appel à la violence. Or, comme l'a relevé la Commission, la déclaration du requérant a coïncidé avec les meurtres de civils commis par des militants du PKK [352]. La Cour a noté qu'une « telle déclaration – émanant d'une personnalité politique bien connue dans le Sud-Est de la Turquie, pouvait avoir, alors que de graves troubles faisaient rage dans cette région, un impact de nature à justifier l'adoption par les autorités nationales d'une mesure visant à préserver la sécurité nationale et la sûreté publique. L'ingérence litigieuse poursuivait donc des buts légitimes au regard de l'article 10 § 2 ». La Cour a estimé que « la peine infligée au

[350] CEDH, Unité de la presse, fiche thématique- discours de haine, juillet 2017, disponible sur le site : http://www.echr.coe.int
[351] CEDH, 25 novembre 1997, Zana c./ Turquie, n° 18954/91, § 61.
[352] *Ibidem.*

requérant pouvait raisonnablement répondre à un "besoin social impérieux" et que les motifs invoqués par les autorités nationales sont "pertinents et suffisants"»[353].

202. La Cour autorise les États à intervenir et à prendre des mesures concrètes dans l'intention d'assurer la stabilité et l'effectivité d'un régime démocratique[354] qui représente un élément fondamental de l'ordre public européen[355]. Pour elle, la tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'il est parfois nécessaire, dans les sociétés démocratiques, « de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse), si l'on veille à ce que les "formalités", "conditions", "restrictions" ou "sanctions" imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi »[356].

203. Malgré une large protection de la liberté d'expression dans les discours politiques[357], la Cour invite les responsables politiques à éviter de prononcer des discours s'apparentant à la haine, à la violence et à l'intolérance. Elle a très clairement indiqué, à ce propos, que « la lutte contre toute forme d'intolérance fait partie intégrante de la protection des droits de l'homme, il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance »[**358**]. Dans l'arrêt Guzel c./ Turquie du 20 septembre 2005[**359**], la Cour a déclaré la requête d'un ancien ministre et député turc irrecevable en raison de ses propos dans lesquels il apportait son soutien à la mouvance terroriste islamiste. La Cour a estimé que son discours incitait à la haine et à la violence en mettant en péril la paix civile et le régime démocratique. L'ingérence de l'État a été considérée comme répondant à un « besoin social impérieux ». Dans une autre affaire, les juges de Strasbourg ont considéré que les propos prononcés par Jean-Marie Le Pen dans une interview donnée au journal Le Monde pouvaient engendrer un sentiment de rejet et d'hostilité susceptible de donner une image négative et même inquiétante pour la

[353] *Ibidem*. Voir aussi, CEDH, 6 juillet 2006, Erbakan c./ Turquie, n° 59405/00, § 58, dans laquelle, la Cour précise qu'elle examine l'« ingérence » litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la teneur des propos incriminés et le contexte dans lequel ils furent diffusés, afin de déterminer si la condamnation de M. Erbakan répondait à un « besoin social impérieux » et si elle était « proportionnée aux buts légitimes poursuivis».
[354] CEDH, 16 mars 2006, Ždanoka c./ Lettonie, n° 58278/00, § 100.
[355] *Ibidem*, § 98.
[356] CEDH, 8 juillet 1999, Sürek c./ Turquie n° 1, n° 26682/95, § 62 ; Voir aussi CEDH, 6 juillet 2006, Erbakan c./ Turquie, n° 59405/00, § 56.
[357] CEDH, 13 novembre 2003, Scharsach et News Verlagsgesellschaft c./ Autriche, n° 39394/98, § 30: la Cour considère que « l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général » ;Voir aussi, CEDH, 8 juillet 1999, Sürek c./ Turquie n° 1, n° 26682/95, § 61.
[358] CEDH, 6 juillet 2006, Erbakan c./ Turquie, n° 59405/00, § 64.
[359] CEDH, 20 septembre 2005, Güzel c./ Turquie n° 1, n° 54479/00.

communauté musulmane dans son ensemble, même s'ils s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général relatif à l'immigration[360].

204. La Cour EDH condamne les déclarations relatives à la haine raciale, y compris en période de campagne électorale durant laquelle la liberté d'expression des responsables politiques bénéficie d'un degré de protection encore plus important. Dans une affaire[361] concernant un homme politique belge, ancien député et président du parti politique Front National-Nationaal Front qui avait vu son immunité parlementaire levée, la Cour a noté que « l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux. Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination, comme cela a été le cas en l'espèce, suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population. Les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les États démocratiques »[362]. Bien que le requérant eût prononcé ces paroles durant une période électorale, la Cour a estimé que l'ingérence de l'État Belge ne portait pas une atteinte disproportionnée à l'article 10 de la Convention. Selon elle, « si, dans un contexte électoral, les partis politiques doivent bénéficier d'une large liberté d'expression afin de tenter de convaincre leurs électeurs, en cas de discours raciste ou xénophobe, un tel contexte contribue à attiser la haine et l'intolérance car, par la force des choses, les positions des candidats à l'élection tendent à devenir plus figées et les slogans ou formules stéréotypées en viennent à prendre le dessus sur les arguments raisonnables. L'impact d'un discours raciste et xénophobe devient alors plus grand et plus dommageable »[363]. De plus, elle estime que la levée de l'immunité parlementaire du requérant correspond à la sauvegarde des institutions démocratiques et à la préservation d'un climat social serein[364]. En conséquence, la Cour juge

[360] CEDH, 20 avril 2010, Le Pen c./ France, n° 18788/09 ; il avait déclaré que « le jour où nous aurons en France, non plus cinq millions mais 25 millions de musulmans, ce sont eux qui commanderont. Et les Français raseront les murs, descendront des trottoirs en baissant les yeux. Quand ils ne le font pas, on leur dit : qu'est-ce que tu as à me regarder comme ça ? Tu cherches la bagarre ? Et vous n'avez plus qu'à filer, sinon vous prenez une trempe ».

[361] CEDH, 16 juillet 2009, Féret c./ Belgique, n° 15615/07, le responsable politique a été poursuivi pour les déclarations qu'il avait tenues pendant la campagne électorale. En effet, suite à de nombreuses plaintes pour incitation à la haine, à la discrimination et à la violence à raison de la race, de la couleur ou de l'origine nationale ou ethnique, son immunité parlementaire a été levée.

[362] *Ibidem*, §73.

[363] *Ibidem*, §76.

[364] *Ibidem*, §75 : « La qualité de parlementaire du requérant ne saurait être considérée comme une circonstance atténuant sa responsabilité. A cet égard, la Cour rappelle qu'il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance. Elle estime que les politiciens devraient

que les motifs indiqués par les juridictions nationales pour justifier l'ingérence dans la liberté d'expression du requérant sont pertinents et suffisants, compte tenu du besoin social impérieux de protéger l'ordre public et les droits d'autrui, c'est-à-dire ceux de la communauté immigrée. Certains auteurs considèrent cette décision de la Cour comme réductrice du discours politique et de la liberté d'expression des responsables politiques[365]. Mais, on ne peut qu'adhérer à la position de la Cour EDH notamment lorsqu'elle souligne « qu'on ne saurait exiger de l'État d'attendre, avant d'intervenir, qu'un parti politique se soit approprié le pouvoir et ait commencé à mettre en œuvre un projet politique incompatible avec les normes de la Convention et de la démocratie, en adoptant des mesures concrètes visant à réaliser ce projet, même si le danger de ce dernier pour la démocratie est suffisamment démontré et imminent »[366]. La Cour accepte que lorsque la présence d'un tel danger est établie par les juridictions nationales, à l'issue d'un examen minutieux soumis à un contrôle européen rigoureux, un État doit pouvoir « raisonnablement empêcher la réalisation d'un projet politique incompatible avec les normes de la Convention, avant qu'il ne soit mis en pratique par des actes concrets risquant de compromettre la paix civile et le régime démocratique dans le pays »[367].

205. La Cour n'admet l'atteinte à la liberté d'expression des responsables politiques que si l'ingérence est prévue par la loi, poursuit des buts légitimes et est nécessaire dans une société démocratique. Elle examine l'affaire qui lui est soumise à la lumière de ces trois éléments qui peuvent être variables en fonction des circonstances de chaque espèce. Dans l'arrêt *Perinçek*

être particulièrement attentifs à la défense de la démocratie et de ses principes, car leur objectif ultime est la prise même du pouvoir » ; §77 : « La Cour reconnaît que le discours politique exige un degré élevé de protection, ce qui est reconnu dans le droit interne de plusieurs États, dont la Belgique, par le jeu de l'immunité parlementaire et de l'interdiction des poursuites pour des opinions exprimées dans l'enceinte du Parlement. La Cour ne conteste pas que les partis politiques aient le droit de défendre leurs opinions en public, même si certaines d'entre elles heurtent, choquent ou inquiètent une partie de la population. Ils peuvent donc prôner des solutions aux problèmes liés à l'immigration. Toutefois, ils doivent éviter de le faire en préconisant la discrimination raciale et en recourant à des propos ou des attitudes vexatoires ou humiliantes, car un tel comportement risque de susciter parmi le public des réactions incompatibles avec un climat social serein et de saper la confiance dans les institutions démocratiques ».

[365] *Ibidem*; Opinion dissidente du juge Sajó à laquelle se rallient les juges Zagrebelsky et Tsotsoria. Voir aussi, X. Bioy, « Conv. EDH, art. 10 : Liberté d'expression et de la presse », *Dalloz*, juillet 2017 :« La Cour européenne a ainsi forcé un peu sa jurisprudence en prenant quelques risques avec la liberté d'expression politique dans l'affaire Féret c./ Belgique » : « ici la Cour ne requiert plus un quelconque passage à l'acte suivant l'incitation à la violence. Le seul propos ségrégationniste de l'auteur suffit à justifier la sanction d'inéligibilité. La Cour finit par inverser la logique, faisant du contexte électoral un argument supplémentaire pour limiter les contenus » ; voir aussi Opinion dissidente du juge Sajó à laquelle se rallient les juges Zagrebelsky et Tsotsoria : Cette jurisprudence de la Cour peut conduire à la fragilisation des discours politiques et, de cette façon, « les propos des politiciens, pièces maitresses de la liberté d'expression à une certaine époque, deviennent la bête noire et doivent être autocensurés en raison des responsabilités qui incombent aux politiciens à cet égard. Ces derniers sont plus responsables car leur objectif à terme est de prendre le pouvoir. Mais il n'y a rien de mal à prendre le pouvoir politique dans le cadre d'élections démocratiques : en démocratie, les élections ne constituent pas une source de danger imposant des restrictions particulières au discours. Au contraire, la liberté d'expression est ce qui permet un choix politique intelligent et un comportement responsable ».

[366] ~~CEDH, 13 février 2003, Refah Partisi~~ (Parti de la prospérité) et autres c./ Turquie, n°41340/98, n°41342/98, n°41343/98 et n°41344/98, § 102.

[367] *Ibidem*.

c. Suisse, la Cour a estimé que les discours d'un homme politique turc dans lesquels il nie l'existence du génocide arménien bénéficient de la protection de l'article 10 de la Convention en précisant que « le discours politique, par nature, est source de polémiques et souvent virulent. Il n'en demeure pas moins d'intérêt public, sauf bien sûr s'il franchit une limite et dégénère en un appel à la violence, à la haine ou à l'intolérance »[368]. Elle a jugé que les propos litigieux n'incitent ni à la violence ni à la haine, et ne présentent pas un danger immédiat pour l'ordre public.

206. Même s'il existe des limitations, les responsables politiques disposent d'un degré de protection plus étendu de la liberté d'expression inhérent à l'exercice de leur fonction. Le même schéma se dessine pour la protection de leur liberté religieuse.

[368] CEDH, 15 octobre 2015, Perinçek c./ Suisse, n°27510/08, § 231.

Section II – La liberté religieuse

207. La liberté religieuse[369] est consacrée en droit interne par l'article 10 de la DDHC[370], le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946[371] et l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958[372]. Cette liberté est par ailleurs proclamée par les instruments internationaux tels que l'article 9 § 1[373] de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 18[374] du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, l'article 18 [375] de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et l'article 10[376] de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[369]Le CE, « Le juge administratif et l'expression des convictions religieuses », 25 novembre 2014, disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr, dans ce rapport le Conseil indique que « La liberté de religion a une dimension avant tout individuelle : c'est la liberté de croire ou de ne pas croire. Les textes, internes et internationaux, qui garantissent la liberté de religion en font, d'ailleurs, un élément de la liberté de pensée ou de conscience de chaque individu» ; voir aussi l'intervention de J-M Sauvé lors de la conférence Olivaint, 6 décembre 2016, « Laïcité et République », disponible sur le site http://www.conseil-etat.fr: « La liberté religieuse se compose, selon la Cour de Strasbourg, de deux éléments : la liberté de conscience ou de pensée, qui est une liberté intérieure ne pouvant faire l'objet d'aucune restriction, et la liberté de manifester sa religion et de pratiquer son culte, qui ne peut être limitée que pour des motifs tenant à l'ordre public. Du caractère fondamental de la liberté religieuse découle, selon elle, une obligation de neutralité pour l'État ».

[370] « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

[371] Il précise dans son alinéa que « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

[372] Il proclame que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ». De surcroît, le Conseil constitutionnel (Cons. cons., 23 novembre 1977, DC n°77-87 relative à la liberté d'enseignement) a consacré la liberté de conscience comme principe fondamental reconnu par les lois de la République. Pour le Conseil d'État, la liberté d'expression religieuse constitue un principe constitutionnel (CE, 27 juin 2008, Mme M…, n° 286798, Mentionné dans les tables du recueil Lebon), et a également considéré la liberté de culte comme une liberté fondamentale (CE, 16 février 2004, M. B., n° 264314, Mentionné dans les tables du recueil Lebon) au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

[373] L'article 9 § 1 de la Convention EDH dispose « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». Cette liberté peut faire l'objet de restrictions comme l'affirme le § 2 de cet article « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

[374] Selon cette disposition « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que de la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ».

[375] Cet article proclame que « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. 2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix. 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui. 4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions ».

[376]L'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre la liberté de pensée, de conscience et de religion en indiquant que « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction

208. Pourtant, comme toute liberté, son exercice n'est pas absolu. La protection de l'ordre public, la santé publique et les droits et libertés d'autrui peuvent conduire à le restreindre notamment dans le milieu professionnel.

209. La comparaison de la situation des responsables politiques avec le régime de droit commun applicable aux salariés du secteur privé et le régime spécifique applicable aux agents du service public met en exergue le postulat selon lequel les responsables politiques, dans l'exercice de leur fonction, disposent d'un degré plus étendu de leur liberté religieuse. En effet, l'étude de la jurisprudence administrative révèle que le principe de neutralité[377], qui découle du principe de laïcité[378], réduit considérablement la liberté religieuse des agents des services publics. De même, l'analyse de la jurisprudence judicaire[379] fait apparaître qu'en raison de certaines circonstances et de la spécificité de certains emplois dans le secteur privé, les salariés peuvent être restreints dans l'exercice de cette liberté par les règlements intérieurs.

210. Qu'il s'agisse des agents du service public ou certains salariés du secteur privé, ils sont tenus de respecter ces restrictions dès l'entrée en activité contrairement aux titulaires des fonctions politiques (§1) qui doivent respecter ces limites à un moment précis, c'est-à-dire au

---

individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

[377] Ces principes d'origine jurisprudentiels sont inscrits dans l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires depuis la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires qui dispose que « Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité.
Il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service ».

[378] La loi du 9 décembre 1905, intitulée « loi de la séparation des Églises et de l'État », consacre le principe de laïcité. Son article 1er indique que, « la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ». Le principe de séparation est affirmé par l'article 2 qui dispose que « la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte (...) ». L'article 1er de la Constitution indique que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ». Le Conseil constitutionnel a précisé l'importance du principe de laïcité dans sa décision DC n° 2004-505 du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Il a considéré le principe de laïcité comme un élément inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, que le droit européen ne saurait remettre en cause. En outre, il a noté que « les dispositions de l'article 1er de la Constitution, aux termes desquelles « la France est une République laïque », interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers » (considérant 18). (Voir à ce propos, *AJDA* 2005. 211, note O. Dord ; *D*. 2004. 3075, chron. B. Mathieu ; *RFDA* 2005. 1, étude H. Labayle et J.-L. Sauron ; *RTD eur*. 2005. 557, étude V. Champeil-Desplats ; n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité, *AJDA* 2013. 440 ; *RFDA* 2013. 663, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau). Par ailleurs, le Conseil Constitutionnel a souligné dans sa décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle], que « (…)le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte ».

[379] Voir *Infra*.

stade décisionnel. Dans ce cas, ils voient leur liberté réduite (§II). Concrètement, il existe une liberté religieuse pour occuper une fonction politique et une neutralité religieuse pour prendre une décision politique.

§ I – La liberté religieuse admise dans l'occupation de la fonction politique

211. Un degré de protection plus étendu de la liberté religieuse résulte autant du caractère représentatif de la fonction (A) que du temps de son occupation (B).

A – L'absence de restriction justifiée au regard du caractère représentatif de la fonction

212. Hormis la phase décisionnelle, le principe de neutralité n'impose pas des limitations à la liberté religieuse des responsables politiques durant toute la phase d'occupation de leur fonction. Le caractère représentatif de la fonction leur offre un degré de protection plus vaste de cette liberté se concrétisant par la liberté d'exprimer leurs convictions religieuses (1) et la liberté de porter des insignes religieux pendant l'occupation de la fonction (2).

1- La liberté d'exprimer leurs convictions religieuses

213. Pendant l'occupation de la fonction, la protection renforcée de liberté d'expression des responsables politiques couvre les propos relatifs à leur croyance religieuse lors d'un discours. Ainsi, un degré de protection plus étendu de la liberté d'expression des responsables politiques devient le vecteur de la liberté religieuse. Ces derniers n'hésitent pas à exprimer leurs croyances religieuses. L'article de Marc Tronchot[380] intitulé « "Croyant", "mystique", "politique"... Les présidents de la République et dieu », qui traite la question de la croyance des Présidents de la République de Charles De Gaulle à François Hollande, confirme ce

[380]M. Tronchot, « "Croyant", "mystique" et "politique"… Les Présidents de la République et Dieu », *20 minutes*, 03 avril 15, disponible sur le site : http://www.20minutes.fr.

constat[381]. Dès lors, le fait d'exprimer son opinion religieuse pour un responsable politique n'est pas sanctionné pendant l'occupation de sa fonction, contrairement à un agent du service public qui peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire comme l'a relevé le Conseil d'Etat[382].

214. Cette conception relative à la liberté d'exprimer ses croyances dans l'occupation de la fonction politique semble logique en raison de leur mode de désignation. Les électeurs élisent la personnalité de leur choix, et parfois la croyance religieuse peut devenir un critère de sélection essentiel pour les électeurs. C'est dans cet objectif qu'en période électorale, certains candidats tendent à afficher clairement leurs convictions religieuses. Par exemple, Alain Juppé, lors de la primaire de la droite, au cours d'une interview, a déclaré : « Je suis catholique, je suis baptisé, je m'appelle Alain Marie, je n'ai pas changé de religion et je comprends parfaitement le point de vue de mes coreligionnaires catholiques. Certains sont plus intégristes, moi, je me reconnais davantage dans la vision du pape François »[383] .De même, François Fillon, candidat de la droite à l'élection présidentielle, a indiqué lors d'un journal télévisé sur TF1 : « je suis gaulliste, et de surcroît je suis chrétien : ça veut dire que je ne prendrai jamais une décision qui sera contraire au respect de la dignité humaine, de la personne humaine, au respect de la solidarité »[384]. Par ailleurs, le 8 décembre 2016, sur France 2, Benoît Hamon a déclaré que : « nous avons tous des racines chrétiennes, incontestables. Moi qui suis un enfant baptisé, je sais la place de ces racines dans ma propre vie, dans ma culture. Ça ne me remplit pas pour autant, ça ne dit pas tout de moi »[385]. Emmanuel Macron, quant à lui, a rappelé que : « je l'ai fait au moment de mon entrée à la Providence, une école de Jésuites d'Amiens, qui m'a apporté une discipline de l'esprit et une volonté d'ouverture au monde. Après j'ai moins pratiqué. Aujourd'hui, j'ai une réflexion permanente sur la nature de ma propre foi. Mon rapport à la spiritualité continue de nourrir ma pensée mais je n'en fais pas un élément de revendication »[386]. Dans une interview accordée à Europe 1 en 2012, Marine Le Pen se dit « pratiquante de parvis comme beaucoup de Français », qui va à la messe à « Noël, Pâques, aux mariages, aux baptêmes, aux

[381] A titre d'exemple, Jacques Chirac a pu par le passé s'exprimer dans les termes suivants : « ma femme est une catholique pratiquante. J'espère qu'elle participe au salut de mon âme, qui en a bien besoin. Je suis moi-même catholique et je m'efforce d'y apporter mon propre effort » (J.-L. Debré, *Le Monde selon Chirac, Convections, réflexions, traits d'humour et portraits*, Tallendier, 19 mars 2015).

[382]Dossier thématique, « Le juge administratif et l'expressions des convictions religieuses », publié par le CE, 25 novembre 2014, disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr, « la légalité de la sanction sera alors fonction de la nature de l'expression des convictions religieuses, du niveau hiérarchique de l'agent ainsi que des fonctions qu'il exerce ou encore des avertissements qui auraient déjà pu lui être adressés. La sanction doit également être proportionnée ».

[383] Interview réalisée par C. Lhaïk, *L'Express*, le 22 novembre 2016, disponible sur le site : http://www.lexpress.fr.

[384] TF1, journal télévisé de 20h du 3 janvier 2017 présenté par Gilles Bouleau.

[385] Cité in Ouest France, « Présidentielle. Les candidats croient-ils en Dieu ? » Publié le 22 février 2017 disponible sur le site : https://www.ouest-france.fr.

[386] *Ibidem.*

enterrements »[387]. Priver le responsable politique d'exprimer ses convictions religieuses reviendrait à porter atteinte au pluralisme politique et par voie de conséquence à la notion même de société démocratique, dans la mesure où ceci empêcherait la constitution de certains partis politiques, notamment ceux qui revendiquent leur appartenance à une confession.

215. Par ailleurs, la nature démocratique de la fonction politique induit que son titulaire puisse exposer librement ses idées. Dans ce contexte, interdire aux responsables politiques d'exprimer leurs convictions religieuses reviendrait à priver les électeurs du droit d'être informés à propos de celui qui se présente à leur suffrage. De ce fait, la logique même du principe de transparence, qui a conduit à un degré de protection plus limité du droit au respect de la vie privée des responsables politiques, peut être remise en question. En effet, si le juge considère que, par exemple, l'orientation sexuelle d'un responsable politique ou ses relations sentimentales, ou bien encore son patrimoine relèvent de l'intérêt général et tombe sous l'empire du droit à l'information du public, il semble logique, dans un souci de transparence, que leurs croyances religieuses soient aussi reconnues comme relevant de l'intérêt général. Il serait incohérent en ce sens d'empêcher les responsables politiques d'exprimer leurs opinions religieuses.

216. Outre la liberté d'exprimer leurs croyances religieuses lors d'un discours politique, le port de signes ou tenues par lesquels les individus manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est autorisé pour les responsables politiques lors de l'occupation de leur fonction, contrairement à un agent du service public à qui le devoir de la neutralité s'impose, et à la différence d'un salarié du secteur privé puisque la nature de son emploi peut s'opposer dès l'entrée en activité à une telle pratique.

2- La liberté de porter des signes ou tenues à caractère religieux

217. Le fait pour un responsable politique de pouvoir porter des signes ou tenues à caractère religieux, corollaire de la liberté d'expression, dans l'occupation de sa fonction, démontre qu'il jouit une liberté religieuse plus étendue que les autres agents ou salariés soumis à cette restriction.

218. Les agents du service public. La qualité d'agent du service public place ce dernier dans une situation différente par rapport aux responsables politiques. La différence

[387] *Ibidem*.

fondamentale est marquée par le fait que, comme le note Jean Barthélemy, « le service public [...] est entièrement voué à l'application de la loi et à l'accomplissement des missions qui lui sont confiées dans l'intérêt général, sans considération pour les opinions de ceux qui le servent et de ceux qui en bénéficient »[388]. S'agissant des responsables politiques, leur mode de désignation et la singularité de leur rôle ont conduit à une prise en compte de leur liberté religieuse de manière spécifique. En somme, l'exigence de la neutralité varie selon qu'il s'agisse d'un responsable politique ou d'un agent du service public. La neutralité est opposable à ce dernier dès le commencement de son service, dans l'objectif d'assurer l'égalité des usagers des services publics. A cet égard, le Conseil constitutionnel a souligné l'importance du respect dû aux « (…) principes fondamentaux du service public et notamment au principe d'égalité et à son corollaire le principe de neutralité du service »[389], alors qu'une pareille obligation ne s'impose pas aux responsables politiques.

219. Selon la jurisprudence administrative, les agents du service public sont soumis à un devoir de neutralité absolu dans l'exercice de leur fonction en vue d'assurer l'égalité des administrés. Le Conseil d'État a jugé[390] que la manifestation de la croyance religieuse d'un fonctionnaire du service public d'enseignement pendant ses services est contraire au principe de neutralité. De plus, dans son avis du 3 mai 2000[391] concernant la décision d'un recteur d'académie mettant fin aux fonctions d'une surveillante d'un collège qui portait un foulard, le Conseil d'État a indiqué que « le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ». Mais encore, le Conseil d'État, dans un arrêt du 15 octobre 2003[392], a jugé, à propos d'un agent du service public membre de l'association pour l'unification du christianisme mondial, que « le fait d'utiliser des moyens de communication du service au profit de cette association, et celui d'apparaître, dans ces conditions, sur le site de celle-ci en qualité de membre constituent un manquement au principe de laïcité et à l'obligation de neutralité qui s'impose à tout agent public ». En outre, il a été jugé que même si la gestion d'un service public est confiée à une personne privée, cette dernière n'est pas déchargée des

[388] J. Barthélemy, « La liberté de religion et le service public », *RFDA*, 2003, p.1066.
[389] Cons. cons., 18 septembre 1986, DC n° 86-217, loi relative à la liberté de communication, considérant 15.
[390] CE, 8 décembre 1948, Demoiselle Pasteau, n°91.406, rec. p. 463 ; CE, 3 mai 1950, Demoiselle Jamet, n°98.284, Rec. p. 247 ; CE Ass., Avis, 21 septembre 1972, n°309354.
[391] CE, Avis, 3 mai 2000, Demoiselle J. X., n°217017.
[392] CE, 15 octobre 2003, M. O., n°244428.

obligations inhérentes à l'exécution du service public, en particulier à l'application du principe de neutralité[393].

220. Dans la même logique, la Chambre sociale de la Cour de cassation[394], concernant le licenciement d'une salariée de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Seine Saint-Denis qui portait un foulard islamique sous forme de bonnet, a jugé que « les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé » et que « les agents des caisses primaires d'assurance maladie (...) sont (...) soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires ».

221. Dans son avis sur la laïcité[395], la Commission nationale consultative des droits de l'homme souligne également à propos de la neutralité de l'État que « l'administration et les services publics doivent donner toutes les garanties de la neutralité, mais doivent aussi en présenter les apparences pour que l'usager ne puisse douter de cette neutralité. En conséquence, une obligation de neutralité particulièrement stricte s'impose à tout agent du service public ». L'exigence de neutralité absolue limite ainsi fortement la liberté religieuse des agents du service public dans le cadre de leur fonction. Mais cette restriction peut aussi trouver à s'appliquer dans le secteur privé.

222. **Les salariés du secteur privé**. Les salariés du secteur privé peuvent être confrontés à des limitations de leur liberté religieuse en raison du but poursuivi par leurs activités. Le Code du travail[396] prévoit qu'un employeur, dans des conditions spécifiques, peut réduire la liberté religieuse de ses salariés. De plus, la loi du 8 août 2016 [397] relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels a inséré, après l'article L. 1321-2 du code du travail, l'article L. 1321-2-1 qui autorise l'employeur à inscrire dans le règlement intérieur le principe de neutralité.

---

[393] CE, 31 janvier 1964, CAF de l'arrondissement de Lyon, Rec. p.76.
[394] Soc., 19 mars 2013, n°12-11.690, publié au bulletin.
[395] Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), Avis sur la laïcité, JORF n°0235 du 9 octobre 2013, texte n°41, disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr.
[396] Articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail.
[397] Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels dans son article 2 dispose que « le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ».

223. La limitation de cette liberté a été, par ailleurs, rappelée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son arrêt du 19 mai 1978[398]. En l'espèce, une enseignante d'un établissement catholique a été licenciée pour s'être remariée après son divorce. Elle a alors assigné son employeur pour être indemnisée de ce licenciement qu'elle estimait abusif. Selon l'enseignante, cette décision heurte la liberté fondamentale du mariage et par conséquent la liberté religieuse garantie par la Constitution. L'Assemblée plénière rejette cependant son pourvoi jugeant que l'employeur peut porter atteinte à la liberté de mariage et donc à la liberté religieuse dans le rare cas où la fonction du salarié l'exige. Lors de son embauche, les convictions religieuses de l'enseignante considérée ont été prises en compte par son employeur, et cet élément a formé un accord de volonté devenant une partie essentielle et déterminante du contrat. Finalement, la Cour conclut que l'établissement incriminé n'a pas commis de faute, ayant seulement préservé la bonne marche de son entreprise. Ainsi, la spécificité de la tâche a conduit le juge à admettre des restrictions à la liberté religieuse du salarié. De même, dans une autre affaire, où un employé de confession musulmane refusait d'être en contact avec de la viande de porc alors qu'il travaillait dans le rayon boucherie d'un magasin d'alimentation à Mayotte, a été licencié. La Chambre sociale de la Cour de cassation[399] n'a pas retenu la faute de l'employeur car il s'agissait d'une limitation à la liberté religieuse justifiée. La Cour a d'ailleurs précisé que « s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public ».

224. Plus tard, la Cour de cassation a dû se prononcer sur le licenciement de la directrice adjointe de la crèche Baby Loup pour faute grave. Elle avait enfreint le règlement intérieur de l'association en portant au retour de son congé maternité un voile islamique. L'Assemblée plénière[400] a rejeté le pourvoi de la requérante car, contrairement à la Chambre sociale[401], elle a jugé que « les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but

[398] Cass., Ass. plén., 19 mai 1978, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, n°26.
[399] Soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, Bull. civ.
[400] Cass., Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369.
[401] Soc., 19 mars 2013, n°11-28.845, la Chambre sociale de la Cour de la cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles puisque les restrictions prévues par le règlement intérieur de la crèche sont trop générales et imprécises. Par conséquent, elles ne respectent pas les exigences des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail aux termes desquels les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

recherché ». Elle relève qu'en l'espèce il s'agissait d'une association de dimension réduite et que cette directrice adjointe pouvait être en contact avec les enfants et les parents, que le règlement intérieur qui prévoyait le respect du principe de laïcité et de neutralité par ses membres ne présentait pas un caractère général mais était suffisamment précis, justifié par la nature des tâches à accomplir. Elle ajoute que les refus successifs de la directrice adjointe d'accéder aux demandes de son employeur de retirer son voile constituent une faute grave rendant impossible la poursuite de son contrat de travail.

225. Les responsables politiques. Les responsables politiques ne sont pas concernés par les restrictions imposées aux agents du service public et aux salariés du secteur privé. Comme l'a souligné l'Observatoire de la laïcité, « si le principe de neutralité du service public fait obstacle à ce que des agents ou des salariés participant au service public manifestent leurs croyances religieuses, ni la jurisprudence, ni la loi n'étend aux élus cette interdiction »[402]. La Cour de cassation[403] a confirmé la condamnation pour discrimination d'un maire ayant interdit à une conseillère municipale de s'exprimer, lors de la séance d'une assemblée municipale, en raison de l'insigne religieux qu'elle portait. La Cour a souligné « qu'il résulte des propos tenus par Jean-Pierre X... que celui-ci a privé une élue de l'exercice de son droit de parole en raison du port par cette dernière d'un insigne symbolisant son appartenance à la religion chrétienne ; qu'il n'est nullement établi, qu'en l'espèce, le port d'une croix par Patricia Y... ait été un facteur de trouble susceptible de justifier que le maire, usant de son pouvoir de police, la prive de son droit à s'exprimer, en sa qualité d'élue municipale ; (…) qu'aucune disposition législative, nécessaire en vertu de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour que des restrictions soient apportées à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, ne permet au maire d'une commune, dans le cadre des réunions du conseil municipal, lieu de débats et de confrontations d'idées, d'interdire aux élus de manifester publiquement, notamment par le port d'un insigne, leur appartenance religieuse ».

226. Le Conseil d'État a quant à lui jugé que « la présence d'une candidate voilée sur une liste électorale n'est pas contraire à la liberté de conscience, à l'égalité des droits et au droit à la sûreté, au principe de laïcité, à la loi sur la séparation des Églises et de l'État et n'est donc pas de nature à faire obstacle à l'enregistrement de la liste en préfecture »[404]. Même s'il s'agissait d'un candidat et non pas d'un responsable politique, on peut penser que le port des

[402] Observatoire de la laïcité, guide « Laïcité et collectivités locales », 15 octobre 2015, p. 4. Disponible sur le site : http://www.gouvernement.fr.
[403] Crim., 1er septembre 2010, 10-80.584, Publié au bulletin.
[404] CE, 23 décembre 2010, Association Arab Women's Solidarity, n° 337079.

tenus et des insignes à caractère religieux n'est pas explicitement interdit pour les responsables politiques. Assurément, le principe de laïcité n'a pas fait obstacle à l'entrée en fonction politique des personnalités religieuses. De nombreux ecclésiastiques ont par ailleurs siégé en soutane sur les bancs de l'Assemblée, comme l'abbé Lemire, (…). L'ancien président de l'Assemblée raconte également comment le député radical du Doubs élu en 1896, Philippe Grenier, portait une tenue musulmane après sa conversion lors d'un voyage en Algérie. Il était entré dans l'Hémicycle en burnous blanc et portant un turban. Des soutanes ont été présentes dans l'Hémicycle de façon plus récente. Le chanoine Félix Kir marqua aussi la mémoire de l'Assemblée nationale au début du XXe siècle. L'abbé Pierre, élu député de Meurthe-et-Moselle en 1946, siégea également dans l'Hémicycle en soutane[405]. Il convient cependant de préciser que le Bureau de l'Assemblée nationale, réuni le 24 janvier 2018 a modifié par arrêté l'article 9[406] (« Tenue en séance ») de l'Instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale en imposant la neutralité vestimentaire aux membres de l'Assemblée nationale, cette mesure a fait l'objet de critiques et sa fragilité a été dénoncée au regard de la jurisprudence de la Cour EDH[407].

227. En revanche, dès qu'un responsable politique est également investi de la fonction d'agent public[408], il ne peut invoquer de la même manière sa liberté religieuse qui sera fortement impactée par le principe de neutralité. A titre d'exemple, la loi du 17 mai 2013[409], qui a ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe, a provoqué des controverses. En effet, certains maires ont refusé de célébrer ces mariages. C'est la raison pour laquelle le ministre de l'intérieur, le 13 juin 2013, a transmis aux préfets une circulaire relative aux conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier de l'état civil. Une requête en annulation de cette circulaire a permis aux requérants de déposer une QPC, au

[405] B. Le Cain, « Avant les cravates insoumises, d'autres révoltes vestimentaires ont marqué l'Assemblée », *Le Figaro*, 28 juin 2017, disponible sur le site : http://www.lefigaro.fr.

[406] « La tenue vestimentaire adoptée par les députés dans l'hémicycle doit rester neutre et s'apparenter à une tenue de ville. Elle ne saurait être le prétexte à la manifestation de l'expression d'une quelconque opinion : est ainsi notamment prohibé le port de tout signe religieux ostensible, d'un uniforme, de logos ou messages commerciaux ou de slogans de nature politique».

[407] Voir notamment E. Lemaire, « Les députés doivent-ils être neutres ? Brèves réflexions sur la récente réglementation de la tenue vestimentaire à l'assemblée nationale », *Jus Politicum*, revue internationale de droit constitutionnel, 12 février 2018 : « Au-delà de la question du caractère décent de la tenue (qui est plus anecdotique et qui soulève moins de problèmes juridiques) il peut sembler, a priori, fort curieux d'exiger des parlementaires d'être neutres alors qu'ils sont élus sur la base d'un programme politique, par nature orienté, et pour le mettre en œuvre pendant la durée de leur mandat. Ces interdictions ne constituent-elles pas, comme l'a d'ailleurs récemment jugé la Cour européenne des droits de l'homme à propos de sanctions infligées à des parlementaires hongrois (CEDH, 17 mai 2016, karácsony et autres c./ Hongrie, n°42461/13 et n°44357/13), des limitations disproportionnées de la liberté d'expression des parlementaires ? Pour tenter d'apporter quelques éléments de réponse à cette question, il convient de situer le débat dans deux registres différents : celui de la liberté d'expression religieuse, d'abord, l'article 9 de l'IGB interdisant expressément "le port de tout signe religieux ostensible" ; celui de la liberté d'expression politique, ensuite, l'IGB prohibant très largement le port de tenues vestimentaires qui seraient "la manifestation de l'expression d'une quelconque opinion" et, parmi elles, le "port […] de slogans de nature politique" ».

[408] Articles L. 2122-27 et L.2122-32 du CGCT.

[409] Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

motif que ce texte porte atteinte à leur liberté de conscience et d'opinion. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 18 octobre 2013 [410] indique que le maire en tant qu'officier de l'état civil agit au nom de l'État en vertu des articles L. 2122-27 et L.2122-32 du CGCT. Il accomplit une mission de service public et le principe de neutralité s'impose dès lors à lui. De plus, les requérants invoquaient aussi l'atteinte à la libre administration des collectivités locales. Ce grief a été écarté par le Conseil constitutionnel en considérant que le maire ou l'adjoint exercent la fonction d'officier de l'état civil et de ce fait agissent en qualité d'agent de l'État. Le Conseil retient la qualité d'officier d'état civil et non la fonction d'élu. Dans ce contexte, lorsque le responsable politique remplit aussi une mission de service public, il voit sa liberté religieuse restreinte[411].

Indépendamment du caractère représentatif de la fonction, un autre argument peut être évoqué en faveur de l'admission de la liberté religieuse dans l'occupation de la fonction. Si l'on impose des restrictions aux responsables politiques durant tout ce temps, ceci aura pour conséquence de les priver, de manière significative, de leur liberté religieuse, eu égard au temps consacré à l'exercice du mandat.

B – L'absence de restriction justifiée au regard du temps d'occupation de la fonction

228. Certaines fonctions politiques exigent un temps important d'occupation qui n'est pas focalisé à la seule prise de décisions politiques, mais, plus largement, englobe l'exercice de l'ensemble des agissements, relatif à la vie publique. Imposer des limitations à la liberté religieuse des responsables politiques pendant le temps de l'occupation de la fonction reviendrait à les priver, considérablement, de cette liberté (1), ce qui porterait une atteinte excessive à l'exercice de cette liberté fondamentale (2).

[410] Cons. cons., 18 octobre 2013, DC n°2013-353 QPC.

[411] Par ailleurs, le Conseil d'État a jugé que le principe de laïcité s'applique aux édifices publics, « qu'en se fondant, pour apprécier la légalité de la délibération du 6 octobre 1995 par laquelle le conseil municipal de la Commune de Sainte-Anne a approuvé la pose d'un drapeau rouge, vert, noir sur le fronton de la mairie, sur la circonstance que le principe de neutralité des ~~services publics s'oppose à ce que soien~~t apposés sur les édifices publics des signes symbolisant la revendication d'opinions politiques, religieuses ou philosophiques, la cour administrative d'appel de Bordeaux n'a commis aucune erreur de droit » (CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 27 juillet 2005, n°259806, publié au recueil Lebon).

1- La difficulté de la détermination du temps et du lieu de l'exercice de la fonction

229. La particularité de la fonction politique s'oppose dans bien des cas à l'existence de restrictions quant à la liberté religieuse de son titulaire. L'idée d'admettre que les responsables politiques, dans la sphère de leur vie privée, peuvent jouir d'une entière latitude dans l'exercice de la liberté religieuse, et que celle-ci peut être limitée uniquement pendant l'exercice de la fonction est délicate en raison du temps de l'occupation de la fonction brouillant cette délimitation de différentes manières.

230. D'abord, les responsables politiques exercent un mandat, lequel ne détermine pas précisément leur temps de travail contrairement à un contrat de travail d'un agent du service public ou d'un salarié du secteur privé. Certaines fonctions politiques imposent une charge de travail très importante à leur titulaire dans la mesure où leur occupation est quasi-permanente. Leur imposer une neutralité pendant l'occupation de leur fonction reviendrait à nier leur liberté religieuse.

231. Ensuite, l'exercice de la fonction ne se limite pas à l'édifice public où se trouve le siège de la fonction. Un responsable politique passe un temps conséquent à l'extérieur de celui-ci, tout en remplissant sa mission. Ainsi, lorsque ce dernier se trouve à l'extérieur de son lieu d'activité, il s'avèrerait complexe d'établir si ce dernier est en exercice ou non. Faire une distinction entre le moment où il exerce sa fonction et se trouverait soumis au principe de neutralité et le moment où il n'est pas en fonction et pourrait jouir pleinement de la liberté religieuse relève d'une mission complexe.

232. Enfin, le responsable politique, contrairement à un agent du service public ou un salarié du secteur privé, est connu du grand public et, en raison de la qualité de personnage public dont il dispose, son image est par nature publique. Si l'on doit lui imposer une neutralité, celle-ci doit être permanente dans la mesure où il est régulièrement exposé au regard du public, ce qui aurait pour conséquence de le priver considérablement de sa liberté religieuse. Il est d'autant plus difficile, lorsque le lieu du domicile et le siège de l'exercice de la fonction d'un responsable politique se trouvent dans un même endroit, de lui appliquer le principe de neutralité.

233. La comparaison de leur situation avec celle des autres travailleurs paraît intéressante car même si la nécessité du principe de neutralité est reconnue comme légitime[412] à l'égard des agents du service public et certains salariés du secteur privé, cette reconnaissance n'engendre pas pour autant une atteinte disproportionnée à leur liberté religieuse. Les restrictions apportées à la liberté religieuse d'un agent du service public ou d'un salarié du secteur privé ne sont applicables que pendant le temps de travail. L'exercice de leur liberté demeure libre en dehors du temps de travail. Le principe de neutralité ne s'applique pas en dehors du service aux agents du service public, comme le rappelle le Conseil d'État dans son étude relative à la liberté d'expression religieuse. Le principe de neutralité s'applique « en principe à tous les services publics mais ne trouve pas à s'appliquer, en tant que tel, en dehors de ces services »[413]. Il en va de même concernant les salariés du secteur privé, qui peuvent mettre en œuvre librement leur liberté religieuse en dehors de leur travail. Par ailleurs, même pendant le temps de travail, ces restrictions ne sont admises que lorsqu'elles sont nécessaires à la tâche à accomplir et proportionnelles à l'objectif poursuivi.

234. En raison de la détermination complexe du temps et du lieu de l'exercice de la fonction, instaurer le respect du principe de neutralité à l'égard des responsables politiques conduirait à une limitation disproportionnée de la liberté religieuse de ces derniers.

2- La difficulté d'établir la proportionnalité des restrictions

235. Si les agents du service public et certains salariés du secteur privé sont soumis à des restrictions dans l'exercice de leur liberté religieuse pendant leur temps du travail, elles doivent être nécessaires et proportionnées par rapport au but recherché. Comme le souligne le Conseil d'État, « l'exigence de neutralité religieuse interdit aux agents des personnes publiques et aux employés des personnes morales de droit privé auxquelles a été confiée la

---

[412] CEDH, 26 novembre 2015, Ebrahimian c./ France, n° 64846/11, §53 et §54 : la CEDH considère dans cette affaire que l'exigence de la neutralité du service public revêt un caractère légitime, « Eu égard aux circonstances de la cause et au motif retenu pour ne pas renouveler le contrat de la requérante, à savoir l'exigence de neutralité religieuse dans un contexte de vulnérabilité des usagers du service public, la Cour estime que l'ingérence litigieuse poursuivait pour l'essentiel le but légitime qu'est la protection des droits et libertés d'autrui. Il s'agissait en l'espèce de préserver le respect de toutes les croyances religieuses et orientations spirituelles des patients, usagers du service public et destinataires de l'exigence de neutralité imposée à la requérante, en leur assurant une stricte égalité. L'objectif était également de veiller à ce que ces usagers bénéficient d'une égalité de traitement sans distinction de religion.
S'agissant des principes généraux, la Cour renvoie à l'arrêt Leyla Şahin (...) dans lequel elle a rappelé que si la liberté de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" (…) l'article 9 de la Convention ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction. Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à ~~assurer le respect des convictions de chac~~un ».

[413] Étude de l'Assemblée générale du Conseil d'État relative à la liberté d'expression religieuse, réalisée le 13 novembre 2013 à la demande du Défenseur des droits, p. 10. Disponible sur le site : http://www.eurel.info.

gestion d'un service public de manifester leurs convictions religieuses dans l'exercice de leur fonction. Cette interdiction doit toutefois être conciliée avec le principe de proportionnalité des atteintes à la liberté d'expression religieuse résultant de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales»[414]. Ces limitations sont circonscrites à un temps déterminé qui concerne l'occupation de leur service.

236. Le juge judicaire examine également la nécessité et la proportionnalité des contraintes apportées à la liberté religieuse des salariés du secteur privé[415]. En effet, l'article L.1121-1 du Code du travail dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». La Cour de justice de l'Union européenne a aussi été saisie de la question. Dans deux arrêts du 14 mars 2017[416], la Cour s'est prononcée sur l'interdiction du port du voile islamique par les entreprises. Les juges ont vérifié la conformité de cette restriction au regard de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000[417] relatif à la création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Ainsi, dans l'affaire Achbita contre G4S Secure Solution[418], les juges estiment qu'il revient au juge national de contrôler la nécessité de la neutralité instaurée par l'entreprise par rapport au but poursuivi et à la tâche à accomplir. Elle ajoute que le juge national doit aussi vérifier si le licenciement de la salariée est la seule solution ou si un reclassement est possible. Dans le même temps, dans l'affaire Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme contre Micropole Univers[419], la Cour déclare que lorsque le règlement intérieur de l'entreprise ne prévoit pas de dispositions relatives au principe de neutralité, le licenciement d'une salariée fondé sur la demande d'un client d'ôter le voile de cette dernière est illégal car il ne s'agit pas d'une exigence professionnelle, ce qui constitue une atteinte disproportionnée.

237. Dès lors, les atteintes à une liberté fondamentale ne sont acceptables que si elles sont nécessaires et proportionnées par rapport au but recherché. Dans ce cadre, le principe de proportionnalité[420] correspond à la traduction du juste[421] qui se situe dans « un milieu entre

[414] *Ibidem*.
[415] Cass., Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, affaire Baby Loup.
[416] CJUE, 14 mars 2017, Achbita c./ G4S Secure Solutions, aff. C-157/15 et CJUE, 14 mars 2017, Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme c./ Micropole Univers, aff. C-188/15.
[417] Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.
[418] CJUE, 14 mars 2017, Achbita c./ G4S Secure Solutions, aff. C-157/15.
[419] CJUE, 14 mars 2017, Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme c./ Micropole Univers, aff. C-188/15.
[420] V. Goesel-Le-Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22, Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, juin 2007. « Toute mesure restreignant un droit

des extrêmes qui, autrement, ne seraient plus en proportion »[422]. Ce principe recommande l'« exigence d'un rapport, d'une adéquation, entre les moyens employés (…) et le but qu'elle vise »[423]. En ce qui concerne les responsables politiques, la conciliation du principe de proportionnalité et les atteintes découlant du principe de neutralité, eu égard au temps d'occupation de la fonction par rapport aux autres milieux professionnels, induit cette absence de restriction. Par voie de conséquence, des limitations à leur liberté religieuse durant le temps d'occupation reviendraient à les priver de cette liberté de façon quasi-permanente et seraient disproportionnées alors même qu'ils sont déjà tenus d'appliquer le principe de neutralité dans leurs prises de décision.

238. L'étude du droit comparé à cet égard démontre que, malgré des approches divergentes[424] de relation entre l'État et les religions dans l'Europe occidentale, le principe de laïcité étant inscrit dans la Constitution française, un point commun apparaît entre ces régimes, il s'agit de la neutralité des responsables politiques dans leurs prises de décisions[425]. « Les deux principes qu'implique la liberté religieuse, égalité des cultes et respect du pluralisme religieux, se retrouvent dans chaque État, avec une application concrète plus ou

---

fondamental doit, pour être proportionnée, satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict ». En d'autres termes, elle doit être « appropriée, en ce qu'elle doit permettre de réaliser l'objectif légitime poursuivi ; nécessaire, dès lors qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation de cet objectif ; et proportionnée, en ce qu'elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché ».

[421] J-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », conférence du 17 mars 2017 à Institut Portalis, Aix-en-Provence, disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr.

[422] Aristote, *Éthique de Nicomaque*, V, chapitre 3, Flammarion, 1992, p. 142-143.

[423] G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Le Juge et le droit public. Mélanges offerts à M. Waline*, Tome II, LGDJ, 1974, p. 298.

[424] CE, *Réflexions sur la laïcité, Considérations générales, un siècle de laïcité*, rapport du 5 février 2004, p. 369, 370 et 371, disponible sur le site http://pmsimonin.fr, décrit la diversité des solutions retenues dans les rapports entre l'État et les religions en Europe occidentale : « La mention de Dieu figure dans plusieurs constitutions des États européens. La Loi fondamentale allemande se réfère à Dieu : "Conscient de la responsabilité devant Dieu et devant les hommes... le peuple allemand s'est donné la présente loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant". La Constitution grecque débute par les mots "Au nom de la Trinité Sainte, consubstantielle et indivisible", la Constitution irlandaise par "Au nom de la Très Sainte Trinité, dont dérive toute puissance et à qui il faut rapporter, comme à notre but suprême, toutes les actions des hommes et des États". Une comparaison entre les régimes juridiques d'organisation des rapports entre États et religions en Europe montre en outre leur grande diversité de structures, qu'il est difficile de classer de façon figée. Plusieurs tendances peuvent cependant être distinguées. Celle de la laïcité proclamée, où l'on range la France, unique de ce point de vue, en est une première. Aux Pays-Bas, prévaut également une forte affirmation dans les textes constitutionnels du principe de neutralité et de séparation entre l'Église et l'État. Certains États connaissent un régime de séparation des Églises et de l'État assorti d'un traitement particulier pour certaines confessions. C'est le cas de l'Espagne, où coexistent un régime fondé sur des accords avec le Saint-Siège pour l'Église catholique, et un système d'"enregistrement" pour les autres confessions qui peut leur permettre, lorsqu'elles bénéficient d'une implantation notoire, de conclure des conventions de coopération avec l'État. En Italie, coexistent les accords du Latran entre l'État et le Saint-Siège pour l'Église catholique et des ententes avec les autres confessions. L'Irlande, la Suède et le Portugal peuvent être classés dans ce même groupe. D'autres États ont un régime de séparation assorti d'un système de reconnaissance ou d'enregistrement de certaines confessions. L'Allemagne connaît ainsi un régime de séparation accompagné d'un système d'"organismes de droit public" qui permet aux religions qui en relèvent de bénéficier de la part de l'impôt sur le revenu versé aux organisations religieuses. La Belgique a également mis en place un système de "religions reconnues" dont ont bénéficié six confessions. L'Autriche et le Luxembourg peuvent également être regardés comme faisant partie de ce groupe. Enfin, le régime des Églises d'État concerne quatre pays : la Grande-Bretagne, avec l'Église d'Angleterre, anglicane, et l'Église d'Ecosse, presbytérienne ; la Grèce, avec l'Église grecque orthodoxe ; la Finlande, avec l'Église orthodoxe et le Protestantisme luthérien ; le Danemark, dont la Constitution reconnaît le statut d'Église d'État à l'Église protestante luthérienne».

[425] *Ibidem*, p. 371.

moins affirmée. Un corps commun se dessine, sous l'effet des jurisprudences nationales et européennes et des pratiques administratives : liberté de croire ou de ne pas croire, droit de changer de religion, pluralisme des croyances, libre exercice du culte sous réserve de l'ordre public. Quels que soient les régimes, séparation pure et simple ou maintien de liens particuliers avec certaines confessions accompagné d'une ouverture aux autres religions, la liberté de conscience et de religion est assurée : "si on regarde les choses de plus près, avec sérénité et détachement, on s'aperçoit vite que les deux notions antagonistes d'Etat confessionnel et d'État laïque couvrent pour une grande partie, à l'heure actuelle, une même réalité, celle du pluralisme religieux" »[426].

L'admission de la liberté religieuse dans l'occupation de la fonction opère une parfaite conciliation entre la protection de la liberté religieuse des responsables politiques et le principe de laïcité qui s'impose aux titulaires des fonctions au moment de leur prise de décisions.

§ II – La neutralité religieuse exigée dans la prise de décision politique

239. Lors de la prise de décisions, les responsables politiques doivent respecter le principe de neutralité, découlant du principe de laïcité. Il s'agit d'une exigence constitutionnelle qui impose que leurs décisions ne soient pas guidées par des convictions religieuses (A). Cette exigence n'exclut pas pour autant certaines interactions entre l'État et les religions en raison de l'intérêt général, en préservant toujours la neutralité dans le cadre de leurs pouvoirs décisionnels, c'est-à-dire indépendamment de toute conception religieuse ou anti-religieuse (B).

A – L'illégalité des décisions fondées sur des conceptions religieuses

La neutralité des décisions des responsables politiques relève d'une exigence constitutionnelle (1), la méconnaissance de ce principe pouvant être sanctionnée dans le cadre d'un contrôle juridictionnel (2).

[426] *Ibidem*, p. 369, p. 370 et p.371.

1- La neutralité : une exigence constitutionnelle

240. Le principe de laïcité interdit aux responsables politiques de fonder leurs décisions sur des conceptions religieuses. En effet, la séparation de l'église et de l'Etat émerge dès la Révolution, mais sa réelle consécration provient de la loi du 9 décembre 1905[427]. Cette loi dans son article premier dispose que : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public » et, selon son article 2 : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte (…) ». Cette loi a mis fin à la relation entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel, tel qu'il existait avant la Révolution où « la monarchie de droit divin reposait sur divers fondements religieux : cérémonie du sacre à Reims, image du roi représentant de dieu sur terre ; etc. La monarchie avait du reste défini un corps de doctrine la libérant de toute allégeance à l'égard de Rome : le gallicanisme. L'Église contrôlait l'assistance, l'éducation et l'état civil ; le roi nommait en revanche évêques et abbés, son autorité sur l'église gallicane lui permettait d'intervenir dans l'organisation intérieure, dans la hiérarchie, le patrimoine, etc. ce système social se caractérisait par le lien institutionnel entre l'État et l'Église catholique et par la place de celle-ci dans la vie de tous »[428].

241. L'objectif de cette loi était de mettre fin au Concordat[429] et de « consacrer, par une mesure définitive, la neutralité confessionnelle de la République française »[430]. Ainsi, Jean Jaurès précisait que la séparation des églises et de l'État constitue « un moyen de liberté pour l'État et de liberté pour les consciences »[431]. La laïcité impose à l'État son « indépendance vis-à-vis de toute autorité qui n'est pas reconnue par l'ensemble de la Nation, afin de lui permettre d'être impartial vis-à-vis de chacun des membres de la communauté nationale et de ne pas favoriser telle ou telle partie de la Nation »[432]. C'est dans cet esprit que les constituants en 1946[433] et en 1958[434] ont ancré le caractère laïc de l'État dans les Constitutions. Comme l'observait le professeur Jean Rivero, « la laïcité et la neutralité de l'État sont envisagées comme une manifestation du principe plus général d'égalité »[435]. Ce principe s'applique à

[427] Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.
[428] C. Benelbaz, Le principe de laïcité en droit public français, L'Harmattan, 2011, p. 49-50.
[429] *Ibidem*, p. 85.
[430] Sénateur Combes, *J. O.*, Sénat, séance du 6 décembre 1905, p. 1737.
[431] *Annales de la Chambre des députés*, séance du 24 mai 1905, p. 248.
[432] *J. O.*, 2ème Assemblée nationale constituante, 2ème séance du 3 septembre 1946, P. 3474.
[433] L'article premier de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».
[434] L'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».
[435] J. Rivero, « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, Chronique XXXIII, p. 31.

« toutes institutions publiques, telles que la République les a établies : les autorités exerçant le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire, leurs agents, les collectivités territoriales de la République, les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle. C'est à ce titre que les entreprises publiques peuvent y être soumises, alors même qu'elles n'exercent pas une activité de service public »[436].

242. Au moment de leur prise de décisions, les responsables politiques sont ainsi tenus de respecter le principe de laïcité dans ces deux composantes, positive et négative, telles qu'elles sont énoncées aux articles 1 et 2 de la loi de 1905. Selon le versant positif issu de l'article premier de cette loi, ils ne doivent pas prendre une décision discriminatoire en faveur ou en défaveur d'une religion, ils doivent dans ce contexte assurer la liberté de conscience et la liberté d'expression des croyances sous réserve de l'ordre public. Selon le versant prohibitif de l'article 2 de cette loi, les responsables politiques dans leur prise de décisions ne doivent pas apporter une aide matérielle à une association ou une organisation cultuelle, sauf exception légale prévue par son alinéa 2[437].

243. Les responsables politiques, dans le cadre de leur prise de décisions, doivent prendre en considération ces exigences, par conséquent, leurs convictions religieuses ne peuvent guider la politique publique au risque de mettre en péril le principe d'égalité. Dans ce contexte, les responsables politiques sont soumis au principe de neutralité, comme les agents du service public, « laïcité et liberté religieuse ont une portée particulière : très forte pour la laïcité, limitée pour la liberté religieuse »[438]. Toute décision ne respectant pas ce principe sera frappée d'illégalité par le juge.

[436] P. Delvolvé, « Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse L'affaire Baby-Loup », *RFDA*, 2014, p. 954.
[437] J-E. Schoettl, « La laïcité en question », *Constitutions*, entretien, 2017 p.19 : « L'article 1er en présente le versant « positif »(…) Cette première composante - positive - de la laïcité, (…) se décline au moins en trois principes : pas de discrimination en faveur ou défaveur du religieux en général ou de telle religion en particulier ; liberté totale de conscience ; liberté d'expression des croyances sous réserve de l'ordre public. Pour sa part, l'article 2 de la loi de 1905 énonce le versant prohibitif du principe de laïcité, assorti du tempérament prévu par son deuxième alinéa pour les aumôneries. La non reconnaissance des cultes par la République conduit donc celle-ci non seulement à n'aider matériellement ou institutionnellement aucune croyance, mais encore à bannir du droit et des pratiques officielles toute référence religieuse (ou anti-religieuse). En cela, nous différons beaucoup des États-Unis où la référence religieuse est omniprésente dans un cadre officiel (« in God we trust », prestations de serment sur la Bible...), même si, comme en France, les subsides publics aux cultes - ou la préférence publique pour telle ou telle croyance - y sont proscrits ».
[438] P. Delvolvé, *Op. cit.*

2- Le contrôle juridictionnel de la neutralité des décisions

244. Les décisions des responsables politiques « doivent être indifférentes à l'appartenance religieuse, c'est-à-dire ne moduler aucune norme (du règlement intérieur à la loi), ni aucune prestation en fonction de cette appartenance »[439]. A défaut, elles risquent d'être censurées par le juge. La conformité de leurs décisions au principe de laïcité faisant l'objet d'un contrôle par le juge constitutionnel et le juge administratif.

245. Dans sa décision du 13 janvier 1994[440], le Conseil constitutionnel devait contrôler la conformité de la loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, qui assouplissait les conditions d'attribution de ces aides, à la Constitution. Les sénateurs, auteurs de la saisine, font valoir que la loi déférée méconnaitrait le principe de laïcité et le principe d'égalité. Le Conseil déclare l'article 2 de la loi contraire à la Constitution car, « s'agissant des conditions requises pour l'octroi des aides des différentes collectivités territoriales et la fixation de leur montant, l'article 2 ne comporte pas les garanties nécessaires pour assurer le respect du principe d'égalité entre les établissements d'enseignement privés sous contrat se trouvant dans des situations comparables ; que ces différences de traitement ne sont pas justifiées par l'objet de la loi » mais aussi au motif que « les dispositions de l'article 2 ne comportent pas non plus de garanties suffisantes pour éviter que des établissements d'enseignement privés puissent se trouver placés dans une situation plus favorable que celle des établissements d'enseignement public, compte tenu des charges et des obligations de ces derniers ». Le juge constitutionnel n'évoque pas l'atteinte au principe de laïcité mais se fonde uniquement sur le principe d'égalité. En revanche, dans sa décision du 19 novembre 2004[441], le Juge constitutionnel a utilisé le principe de laïcité comme référence et a précisé son importance. Il a considéré ce principe comme un élément inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, que le droit européen ne saurait remettre en cause. En outre, il a noté que « les dispositions de l'article 1er de la Constitution, aux termes desquelles "la France est une République laïque", interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes

[439] J-E. Schoettl, *Op. cit.*

[440] Cons. cons., 13 janvier 1994, DC n° 93-329, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales.

[441] Cons. cons., 19 novembre 2004, DC n°2004-505, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *AJDA* 2005. 211, note O. Dord ; *ibidem* 219, note D. Chamussy ; *D.* 2004. 3075, chron. B. Mathieu ; *ibidem* 2005. 100, point de vue D. Chagnollaud ; *ibidem* 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *RFDA* 2005. 1, étude H. Labayle et J.-L. Sauron ; *ibidem* 30, note C. Maugüé ; *ibidem* 34, note F. Sudre ; *ibidem* 239, étude B. Genevois ; *RTD eur.* 2005. 557, étude V. Champeil-Desplats ; DC 2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité, *AJDA* 2013. 440 ; *ibidem* 1108, note E. Forey *; D.* 2013. 510 ; *ibidem* 2014. 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; *RFDA* 2013. 663, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau.

régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers ». Force est de constater, que le principe de laïcité impose aux responsables politiques la neutralité religieuse dans leur prise de décisions. D'autant plus, le Conseil Constitutionnel a souligné dans sa décision du 21 février 2013[442] que « le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte ». Le législateur, dans le cadre de son pouvoir d'édiction des lois, ne peut ignorer le principe de neutralité et faire prévaloir une quelconque conception religieuse. Le Conseil constitutionnel censurera lors d'un contrôle de constitutionnalité une telle intention. La portée ainsi donnée par le juge constitutionnel au principe de laïcité impose que les collectivités publiques soient « autonomes par rapport aux cultes, c'est-à-dire ne pas fonder leur organisation, leur fonctionnement, leurs décisions ou les règles qu'elles édictent sur telle ou telle prescription ou considération religieuse », mais aussi qu'elles soient « neutres par rapport aux cultes, c'est-à-dire n'en favoriser ou défavoriser aucun et proscrire toute ostentation ou tout prosélytisme religieux ou antireligieux de la part de leurs agents »[443].

246. Cette exigence est également prise en compte par le Conseil d'État. Dans sa décision du 15 octobre 2014[444] il annule la lettre du Ministre de l'éducation nationale en date du 4 janvier 2013 invitant les recteurs « à relayer avec la plus grande énergie, au début de l'année, la campagne de communication relative à la "ligne azur", ligne d'écoute pour les jeunes en questionnement à l'égard de leur orientation ou leur identité sexuelles ». Dans cette affaire, les associations cultuelles considéraient que le Ministère de l'éducation n'avait pas respecté le principe de neutralité dans sa prise de décision. Elles ont été suivies par le Conseil d'État estimant que le site internet en question ne respectait pas le principe évoqué. En effet, il relève que « la décision du Ministre d'inviter les recteurs à relayer cette campagne portait atteinte au principe de neutralité du service public de l'éducation nationale » puisque « le site internet de " Ligne Azur " présentait l'usage de drogues comme susceptible de " faire tomber les inhibitions " et comme " "purement" associé à des moments festifs " sans mentionner l'illégalité de cette pratique, et définissait la pédophilie comme une " attirance sexuelle pour

[442] Cons. cons., 21 février 2013, QPC n° 2012-297, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle).
[443] J-E. Schoettl, *Op. cit.*
[444] CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 15octobre 2014, n° 369965, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

les enfants ", sans faire état du caractère pénalement répréhensible des atteintes ou agressions sexuelles sur mineurs ; qu'il renvoyait, en outre, à une brochure intitulée " Tomber la culotte ", laquelle incitait à la pratique de l'insémination artificielle par sperme frais, interdite par l'article L. 1244-3 du code de la santé publique et l'article 511-12 du code pénal ; que même si le site internet n'avait pas entendu faire preuve de complaisance à l'égard de tels comportements, en la seule absence de mention du caractère illégal de ces pratiques, la décision du ministre d'inviter les recteurs à relayer cette campagne portait atteinte au principe de neutralité du service public de l'éducation nationale ».

247. Le principe de neutralité des décisions des responsables politiques a été également rappelé au niveau supranational. Ainsi, la Cour EDH, dans l'arrêt Ebrahimian c. France[445] du 26 novembre 2015, a « mis l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci, et considère que ce devoir impose à l'Etat de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent. Dès lors, le rôle des autorités dans ce cas n'est pas de supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent ». Le caractère laïc de l'État exige que les responsables politiques ne dérogent pas au principe de neutralité dans la phase décisionnelle.

Néanmoins, le principe de laïcité n'implique pas une étanchéité absolue entre l'État et les religions. Les responsables politiques, en tant que régulateurs de la vie sociale, ne peuvent ignorer, parfois, dans leur prise de décisions et dans un but d'intérêt général, les faits religieux.

B – Les interactions existantes entre l'État et les religions

248. En vertu de leur mission, les responsables politiques ne peuvent pas être empêchés d'entretenir des relations avec les autorités religieuses (1). Par ailleurs, les prohibitions prescrites par l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 ne leur interdisent pas de prendre des

[445] CEDH, 26 novembre 2015, Ebrahimian c./ France, n° 64846/11, § 55.

décisions en faveur de l'intérêt public local même si ces décisions sont aussi, par ricochet, avantageuses aux activités cultuelles. L'existence d'un intérêt public local garantit la légalité de leurs décisions, qui doivent être prises sans quelconques considérations religieuses (2).

1- L'existence du lien entre les responsables politiques et les religions

249. Le principe de laïcité, eu égard à la nature de la fonction politique, n'interdit pas aux responsables politiques d'entretenir des liens avec les autorités religieuses. Selon le rapport de la Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, cette question « dans un régime de séparation des Églises et de l'État ne saurait surprendre. La République, en effet, ne peut ignorer le fait religieux qui, comme fait social, intéresse forcément les responsables de l'ordre public. L'histoire même de la laïcité en France contredit l'idée d'une étanchéité absolue entre les deux sphères. Concrètement, la "non-reconnaissance", proclamée à l'article 2 de la loi de 1905, visait à rompre avec le système concordataire, à réduire l'influence de l'Église catholique, alors sociologiquement dominante, et à garantir la prégnance des valeurs républicaines. Cent ans de pratique du régime de séparation montrent que celui-ci est envisagé désormais comme un espace de relations entre des réalités définitivement distinctes. Ainsi, exemples parmi d'autres de cet esprit de concertation, chaque année, le Président de la République, lors des traditionnelles cérémonies des vœux, reçoit les représentants de divers cultes ; de même que, depuis l'accord du 13 février 2002 conclu à l'initiative de M. Lionel Jospin, le Premier ministre rencontre régulièrement le président, le vice-président et le secrétaire général de la Conférence des évêques de France, accompagnés de l'archevêque de Paris et en présence du nonce apostolique »[446].

250. Le caractère pluri religieux de la France [447] recommande naturellement que les pouvoirs publics puissent entretenir des relations avec des cultes. La présence des

[446] Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, Rapport présidé par le professeur Jean-Pierre Machelon, à la demande de ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire par une lettre de mission du 20 octobre 2005. p.11, disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr.

[447] *Ibidem*, p.9, ce rapport dresse le panorama religieux de la France dans ses page 10 et 11 de manière suivante : « – Le catholicisme demeure largement majoritaire, même s'il connaît, en proportion, une baisse sensible depuis les années soixante-dix. En 2006, selon un sondage IFOP-La Croix, 65 % des Français se déclaraient catholiques, alors qu'ils étaient, au début des années soixante-dix, plus de 80 % à le faire et 90 % en 1905. Si les catholiques pratiquants réguliers sont de moins en moins nombreux, leur identité s'est affermie, grâce notamment aux "communautés nouvelles" et aux mouvements charismatiques.

– L'agnosticisme progresse. Le nombre des personnes ne s'identifiant à aucune religion (plus de 25 % des Français) augmente, en particulier chez les jeunes. Toutefois, se dire « sans religion » ne signifie pas nécessairement que l'on se sente athée ou que l'on se désintéresse des questions dites « spirituelles ». Par ailleurs, cette tendance n'empêche pas la progression parallèle de formes de sacralité diffuses ou sectaires.

responsables politiques dans les cérémonies religieuses ne constitue pas une atteinte au principe de laïcité[448], sous réserve que ces derniers gardent un comportement neutre. Leur mission d'acteur de la vie sociale leur impose de prendre des décisions sur des questions relevant parfois de la sphère religieuse[449] en vue de maintenir l'ordre public et la paix sociale. En temps de crise, les responsables politiques sont amenés à rencontrer les personnalités religieuses et même se rendre dans les lieux de cultes. Le contexte international, le terrorisme, les actes antisémites, la violence exercée à l'égard de certaines personnes en raison de leur appartenance religieuse, conduisent les responsables politiques à intervenir et à déclarer leur solidarité dans l'objectif de rassurer la population et d'apaiser les esprits. C'est dans cette conjoncture que s'inscrit la participation du Président de la République Emmanuel Macron, lors d'une cérémonie d'hommage au Père Jacques Hamel, égorgé par deux djihadistes à Saint-Étienne du Rouvray, au cours de laquelle il a déclaré que « la République n'a pas à combattre une religion. Elle œuvre chaque jour à ce que chacun puisse croire ou pas, en homme libre »[450]. Ou encore, lors d'une cérémonie dans la Cathédrale de Nice, des personnalités politiques, comme l'ancien Président Nicolas Sarkozy ou le maire de Nice Christian Estrosi ont rendu

---

– L'islam est globalement devenu la deuxième religion de France, non sans présenter une grande diversité d'expressions. On estime actuellement à environ 4 millions le nombre de personnes de tradition musulmane, soit 6 % de la population (mais 14 % des 18-24 ans), liées pour beaucoup au Maghreb, mais aussi à l'Afrique noire ou à la Turquie.
– Le protestantisme demeure stable en nombre, mais varie en composition. Représentant environ 2 % de la population (4 % des 18-24 ans), soit 1,2 million de personnes, les protestants ont vu croître le nombre des évangéliques et des pentecôtistes en leur sein : on estimait, en 2005, qu'ils étaient 350 000 (395 000 en comptant les églises évangéliques de diasporas étrangères), soit près de 30 %.
– Les chrétientés historiques (environ 750 000 personnes) connaissent un élargissement notable, tout en gardant une représentation éclatée. À l'Église orthodoxe (estimée à 300 000 membres), et à l'Église apostolique arménienne (même ordre de grandeur), il faut ajouter les fidèles que comptent les diverses Églises orientales indépendantes ou unies à Rome (copte, syriaque, chaldéenne, maronite, etc.).
– Le judaïsme a traversé une indéniable période d'expansion. Il compte environ 600 000 personnes qui sont, pour une notable majorité, d'origine séfarade à la suite de l'arrivée en métropole des juifs d'Afrique du Nord dans les années soixante. Un fort mouvement de renouveau de l'identité, des études et de la pratique marque le judaïsme français.
– Le bouddhisme a quitté la marginalité dans laquelle il a longtemps été confiné en France. Il dépasse d'ailleurs en rayonnement sa stricte importance numérique puisque l'on estime le nombre de ses fidèles à 300 000, originaires pour l'essentiel d'Asie, auxquels il faut ajouter un groupe fluctuant de pratiquants venus d'autres horizons, estimé à 100 000 membres, soit un total de 400 000 personnes.
– Les mouvements religieux atypiques connaissent, en dépit des polémiques qu'ils déclenchent et quel que soit le statut qu'on leur attribue, une certaine vitalité. On le constate, par exemple, chez les témoins de Jéhovah, qui revendiquent près de 140 000 "proclamateurs", dont plus de 20 000 Outre-mer ».

[448] Rapport présidé par le professeur Jean-Pierre Machelon, *Op. cit.* p.11 : « D'un point de vue historique, la déclaration faite par la loi de 1905 d'une non-reconnaissance des cultes doit être comprise comme signifiant l'abrogation des statuts des cultes reconnus selon le droit public existant alors pour y substituer un statut commun de droit privé. On peut s'en tenir aujourd'hui à cette signification historique. L'absence de reconnaissance n'a jamais empêché le dialogue entre l'État et les responsables religieux. Le modus vivendi de 1924, négocié avec l'Église catholique, n'a pas été considéré comme contraire à l'article 2 de la loi de 1905. De même les arrangements convenus entre le ministre de l'Intérieur et des représentants du culte musulman pour organiser ce culte n'ont pas davantage été regardés comme une forme de reconnaissance contraire à l'article 2. Par ailleurs, la loi de 1905 n'institue pas un cloisonnement strict de l'État et des cultes. En effet, dans le cadre de la loi de 1905, la plupart des bâtiments cultuels restent sous domanialité publique. La non-reconnaissance n'a donc pas remis en cause une étroite "cogestion" de l'immobilier cultuel historique par les cultes et les pouvoirs publics. De plus, le régime des associations cultuelles maintient un contrôle public sur l'acquisition de ce statut. L'article 4 de la loi de 1905 garantit quant à lui le respect par l'autorité publique des règles d'organisation interne et, le cas échéant, dans la hiérarchie propre à chaque culte ».

[449] ~~Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010~~ interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

[450] G. Descours, « Macron : «Le martyre du père Hamel n'aura pas eu lieu pour rien» », *Le Figaro*, 26 juillet 2017, disponible sur le site : http://www.lefigaro.fr.

hommage aux victimes de l'attentat de Nice ayant fait 84 morts[451]. Ainsi, en période de crise, lors d'une cérémonie religieuse ou d'un hommage[452], les responsables politiques sont amenés à intervenir. Cette intervention relève de la nature de leur fonction sans pour autant remettre en cause le principe de laïcité. L'Observatoire de la laïcité, recommande aux responsables politiques, « lorsqu'ils participent à titre officiel à des cérémonies religieuses, de ne pas témoigner, par leur comportement, d'une adhésion manifeste à un culte quel qu'il soit. Cette recommandation ne s'oppose pas à l'observation des marques de respect communément admises »[453].

251. De plus, le principe de laïcité ne s'oppose pas non plus à ce que les responsables politiques prennent des décisions lorsqu'il existe un intérêt public local, qui par ricochet s'avère bénéfique aux cultes. Néanmoins, pour être légales, ces décisions ne doivent pas être motivées par les convictions religieuses de leur auteur.

2- L'intérêt public local justifiant la légalité de certaines décisions bénéfiques par ricochet aux cultes

252. Comme déjà évoqué, l'article 2 de la loi de 1905 pose le principe d'interdiction d'apporter une aide à l'exercice d'un culte. Toutefois, il existe des dérogations à ce principe. Le deuxième alinéa de l'article 2 de la loi de 1905 prévoit que « pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons»[454]. D'ailleurs, l'article 13 de la loi de 1905 dispose que «

[451]E. Bastié, « Lors d'une messe à Nice, des personnalités politiques rendent hommage aux victimes », *Le Figaro*, 15 juillet 2016, cet article illustre par une photo la présence de Eric Ciotti, Christian Estrosi, et Nicolas Sarkozy dans la cathédrale de Nice. Disponible sur le site : http://www.lefigaro.fr.

[452] Rapport présidé par le professeur Jean-Pierre Machelon, *Op. cit.* : A ce propos, le rapport de la Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, notamment la consultation des autorités religieuses sur certaines questions, indiquait qu'« en un siècle s'est affirmée une diversité religieuse sans précédent. Les quatre cultes reconnus en 1905 (catholicisme, protestantismes réformé et luthérien, judaïsme) côtoient aujourd'hui des religions géographiquement ou historiquement nouvelles. Ainsi l'islam, mais aussi les sagesses d'Asie, à commencer par les bouddhismes, sans oublier ces autres formes, anciennes ou modernes, de christianisme que sont l'orthodoxie ou les églises évangéliques, font partie intégrante du paysage religieux français. La France est ainsi le pays européen qui compte le plus grand nombre de musulmans, de juifs et de bouddhistes. Cette diversité est encore plus significative Outre-mer, comme l'illustre l'île de la Réunion où coexistent chrétiens, hindouistes et musulmans ».

[453] Voir *Supra* § 1.

[454] CE, dossier thématique « Le juge administratif et l'expression des convictions religieuses », 5 novembre 2014, disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr. Toutefois, les responsables politiques dans l'exercice de leur fonction ont l'obligation d'assurer le libre exercice du culte de certains publics : « Faute de prendre les mesures permettant de garantir la liberté d'exercice du culte de ces publics se trouvant dans une situation particulière, la personne publique engage sa responsabilité. Le Conseil d'État a ainsi mis en cause de la responsabilité de l'État pour ne pas avoir agréé des ministres du culte en nombre suffisant pour permettre à toute personne détenue la pratique du culte qu'elle revendique (CE, 16 octobre 2013, Garde des Sceaux c./ M. F. et autres, n°351115, s'agissant d'une personne détenue, témoin de Jéhovah). Saisi, dans le cadre d'une procédure de référé-liberté, de la décision de fermeture d'une salle utilisée pour la prière dans le bâtiment d'une résidence universitaire, le Conseil d'État a, en revanche, refusé de faire droit aux conclusions des requérants dès lors, d'une part, que la fermeture était justifiée par des considérations liées à la sécurité et, d'autre part, que l'administration était disposée à

l'État, les départements, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale pourront engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte "dont elles sont propriétaires". L'entretien des édifices cultuels nationalisés en 1789, c'est-à-dire la grande majorité des édifices catholiques qui sont demeurés la propriété de l'État, des départements et des communes et sont laissés gratuitement à la disposition des associations cultuelles par la loi de 1905, est ainsi pris en charge par la puissance publique »[455].

253. En revanche, la question de l'octroi d'un certain nombre de subventions au bénéfice des associations cultuelles a suscité plus de controverses au regard du principe de laïcité. Certains auteurs considèrent que l'article 2 de la loi de 1905 fait obstacle à une pareille pratique et d'autres[456], au contraire, estiment que l'article précité permet, au regard du principe d'égalité et dans l'objectif d'intérêt général, aux responsables politiques d'accorder des subventions aux associations cultuelles. A ce titre, le Conseil d'Etat a confirmé l'interdiction de principe d'un financement public des cultes et ses aménagements en vertu de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905[457]. Plus tard, il a assoupli cette ligne jurisprudentielle dans la décision du 16 mars 2005, en jugeant que « le principe constitutionnel de laïcité, qui implique la neutralité de l'État et des collectivités territoriales de la République et le traitement égal des différents cultes, n'interdit pas, par lui-même, l'octroi dans l'intérêt général et dans les conditions définies par la loi de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant des cultes »[458]. Dans cette décision le Conseil d'Etat ne précise pas dans quelle mesure des activités purement cultuelles pourraient présenter un caractère

---

examiner les conditions de la mise à disposition de nouveaux locaux (JRCE, 6 mai 2008, M. M., n°315631).Plus généralement, le Conseil d'État juge que ces publics captifs ne peuvent pas, en principe, être totalement privés du droit de pratiquer leur religion. Il a ainsi précisé que les personnes placées en cellule disciplinaire conservent, d'une part, le droit de s'entretenir avec un aumônier en dehors de la présence d'un surveillant et, d'autre part, le bénéfice de l'autorisation prévue par l'article R. 57-9-7 du code de procédure pénale de recevoir ou conserver en leur possession les objets de pratique religieuse et les livres nécessaires à leur vie spirituelle quand bien même les dispositions de l'article R. 57-7-44 prévoit que le placement en cellule disciplinaire emporte la suspension de l'accès aux activités (CE, 11 juin 2014, M. S., n°365237) ».

[455] *Ibidem*.

[456] Rapport présidé par le professeur Jean-Pierre Machelon, *Op cit.* : « Le Conseil constitutionnel n'a pas consacré le caractère de règle constitutionnelle de la loi de 1905, bien que l'occasion se soit présentée à au moins deux reprises. Dans sa décision du 23 novembre 1977, (dite "loi Guermeur"), il a consacré la liberté de conscience en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République en se référant à l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen et au Préambule de la Constitution de 1946, mais sans indiquer à quelle(s) loi(s) il le rattachait, comme c'est pourtant l'usage. S'il ne l'a pas fait, alors que le lien avec l'article 1er de la loi de 1905 était évident, c'est sans nul doute pour éviter de constitutionnaliser explicitement une disposition de la loi de 1905 afin de ne pas avoir à le faire pour d'autres (et notamment à propos de la délicate question de la subvention aux cultes). La seconde occasion est récente puisqu'il s'agissait pour le Conseil constitutionnel d'apprécier l'éventuelle contrariété à la Constitution de l'article II-70 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, largement inspiré de l'article 9 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen. La laïcité constitutionnelle a été à cette occasion lapidairement définie comme la soumission à la loi commune. Une nouvelle fois, on ne peut qu'être frappé par l'absence dans les motifs de la décision de toute référence à la loi de 1905 comme source formelle aussi bien de la laïcité que de la liberté de religion ».

[457] CE, 9 octobre 1992, Commune de Saint-Louis c./ association « Siva Soupramanien de Saint-Louis », n°94455.

[458] CE, 16 mars 2005, Ministre de l'Outre-mer c./ président de la Polynésie française, n°265560.

d'intérêt général. Cette absence de clarté a été relevée dans le rapport de la Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics[459], il est « délicat de définir avec précision quelles sont les activités cultuelles concernées par l'interdiction de subventionner les cultes. Il apparaît que les activités d'ordre culturel peuvent être financièrement soutenues par l'État, ce qui pose la question de la frontière entre ce qui est cultuel et ce qui ne l'est pas. Certaines activités commémoratives publiques, même à caractère religieux, peuvent également recevoir un financement public. La nature des subventions prohibées est également difficile à saisir, en raison notamment des nombreuses exceptions qui affectent la règle de non-subventionnement public. La location de terrains à des prix symboliques à des associations cultuelles sous forme de baux emphytéotiques doit ainsi être regardée comme conférant un important avantage financier au preneur. La constitutionnalité de ces pratiques, largement encouragées par l'État, n'a jamais été mise en cause. Il en va de même pour les garanties d'emprunt que les collectivités publiques peuvent octroyer depuis la loi du 29 juillet 1961. Incertaine dans sa définition, l'interdiction de subventions des activités religieuses s'avère aussi peu cohérente en raison de la multiplicité »[460].

254. Dans une volonté de clarifier la situation, le Conseil d'État, dans cinq arrêts du 19 juillet 2011, apporte des précisions importantes quant à l'interprétation de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation de l'Église et de l'État. Dans ces arrêts le Conseil d'État rappelle que les collectivités « ne peuvent accorder une subvention à une association qui, sans constituer une association cultuelle, a des activités de cette nature qu'en vue de la réalisation d'un projet, d'une manifestation ou d'une activité qui ne présente pas un caractère cultuel et à la double condition qu'il y ait un intérêt public local et que la subvention soit exclusivement affectée au financement de ce projet, de cette manifestation ou de cette activité et ne soit pas utilisée pour financer des activités cultuelles »[461].

255. Dans la première affaire, « commune de Trézalé »[462], le conseil municipal a décidé de racheter et de restaurer un orgue pour l'installer dans l'église communale. Le Conseil d'État déclare que les dispositions de la loi du 9 décembre 1905 « ne font pas obstacle à ce qu'une commune qui a acquis, afin notamment de développer l'enseignement artistique et d'organiser des manifestations culturelles dans un but d'intérêt public communal, un orgue ou tout autre

[459] Rapport présidé par le professeur Jean-Pierre Machelon, *Op. cit.*
[460] *Ibidem*, p.23.
[461] J-M. Sauvé, « Laïcité et République », Intervention lors de la Conférence Olivaint, 6 décembre 2016, disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr.
[462] CE, 19 juillet 2011, Commune de Trélazé, n°308544.

objet comparable, convienne avec l'affectataire d'un édifice cultuel dont elle est propriétaire ou, lorsque cet édifice n'est pas dans son patrimoine, avec son propriétaire, que cet orgue sera installé dans cet édifice et y sera utilisé par elle dans le cadre de sa politique culturelle et éducative et, le cas échéant, par le desservant, pour accompagner l'exercice du culte ». La deuxième affaire, Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône et M. P.[463], est relative à la subvention en faveur d'une association dans le but de réaliser un ascenseur pour faciliter l'accès aux personnes à mobilité réduite à la Basilique de Fourvière. Le Conseil d'État a jugé que ces travaux représentent un intérêt public local puisque l'édifice en question participe à l'économie et à la culture locales et, dans ces conditions, la subvention ne contrevient pas aux dispositions de la loi du 9 décembre 1905. Dans la troisième affaire, le Conseil d'État[464] a dû se prononcer sur la décision de la Communauté urbaine du Mans d'aménagement des locaux désaffectés en vue d'obtenir l'agrément sanitaire pour un abattoir local temporaire destiné à fonctionner essentiellement pendant les trois jours de la fête de l'Aïd-el-Kébir. Le Conseil d'État a estimé que la nécessité que les cultes soient exercés dans des conditions conformes à l'ordre public relève de l'intérêt public local. Il s'agit de la protection de la salubrité publique et de la santé publique par la prise en charge des travaux d'aménagement de locaux appelés à être utilisés comme abattoir pour ovins afin d'y permettre l'exercice de pratiques à caractère rituel, dès lors cette décision n'est pas contraire à la loi du 9 décembre 1905. Dans la quatrième espèce[465], le conseil municipal de Montpellier a décidé de réaliser une salle polyvalente et de la mettre à la disposition de l'association des franco-marocains pour une période d'un an renouvelable. Le Conseil d'État a relevé que la délibération du conseil municipal a pour premier objet la construction de la salle et non de laisser de façon pérenne et exclusive ces locaux en faveur de cette association cultuelle. Par conséquent cette décision ne contrevient pas à la loi du 9 décembre 1905. Dans la dernière affaire, « Mme V. »[466], c'est la décision du conseil municipal de Montreuil-sous-Bois relative à l'approbation d'un bail emphytéotique accordé à la Fédération cultuelle des associations musulmanes de Montreuil qui a été attaquée. Ce bail de 99 ans prévoyait une redevance d'un euro symbolique par an et la construction d'un édifice cultuel, une mosquée, ce qui, selon la requérante, heurtait les principes issus de la loi du 9 décembre 1905. Son pourvoi a été rejeté par le Conseil d'État au motif que les dispositions de cette loi n'étaient pas applicables à ce type de contrat. L'article L 1311-2 du code général des collectivités territoriales a permis aux

[463] CE, 19 juillet 2011, Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône, M. P., n° 308817.
[464] CE, 19 juillet 2011, Communauté urbaine du Mans, Le Mans métropole, n° 309161.
[465] CE, 19 juillet 2011, Commune de Montpellier, n° 313518.
[466] CE, 19 juillet 2011, Mme V., n° 320796.

collectivités territoriales d'autoriser un organisme à édifier dans leur domaine public ou privé un édifice cultuel dans le cadre d'un tel bail, d'autant plus que le législateur a prévu une redevance modique étant donné que cet organisme n'exerce aucune activité lucrative. De surcroît, à l'expiration du bail, l'édifice construit sera incorporé à son patrimoine alors qu'elle n'aura pas participé ni à sa construction ni à son entretien ni à sa conservation[467].

256. Les clarifications apportées par le Conseil d'État permettent aux responsables politiques au niveau local dans le cadre de leur pouvoir décisionnel de satisfaire l'intérêt public local y compris lorsque ce dernier se trouve en lien avec une activité cultuelle qui peut bénéficier de l'aide par ricochet. La légalité de leurs décisions est conditionnée par l'existence d'un intérêt public local. Toute décision basée sur une conception religieuse ou anti religieuse sera frappée d'illégalité. Il ne s'agit pas de remettre en cause le principe de laïcité, au contraire, la conciliation entre le respect de ce principe et l'intérêt public local, dans des circonstances particulières et rarissimes[468], témoigne de la cohérence et du pragmatisme du juge administratif.

[467] Dans le même sens que ces arrêts, voir également CE, 17 février 2016, Région Rhône-Alpes, n° 368342 : le Conseil d'État a jugé qu'une collectivité territoriale pouvait participer au financement des travaux de restauration de la Basilique Saint-Augustin d'Annaba en Algérie, dès lors que ce monument s'inscrit dans le patrimoine culturel du bassin méditerranéen et que la contribution versée n'a pas vocation à salarier ou financer un culte.
[468] CE, 15 février 2013, Association Grande confrérie de Saint Martial et autres, n° 347049.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

257. La poursuite de l'intérêt général justifie la raison d'être de la fonction politique considérée comme « la pierre angulaire de l'action publique »[469], se dévoile comme un marqueur de la spécificité des droits fondamentaux des responsables politiques. La satisfaction de cette finalité les place dans une situation singulière faisant d'eux des citoyens particuliers par l'admission d'un degré de protection soit plus limité, soit plus étendu de leur droits et libertés. La protection plus renforcée de leur liberté d'expression a été reconnue par la jurisprudence aux titulaires de toutes les fonctions politiques considérées comme essentielle dans une société démocratique. Dans le même esprit, la restriction à leur liberté d'entreprendre ou de travailler[470] et leur droit au respect de la vie privée a été admise.

258. Cependant, le principe de transparence, apparu comme le remède le plus efficace contre le déficit démocratique, a conduit à l'affaiblissement de certains droits fondamentaux, leur imposant des contraintes immodérées. Le poids élevé de la prise en compte de l'intérêt général dans leur modulation, a pour conséquence un impact négatif au point de porter atteinte à leur substance même.

259. Outre qualifié de citoyen particulier, les titulaires de certaines fonctions politiques peuvent être considérés comme des justiciables atypiques puisque l'exercice de leur fonction les situe en marge du droit commun processuel.

[469] Conseil d'État, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général, *La Documentation française*, 1999, p. 245.

[470] Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, Commission présidée par J-M. Sauvé, p. 22, disponible sur le site https://www.hatvp.fr : « Déjà en 1302, l'Ordonnance de Philippe le Bel qui interdisait aux officiers d'exercer une activité privée, limitait leur liberté de travailler et d'entreprendre. Ou encore sous le règne de Philippe VI, les personnes bénéficiant des grâces royales devaient ~~rendre publics leurs pensions et leurs hé~~ritages dont ils disposaient, on peut en déceler une atteinte au droit au respect de la vie privée. Il en allait de même concernant l'Ordonnance de Charles VI de 1388 interdisant aux gouverneurs de contracter avec les personnes qui se trouvaient sous leur contrôle ».

PARTIE II

LE RESPONSABLE POLITIQUE :

UN JUSTICIABLE ATYPIQUE

260. L'idée de protéger les responsables politiques dans l'exercice de leur fonction n'est pas nouvelle. A « (…) Rome, les tribuns de la plèbe, qui étaient en quelque sorte les parlementaires de l'époque, étaient considérés comme des personnages sacro-saints et bénéficiaient à ce titre d'une protection particulière. Il était absolument interdit de s'attaquer à eux ou de les gêner dans l'exercice de leurs fonctions. Tout individu qui bravait cette interdiction devenait un hors-la-loi et pouvait être exécuté par le premier venu[471]». De nos jours, encore, la spécificité de certaines fonctions politiques suscite une appréciation et une application différenciée du droit pénal à l'égard de leur titulaire dans l'objectif de préserver la puissance et l'équilibre de l'État.

261. Le principe de la séparation des pouvoirs qui garantit l'indépendance du responsable politique est le facteur déterminant de cette protection particulière, il fait obstacle à l'immixtion des autres pouvoirs ou des simples citoyens dans l'exercice de leur fonction. Ainsi, le droit d'exercer la fonction en toute indépendance, découlant du principe de la séparation des pouvoirs disposant d'une assise constitutionnelle, constitue un droit fondamental, propre aux titulaires des fonctions concernées.

262. Ce droit fondamental justifie la mise en place d'un régime dérogatoire. Malgré un attachement profond au principe de l'égalité, ce régime se manifeste, d'une part, par l'existence d'immunités qui peuvent, de façon générale, être définies comme le droit de bénéficier d'une dérogation à la loi commune[472] ou encore, comme une protection permettant à une personne, en raison d'une qualité officielle (chef d'État, parlementaire...) de ne pas être soumise à l'application du droit commun[473] (Chapitre I). D'autre part, il est marqué par le privilège de juridictions, c'est-à-dire l'exclusion des juridictions de droit commun au profit de juridictions *ad hoc* qui sont seules compétentes pour juger les actes relevant de l'exercice de la fonction des responsables politiques intéressés (Chapitre II). Ce privilège de juridiction et les immunités dont disposent certains responsables politiques révèlent qu'ils ne sont pas des justiciables comme les autres.

[471] M. Ameller, «Droits de l'homme et immunités parlementaires» *in Le Parlement: gardien des droits de l'Homme*, Rapport introductif dans le cadre du symposium interparlementaire de Budapest, Genève, UIP, 1993, p. 32.
[472] Définition donnée par le Grand Larousse Encyclopédique.
[473] Rapport n° 194 de J.-J. Hyest, fait au nom de la commission des lois, déposé le 31 janvier 2007 relatif au projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution, disponible sur le site : https://www.senat.fr.

CHAPITRE I – L'IMMUNITÉ FONCTIONNELLE

263. Si l'on se réfère à la distinction opérée par Bruno Genevois dans son article « les immunités prévues par la Constitution et le contrôle juridictionnel » [474] , l'immunité fonctionnelle, garantissant le droit fondamental à l'indépendance, se révèle sous deux aspects.

264. En premier lieu, il s'agit de l'immunité de fond qui traite les régimes d'irresponsabilité[475], en vertu de laquelle, le responsable politique n'a pas à répondre à des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. La reconnaissance d'un régime d'irresponsabilité se concrétise par l'exclusion définitive des poursuites à l'égard du titulaire de la fonction pour certains actes accomplis dans l'exercice de son mandat, privant irrémédiablement les tiers du droit d'accès à un juge (section I).

265. En second lieu, intervient l'immunité de procédure pour traiter le régime d'inviolabilité qui protège pendant son mandat le titulaire de la fonction contre les poursuites judiciaires et de toute mesure privative ou restrictive de liberté[476] pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de la fonction. Cette immunité de procédure exclut les tiers temporairement d'avoir accès au juge puisqu'il retarde les poursuites jusqu'à l'issu du mandat (section II).

---

[474] B. Gennevois distingue l'immunité de fond et l'immunité de procédure : « Appliquée au droit constitutionnel, la notion d'immunité recouvre deux situations que l'on retrouve également dans le cas de l'Italie : l'immunité de fond (immunità di tipo sostanziale) et l'immunité de procédure (immunità di tipo processuale)., B. Gennevois, « Les immunités prévues par la Constitution et le contrôle juridictionnel (le droit français confronté au droit italien) », *RFDA*, 2000, p.511 et s.

[475] La présente étude se focalisera sur l'étude de l'irresponsabilité consacrée par la Constitution, ainsi, ne seront pas traitées, l'immunité qui a été reconnue à l'égard du défenseur des droits et ses adjoints concernant les opinions et les actes relatifs à l'exercice de leur fonction qui a pour l'objectif d'assurer le bon fonctionnement de cette institution. Dans sa décision du 29 mars 2011(DC 2011-626), le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la loi organique relative au Défenseur des droits. Il a émis une réserve d'interprétation concernant l'immunité pénale de Défenseur des droits et ses adjoints en précisant que « « l'immunité pénale reconnue au Défenseur des droits et à ses adjoints ne saurait s'appliquer qu'aux opinions qu'ils émettent et aux actes qu'ils accomplissent pour l'exercice de leurs fonctions ; qu'elle ne saurait exonérer le Défenseur des droits et ses adjoints des sanctions encourues en cas de méconnaissance des règles prévues par les articles 20 et 29 de la loi organique, sur les secrets protégés par la loi, et par son article 22, sur la protection des lieux privés ». En outre, il a indiqué clairement « qu'en érigeant le Défenseur des droits en « autorité constitutionnelle indépendante », le premier alinéa de l'article 2 rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels ». Ne faisant pas partie des pouvoirs publics constitutionnels, leur cas ne saurait pas traiter dans le cadre de la présente étude qui a pour objet de traiter l'immunité des responsables politiques. Ne seront pas traiter non plus dans le cadre de la présente étude l'immunité de la juridiction des agents diplomatiques prévue par la Convention de Vienne ni l'immunité de juridiction et l'‘immunité reconnue en faveur des fonctionnaires et employés consulaire par la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires dans ses articles 41,43 et 44 puisque ces derniers ne peuvent être comptés comme des pouvoirs publics constitutionnels dans l'ordre juridique interne.

[476] Rapport n° 194 de J-J Hyest, *Op. cit*.

Section I – L'immunité de fond

266. Tous les responsables politiques ne peuvent prétendre à une immunité de fond ou au principe d'irresponsabilité dans l'exercice de leur fonction. En effet, le degré du risque pénal varie selon chaque fonction politique. La Constitution ne prévoit cette immunité fonctionnelle qu'en faveur de la fonction présidentielle (§I) et de la fonction parlementaire (§II). Là encore, ces principes ne s'appliquent pas de manière analogue. En revanche, les ministres et les élus locaux sont exclus du bénéfice de cette immunité.

267. Les ministres ne peuvent prétendre au principe d'irresponsabilité dans l'exercice de leur fonction bien qu'ils disposent de prérogatives importantes. L'exclusion de ce principe à leur égard s'explique par le fait qu'ils sont responsables devant le Parlement et son existence priverait ce dernier de son pouvoir de contrôle, même s'il s'agit d'une responsabilité collective et non individuelle.

268. L'étude de droit comparé[477], qu'il s'agisse d'un régime parlementaire ou présidentiel, illustre le constat selon lequel cette situation n'est pas exclusive à la France, puisque les autres systèmes constitutionnels ne reconnaissent pas l'immunité de fond en faveur des membres du gouvernement. Les ministres doivent répondre des actes accomplis dans l'exercice de leur fonction.

269. Concernant les élus locaux. Ces derniers ne disposent pas de l'immunité de fond dans l'exercice de leur fonction[478].A vrai dire rares sont les pays qui accordent pareille

[477] Voir *Infra.*

[478] Bien que, pendant longtemps, les élus locaux étaient peu concernés par la responsabilité pénale en raison des actes accomplis dans l'exercice de leur fonction ; voir notamment E. Guerin-Lavignotte, E. Kerrouche Eric, « Les élus locaux et la dimension pénale de la responsabilité publique : entre responsabilité et culpabilité », *Politiques et management public,* vol. 19, n° 3, 2001 ; « Les nouvelles exigences de la responsabilité publique », Tome II, Actes du dixième colloque international - Paris, jeudi 9 et vendredi 10 mars 2000, p. 139-158 : « Sans aller jusqu'à l'immunité dans la sphère locale, la Révolution française avait aboli toute incrimination à l'encontre des personnes morales telles qu'en connaissait l'Ancien régime. Selon la loi 16-24 août 1790 et le décret de fructidor an III ; par exemple, il n'était pas possible de mettre en cause la responsabilité des administrateurs (…)Le système devait pourtant évoluer vers une banalisation du régime de la responsabilité des décideurs publics, non sans quelques revirements spectaculaires : l'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VII admit que les agents publics (et les maires) puissent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions tout en subordonnant les poursuites à une autorisation donnée par le Conseil d'État. Ce système ne fut abandonné qu'en 1870, même si l'invention jurisprudentielle à partir de l'arrêt Pelletier (1873) de la faute " détachable " du service atténuait la portée de cette décision. L'arrêt Thépaz de 1935 vint couronner cette évolution, puisque dans le but de mieux indemniser les victimes, le Tribunal des conflits reconnut qu'une infraction pénale commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions n'était pas forcément constitutive d'une faute personnelle (l'aspect moral et financier étaient ainsi dissociés). La situation n'a connu de véritable bouleversement qu'à partir de l'affaire de Saint-Laurent-du-Pont : devant les craintes des élus, la loi de juillet 1974 vint les faire bénéficier des mêmes privilèges de juridiction que les préfets et les magistrats. Ainsi en cas de délits commis dans le

immunité en faveur des élus locaux. Une étude de législation comparée réalisée par le Sénat[479] mentionne qu'au Danemark, il existe une sorte d'immunité pour les élus locaux mais uniquement en cas de négligence simple[480]. Autre exemple, en Angleterre, les titulaires des fonctions locales font l'objet d'une protection plus importante contre les risques découlant de l'exercice de leur fonction. Ils sont en effet couverts par le principe d'irresponsabilité dans l'exercice de leur fonction, leur responsabilité pénale ne peut être recherchée, seule leur responsabilité civile peut être invoquée en vertu de la responsabilité extracontractuelle[481].

270. Dans d'autres pays, les élus locaux disposent d'une immunité de fond qui se limite aux déclarations et les opinions émises dans l'exercice de leur fonction. Tel est le cas de

---

cadre de leurs fonctions, ils ne pouvaient être poursuivis que devant une juridiction autre que celle dans le ressort duquel ils exerçaient leur mandat. La réforme du code de procédure pénale issue de la loi du 4 janvier 1993 vient inverser cette situation en consacrant deux innovations majeures : la mise en cause des collectivités territoriales pour toutes les activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public ainsi que la mise en cause pénale des élus, l'une n'étant pas exclusive de l'autre. La responsabilité pénale des personnes morales est sans conteste l'élément le plus novateur du code pénal. Désormais, les élus locaux ne sont plus seulement responsables de leurs actes mais risquent aussi d'engager pleinement la collectivité elle-même et, à travers elle, les citoyens contribuables. C'est ce que traduit la multiplication des mises en examen pour fautes non intentionnelles en même temps que les recours devant le juge pénal augmentent », l'évolution de la société et la moralisation croissante de la vie publique ont conduit à adopter, à la lumière du principe de l'égalité, des textes soumettant les élus locaux à un régime de responsabilité pour les actes rattachables à l'exercice de leur fonction. Au cours des trois dernières décennies, trois textes législatifs ont ainsi mis en exergue la responsabilité pénale des élus locaux. La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence crée un délit spécifique à la gestion publique, le délit d'octroi d'avantage injustifié, ou « délit de favoritisme ». L'adoption du nouveau Code pénal de 1992 a réintroduit la responsabilité pénale des personnes morales, notamment des collectivités locales, ce qui étend le champ de compétence du juge pénal aux actes administratifs. L'article 111-5 du Code pénal dispose que :« Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels (dans son article 10 elle précise que « La commune est tenue d'accorder sa protection au maire, à l'élu municipal le suppléant ou ayant reçu une délégation ou à l'un de ces élus ayant cessé ses fonctions lorsque celui-ci fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de ses fonctions. Lorsque le maire ou un élu municipal le suppléant ou ayant reçu une délégation agit en qualité d'agent de l'État, il bénéficie, de la part de l'État, de la protection prévue par l'article 11 de la loi no 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires») dite « loi Fauchon » a néanmoins réduit le champ d'application des délits non intentionnels en cas de négligence.

[479] Sénat, Étude de législation comparée sur la responsabilité pénale des élus locaux pour des faits non intentionnels, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, 6 décembre 1999, disponible sur le site : https://www.senat.fr.

[480] *Ibidem*. Cette étude indique que : « la loi de 1998 sur les organes des collectivités locales reprend une disposition introduite en 1984 à la suite de quelques cas graves, à l'occasion desquels l'opinion publique s'était émue devant l'impossibilité de toute intervention. La loi énonce désormais que : " Les membres des conseils qui se rendent coupables de manquements graves aux devoirs que leur mandat implique sont punis d'une amende. La négligence simple n'est pas punie. " ». L'étude précise de plus que seule l'autorité qui contrôle les actes des collectivités locales peut engager une action contre les élus locaux en cas de manquements graves. L'étude du sénat souligne que « Ces règles législatives ont été précisées par une circulaire du ministre de l'Intérieur, qui apparaît assez protectrice pour les élus locaux, dans la mesure où elle souligne que la faiblesse des pouvoirs de contrôle des élus locaux sur l'administration locale devrait limiter les cas de " manquements graves ". La circulaire justifie également que, de façon générale, les élus prennent leurs décisions sur la base des travaux de l'administration locale, à moins que le caractère erroné ou lacunaire de ces travaux n'apparaisse de façon évidente ». On constate que les élus locaux disposent d'une protection plus importante contre les poursuites liées à l'exercice de leur mandat et que la loi de 1998 se montre plus protectrice des fonctions des collectivités locales.

[481] *Ibidem*. Cette étude précise que « distincte de la responsabilité des collectivités, celle des élus à titre individuel pourrait en théorie également être engagée. Cependant, cette possibilité n'a jamais été clairement établie, de sorte que les élus jouissent traditionnellement de l'immunité contre tout type de responsabilité. Cette tradition a été confortée dès la fin du XIX^{ème} siècle par la loi sur la santé publique, qui excluait que la responsabilité personnelle des élus locaux fût recherchée dans le cadre de l'application de cette loi par les collectivités locales, dans la mesure où tous les actes qui s'y rapportaient avaient été accomplis de bonne foi. En 1976, une loi sur les collectivités locales a étendu cette immunité pour couvrir les actes se rapportant à l'exécution de toutes les lois ».

l'Autriche (dans certains Länder), de la Suisse, de l'Ukraine, de la Macédoine et du Monténégro[482]. Alors qu'en France, la Constitution consacre l'immunité présidentielle et parlementaire.

§ I – L'irresponsabilité présidentielle

271. L'irresponsabilité dont bénéficie le chef de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions n'est pas considérée comme un privilège personnel. Elle permet de protéger la fonction vis-à-vis des tiers. C'est pourquoi, la reconnaissance d'un tel principe s'avère inéluctable en raison de la singularité de la fonction (A). Mais, ce régime d'irresponsabilité n'est pas absolu et la Constitution, dans une logique destinée à protéger la fonction contre son titulaire, y prévoit des limites (B).

A – La nécessité de l'irresponsabilité

272. Même si l'irresponsabilité présidentielle déroge au principe d'égalité devant la loi, cette dernière se révèle indispensable et adaptée à la nature de cette fonction (1). Il convient de souligner que la particularité de la fonction présidentielle sous la Vème République a parfois suscité des débats à ce sujet (2).

1- Un principe inhérent à la fonction présidentielle

273. Le principe d'irresponsabilité du chef de l'État pour les actes accomplis dans l'exercice de sa fonction s'inscrit dans une tradition lointaine[483] héritée de la formule anglaise

[482] Conseil des communes et régions de l'Europe, « Statuts des élus locaux », décembre 2010, p. 17, disponible sur le site : http://www.aimf.asso.fr.

[483] En France, même après la Révolution, ce principe trouve à s'appliquer. La Constitution de 1791, dans son article 2 du chapitre 2 du Titre III intitulé « Des pouvoirs publics » dispose que « la personne du roi est inviolable et sacrée ». Néanmoins, elle prévoit des limites à cette protection. La règle de l'inviolabilité ne s'applique pas dans trois cas. L'article 5 de la même section première indique que si le roi refuse de prêter serment ou s'il se rétracte par la suite, il perdra sa protection. L'article 6 précise que « 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 ». L'article 7 prévoit que « 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. - Le délai commencera à courir du jour où la proclamation du Corps législatif aura été publiée dans le lieu de ses séances ; et les ministres seront tenus, sous leur responsabilité, de faire tous les actes du Pouvoir exécutif, dont l'exercice sera suspendu dans la main du roi absent ». Enfin l'article 8 dispose qu'après cette abdication, le roi sera considéré

« The King can do no wrong » (le Roi ne peut mal faire). « Ainsi, s'appuyant sur l'opinion de la doctrine anglaise, c'est-à-dire sur celle de Dicey, Adhémar Esmein dégageait les deux implications pratiques de cette règle coutumière à l'égard du monarque : d'une part, aucune "cour de justice ne peut connaître des actes qu'il accomplit: alors même qu'ils constitueraient des crimes de droit commun, ils sont couverts par cette présomption irréfragable." Si "la Reine, dit le professeur Dicey, tuait de sa propre main le Premier ministre, aucun tribunal ne pourrait connaître de cet acte." D'autre part, de la même présomption légale résulte une autre règle très importante : aucune personne ne peut invoquer un ordre du roi pour justifier l'acte illégal qu'elle a commis elle-même ; un pareil ordre en droit n'a pas d'existence»[484].

274. De nos jours encore, plusieurs raisons justifient l'irresponsabilité présidentielle. Elle constitue un écran protecteur contre d'éventuelles poursuites à l'encontre des actes pris par le

---

comme un citoyen ordinaire et qu'il sera jugé comme eux. Selon Olivier Beaud « la règle de "l'inviolabilité" royale correspondait donc à la nature de compromis de cette Constitution, qui transigeait difficilement entre les principes de l'Ancien Régime, et les nouveaux principes révolutionnaires de la Constituante, l'exigence constitutionnaliste. Ce compromis a éclaté avec la fuite du Roi et son arrestation à Varennes » (O. Beaud, « La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République », *RFDA* 2001, p.1187).

Le principe d'inviolabilité a été inscrit par la suite dans l'article 13 de la Charte du 4 juin 1814 qui disposait que « la personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive ». La Charte constitutionnelle du 14 août 1830 reprend à l'identique le principe de l'inviolabilité du roi dans son article 12 (« La personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive »). A contrario, la Constitution de 1852 du Second Empire ne prévoit pas une telle règle. Par la suite la Constitution du 4 novembre1848 dans son article 68 prévoyait la responsabilité politique du chef de l'État ainsi que la possibilité de sa destitution en cas de « crime de haute trahison » (Cet article définit la notion de haute trahison en disposant que« 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 »).

Héritée donc de la monarchie (J-M. Sauvé, « Introduction » colloque intitulé La responsabilité du chef de l'État, Société de législation comparée, coll. colloques, volume 12, p.10), le principe d'irresponsabilité des actes relatifs à l'exercice de la fonction présidentielle, limité en cas de haute trahison, a été posé depuis 1875. L'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 portant sur l'organisation des pouvoirs publics, dans son deuxième alinéa, dispose que « le Président de la République n'est responsable qu'en cas de haute trahison ». L'immunité du chef de l'État a été ensuite maintenue sous la IVème et la Vème République.

En effet, le premier alinéa de l'article 42 de la Constitution du 27 octobre 1946 indiquait que « le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison », et la Constitution du 4 octobre 1958, quant à elle, consacre l'immunité présidentielle dans son article 68. Selon les termes initiaux de cet article, « le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison ». Or, la notion de « haute trahison » n'était pas définie ni la peine infligée en cas de reconnaissance de culpabilité. Dans un objectif de clarification, la révision constitutionnelle du 23 février 2007 a modifié cette formulation de la manière suivante : « Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour ». La notion de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » n'a pas été davantage déterminée clairement ni par la Constitution ni par loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution.

[484] A. V. Dicey, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2ème éd., Paris, Larose, 1899, p. 82-83, cité par O. Beaud, *Op. cit.* : La doctrine constitutionnelle anglaise est restée sur sa position traditionnelle puisqu'elle continue à l'interpréter, d'une part, comme conférant une immunité juridictionnelle absolue du monarque pour les actes illégaux (délictuels le cas échéant) commis dans l'exercice des fonctions et, d'autre part, comme interdisant aux ministres d'invoquer à titre d'excuse légale, un ordre du monarque. Il s'agit d'une immunité personnelle et réelle qui semble découler des pouvoirs particuliers englobés sous le terme de « Prérogative de la Couronne et de la Royauté (The Crown and the Royal Prerogative) ».

chef de l'État dans l'exercice de sa fonction. En somme, le Président de la République peut réaliser, en toute liberté, son programme politique sans être perturbé ou gêné. Ce principe garantit l'indépendance de ce dernier dans sa prise de décision et répond ainsi aux exigences du principe de la séparation des pouvoirs qui empêchent l'intervention des autorités judiciaires dans le champ d'action du chef de l'État. A ce propos, le rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République présidé par le professeur Avril relève que le principe de la séparation des pouvoirs « exprime la nécessité de préserver la sphère de compétences de chaque organe de l'État, notamment les juridictions d'un côté et le pouvoir exécutif de l'autre. L'irruption d'autorités judiciaires dans l'action du chef de l'État conduit, en fait, à mettre en cause une responsabilité politique qui, lorsqu'elle est prévue, obéit à des conditions différentes »[485].

275. Un autre argument invoqué en faveur de l'irresponsabilité du Président de la République est celui de la continuité de l'État incarnée par ce dernier comme le prévoit l'article 5[486] de la Constitution. Remettre en cause les actes du Président devant une quelconque autorité aura pour conséquence de compromettre la continuité de la fonction. Ainsi, l'idée selon laquelle le Président incarnerait la continuité de l'État s'approche de la conception de la monarchie : « le roi est un des chaînons d'une lignée, (qui) implique que la personne royale soit protégée des circonstances qui pourraient compromettre l'exercice permanent de ses activités. C'est pourquoi la personne du roi est inviolable et, dans certaines constitutions, elle est dite sacrée » [487] . Cet héritage historique, transposé à la fonction présidentielle[488], apparaît déterminant eu égard au rôle qu'il joue dans la vie politique, « le mandat de représentation national incombant au chef de l'État »[489]. A ce titre, le Général de Gaulle, dans la conférence de presse du 31 janvier 1964, déclarait qu'« il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'État 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 maintenu par lui… ». Ainsi, le Président de la République

[485] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, présidé par le P. Avril, remis au président de la République en décembre 2002, p. 25.
[486] L'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités ».
[487] Ph. Lauvaux, « Les monarchies » colloque intitulé La responsabilité du chef de l'État, Société de législation comparée, collection colloques, volume 12, p.20.
[488] *Ibidem.*
[489] J-M. Sauvé, « Introduction » colloque intitulé La responsabilité du chef de l'État, Société de législation comparée, coll. colloques, volume 12, p.11.

est « celui qui incarne l'État dans ses attributs les plus solennels : la Couronne, la République »[490].

276. En vertu de ce principe d'irresponsabilité, le chef de l'État n'a pas à répondre des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, ni devant le Parlement ou le peuple, ni devant la justice (sauf en cas de manquement manifestement incompatible avec l'exercice de sa fonction). En somme, l'irresponsabilité présidentielle entraîne la neutralisation du droit pénal s'agissant des actes accomplis dans l'exercice de la fonction. Le régime d'irresponsabilité applicable aux actes accomplis par ce dernier, même si ce principe déroge au régime de responsabilité applicable en droit commun, se justifie pleinement en raison de la nature de la fonction.

277. L'étude du droit comparé illustre que le principe de l'irresponsabilité présidentielle n'est pas exclusif à la France. A ce propos, le rapport de la Commission Avril[491] soulignait «qu'aucun État ne fait exception à un principe de protection fonctionnelle du chef de l'État à l'égard de la plupart sinon de toutes les procédures juridictionnelles pendant son mandat. Hormis les monarchies européennes, dans lesquelles le chef de l'État bénéficie en droit d'une immunité absolue, les États établissent un lien soit matériel, soit chronologique entre la protection juridictionnelle et l'exercice des fonctions ».

278. L'irresponsabilité de fait ou de droit du chef de l'État n'a pas suscité de débat jusqu'à la Vème République, compte tenu de son rôle symbolique et de la puissance des régimes des assemblées. Or, la nature même de la Vème République et sa pratique institutionnelle ont démontré, surtout en période de fait majoritaire, que le Président « arbitre » devient le leader incontestable de la détermination, voire de la conduite de la politique de la nation, de sorte que le premier ministre n'est, dans la plupart des cas, qu'un exécutant des orientations fixées par le chef de l'État. La responsabilité politique du gouvernement peut être engagée alors que celle du Président n'existe pas. C'est pourquoi, ce principe n'échappe pas aux critiques.

[490] C. Emeri, « De l'irresponsabilité présidentielle », *Pouvoirs*, 1987, n°41, p.134.
[491] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, *Op. cit.*

2- Un principe sujet à discussion

279. L'irresponsabilité politique ne présente pas de difficulté dans un régime parlementaire classique en raison du rôle symbolique du chef de l'État [492], la responsabilité incombe au gouvernement à travers la règle du contreseing car ce dernier est un véritable pouvoir et qu'il dispose d'un cabinet distinct du chef de l'État. Dès lors, le Président est irresponsable parce qu'il n'a pas de pouvoir.

280. Or, sous la Vème République, le Président dispose de pouvoirs importants en vertu de la Constitution [493] . L'élection de ce dernier au suffrage universel direct a renforcé sa légitimité. Selon certains auteurs, l'irresponsabilité accordée au chef de l'Etat correspond à un régime parlementaire dans lequel les pouvoirs de ce dernier sont limités, plutôt qu'à un régime parlementaire spécifique comme celui de la Vème République où le Président est investi de pouvoirs considérables[494]. Le professeur Pierre Avril a noté que « d'un point de vue typologique, on peut qualifier le président français de *leader politique*, et le premier ministre de *Chief manager* »[495]. Le professeur Louis Favoreu soulignait aussi que cette irresponsabilité politique entre en contradiction avec les importantes attributions du Président de la Vème République et que le Général de Gaulle a systématiquement utilisé le référendum pour mettre en jeu sa responsabilité politique directement devant le peuple, ce qui l'a d'ailleurs conduit à la démission à la suite de l'échec du référendum du 27 avril 1969[496]. La mise en jeu de sa

---

[492] A propos de l'irresponsabilité du chef de l'État dans un régime parlementaire, J. Barthélémy et P. Duez évoquaient déjà en 1933 que « la question n'a pratiquement aucune importance ». J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionne*l, Paris, Dalloz, 1933, p. 620.

[493] L'article 19 de la Constitution prévoit la dispense de contreseing de certains actes du Président de la République. Il s'agit des pouvoirs propres : L'article 8 alinéa 1er prévoit la nomination du Premier ministre, en vertu de l'article 11 le recours au référendum sur proposition du gouvernement ou sur proposition conjointe des deux assemblées. L'article 12 le droit de dissoudre l'Assemblée nationale, l'article 16 la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels de l'article 16, l'article 8 le droit de message aux assemblées parlementaires, l'article 56 prévoit la nomination de trois des membres, et du président du Conseil constitutionnel et enfin le droit de saisine du Conseil constitutionnel prévu par les articles 54 et 61de la Constitution.

[494] O. Baud écrivait que « l'irresponsabilité du chef de l'État dans un régime parlementaire comme celui de la IIIe République signifie essentiellement que le Président de la République n'a pas à rendre compte de ses actes devant le Parlement. La doctrine classique traduisait cette idée par analogie avec la responsabilité ministérielle en considérant que le Président de la République était, en droit, irrévocable par le Parlement. Cette règle a sa cohérence dans un régime parlementaire dans la mesure où « la conduite générale des affaires de la nation » y est attribuée aux membres du gouvernement. Le régime politique français empruntait donc la voie anglaise : la responsabilité qui dans tout régime constitutionnel doit être « proportionnée au pouvoir », était imputable aux ministres solidairement et collectivement (au gouvernement donc), et non pas au chef de l'État. Par-là se marquait la différence majeure entre un régime parlementaire, et un régime présidentiel où il n'y a pas de responsabilité ministérielle » (O. Beaud, « La responsabilité pénale du Président de la République : pour une autre interprétation de l'article 68 de la constitution », Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique, Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001). En ce sens, V. not. J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 21ème éd., 2007, Montchrestien, p. 561 ; V. encore S. Guinchard et Buisson, *Procédure pénale*, 9ème éd., 2013, LexisNexis, n° 1457, spéc. note 449 ; Les positions doctrinales à ce propos ne sont pas similaires : Voir aussi, R. Capitant, cité dans F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 33ème édition, L.G.D.J, 2012, p. 150, qui considèrent que « dans un système démocratique, il n'est pas acceptable qu'un homme dispose de pouvoirs importants et qu'il ne soit pas tenu de rendre compte au peuple de l'usage qu'il en fait ».

[495] P. Avril, « Présidentialisme et contraintes de l'exécutif dual », in *La présidence en France et aux Etats-Unis*, Economica 1986, p.244.

[496] L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 16ème éd. 2014, p. 680.

responsabilité devant le peuple permettait d'atténuer les critiques émises à l'encontre de ce principe d'irresponsabilité, bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation constitutionnelle. Les deux appels au peuple du 28 octobre 1962[497] et du 27 avril 1969[498] illustrent la volonté du Général de Gaulle de mettre en jeu sa responsabilité politique devant le peuple. Cette pratique n'a pas été suivie par ses successeurs. La responsabilité politique du chef de l'État peut seulement être invoquée lors d'une élection présidentielle, à l'occasion de laquelle le peuple ne lui renouvellera pas sa confiance, ou, lorsqu'à l'issue d'une dissolution de l'Assemblée nationale par le chef de l'État, le peuple peut désavouer le Président de la République en ne lui accordant pas la majorité.

281. Pour autant, cette vision n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Comme le note à juste titre la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, dans son Rapport remis le 12 décembre 2002 au Président de la République, l'irresponsabilité présidentielle se justifie car elle est la contrepartie de la responsabilité du gouvernement devant le parlement. La continuité de l'État incarnée par le chef de l'État exclut qu'il soit contraint de démissionner. De surcroît, ses actes sont contresignés par le Premier ministre et un ou plusieurs ministres, à l'exception des pouvoirs énumérés à l'article 19. D'ailleurs, « la responsabilité politique du gouvernement s'étend à toutes les décisions présidentielles qu'il assume, y compris celles qui sont dispensées du contreseing : faut-il rappeler que la seule motion de censure adoptée par l'Assemblée nationale le fut en 1962 au motif que le Gouvernement avait proposé au Président le référendum instituant son élection au suffrage universel? Quant à la dissolution qui s'ensuivit (autre décision sans contreseing), elle donnait au peuple le dernier mot... Ainsi le fondement des immunités attribuées au Président de la République n'est pas contestable. Au demeurant, le débat qui s'est ouvert à ce propos en a moins contesté le principe qu'il n'a porté sur les modalités de sa mise en œuvre »[499].

[497] A. Passeron, *De Gaulle parle*, 1962-1966, Fayard 1966, p.50, Dans son allocution prononcée le 4 octobre 1962, il déclarait que « quant à moi, chaque "oui" de chacune de celles, de chacun de ceux qui me l'aura donné, me sera la preuve directe de sa confiance et de son encouragement… Ce sont donc vos réponses qui le 28 octobre me diront si je peux et si je dois poursuivre ma tâche au service de la France ».

[498] *Année politique, économique, sociale et diplomatique de France*, P.U.F. 1969, p. 33, Dans la seconde allocution, le 25 avril 1969, il souligne que « votre réponse va engager le destin de la France parce que, si je suis désavoué par une majorité d'entre vous, solennellement, sur ce point capital, et quels que puissent être le nombre, l'ardeur et le dévouement de l'armée de ceux qui me soutiennent et qui, de toute façon, détiennent l'avenir de la patrie, ma tâche actuelle de Chef de l'Etat deviendra évidemment impossible et je cesserai aussitôt d'exercer mes fonctions. Au contraire, si je reçois la preuve de votre confiance, je poursuivrai mon mandat…jusqu'à son terme régulier ».

[499] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, p. 31, disponible sur le site :http://www.ladocumentationfrancaise.fr.

282. De surcroît, dans son rapport, la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique[500] plaide en faveur du maintien du principe de l'irresponsabilité du Président de la République pour les actes qu'il accomplit en cette qualité. Selon elle, cette immunité est incontournable puisque en protégeant la fonction présidentielle, le chef de l'État peut prendre des décisions relevant de ses compétences constitutionnelles, y compris les décisions politiques les plus importantes, en considérant l'intérêt de la Nation, sans s'exposer à d'éventuelles poursuites.

283. D'autres pays ayant un régime politique semi-présidentiel l'ont consacré. Il en va ainsi en Autriche et au Portugal[501]. Les chefs d'État bénéficient du principe d'irresponsabilité pour les actes accomplis dans l'exercice de leur fonction.

Certes, l'immunité de fond demeure le principe mais elle ne couvre pas tous les actes accomplis par le chef de l'État. Dans une finalité de protection de la fonction contre son titulaire, la Constitution prévoit certaines limites à l'irresponsabilité présidentielle.

B – La limite de l'irresponsabilité

284. Cette immunité de fond n'est pas absolue. La Constitution prévoit deux limites à ce principe. D'une part, son article 68 reconnaît la compétence de la Haute Cour pour prononcer la destitution du chef de l'État en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » et, d'autre part, son article 53-2 reconnaît la compétence de la Cour pénale internationale pour certaines infractions prévues par l'article 5 de la Convention.

285. La responsabilité du Président de la République prévue par l'article 68 de la Constitution. L'exception à l'irresponsabilité du chef de l'État est prévue par l'article 68 alinéa 1er de la Constitution. Aux termes de cet article, « le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour ». L'article 1 de la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007, a remplacé la

[500] Rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidée par L. Jospin, « Pour un renouveau démocratique », p. 67, disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr.
[501] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, présidé par le P. Avril, remis au président de la République en décembre 2002.

notion traditionnelle de « haute trahison » par « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ».

286. En effet, prévoir une limite au principe d'irresponsabilité présidentielle n'est pas nouvelle. La mise en accusation du chef de l'État pour haute trahison est définie à partir de la IIIème République comme unique exception au principe d'irresponsabilité présidentielle[502].

287. Ce mécanisme permet de protéger la fonction en cas de dérive du chef de l'État, comme par exemple la commission d'un crime ou délit qui porterait atteinte à la dignité de la fonction, il peut être destitué. Bien que la notion de « haute trahison »[503] tout comme la notion de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » ne soient pas définies[504], elles assurent la légitimité du titulaire de la fonction présidentielle. Cette exception à l'irresponsabilité du chef de l'État joue un rôle préventif dans la mesure où le déclenchement de sa responsabilité n'intervient que lorsqu'il y a un risque d'atteinte ou une atteinte d'une particulière gravité à la fonction comme en témoigne la doctrine[505]. Cette limite protège incontestablement la fonction contre son titulaire au cas où il manquerait à ses devoirs, en quelque manière ou circonstance que ce soit, d'une façon telle qu'elle se révèle manifestement incompatible avec la poursuite de son mandat. Alors, il faut que ce mandat puisse prendre prématurément fin, par une destitution[506].

Il en va de même de l'article 53-2 de la Constitution qui reconnaît la compétence de la Cour pénale internationale pour juger le chef de l'État concernant la commission de certains

---

[502] La loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs dans son article 6 disposait que «(…) Le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison ». Ou encore l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports entre les pouvoirs publics (L'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 prévoyait que « 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 ») organise une procédure inspirée de l'*impeachment* des ministres en Grande-Bretagne et du Président des États-Unis, prévoyant une mise en accusation par les députés et un jugement par les sénateurs constitués en Cour de justice (Rapport n° 194 (2006-2007) de J-J. Hyest, fait au nom de la commission des lois, déposé le 31 janvier 2007 relatif au projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution, disponible sur le site : https://www.senat.fr/rap/l06-194/l06-194_mono.html). La Constitution du 27 octobre 1946 dans son article 42 indiquait que « le président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison ». Les constituants ont supprimé l'intervention du Sénat en précisant dans l'alinéa 2 de cet article qu'« 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 ». L'Assemblée nationale désignait en son sein les deux tiers des membres de la Haute Cour de Justice, le dernier tiers étant choisi en dehors de l'Assemblée.

[503] Depuis la IIIème République, à l'exception de l'article 68 de la Constitution du 4 novembre 1848 lequel définissait la haute trahison comme « 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 ».

[504] Voir *infra*.

[505] Voir *infra*.

[506] Voir Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, *Op. cit*., p. 7.

crimes dans l'exercice de sa fonction.

288. La responsabilité du Président de la République prévue par l'article 53-2 de la Constitution. L'article 53-2 prévoit la mise en jeu de la responsabilité pénale du chef de l'État devant la Cour pénale internationale. Cet article est issu de la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999[507]. Aux termes de celle-ci, « la République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le Traité signé le 18 juillet 1998 ». L'immunité de fond ou l'irresponsabilité présidentielle ne pourra pas être invoquée devant la CPI et la qualité du chef de l'État n'exonère pas ce dernier de sa responsabilité pénale puisque l'article 27 du Traité portant sur le statut de la CPI, intitulé « Défaut de pertinence de la qualité officielle » indique que « le présent statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Cet article vise non seulement l'exécution d'un crime lui-même mais également l'incitation au crime, par des propos éventuellement tenus à une tribune parlementaire. Puis son article 5 prévoit les crimes relevant de la compétence de la Cour en soulignant qu'elle « est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » tels que le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression.

289. A côté de l'article 68 de la Constitution, l'article 53-2 a pour finalité de protéger le caractère démocratique de la fonction contre son titulaire. En effet, l'engagement de sa responsabilité devant la CPI permet aussi de garantir la légitimité de la fonction par le biais du respect des droits fondamentaux et d'en déduire que les crimes précités ne sont pas compatibles avec la fonction présidentielle qui constitueraient un abus particulièrement grave de celle-ci.

A l'instar du président de la République, les parlementaires disposent également d'une immunité de fond dans l'exercice de leur fonction.

[507] Loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999 insérant, au titre VI de la Constitution, un article 53-2 et relative à la Cour pénale internationale.

§ II – L'irresponsabilité parlementaire

290. Comme indiqué dans la première partie de cette étude, les parlementaires jouissent d'une immunité de fond dans l'exercice de leur fonction. L'irresponsabilité parlementaire, même si elle marque une rupture d'égalité avec le régime de responsabilité de droit commun, est indispensable à l'exercice de la fonction car elle préserve leur indépendance (A). Ce constat est partagé unanimement par l'ensemble des législations étrangères (B).

A – L'irresponsabilité garante de l'indépendance parlementaire

291. En France, la nécessité de protéger le mandat parlementaire par l'irresponsabilité est apparue dès la Révolution pour préserver leur indépendance face au pouvoir exécutif et au pouvoir judiciaire. Ce principe interdit à ces derniers de contrôler la manière dont les parlementaires exécutent leur mandat. Il garantit la séparation des pouvoirs et, par voie de conséquence, la souveraineté du peuple. Depuis, ce principe n'a pas été remis en cause. Les Constitutions successives, à l'exception de la Constitution de l'An VIII, ont repris le régime d'irresponsabilité[508]. De nos jours, le régime d'irresponsabilité parlementaire est prévu par l'article 26 de la Constitution[509], mais aussi par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse[510], l'article 9 bis de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au

[508] Voir l'article 43 de la Constitution du 24 juin 1793 ; l'article 110 de la Constitution du 5 Fructidor an III ; l'article 36 de la Constitution du 4 novembre 1848 ; l'article 13 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 ; l'article 21 de la Constitution du 27 octobre 1946.

[509] En vertu de l'article 26 de la Constitution « 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 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.
La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert.
L'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus ».

[510] L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit l'irresponsabilité des membres du parlement en raison des débats parlementaires en disposant que « Ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées.
Ne donnera lieu à aucune action le compte rendu des séances publiques des assemblées visées à l'alinéa ci-dessus fait de bonne foi dans les journaux.
Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.
Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts.
Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers ».

fonctionnement des assemblées parlementaires[511], par les articles 105 du Règlement du Sénat[512] et III bis de l'Instruction générale du Bureau du Sénat ainsi que par les articles 80 du Règlement de l'Assemblée nationale [513] et 16 de l'Instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale.

292. L'irresponsabilité prévue par l'article 26 de la Constitution revêt un caractère absolu, aucune procédure ne permet de la lever, peu importe le motif invoqué. La responsabilité parlementaire, pendant et après le mandat, n'est pas susceptible d'être engagée. De la sorte, « le mandat est juridiquement libre, par exigence logique, mais son exercice est politiquement affecté, par exigence morale » [514] . Les actes accomplis dans l'exercice de la fonction parlementaire sont censés être purgés de toute illégalité civile, politique et pénale.

293. L'irresponsabilité civile. Le parlementaire ne pourra être amené à réparer, sur le fondement des articles 1382 (1240 nouveau) ou 1383 (1241 nouveau) du Code civil, le préjudice qu'il cause en raison du vote d'une loi. Ce paradigme paraît logique dans la mesure où « si on conçoit en effet aisément d'exclure pour les actes de la fonction la responsabilité civile lorsqu'elle existe indépendamment de toute responsabilité pénale (autrement on verrait le vote d'une loi lésant, par exemple, les cultivateurs de maïs, se solder par une action en responsabilité civile contre les parlementaires l'ayant adoptée), il est plus délicat d'anéantir la réparation des conséquences civiles d'une infraction. On supprime alors le faible moyen qui restait à la victime pour signaler d'une façon détournée l'injustice de l'acte. Cela souligne avec force le fondement de l'irresponsabilité, qui est la recherche de l'indépendance d'esprit du parlementaire à tous les niveaux : il faut qu'une sécurité entoure non seulement sa personne, mais encore ses biens »[515]. Même si le vote d'une loi aura pour conséquence de

[511] « L'arrestation ou toute autre mesure privative ou restrictive de liberté susceptible d'être décidée à l'encontre d'un membre du Parlement fait, à peine de nullité, l'objet d'une demande d'autorisation formulée par le procureur général près la cour d'appel compétente et transmise par le garde des sceaux, ministre de la justice, au président de l'assemblée intéressée. Cette demande indique précisément les mesures envisagées ainsi que les motifs invoqués.
L'autorisation donnée par le Bureau de l'assemblée intéressée ne vaut que pour les faits mentionnés dans la demande prévue au premier alinéa ».

[512] « 1. - Une commission de trente membres est nommée chaque fois qu'il y a lieu pour le Sénat d'examiner une proposition de résolution déposée en vue de requérir la suspension de la détention, des mesures privatives ou restrictives de liberté ou de la poursuite d'un sénateur ».

[513] « Il est constitué, au début de la législature et, chaque année suivante, à l'exception de celle précédant le renouvellement de l'Assemblée, au début de la session ordinaire, une commission de quinze membres titulaires et de quinze membres suppléants, chargée de l'examen des demandes de suspension de la détention, des mesures privatives ou restrictives de liberté ou de la poursuite d'un député. Les nominations ont lieu en s'efforçant de reproduire la configuration politique de l'Assemblée nationale et, à défaut d'accord entre les présidents des groupes sur une liste de candidats, à la représentation proportionnelle des groupes, selon la procédure prévue à l'article 25. Un suppléant est associé à chaque titulaire. Il ne peut le remplacer que pour l'ensemble de l'examen d'une demande. Hormis ce cas, il ne participe pas aux travaux de la commission ».

[514] P. Avril, « Note sur les origines de la représentation », in F. d'Arcy (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, p.90.

[515] J. Delfont, *Responsabilité pénale et fonction politique*, LGDJ, coll. Thèses, 2006, p. 70.

défavoriser parfois certains intérêts privés, il a pour finalité de satisfaire l'intérêt collectif. C'est la raison pour laquelle, une éventuelle mise en jeu de la responsabilité civile des parlementaires aurait joué un rôle dissuasif dans l'exercice de leur fonction.

294. L'irresponsabilité politique. La responsabilité politique des parlementaires n'existe pas contrairement aux membres de l'exécutif qui peuvent voir la leur mise en jeu. Les parlementaires sont placés à l'abri d'une éventuelle responsabilité de cet ordre. La seule manière de sanctionner le parlementaire se conçoit au moment de sa réélection où les électeurs peuvent lui refuser leur confiance. En effet, cette irresponsabilité est dite « permanente », à l'exception de l'inéligibilité des parlementaires ayant voté le 10 juillet 1940 « la délégation du pouvoir constituant à Philippe Pétain » à la Libération. Cette irresponsabilité politique protège les parlementaires quant à leurs opinions et leurs votes, et les protège au cours de leur mandat.

295. Cependant, on peut penser qu'une certaine responsabilité politique des parlementaires est prévue implicitement par l'article 12 de la Constitution. Cet article donne la possibilité au chef de l'État de dissoudre l'Assemblée nationale. Cette option ne constituerait-elle pas une sorte de limite à l'irresponsabilité parlementaire ? Deux réserves peuvent être émises à cet argument, d'une part, il s'agit d'une situation qui ne prend pas en compte les sénateurs. D'autre part, cette possibilité n'est envisageable que lorsque le chef de l'État ne dispose pas d'une majorité.

296. L'irresponsabilité pénale. L'immunité de fond protège aussi les parlementaires contre des actions en matière pénale. Comme il a été évoqué précédemment, dans le cadre de débats parlementaires[516], l'irresponsabilité couvre les parlementaires contre des actions en justice. La jurisprudence considère cette irresponsabilité comme fondamentale dans la mesure où elle permet « la libre expression des représentants du peuple et à empêcher que des poursuites partisanes puissent porter atteinte à la fonction parlementaire »[517]. Les textes relatifs à l'immunité de fond, « garantissent aux parlementaires, dans l'exercice de leur mandat, le droit de s'exprimer et de décider en conscience, sans avoir à redouter les conséquences pour leur personne de leurs paroles, de leurs écrits ou de leurs votes ». La Cour

[516] Au fil de la présente démonstration, l'irresponsabilité en raison de leurs propos ne serait que très sommairement évoquée, dans la mesure où le chapitre précédent a été consacré à ce sujet : Voir *supra*.
[517] CEDH, 3 juin 2004, De Jorio c./ Italie, n° 73936/01, § 49. Voir aussi CEDH, 17 décembre 2002, A. c./ Royaume-Uni, n° 35373/97, § 75-77. Plus récemment la Cour retient le même raisonnement dans son arrêt du 11 février 2010, Syngelidis c./ Grèce, n° 24895/07, § 42.

EDH a reconnu ce régime d'irresponsabilité comme inhérent à l'exercice du mandat[518]. Toutefois, les immunités qui couvrent certains actes incriminés doivent être en lien avec l'exercice de la fonction. La Cour impose alors un contrôle de proportionnalité. Comme elle le souligne, « il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États contractants, en adoptant l'un ou l'autre des systèmes normalement utilisés pour assurer une immunité aux membres du Parlement, soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné»[519]. « Ainsi, dans le cas où l'immunité parlementaire entrave l'exercice du droit d'accès à la justice, la Cour recherchera si les actes incriminés étaient liés à l'exercice de fonctions parlementaires stricto sensu afin de conclure sur la proportionnalité ou non de la mesure mise en cause »[520], dès lors que le lien entre l'acte incriminé et l'exercice de la fonction est établi, l'irresponsabilité sera retenue. Néanmoins, plusieurs hypothèses permettent d'engager la responsabilité pénale des parlementaires dans l'exercice de leur fonction.

297. La première hypothèse où le parlementaire verrait sa responsabilité pénale engagée se trouve à l'article 53-2 de la Constitution[521], autorisant la République à reconnaître la Cour pénale internationale. L'article 27 du Traité portant statut de la CPI, intitulé « Défaut de pertinence de la qualité officielle » s'applique aussi aux membres du parlement indépendamment de leur immunité. Tout comme le Président et les membres du

[518]CEDH, 16 novembre 2006, Tsalkitzis c./ Grèce, n° 11801/04, § 45 : « lorsqu'un État reconnaît une immunité aux membres de son Parlement, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. On ne peut, pour autant, de façon générale, considérer l'immunité parlementaire comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1. De même que ce droit est inhérent à la garantie d'un procès équitable assurée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent-elles être tenues pour lui être inhérentes ; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par les États contractants comme relevant de la doctrine de l'immunité parlementaire ».

[519] *Ibidem*, § 46.

[520]*Ibidem*, § 47.

[521] Cette révision constitutionnelle est issue d'une décision du Conseil constitutionnel, DC n° 98-408 du 22 janvier 1999 Traité portant statut de la Cour pénale internationale, dans laquelle le Conseil avait indiqué dans son considérant 15 que « Considérant qu'aux termes du 1 de l'article 27 du statut : " Le présent statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement... n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine " ; qu'il est ajouté, au 2 de l'article 27, que " les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Dans son considérant 16 il a été jugé que « 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 ; qu'en vertu de l'article 68-1 de la Constitution, les membres du Gouvernement ne peuvent être jugés pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions que par la Cour de justice de la République ; qu'enfin, les membres du Parlement, en vertu du premier alinéa de l'article 26 de la Constitution, bénéficient d'une immunité à raison des opinions ou votes émis dans l'exercice de leurs fonctions, et, en application du deuxième alinéa du même article, ne peuvent faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, hors les cas de flagrance ou de condamnation définitive, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont ils font partie ». Dans le considérant 17 de cette décision, le Conseil avait estimé que «Considérant qu'il suit de là que l'article 27 du statut est contraire aux régimes particuliers de responsabilité institués par les articles 26, 68 et 68-1 de la Constitution ».

gouvernement, ils peuvent être poursuivis pour les crimes de génocides, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les crimes d'agression. En somme, les actes parlementaires qui entrent dans le champ d'incrimination prévu par le statut de Rome ne sont pas couverts par le régime d'irresponsabilité.

298. La deuxième hypothèse est présente dans le droit interne qui couvre lui aussi d'autres cas dans lesquels la responsabilité pénale des parlementaires peut être engagée. Le Code pénal prévoit ainsi des dispositions pour punir certains comportements délictuels commis par les parlementaires qui auraient abusé de leur fonction. Il s'agit par exemple du délit de corruption ou du délit de trafic d'influence issu de l'article 433-1 du Code pénal[522] mais aussi de l'article 432-11[523], ou encore, le délit de prise illégale d'intérêts de l'article 432-12 du Code pénal[524]. Le droit interne prévoit des sanctions à l'encontre des parlementaires qui dérogeraient à leur mission en faveur de leurs intérêts privés.

299. De plus, l'existence du contrôle de constitutionnalité et de conventionalité des lois atténue le risque de commettre une infraction pénale dans l'édiction des normes comme par exemple le risque de discriminer une catégorie de personnes lors de l'adoption d'une loi. Ce principe est consacré par la quasi-totalité des systèmes juridiques c'est la raison pour laquelle il revêt un caractère universel.

[522] Article 433-1 du Code pénal dispose que « est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui : 1° Soit pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 2° Soit pour qu'elle abuse, ou parce qu'elle a abusé, de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte mentionné au 1° ou pour abuser ou avoir abusé de son influence dans les conditions mentionnées au 2°»

[523] « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui : 1° Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 2° Soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ».

[524] Article 432-12 du Code pénal : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».

B – L'irresponsabilité : un principe universel

300. L'irresponsabilité parlementaire, est consacrée dans la quasi-totalité des législations. De nombreuses Constitutions prévoient ce principe afin de garantir l'indépendance de leurs Assemblées parlementaires[525]. La Constitution américaine dans son article 1er de la section 6, de la clause 1ère, prévoit l'irresponsabilité applicable aux sénateurs et aux représentants dans l'exercice de leur fonction en disposant que « Les Sénateurs et Représentants (…) pour tout discours ou débat dans l'une ou l'autre Chambre (…) ne pourront être interrogés dans aucun autre lieu ». Il en va de même au Royaume-Unis, où l'article 9 de la Déclaration des Droits, « Bill of Rights », dans le cadre du « privilège parlementaire », énonce que la liberté d'expression et les débats et séances au sein du Parlement ne doivent être ni mis en cause, ni contestés devant un tribunal ou hors du Parlement. En ce qui concerne la Loi fondamentale allemande, elle prévoit dans son article 46-1 qu'aucun député ne peut être poursuivi et voir sa responsabilité engagée en raison d'un vote émis ou d'une déclaration faite au Bundestag ou dans l'une de ses commissions pendant l'exercice de son mandat, à l'exception des injures diffamatoires.

301. Le principe d'irresponsabilité s'applique également aux parlementaires européens et poursuit le même objectif que celui concernant les parlementaires nationaux. Dans la même logique que la protection accordée aux parlementaires nationaux, ce principe ne constitue « pas un privilège personnel du député, mais une garantie d'indépendance et d'intégrité du Parlement dans son ensemble ». Il est prévu par l'article 8 du Protocole n° 7 sur les privilèges et immunités qui indique que « 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 ». Ainsi, comme les parlementaires nationaux, leur irresponsabilité les exonère de toute responsabilité en matière pénale, civile et politique. De plus, l'article 9 du

[525] L'article 57 de la loi constitutionnelle autrichienne indique que les membres du Conseil national ne peuvent être poursuivis pour un vote émis dans l'exercice de leurs fonctions. Cependant, leur responsabilité peut être engagée pour une déclaration verbale ou écrite. La Constitution belge a elle aussi prévu un régime d'irresponsabilité parlementaire absolu, son article 58 prévoit que les membres de chaque Chambre ne pourront pas voir leur responsabilité engagée pour les votes ou les opinions émises dans l'exercice de leurs fonctions. L'article 71 de la Constitution espagnole précise à son tour que les députés et les sénateurs disposent de l'irresponsabilité pour les opinions émises dans l'exercice de leurs fonctions. De plus, en vertu de l'article 21 du règlement du Senado, cette irresponsabilité s'étend à toute activité considérée comme relevant de l'exercice de la fonction. L'alinéa 1er de l'article 157 de la Constitution portugaise dispose que « les députés ne répondent pas civilement, pénalement ou disciplinairement des votes et des opinions qu'ils émettent dans l'exercice de leurs fonctions ». En Suède, l'article 8 du Chapitre 4 de la Constitution indique que « nul ne pourra intenter une action contre une personne exerçant ou ayant exercé un mandat de député, la priver de sa liberté ou l'empêcher de se déplacer à l'intérieur de la Suède en raison des opinions qu'elle aura exprimées ou des actes qu'elle aura accomplis dans l'exercice de ce mandat, à moins que le Riksdag y ait donné son consentement par une décision à laquelle les cinq sixièmes au moins des votants se sont ralliés ».

protocole précité indique que « pendant la durée des sessions du Parlement européen, les membres de celui-ci: bénéficient, sur leur territoire national, des immunités reconnues aux membres du parlement de leur État ; 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. 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 ».

En outre, le règlement du parlement européen[526] dans son titre I intitulé « députés, organes du parlement et groupes politiques » chapitre1 « députés au parlement européen » dans son article 5 « Privilèges et immunités » prévoit que le parlement assure l'indépendance des députés dans l'exercice de leur fonction. Cette indépendance ne peut être assurée sans la prise en compte du principe d'irresponsabilité. De plus, le parlement européen assure la défense des privilèges et des immunités des députés dans le cas où ceux-ci seraient restreints par un ordre administratif ou bien lorsqu'une atteinte est portée à leur libre déplacement, à l'expression de leurs opinions ou à un vote émis lors de l'exercice de leur fonction[527]. Par ailleurs, les membres du parlement européen ne peuvent être recherchés, détenus ou poursuivis en raison des opinions ou des votes émis dans l'exercice de leurs fonctions même en dehors du parlement[528] mais à condition que les propos en cause entretiennent un lien avec l'exercice de la fonction[529].

[526]« Les députés jouissent des privilèges et immunités prévus par le protocole n° 7 sur les privilèges et immunités de l'Union européenne. 1. Dans l'exercice de ses pouvoirs relatifs aux privilèges et aux immunités, le Parlement s'emploie à conserver son intégrité en tant qu'assemblée législative démocratique et à assurer l'indépendance des députés dans l'exercice de leurs fonctions. 2. L'immunité parlementaire n'est pas un privilège personnel du député, mais une garantie d'indépendance du Parlement dans son ensemble et de ses députés. 3. Un laissez-passer de l'Union européenne assurant à un député la libre circulation dans les États membres et dans les autres pays qui le reconnaissent comme un document de voyage valable est délivré au député par l'Union européenne sur demande et sous réserve de l'autorisation du Président du Parlement. 4. Aux fins de l'exercice de leurs fonctions parlementaires, tout député dispose du droit de participer activement aux travaux des commissions et délégations du Parlement conformément aux dispositions du présent règlement intérieur. 5. Les députés ont le droit de consulter tout dossier en possession du Parlement ou d'une commission, à l'exception des dossiers et comptes personnels, dont la consultation n'est autorisée qu'aux députés concernés. Les exceptions à ce principe concernant le traitement de documents dont l'accès peut être interdit au public conformément au règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil sont régies par l'article 210 bis du présent règlement intérieur.
Sous réserve de l'approbation du Bureau, un député peut se voir refuser le droit de consulter un document du Parlement par une décision motivée, si le Bureau, après avoir entendu le député concerné, parvient à la conclusion que cette consultation affecterait de manière inacceptable les intérêts institutionnels du Parlement ou l'intérêt public, et que le député concerné demande à consulter le document pour des motifs privés et personnels. Le député peut introduire une réclamation écrite contre une telle décision dans un délai d'un mois à compter de sa notification. Pour être recevables, les réclamations écrites doivent être motivées. Le Parlement se prononce sur une réclamation sans débat au cours de la période de session qui suit son introduction ». Règlement du parlement européen disponible sur le site : http://www.europarl.europa.eu.
[527] Article 7 du Règlement du Parlement européen.
[528] CJUE, 6 septembre 2011, *D.* 2011. 2279 : « L'article 8 du protocole sur les privilèges et immunités de l'Union européenne publié le 16 décembre 2004, annexé au traité de l'Union européenne, au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, doit être interprété en ce sens qu'une déclaration effectuée par un député européen en dehors du Parlement européen ayant donné lieu à des poursuites pénales dans son État membre d'origine au titre du délit de dénonciation calomnieuse ne constitue une opinion exprimée dans l'exercice des

302. En somme, aucune restriction d'ordre administratif ou autre ne peut être apportée au libre déplacement des membres du Parlement se rendant au lieu de réunion de l'Assemblée ou en revenant. Les parlementaires européens disposent d'une liberté assez importante de circulation dans l'exercice de leur fonction pour se rendre aux lieux de réunion du Parlement ou en revenir. La Cour EDH[530] a condamné la France en raison de l'expulsion de Polynésie et de Nouvelle-Calédonie, d'un parlementaire européen qui s'y rendait pour participer à une manifestation. La Cour a estimé que l'article 16 de la Convention, qui permet de restreindre les droits politiques des étrangers, ne s'appliquait pas à l'intéressée en sa qualité de ressortissante d'un État membre de l'Union européenne mais aussi en sa qualité de parlementaire européenne. En outre, la facilité de douane et de contrôle des changes est reconnue à leur égard. Pendant la durée des sessions, les membres du parlement bénéficient sur leur territoire national des immunités identiques à celles reconnues aux membres du Parlement de leur pays. Dans son arrêt du 12 mai 1964[531], la Cour de justice avait précisé que l'immunité devrait couvrir toute la durée du mandat. Cette approche a été réaffirmée depuis[532].

303. L'immunité dont bénéficient les députés européens présente deux aspects: sur leur territoire national, ils jouissent des immunités reconnues aux membres du parlement de leur pays; sur le territoire de tout autre État membre, ils bénéficient de l'exemption de toute mesure de détention et de toute poursuite judiciaire. Cette immunité de fond assure l'indépendance des parlementaires et ces derniers peuvent accomplir leur mandat sans être inquiétés des conséquences de leurs opinions et de leurs votes.

A côté de l'immunité de fond, l'immunité fonctionnelle couvre également, durant le mandat, les actes étrangers à l'exercice de la fonction, en prévoyant l'immunité de procédure en faveur de la fonction présidentielle et parlementaire.

---

fonctions parlementaires relevant de l'immunité prévue à cette disposition que lorsque cette déclaration correspond à une appréciation subjective qui présente un lien direct et évident avec l'exercice de telles fonctions. Il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si ces conditions sont remplies ».

[529] Trib. UE, 17 janvier 2013, aff. jtes T-346/11 et T-347/11. Le Tribunal de l'Union européenne vient de rappeler que, selon l'article 8 du protocole n° 7 sur les privilèges et immunités de l'Union européenne, l'opinion d'un parlementaire européen ne peut être couverte par l'immunité que lorsqu'elle a été émise par le parlementaire dans l'exercice de ses fonctions.

[530] CEDH, 27 avril 1995, Piermont c./ France, série A, n°314.

[531] CJCE, 12 mai 1964, Wagner, aff.101/63, Rec. 381.

[532] CJCE, 10 juillet 1986, Wybot c/Faure, aff. 149/85, Rec. 2391.

Section II – L'immunité de procédure

304. L'immunité de procédure ou le régime d'inviolabilité protège le titulaire de la fonction des poursuites judiciaires et de toute mesure privative ou restrictive de liberté[533] pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de la fonction, toujours dans le but de préserver l'indépendance du responsable politique concerné. Néanmoins, l'immunité de procédure ou le régime d'inviolabilité s'avère moins attentatoire au principe d'égalité devant la loi pénale que le principe d'irresponsabilité. Elle est temporaire et ne marque pas véritablement une rupture du principe d'égalité devant la loi puisque, à l'issue du mandat, le bénéficiaire de ce principe peut être jugé comme un justiciable ordinaire. Elle ne fait que retarder la poursuite pénale pour éviter que les actions perturbatrices affectent l'exercice normal de la fonction. Pour autant, cette immunité ne s'applique pas à l'ensemble des responsables politiques. A l'instar de l'immunité de fond, l'immunité de procédure est explicitement consacrée par la Constitution en faveur de la fonction présidentielle[534] (§I) et de la fonction parlementaire[535] (§II).

[533] Rapport n° 194 de J-J. Hyest, *Op. cit.*

[534] L'inviolabilité applicable au chef de l'État : Différents arguments ont conduit à la consécration du principe d'inviolabilité en faveur du titulaire de la fonction présidentielle. La spécificité de cette fonction a été soulignée à plusieurs égards. D'abord, le respect de la séparation des pouvoirs a été considéré comme un élément déterminant justifiant cette inviolabilité. En effet, ce principe empêche le pouvoir judiciaire d'intervenir durant la durée du mandat et de remettre en cause continuellement ou indirectement la politique entreprise par le chef de l'État, en vue de préserver sa légitimité. Ainsi, le bon déroulement du mandat est assuré. Ensuite, le chef de l'État incarne la continuité de l'État, de ce fait, il doit être placé à l'abri des poursuites pendant l'exercice de son mandat. Si à l'occasion d'une action pénale le chef de l'État fait l'objet d'une arrestation ou d'un empêchement, la continuité de sa fonction sera remise en cause et, eu égard à l'importance de la fonction présidentielle, la continuité de l'État peut être compromise. Enfin, le principe selon lequel le président de la République doit être placé dans une situation dans laquelle il est entièrement dévoué à l'accomplissement de son mandat, milite en faveur du principe de l'inviolabilité présidentielle. En effet, il s'avère nécessaire de garantir sa sérénité pour qu'il puisse mener ses orientations politiques, sans être inquiété par d'éventuelles poursuites judicaires au cours de son mandat. Les arguments précités mettent en exergue la spécificité de la fonction présidentielle et permettent de retenir l'idée selon laquelle l'inviolabilité reconnue au chef de l'État est considérée comme un principe indispensable à cette fonction.

[535] L'inviolabilité parlementaire se justifie principalement pour garantir l'indépendance des parlementaires. En effet, elle leur permet d'exercer leur mandat sans être gênés par le déclenchement d'actions en justice à l'encontre de leurs actes extra-fonctionnels. Il s'agit d'un principe qui a été consacré dès le début de la Révolution, pour protéger le mandat parlementaire contre toute restriction pouvant provenir de l'exécutif ou du judicaire dans l'objectif de garantir son indépendance (G. Carcassonne et M. Guillaume, *La Constitution*, 14ème éd. du Seuil, 2017, p.160).

§ I – L'inviolabilité présidentielle

305. Le principe d'inviolabilité garantit l'indépendance du chef de l'Etat en le préservant contre les éventuelles « mesures de contrainte liées à la mise en œuvre de procédures juridictionnelles, qu'elles soient pénales ou civiles » [536] pour les actes extrafonctionnels pendant l'exercice de son mandat. Ce principe est essentiel à l'exercice de la fonction présidentielle (A). La prise en compte de cette immunité, bien que légitime, suscite tout de même des critiques puisque, dans toutes circonstances, elle paralyse les actions pénales ou civiles pendant l'exercice de la fonction ce qui restreint le droit des tiers d'avoir accès au juge, ceci sans même faire l'objet d'un filtre pour permettre d'écarter cette immunité de procédure dans certains cas et l'appliquer dans d'autres, dans la perspective de parvenir à une pondération entre la protection de la fonction et le respect du principe d'égalité devant la loi (B).

A – L'inviolabilité : Un principe indispensable à la protection de la fonction

306. L'inviolabilité reconnue au chef de l'État est considérée comme un élément essentiel au bon déroulement de son mandat. Le principal argument[537] réside dans le respect de la séparation des pouvoirs qui a été considéré comme un élément déterminant justifiant cette inviolabilité. Ce principe empêche le pouvoir judiciaire d'intervenir durant la durée du mandat et de remettre en cause continuellement ou indirectement la politique entreprise par le chef de l'État, en vue de préserver sa légitimité. Ainsi, le bon déroulement du mandat est assuré. Le professeur Carcassonne, à propos de l'inviolabilité du chef de l'État, indiquait que «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

[536] J-M. Sauvé, «La responsabilité du chef de l'État en droit comparé », Journée d'étude de la Société de législation comparée, 27 mars 2009 disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr.

[537] D'autres arguments plaident en faveur de la consécration du principe d'inviolabilité présidentielle. Le chef de l'État incarne la continuité de l'État, de ce fait, il doit être placé à l'abri des poursuites pendant l'exercice de son mandat. Si à l'occasion d'une action pénale le chef de l'État faisait l'objet d'une arrestation ou d'un empêchement, la continuité de sa fonction serait remise en cause et, eu égard à l'importance de la fonction présidentielle, la continuité de l'État ne peut être compromise. Mais aussi, le principe selon lequel le président de la République doit être placé dans une situation dans laquelle il est entièrement dévoué à l'accomplissement de son mandat, milite en faveur du principe de l'inviolabilité présidentielle. De plus, « dans la mesure où il représente la France sur la scène internationale, c'est le prestige national qui s'en trouverait altéré. (…) 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 Vème République », Mélanges en l'honneur de P. Gélard, droit constitutionnel, Paris, Montchrestien, 2000, p. 157).

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»[538].

307. Elle n'offre pas une impunité au profit du Président de la République mais elle garantit la possibilité pour ce dernier de mener ses orientations politiques en toute sérénité, sans être inquiété par d'éventuelles poursuites judicaires au cours de son mandat, dès lors la continuité de l'État qu'il incarne n'est pas compromise, ce qui justifie cette rupture d'égalité. Pourtant ce principe n'était pas clairement établi par la Constitution pendant longtemps (1). Sa clarification constitutionnelle perçue par la jurisprudence et par la doctrine comme nécessaire est intervenue tardivement (2).

1- L'ambiguïté initiale du principe d'inviolabilité

308. Depuis 1789, les Constitutions n'ont pas livré une lecture claire et uniforme du principe de l'inviolabilité du chef de l'État[539].

---

[538] G. Carcassonne, cité in L. Favoreu, « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », *RFDC*, n°49, janvier 2002, p.7.

[539] A titre d'exemple, les Constitution des 3 et 4 septembre 1791 (Dans son article 2 du chapitre II de la section première prévoyait que « La personne du roi est inviolable et sacrée ; son seul titre est Roi des Français », et ses articles 5, 6 et 7 indiquaient la possibilité de son abdication. En effet, selon son Article 5 « 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 ». Son article 6 précisait que « 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 ». Son article 7 soulignait que « 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. - Le délai commencera à courir du jour où la proclamation du Corps législatif aura été publiée dans le lieu de ses séances ; et les ministres seront tenus, sous leur responsabilité, de faire tous les actes du Pouvoir exécutif, dont l'exercice sera suspendu dans la main du roi absent »), celle de l'An I (24 juin 1793) (Dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen l'article 31 mentionnait seulement 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 ») et celle de l'an III (22 août 1795) (Son article 265 disposait que « 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 ») ne faisaient pas référence à la distinction entre les actes pris dans le cadre de la fonction et ceux pris en dehors de celle-ci. La Constitution de l'an VIII a, en revanche, pour la première fois énoncé clairement cette distinction (P-Y. Quiviger, « Le statut pénal du président de la République (II) », *Commentaire*, 2002/2 n° 98, p. 248), dans ses articles 69 (Constitution du 22 Frimaire An VIII, TITRE VI - De la responsabilité des fonctionnaires publics, Article 69 « Les fonctions des membres soit du Sénat, soit du Corps législatif, soit du Tribunat, celles des consuls et des conseillers d'État ne donnent lieu à aucune responsabilité ») et 70 (L'article 70 de la Constitution du 22 Frimaire An VIII, TITRE VI - De la responsabilité des fonctionnaires publics disposait que : « 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 ») de son Titre VI. Les consuls, pour les crimes et délits que la Constitution nomme « personnels » ou « privés », bénéficiaient d'une irresponsabilité absolue alors que les membres du Sénat, du Tribunat, du corps législatif, mais aussi les conseillers d'État et les ministres étaient responsables et pouvaient être jugés par les tribunaux ordinaires, après autorisation de leur corps d'appartenance. Même lorsqu'une telle distinction était opérée, le principe d'irresponsabilité exonérait l'Empereur de toute responsabilité y compris pour les actes privés.
Par ailleurs, la Constitution de l'An XII du 28 floréal An XI (18 mai 1804) dans son Titre XIII intitulé « De la Haute Cour impériale » reconnaissait la compétence d'une Haute Cour impériale pour les « délits personnels commis par des membres de la famille impériale, par des titulaires des grandes dignités de l'Empire, par des ministres et par le secrétaire d'État, par de grands officiers, par des sénateurs, par des conseillers d'État » (Article 101 - 1° de la Constitution de l'An XII - Empire - 28 floréal An XI (18 mai 1804)), sans faire référence à la responsabilité pénale de l'Empereur ni pour les actes rattachables à la

309. D'ailleurs, la Constitution de la Vème République du 4 octobre 1958, son article 68 disposait, dans sa version initiale, que **«** le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison ». Ce texte

---

fonction ni pour les actes détachables. Puis, il en va de même de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 dans laquelle son article 13 prévoyait que «la personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive». L'irresponsabilité absolue du roi était consacrée contrairement aux ministres qui voyaient leur responsabilité pénale engagée devant la Chambre des pairs (L'Article 55 de la Charte prévoyait que « 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 »), pour trahison ou concussion (En vertu de l'article 56 de la Charte « 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 »). La Charte constitutionnelle du 14 août 1830, dans son article 12 (Article 12 de la Charte constitutionnelle du 1 août 1830 disposait que « La personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive ») reprend à l'identique la formulation consacrée par l'article 13 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 et consacre l'irresponsabilité absolue du roi.

La Constitution de 4 novembre 1848 de la IIème République qui, dans ses articles 68 (En vertu de son article 68 « 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 ») et 91(Son article 91 indiquait qu'«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. - Elle juge également toutes personnes prévenues de crimes, attentats ou complots contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, que l'Assemblée nationale aura renvoyées devant elle.
- 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 »), prévoyait que la responsabilité pénale du président de la République pouvait être engagée pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions en faisant référence aux « actes du gouvernement et à l'administration », n'évoquait pas explicitement la responsabilité du chef de l'État pour les actes étrangers à l'exercice de ses fonctions. La doctrine (Voir notamment Y. Quiviger, « Le statut pénal du président de la République (II) », *Commentaire*, 2002/2 n° 98, p. 248) interprète cet article à la lumière de l'article 4 qui disposait que « nul ne sera distrait de ses juges naturels. Il ne pourra être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit » (Article 4 de la Constitution du 22 Frimaire An VIII). Par voie de conséquence, le chef de l'État pour les actes accomplis en dehors de l'exercice de la fonction était responsable conformément à l'article 4.

La Constitution de 14 janvier 1852 du Second Empire dans son article 5 disposait que « le président de la République est responsable devant le Peuple français, auquel il a toujours le droit de faire appel ». Cette formulation écarte la compétence de toute autre institution politique ou juridictionnelle pour engager la responsabilité du chef de l'État et par conséquent élude la question de l'inviolabilité. D'autant plus qu'en vertu de l'alinéa 2 de cet article, la Haute Cour de justice ne pouvait être saisie que par un décret présidentiel, ce qui rendait impossible la mise en jeu de sa responsabilité pour les actes rattachables ou détachables de l'exercice de ses fonctions (Articles 54 et 55 : « Elle ne peut être saisie qu'en vertu d'un décret du président de la République).

Sous la IIIème République, l'article 6 de la Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics indiquait que « les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels. Le président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison » et la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics dans son article 12, alinéa 1er, précisait que « 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 ». Selon la lecture littérale de cette disposition, le privilège de juridiction des actes du président de la République englobe aussi bien la haute trahison prévue par l'article 6 que les actes étrangers à l'exercice de la fonction. Ainsi, le doyen Duguit contestait cette acception et soulignait que « (…) la responsabilité du Président de la République pour infractions de droit commun reste intacte. Le président de la République bénéficie seulement d'un privilège de juridiction. Même pour les infractions de droit commun, il ne peut être jugé que par le Sénat. Cependant, dans un pays qui se pique de pratiquer l'égalité démocratique, un pareil privilège ne devrait point exister » (L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 1923, p. 486-487). En somme, les actes détachables de l'exercice de la fonction ne pouvaient être remis en cause que s'ils étaient constitutifs de l'infraction de « haute trahison ».

La IVème République n'a pas apporté une réponse claire au régime applicable aux actes pris par le chef de l'État en dehors de ses fonctions. Bien que la possibilité de traduire le chef de l'État devant les juridictions de droit commun pour ces actes n'était pas exclue par la Constitution, contrairement à la IIIème République où l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics indiquait que: « 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 », l'alinéa 2 de l'article 42 de la Constitution de 1946 mentionnait que : « il peut être mis en accusation... ». Cette formulation n'écartait pas expressément la compétence des juridictions de droit commun pour juger les actes détachables de la fonction présidentielle. Pour autant, la responsabilité pénale du chef de l'État concernant les actes non dépourvus de lien avec l'exercice de la fonction demeurait ambiguë et imprécise.

n'établissait ainsi pas clairement le régime juridique applicable aux actes pris par le chef de l'État qui étaient dépourvus de lien avec l'exercice de ses fonctions. La Constitution n'évoquait pas d'avantage, concernant ces actes, la possibilité d'engager sa responsabilité au cours de son mandant, ou la compétence des juridictions de droit commun en la matière.

310. Les ambiguïtés relatives au régime applicable aux actes pris par le Président en dehors de l'exercice de ses fonctions ont été remises sur le devant de la scène dans une période politique particulière. Les affaires juridico-financières du Président Chirac en ont été à l'origine. Comme le décrivait le professeur Louis Favoreu, « en juin 1997, après les élections qui, faisant suite à la dissolution de l'Assemblée nationale du 21 avril 1997, ont amené une majorité de gauche au sein de celle-ci, s'ouvre une période de cohabitation de près de cinq ans entre le Président de la République Jacques Chirac et le Premier ministre Lionel Jospin. Majorité présidentielle et majorité gouvernementale ont, en ligne de mire, les élections présidentielles normalement fixées au printemps 2002 et chacune compte tirer parti des circonstances qui lui seront favorables »[540]. C'est dans ce contexte que les mises en cause devant la justice du Président de la République pourraient le déstabiliser en vue de lui faire quitter sa fonction ou de l'affaiblir avant les élections. D'autant plus que ce qui est reproché à l'ancien maire de Paris est relatif avec ses activités politiques, plus précisément du financement de sa campagne électorale.

311. Dans un climat politique tendu en printemps 1998, une dizaine de magistrats enquêtaient sur les financements occultes du RPR. Trois trésoriers du parti gaulliste avaient été mis en examen et « la rumeur envisage(ait) avec de plus en plus d'insistance que les juges soient tentés de monter les marches de l'Élysée pour entendre l'ancien maire de Paris et ancien président du RPR »[541]. Selon la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République présidée par le professeur Avril[542], cette notion d'inviolabilité a ressurgi suite à la combinaison de deux phénomènes : d'une part, l'étendue des pouvoirs du chef de l'État sous la Vème République et, d'autre part, la « judiciarisation » de la société et notamment de la vie publique.

312. La garde des Sceaux, Mme Élisabeth Guigou déclarait sur Europe 1, le 17 mai 1998, que : « comme tous les Français, le Président de la République peut être traduit devant les tribunaux s'il a commis des délits ». Cette approche était sans doute plus respectueuse du

[540] L. Favoreu, *Op. cit.*
[541] C. Pégard, « Du bon usage des "affaires" », *Le Point*, 16 juillet 1999, disponible sur le site : http://www.lepoint.fr.
[542] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, Op. cit., p. 6.

principe d'égalité devant la loi pénale mais son inconvénient majeur était de ne pas prendre en compte la spécificité de la fonction présidentielle et de pouvoir compromettre l'exercice du mandat.

313. La doctrine[543] défend majoritairement l'idée selon laquelle pendant l'exercice de son mandat le chef de l'État doit bénéficier d'une protection particulière, même si elle déroge au principe d'égalité. L'ampleur de la fonction présidentielle justifie cette dérogation qui a pour objectif de la protéger, elle n'est pas considérée comme une impunité accordée au Président de la République. Ainsi, le professeur Favoreu[544], le 16 juin 1998 dans Le Figaro, tout comme le doyen George Vedel[545], a estimé « que la fonction présidentielle pouvait être atteinte à travers le titulaire de celle-ci, car il est très difficile de dissocier l'homme public de l'homme privé. Et que dès lors, comme dans plusieurs autres démocraties, il convenait au nom du principe de séparation des pouvoirs, de conférer une immunité juridictionnelle provisoire au chef de l'État, jusqu'à la fin de son mandat » [546] . C'est pourquoi la clarification constitutionnelle du principe d'inviolabilité apparaissait incontournable.

2- La clarification récente de l'inviolabilité présidentielle

314. Entre 1999 et 2001, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation ont été amenés à se prononcer sur le statut pénal du chef de l'État et notamment sur la question de savoir si le Président de la République au cours de son mandat pouvait être poursuivi pour les actes « extrafonctionnels ». Les deux juridictions ne partagent pas la même vision sur la juridiction compétente, alors que, sur le fond, l'inviolabilité du chef de l'État pendant son mandat est considérée comme nécessaire par ces dernières.

---

[543] Pour les actes « extrafonctionnels » (Expression employée par P.-H. Prelot, « Le perdreau mort », *D.* 2001 chron. p. 949) du président de la République, à l'origine, la doctrine envisageait la compétence d'une juridiction ad hoc (Dans un ouvrage consacré aux Hautes Cours politiques en France et à l'étranger, Adolphe-Émile Lair distinguait les crimes et délits commis par le chef de l'État en dehors de ses fonctions des crimes et délits en rapport avec les fonctions – pour soutenir, néanmoins, que les premiers comme les seconds devaient relever d'une Haute Cour dont, en revanche, il critiquait la composition « politique », cité par P-Y. Quiviger, « Le statut pénal du président de la République (II) », *Commentaire*, février 2002, n° 98, p. 248.) soit la compétence des juridictions de droit commun à l'issue de son mandat.

[544] «En faisant valoir que le principe d'égalité de tous devant la justice doit être concilié avec celui – d'égale valeur – de séparation des pouvoirs; et cela conformément à ce qui a cours en droit comparé ». « Égalité devant la justice et séparation des pouvoirs », *Le Figaro*, 16 juin 1998. Point de vue repris le 3 septembre 1998 sur LCI au cours d'un entretien avec Pierre Rancé.

[545] « Il explique qu'il faut "protéger la fonction" dans un système constitutionnel où le Président de la République joue un rôle essentiel, "toute appréciation de ses actes doit être politique". Cela implique, pour cet ancien membre du Conseil constitutionnel, que tous les crimes et délits, même non liés à l'exercice de ses fonctions qui pourraient être reprochés à un Président de la République, relèvent d'une "justice politique". C'est au pays de décider, donc à ses représentants élus, dit-il, pas à un juge », *Le Monde*, 27 août 1998.

[546] L. Favoreu et autres, *Droit constitutionnel,* Dalloz, *16ème* édition 2014, p.681.

315. Dans la décision du 22 janvier 1999[547] relative à la compatibilité avec la Constitution des stipulations du traité portant statut de la Cour pénale internationale, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de noter, à propos des actes étrangers à l'exercice de la fonction, « qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, (la responsabilité pénale du chef de l'État) ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de Justice selon les modalités fixées par le même article ». Le Conseil constitutionnel a reconnu le privilège de juridiction pour les actes « extrafonctionnels » du chef de l'État.

316. Suite à cette décision, plusieurs juridictions judicaires se sont déclarées incompétentes pour statuer sur des faits reprochés au chef de l'État pour les actes étrangers à l'exercice de ses fonctions. L'assemblée plénière de la Cour de cassation saisie d'une ordonnance d'incompétence dans l'arrêt du 10 octobre 2001[548] a précisé « qu'en vertu du principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi, l'immunité instituée au profit du Président de la République par l'article 68 de la Constitution ne s'applique qu'aux actes qu'il a accomplis dans l'exercice de ses fonctions et que, pour le surplus, il est placé dans la même situation que tous les citoyens et relève des juridictions pénales de droit commun ». La Cour suprême de l'ordre judiciaire estime, contrairement à la solution retenue par le Conseil constitutionnel, qu'il n'y a pas de privilège de juridiction pour les actes « extrafonctionnels » du chef de l'État. L'assemblée plénière prend en compte la spécificité de la fonction du Président de la République en interprétant l'article 68 de la Constitution à la lumière de l'article 3 de la Constitution pour conclure à l'inviolabilité temporaire du chef de l'État[549]. La Cour souligne que « l'article 68 doit être interprété en ce sens qu'étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; qu'il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin prévue par l'article 101 du Code de procédure pénale, dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit Code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée ».

---

[547] Cons. cons., 22 janvier 1999, DC n°99-408, Traité portant statut de la Cour pénale internationale

[548] Cass., Ass. pl., 10 octobre 2001, n° 01-84922, Publié au bulletin.

[549] « Attendu que, rapproché de l'article 3 et du titre II de la Constitution, l'article 68 doit être interprété en ce sens qu'étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; qu'il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin prévue par l'article 101 du Code de procédure pénale, dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit Code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée ».

De plus elle ajoute clairement que « (…) la Haute Cour de justice n'étant compétente que pour connaître des actes de haute trahison du Président de la République commis dans l'exercice de ses fonctions, les poursuites pour tous les autres actes devant les juridictions pénales de droit commun ne peuvent être exercées pendant la durée du mandat présidentiel, la prescription de l'action publique étant alors suspendue ». Selon la Cour, les actes accomplis dans l'exercice de la fonction relèvent donc de la compétence exclusive de la Haute Cour de justice et les actes dépourvus de lien avec celle-ci relèvent de la compétence des juridictions de droit commun à l'issue de son mandat.

317. La position adoptée par la Cour de cassation est sans doute plus respectueuse du principe d'égalité devant la loi que celle du Conseil constitutionnel, puisqu'elle permet également de protéger la fonction présidentielle grâce à la prise en compte d'une immunité temporaire pour les actes détachables de la fonction. A l'issue du mandat, les poursuites peuvent être reprises et le risque que l'action publique soit prescrite est exclu. L'application du principe d'égalité devant la loi pénale est certes retardée mais n'est pas abandonnée.

318. Bien que la solution retenue par la Cour de cassation diverge de celle retenue par le Conseil constitutionnel sur la compétence juridictionnelle[550], les deux juges poursuivent une même logique, celle de protéger la fonction présidentielle. Cependant, les deux décisions précitées ne définissent pas clairement le statut pénal du chef de l'État.

319. Les incertitudes relatives au statut pénal du chef de l'État[551] ont conduit le Président Chirac, lors de la campagne présidentielle de 2002, à s'engager à le clarifier. Il a mis en place

[550] La Commission Avril souligne les incertitudes concernant le statut pénal du chef de l'État du fait de ces deux décisions. Selon la commission d'abord, « Le privilège de juridiction affirmé par le Conseil constitutionnel reconnaît compétence à la Haute Cour de Justice pour connaître de l'ensemble de la responsabilité pénale du Président de la République, tandis que cette compétence est, selon la Cour de cassation, limitée à la haute trahison. La différence pourrait n'être pas sans conséquences sur le fonctionnement de la Haute Cour de Justice. Certes, la mise en cause de la responsabilité pénale du chef de l'État pour des actes étrangers à ses fonctions, et donc sans rapport avec la haute trahison, demeure ouverte aux assemblées, parce qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation de se prononcer sur les compétences du Parlement pour saisir la Haute Cour de Justice. Cependant, ce sont des magistrats de la Cour de cassation qui composent le parquet et la commission d'instruction de la Haute Cour de Justice ; la commission d'instruction se borne, il est vrai, pour rendre son ordonnance de renvoi, à l'existence des faits énoncés par la résolution adoptée par le Parlement sans se prononcer sur leur qualification, mais on peut craindre qu'il en résulte de sérieuses difficultés dès lors que ces magistrats estimeront la saisine contraire à l'article 68 tel qu'interprété par la Cour de cassation ». D'autre part, la Commission indique qu'il « est donc nécessaire de clarifier la compétence de la Haute Cour de Justice. Mais à cette occasion, on rencontre d'autres difficultés. En ce qui concerne le privilège de juridiction, qui implique la compétence de juger au pénal des actes étrangers à la fonction, la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si la « judiciarisation » de la procédure devant la Haute Cour de Justice o*pérée* par l'ordonnance organique no 59-1 du 2 janvier 1959 suffit à satisfaire pleinement aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière de « procès équitable » ». Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, *Op. cit.*

[551] D'ailleurs, le 29 mai 2001, une proposition de loi constitutionnelle tendant à modifier l'article 68 de la Constitution a été enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale, par le parti socialiste. Cette proposition de loi constitutionnelle préconisait de modifier l'article 68 de la Constitution de la manière suivante. Selon ce projet l'alinéa 1er de l'article 68 disposait que « le président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas

la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République[552], présidée par le professeur Pierre Avril. Dans son rapport, remis en décembre 2002, la Commission s'est appuyée sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de Cassation ainsi que sur le droit comparé. Elle préconisait de modifier les articles 67 et 68 de la Constitution. Comme pouvait le souligner le professeur Louis Favoreu : « l'objectif est double : conforter l'irresponsabilité du président tout en lui assurant une inviolabilité au cours de son mandat et déjudiciariser –dépénaliser– la procédure devant la Haute Cour, qui serait chargée exclusivement de statuer sur la destitution du président de la République, non plus dans le cas de la haute trahison, mais en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »[553]. Le rapport déboucha sur la révision constitutionnelle du 23 février 2007[554] qui a modifié le titre IX de la Constitution. L'article 67 de la Constitution pose les principes d'irresponsabilité et d'inviolabilité temporaire en prévoyant que « le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68. 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 ». L'article 68 prévoit, quant à lui, les circonstances permettant la destitution du chef de l'État et la procédure applicable. Contrairement à la proposition de loi constitutionnelle de 2001, concernant l'inviolabilité du chef de l'État, la Commission ne la remettait pas en cause car, selon elle, « l'inviolabilité vise à ce que, pendant le mandat, aucun subterfuge ne puisse permettre à quiconque de mettre juridiquement en cause le chef de l'État devant aucune autorité administrative ou juridictionnelle. En revanche, pour celles des procédures qui seraient légitimes, elles doivent pouvoir être reprises ou engagées à l'issue du mandat. C'est à une loi organique qu'il revient de prévoir le nécessaire à cette fin ». La

---

de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation pour ces actes 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 ». Et son alinéa 2 précisait que « pour les actes susceptibles d'être qualifiés de crimes ou délits, qu'ils aient été commis antérieurement ou au cours de son mandat, et qui sont sans lien avec l'exercice de ses fonctions, le président de la République est pénalement responsable. Les poursuites ne peuvent être engagées contre lui que sur décision d'une commission des requêtes, saisie par le parquet ou la partie qui se prétend lésée. Celle-ci ordonne soit le classement de la procédure, soit sa transmission au parquet ». Dans un objectif du respect du principe d'égalité la proposition avait pour objectif de supprimer l'inviolabilité et le privilège de juridiction du Président de la République pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de la fonction. Cette proposition présentait l'inconvénient de ne pas prendre en compte la spécificité de la fonction présidentielle mais celle-ci n'a pas été adoptée.

[552] Décret n° 2002-961, 4 juillet 2002 portant création d'une commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du président de la République française.

[553] L. Favoreu, « Le statut pénal du chef de l'État », *D.* 2003. 430.

[554] Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007, portant modification du titre IX de la Constitution, JO 24 février 2007.

Commission releva la nécessité de l'inviolabilité présidentielle comme un élément inéluctable à la protection de la fonction en soulignant que « les immunités au sens large, notamment l'inviolabilité, ont pour fondement et pour but de permettre aux titulaires des fonctions publiques d'exercer pleinement celles-ci ; elles ne sont pas personnelles mais fonctionnelles, d'où l'impossibilité pour les intéressés d'y renoncer. C'est en cela qu'elles ont un fondement constitutionnel qui doit être recherché dans la source même de leurs compétences puisqu'elles sont indispensables à l'exercice de celles-ci »[555]. La Commission préconisa de rédiger l'alinéa 2 de l'article 67 de la manière suivante : « il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative françaises, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Les conditions dans lesquelles ces procédures pourraient être engagées ou reprises après la cessation des fonctions sont fixées par une loi organique »[556]. Cette proposition a été transcrite dans la Constitution lors de la révision constitutionnelle du 23 février 2007.

320. De la sorte, l'inviolabilité préserve un caractère absolu durant la durée du mandat. Cette immunité a pour objet de protéger la fonction et non pas son titulaire, « elle doit être absolue aussi longtemps que dure le mandat, mais elle doit aussi prendre fin avec lui, l'intéressé redevenant alors le justiciable comme les autres qu'il n'avait cessé d'être qu'à titre temporaire. C'est pour être sûr qu'il en aille bien ainsi que tous les délais de prescription ou de forclusion doivent être suspendus de droit : le fait de pouvoir normalement reprendre ou engager des poursuites à l'issue du mandat est le corollaire de l'impossibilité existant durant l'exercice de la fonction »[557].

321. L'étude du droit comparé[558] révèle clairement que ce régime de protection spécifique n'est pas propre à la France. La nécessité d'une telle protection est reconnue dans une multitude de pays où le Président de la République n'est pas un justiciable comme les autres. En Allemagne, régime parlementaire, l'article 60 de la Loi fondamentale, dans son alinéa 2, prévoit de transposer les dispositions applicables aux membres du Bundestag qui sont établies par l'alinéa 4 de l'article 46[559] nécessitant un agrément parlementaire pour poursuivre le Président fédéral concernant les actes étrangers à l'exercice de sa fonction sauf en cas de

[555] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, *Op. cit.*, p. 26.
[556] *Ibidem*, p. 44.
[557] *Ibidem*, p. 7.
[558] *Ibidem*, p. 21 :Voir le Chapitre II du rapport.
[559] L'alinéa 4 de l'article 46 de la Loi fondamentale dispose que « Pour un acte passible d'une sanction, un député ne peut voir sa responsabilité mise en cause ou être arrêté qu'avec l'agrément du Bundestag, à moins qu'il n'ait été arrêté en flagrant délit ou le lendemain du jour où il a commis cet acte ».

flagrant délit. L'article 49 de la Constitution grecque, autre exemple, prévoit également un régime d'inviolabilité au bénéfice du Président. Cette disposition proclame que « le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison ou de violation délibérée de la Constitution. Pour les actes qui n'ont pas de rapport avec l'exercice de ses fonctions, la procédure pénale est suspendue jusqu'à l'expiration du mandat présidentiel ».

322. Cette inviolabilité présidentielle est également reconnue dans d'autres régimes semi-présidentiels que la France. L'article 63[560] de la Constitution fédérale autrichienne exige le consentement de l'Assemblée fédérale pour pouvoir engager des poursuites à l'encontre des actes détachables de la fonction présidentielle. Si l'Assemblée décide de ne pas accorder son consentement, les poursuites ne peuvent être déclenchées qu'à l'issue du mandat. La Constitution portugaise suit la même logique dans l'alinéa 4 de son article 130[561] qui prévoit la suspension automatique des poursuites à l'encontre des actes étrangers à la fonction jusqu'à la fin du mandat. Aux États-Unis, régime présidentiel, la Constitution ne fait pas expressément référence au principe d'inviolabilité. Toutefois, deux décisions de la Cour Suprême fondées sur la théorie de séparation des pouvoirs affirment qu'une immunité absolue en matière de responsabilité civile est accordée au Président[562].

323. Malgré sa nécessité, ce principe d'inviolabilité fait l'objet de critiques en raison de la rupture d'égalité disproportionnée qu'il crée.

B – L'inviolabilité : un principe controversé

324. Il résulte du principe d'inviolabilité que le chef de l'État, au cours de son mandat, ne saurait faire l'objet d'aucune action en matière pénale, civile et devant toute juridiction. Il bénéficie par conséquent d'une inviolabilité absolue. En effet, le Président en fonction ne peut

[560] L'article 63 de la Constitution fédérale prévoit que « le président fédéral ne peut faire l'objet d'une poursuite par les autorités publiques qu'avec le consentement de l'Assemblée fédérale ».

[561] L'article 130 de la Constitution énonce en effet : « 1. Le président de la République répond des délits commis dans l'exercice de ses fonctions devant le Tribunal suprême de justice.
» 2. L'initiative de la procédure appartient à l'Assemblée de la République, sur proposition d'un cinquième des députés effectivement en fonction et par délibération approuvée à la majorité des deux tiers d'entre eux.
» 3. La condamnation entraîne la destitution et l'impossibilité d'être réélu.
» 4. Le président de la République répond des délits commis en dehors de l'exercice de ses fonctions devant les tribunaux ordinaires et une fois son mandat terminé. »

[562] E. Zoller, *De Nixon à Clinton : Malentendus juridiques transatlantiques*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Béhémoth », 1999, p. 37-66 : Cour Suprême, Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731, 1982 et Clinton v. Jones, 520 U.S. 681,1997.

être cité comme témoin devant une juridiction, y compris devant une autorité administrative, ou faire l'objet d'un acte de poursuite ou d'instruction ou de perquisition, tout comme être requis pour témoin sauf s'il souhaite témoigner.

325. Dans l'hypothèse d'un mandat voire de deux mandats successifs, les droits des tiers se trouvent compromis. Ces derniers seront dans l'impossibilité de voir leurs prétentions aboutir dans un délai raisonnable, dans le cadre d'un contentieux. Dans son arrêt du 30 janvier 2003, la Cour EDH avait déclaré « que la suspension de toute poursuite pénale contre un député pendant son mandat parlementaire entraînerait l'écoulement d'un laps de temps important entre la commission des actes incriminés et l'ouverture des poursuites pénales rendant celles-ci aléatoires notamment en ce qui concerne la preuve »[563]. Dès lors, cette inviolabilité absolue pourrait être constitutive de contestations devant la Cour EDH.

326. D'autant plus que, dans le cadre d'un litige, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 juin 2012[564], a admis que le chef de l'État puisse se constituer partie civile. Dans cette affaire, le Président en exercice, Nicolas Sarkozy, demandait réparation de son préjudice suite à une escroquerie. La question posée à la Cour était de savoir si le Président, au cours de son mandat, pouvait se constituer partie civile alors qu'il signe les décrets de nomination des magistrats ce qui soulève la question de l'impartialité des juges et l'égalité des armes. La Cour note que « le Président de la République qui, en sa qualité de victime, était recevable, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, à exercer les droits de la partie civile pendant la durée de son mandat, a joint son action à celle antérieurement exercée par le ministère public ». Puis elle ajoute que « la seule nomination des juges par le Président de la République ne crée pas pour autant une dépendance à son égard dès lors qu'une fois nommés, ceux-ci, inamovibles, ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles ».

327. Bien que cette solution ne semble pas contestable eu égard au principe d'impartialité et à l'égalité des armes en raison de l'indépendance des magistrats, elle a néanmoins suscité quelques critiques dans la mesure où le Président pouvait se constituer partie civile alors qu'il était à l'inverse inattaquable au cours de son mandat. Jean-Jacques Urvoas, député du Finistère de l'époque, a relevé qu'il s'agissait d'«un déséquilibre avéré » car « le Président de la République peut porter plainte, se constituer partie civile, peut même obtenir des

[563] CEDH, 30 janvier 2003, Cordova c./ Italie, n° 45649/99 ; CEDH, 16 novembre 2006, Tsalkitzis c./ Grèce, n° 11801/04.
[564] Cass., Ass. plén., 15 juin 2012, Thiam c./ Sarkozy, n° 01-85.678, *AJDA* 2012. 1369, obs. de Béchillon ; *D.* 2012. 1916, note Beaud ; *RFDA* 2012. 1203, note Desaulnay ; *AJ pénal* 2013. 46, obs. Lavric.

condamnations à l'euro symbolique. Par contre, le même chef de l'État ne peut être interrogé, même comme témoin, ni poursuivi devant aucune juridiction, même pour des faits commis antérieurement ou des faits détachables de sa fonction »[565].

328. Le régime d'inviolabilité applicable au chef de l'État a été remis en cause aussi par François Hollande, lorsqu'il était candidat à la présidentielle, estimant qu'une réforme du statut pénal du chef de l'État s'imposait. Lors de sa campagne, il a d'ailleurs fait la promesse de le modifier en permettant « lorsqu'il y a des faits révélés qui n'ont rien à voir avec l'exercice de la fonction, d'être jugé pendant la période où le Président exerce la responsabilité du pays, ce qu'on appelle des actes détachables, qui ont eu lieu avant l'entrée en fonction »[566]. Dans l'engagement 47 de sa campagne, il avait aussi fait la promesse de réformer l'article 67 de la Constitution relatif à l'inviolabilité du chef de l'État. Par la suite, le décret, daté du 16 juillet 2012[567], a prévu la création de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par l'ancien premier ministre Lionel Jospin. Cette Commission était chargée, entre autres, d'examiner le statut juridictionnel du chef de l'État. Dans son rapport remis au Président en novembre 2012, la Commission avait jugé l'inviolabilité comme essentielle, elle assurait « au chef de l'État en exercice une protection appropriée, pour que sa capacité à prendre les décisions qui relèvent des pouvoirs que lui confie la Constitution ne soit en rien compromise et pour éviter, quand ne sont pas en cause des décisions prises dans l'exercice de ses fonctions, qu'il ne soit la cible d'actions judiciaires abusives ou manifestement infondées. Ce besoin de protection est d'autant plus fort que le Président de la République occupe une place centrale dans notre équilibre institutionnel »[568]. Néanmoins, elle estimait que les règles applicables au chef de l'État en matière d'inviolabilité étaient contestables en ce qu'elles lui accordaient une inviolabilité pénale et civile complète durant la durée de son mandat. En matière pénale, selon la Commission, « ces règles empêchent que le Président de la République soit poursuivi et jugé dans un délai raisonnable pour des crimes ou des délits qu'il aurait commis avant son élection ou au cours de son mandat. C'est le cas dans l'hypothèse d'un seul quinquennat et, *a fortiori*, dans l'hypothèse de deux mandats successifs »[569]. En outre, en matière civile, l'inviolabilité « est tout à la fois contestable dans son principe, disproportionnée par rapport au but poursuivi et choquante du point de vue de

[565] P. Roger, « Faut-il réformer le statut pénal du chef de l'État ? », *Le Monde*, 16 décembre 2011.
[566] *Ibidem*.
[567] Décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012 portant création d'une commission de rénovation et de déontologie de la vie publique.
[568] Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par L. Jospin, « Pour un renouveau démocratique », rapport remis en novembre 2012, p. 66, disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr.
[569] *Ibidem*, p. 67.

ses conséquences »[570]. Dans ses propositions n°17 et n°18, la Commission proposait de mettre en place un mécanisme d'examen préalable des actions, pénales et civiles, engagées contre les actes que le chef de l'État aurait accomplis en dehors de l'exercice de ses fonctions. Ceci permettrait d'écarter les actions abusives ou manifestement infondées et de « tempérer l'application du droit commun »[571].

329. Un projet de loi constitutionnelle[572] relatif à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du gouvernement a été déposé à l'Assemblée nationale le 14 mars 2013. Celui-ci prévoyait de modifier l'inviolabilité présidentielle en matière civile. Son article 1er préconisait de modifier l'article 67 de la Constitution en ajoutant un nouvel alinéa indiquant qu'« en matière civile, une action mettant en cause le Président de la République ne peut être engagée pendant la durée de son mandat qu'après autorisation de la commission des requêtes mentionnée à l'article 68-1, dans les conditions fixées par la loi organique. Les actions civiles engagées à son égard ne doivent être de nature ni à compromettre l'accomplissement de sa charge, ni à porter atteinte à la dignité de sa fonction». Ce projet n'a pas pu aboutir faute d'une majorité de 3/5ème au Congrès.

330. Bien que l'inviolabilité du chef de l'État fasse l'objet de critiques, elle permet une protection adéquate car même s'il s'agit de poursuites qui auraient des conséquences minimes, ces dernières peuvent tout de même distraire le chef de l'État de la mission qui lui incombe, d'autant plus qu'elles risquent de créer une surenchère médiatique qui déstabiliserait la fonction présidentielle. Dès lors, la modification de ce régime serait inutile, comme l'indiquait le professeur Guy Carcassonne, « ce serait même un peu paradoxal de vouloir changer ce statut juste au moment où il démontre qu'il atteint les objectifs qui étaient les siens (…). La fonction de Jacques Chirac a parfaitement été protégée pendant les douze ans où il a exercé le pouvoir au sommet de l'État. Ensuite, il a été jugé, et même condamné. Que peut-on demander de plus ? »[573]

A l'instar de l'inviolabilité présidentielle, celle accordée aux parlementaires a également pour finalité de garantir leur indépendance.

---

[570] *Ibidem*, p. 68.
[571] *Ibidem.*
[572] Projet de loi constitutionnelle relatif à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du gouvernement, enregistrée à l'Assemblée nationale le 14 mars 2013.
[573] P. Roger, *Op. cit.*

§ II – L'inviolabilité parlementaire

331. L'inviolabilité parlementaire consiste en l'impossibilité d'interpeller, d'arrêter ou d'imposer une quelconque restriction de la liberté d'un parlementaire sans avoir obtenu l'accord préalable du Bureau de l'assemblée à laquelle il appartient. Contrairement à l'irresponsabilité, dont les effets ne sont pas limités dans le temps, l'inviolabilité est réduite à la durée du mandat[574]. Même si celle-ci constitue une dérogation au principe d'égalité devant la loi, elle contribue à la protection de la fonction par la préservation de l'indépendance des parlementaires. En effet, elle leur permet d'exercer leur mandat sans être gênés par le déclenchement d'actions en justice à l'encontre de leurs actes extra-fonctionnels (A). Cette inviolabilité est consacrée dans de nombreuses Constitutions dans un objectif analogue (B).

A – L'inviolabilité : gage de l'indépendance parlementaire

332. La doctrine admet majoritairement que l'inviolabilité parlementaire se justifie puisqu'elle assure l'indépendance des membres du parlement. Dès le début de la Révolution, l'inviolabilité, qui protège le parlementaire contre des restrictions de libertés inutiles, est apparue, à côté de l'irresponsabilité, comme une nécessité de préserver le mandat parlementaire contre toute restriction pouvant provenir de l'exécutif ou du judicaire dans l'intention de garantir son indépendance [575] . Toutes les Constitutions antérieures [576] à l'exception de la Constitution de l'an VIII, consacrent l'inviolabilité parlementaire. A cet égard Eugène Pierre soulignait, dans son Traité de droit politique électoral et parlementaire, que « l'inviolabilité des membres des chambres n'est pas 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 »[577].

[574] Sénat, « L'immunité parlementaire », Étude de législation comparée n° 250, novembre 2014, disponible sur le site : http://www.senat.fr.
[575] G. Carcassonne et M. Guillaume, *La Constitution*, 14ème éd., éd. du Seuil, 2017, p.160.
[576] Article 44 de la Constitution du 24 juin 1793 ; Articles 111 à 115 de la Constitution du 5 Fructidor an III ; Article 37 de la Constitution du 4 novembre 1848 ; Article 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 ; Article 22 de la Constitution du 27 octobre 1946.
[577] E. Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, Tome II, Paris, Loysel, 1989, n° 1062.

333. Outre l'indépendance, selon certains auteurs, l'inviolabilité assure la complétude de l'Assemblée[578]. Elle favorise une composition politique de l'Assemblée conforme au souhait des électeurs qui empêchera les actions en justice détournées dans l'objectif d'exclure certains opposants. Le Parlement demeure le lieu de la représentation de la nation et le rôle des partis politiques dans la préservation démocratique de cette institution est indéniable. La protection de l'opposition contre la majorité devient indispensable et l'inviolabilité parlementaire contribue parfaitement à cet objectif. Maurice Hauriou considérait l'inviolabilité comme un moyen indispensable à « la sauvegarde de la session » [579], puisque, selon cet auteur, l'inviolabilité empêche que « soit des particuliers, soit le gouvernement lui-même, par des poursuites injustifiées, puisse éloigner des séances du Parlement un membre dont il redouterait l'influence » [580]. De plus, comme l'évoquait Marcel Prélot, l'inviolabilité parlementaire protège le parlementaire contre «un gouvernement désireux de se débarrasser d'un opposant dangereux »[581].

334. Même si la question de la suppression de l'inviolabilité a été soulevée, son maintien n'en demeure pas moins indispensable à l'indépendance des parlementaires. D'autant plus que le régime de l'inviolabilité a été modifié dans le but de satisfaire aux exigences du principe d'égalité. La Constitution de la Vème République, dans la version originale de son article 26, disposait qu'« 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 ». La loi constitutionnelle du 4 août 1995 [582] a modifié le régime d'inviolabilité applicable aux parlementaires. L'alinéa 2 de l'article 26 de la Constitution dispose désormais qu' « 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

[578] J. Foyer, *Le député dans la société française*, Économica, 1991, p. 50, il soulignait à ce propos que « l'inviolabilité protège, au-delà de la personne du parlementaire, la complétude de l'Assemblée ».
[579] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd., Sirey, 1929, p. 534.
[580] *Ibidem*, p. 534.
[581] M. Prélot, Institutions politiques et droit constitutionnel, Précis, Dalloz, 1969, p. 732.
[582] 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.

autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive ». Après cette réforme constitutionnelle, des poursuites peuvent être engagées contre un parlementaire sans l'autorisation de l'assemblée concernée dans les hypothèses précitées. Ainsi, à l'heure actuelle, l'inviolabilité ne peut être évoquée qu'en cas de mesures privatives de liberté et au cours des sessions et si l'Assemblée le requiert, comme l'indique l'alinéa 3 de l'article 26 de la Constitution[583]. Dans cette situation, l'autorité judiciaire doit obtenir l'autorisation du bureau de l'assemblée concernée [584] afin de poursuivre le parlementaire sauf en cas de crime, de délit flagrant ou de condamnation définitive.

335. Contrairement à l'inviolabilité applicable au chef de l'État, l'immunité parlementaire n'empêche pas « l'ouverture d'une enquête, ni même à l'engagement des poursuites. Un parlementaire peut être entendu en qualité de témoin ou de mis en cause, dans les formes ordinaires de l'audition simple ou interrogé et mis en examen par un juge d'instruction. L'inviolabilité ne fait pas obstacle à une perquisition au domicile d'un parlementaire, ni à une fouille de son véhicule »[585]. Force est de constater que l'inviolabilité accordée aux parlementaires est moins attentatoire au principe d'égalité que celle dont bénéficie le chef de l'État puisque les poursuites ou de la détention d'un parlementaire sont envisageables en vertu de l'alinéa 3 de l'article 26 de la Constitution, l'article 105 du Règlement du Sénat et 80 du Règlement de l'Assemblée nationale. Les assemblées peuvent suspendre ou non les mesures privatives de liberté, la détention ou les poursuites pendant les périodes de sessions. La décision de la levée de l'immunité n'est pas susceptible d'appel. L'inviolabilité parlementaire « est cohérent(e) avec le principe selon lequel l'immunité protège le mandat et non la personne (…). Cette dérogation au droit commun ne serait qu'exceptionnelle mais il est bon qu'elle existe, aussi virtuellement que l'injustice qui pourrait frapper un parlementaire pour cela seul qu'il est parlementaire »[586].

---

[583] L'alinéa 3 de l'article 26 de la Constitution dispose que : « La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert. L'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus ».

[584] La loi n° 96-62 du 29 janvier 1996 prise pour l'application de cette loi constitutionnelle du 4 août 1995 (JO, 30 janv. 1996, p. 1439) ajoute dans l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, un article 9 bis qui détermine les conditions d'obtention de cette autorisation du Bureau de l'assemblée concernée. « L'arrestation ou toute autre mesure privative ou restrictive de liberté susceptible d'être décidée à l'encontre d'un membre du Parlement fait, à peine de nullité, l'objet d'une demande d'autorisation formulée par le procureur général près la cour d'appel compétente et transmise par le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, au président de l'assemblée intéressée. Cette demande indique précisément les mesures envisagées ainsi que les motifs invoqués. L'autorisation donnée par le bureau de l'assemblée ne vaut que pour les faits mentionnés dans la demande prévue au premier alinéa. »

[585] Sénat, « L'immunité parlementaire », Étude de législation comparée n° 250, novembre 2014, disponible sur le site : http://www.senat.fr.

[586] G. Carcassonne et M. Guillaume, *Op. cit.*, p. 161 et 162.

336. La jurisprudence interne et supranationale s'accorde avec la doctrine sur le fait que le régime d'inviolabilité parlementaire a pour premier objectif l'indépendance de son titulaire. A ce propos, la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 juillet 1952[587], déclare que « le principe d'inviolabilité parlementaire protège sans doute individuellement les membres du Parlement, mais a surtout pour but, par la protection même qu'il leur accorde dans l'exercice de leur mandat, d'assurer la dignité et l'indépendance de la représentation nationale ». La Cour EDH retient cette même logique notamment dans un arrêt du 3 décembre 2009, en précisant que « l'inviolabilité conférée par le statut de député n'est pas excessive en soi puisqu'elle ne fait que retarder le procès pénal en poursuivant l'objectif légitime de protéger l'institution parlementaire »[588].

L'inviolabilité préserve l'indépendance des parlementaires, bien qu'elle soit quelque peu contestée, ce principe est envisagé par de nombreux autres pays.

B – L'inviolabilité : une application contrastée en droit comparé

337. Le principal argument invoqué à l'encontre du principe d'inviolabilité parlementaire est celui de la rupture engendrée au regard du principe d'égalité devant la loi, pilier essentiel de l'État de droit. Les parlementaires bénéficient d'une protection particulière dont ne jouissent pas les autres citoyens pour les actes détachables de l'exercice de la fonction. Cécile Guérin-Bargues[589] estime que « contrairement à l'irresponsabilité, l'inviolabilité ne saurait être considérée comme trouvant sa justification dans le respect de la séparation des pouvoirs. C'est en effet la nature de l'acte couvert par l'irresponsabilité, le lien intrinsèque qu'il entretient avec l'exercice des fonctions parlementaires (un vote, une opinion) qui érige cette première immunité en conséquence procédurale du principe de séparation des pouvoirs. Le même type de raisonnement ne saurait toutefois s'appliquer à l'inviolabilité. En contrôlant les actes délictueux extérieurs aux fonctions, le juge ne s'intéresse pas à un acte commis par un élu, en sa qualité de représentant, mais par un individu qui, par ailleurs, se trouve être un élu de la nation. Dès lors, l'inviolabilité parait procéder d'une confusion entre personne et fonction. (…) Comment dès lors dépasser le seul argument de la tradition parlementaire et

[587] Crim., 24 juillet 1952 ; *D.* 1952, p. 633, rapport Patin.
[588] CEDH, 3 décembre 2009, Kart c./ Turquie, n° 8917/05 , *JDI* 2010. 970, note Matter ; *RD publ.* 2010. 853, obs. Gonzalez.
[589] C. Guérin-Bargues, « Immunités et statut des députés : vers une suppression de l'inviolabilité ? », disponible sur le site : https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr.

constitutionnelle pour expliquer le maintien en France d'une institution qui heurte de manière frontale le principe d'égalité devant la loi ? En réalité, le maintien de l'inviolabilité dans l'ordre juridique français, loin de résulter d'une exigence systémique, témoigne de la permanence de rapports méfiants entre pouvoirs constitués ».

338. D'ailleurs dans un certain nombre de pays, le régime d'inviolabilité, n'est pas reconnu par la Constitution. C'est le cas de la Constitution américaine et de la Constitution néerlandaise qui ne le reconnaissent pas. Si son article 1er de la section 6, de la clause 1ère de cette première prévoit l'irresponsabilité applicable aux sénateurs et aux représentants dans l'exercice de leur fonction en disposant que «les Sénateurs et Représentants (…) pour tout discours ou débat dans l'une ou l'autre Chambre (…) ne pourront être interrogés dans aucun autre lieu », il ne fait aucune référence à l'inviolabilité. Il en va de même de l'article 71 de sa Constitution néerlandaise qui assure leur irresponsabilité en disposant que « les membres des États généraux, les ministres, les secrétaires d'État et les autres personnes qui participent aux délibérations ne peuvent être poursuivis ni attaqués en justice à l'occasion de ce qu'ils ont dit lors de séances des États généraux ou des commissions parlementaires, ou de ce qu'ils leur ont communiqué par écrit » mais ne prévoit pas un régime d'inviolabilité qui leur serait applicable. Au Royaume-Uni, l'inviolabilité comme l'irresponsabilité s'inscrivent dans le cadre du « privilège parlementaire » prévu par l'article 9 de la Déclaration des droits de 1689 (Bill of rights) et ne couvre que les arrestations en matière civile alors que celles-ci ne peuvent pas être invoquées en matière pénale[590].

339. Néanmoins, les professeurs Pierre Avril et Jean Gicquel relèvent à juste titre que, comme en France, « les immunités parlementaires ont dans chaque pays pour objet de protéger le parlementaire contre les actions judiciaires que pourraient vouloir intenter contre lui le Gouvernement ou les particuliers. Il ne s'agit pas de faveurs mais de règles institutionnelles d'intérêt public destinées à garantir l'indépendance du Parlement et le libre exercice du mandat parlementaire» [591] . C'est pourquoi l'inviolabilité parlementaire est consacrée par la majorité des Constitutions. En Espagne, l'alinéa 2 de l'article 71 de la Constitution précise que les parlementaires ne peuvent, pendant la durée de leur mandat, être détenus qu'en cas de flagrant délit et ne peuvent être ni inculpés ni poursuivis sans l'autorisation préalable de la chambre à laquelle ils appartiennent. Le Portugal accorde également aux parlementaires un régime d'inviolabilité. Aux termes des alinéas 2, 3 et 4 de

[590] Sénat, « L'immunité parlementaire », *Op. cit.*
[591] P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, 2ème éd., Montchrestien, 1996, p. 45.

l'article 157 de sa Constitution, « les députés ne peuvent être entendus ni comme comparants ni comme inculpés sans l'autorisation de l'Assemblée. Dans le deuxième cas, l'autorisation est obligatoire s'il existe de fortes présomptions de crime intentionnel puni d'une peine de prison maximum supérieure à trois ans. Aucun député ne peut être détenu ou arrêté sans l'autorisation de l'Assemblée, sauf pour un crime intentionnel puni de la peine de prison mentionnée au paragraphe précédent et en cas de flagrant délit. Si un procès criminel est intenté contre un député, et que celui-ci est définitivement accusé, l'Assemblée décidera si le mandat du député doit ou non être suspendu afin que la procédure puisse suivre son cours. La décision de suspension est obligatoire dans le cas d'un crime de type visé dans les paragraphes précédents». La Constitution suédoise prévoit aussi un régime d'inviolabilité applicable aux membres du Riksdag dans son article 12. Ces derniers ne peuvent être poursuivis en matière criminelle, en matière d'arrestation et de détention que s'ils admettent leur culpabilité ou s'il s'agit d'un flagrant délit ou que la peine minimum encourue est d'au moins deux ans d'emprisonnement. Enfin, la Loi fondamentale allemande consacre aussi dans son article 46 l'inviolabilité parlementaire en disposant que « pour un acte passible d'une sanction, un député ne peut voir sa responsabilité mise en cause ou être arrêté qu'avec l'agrément du Bundestag, à moins qu'il n'ait été arrêté en flagrant délit ou le lendemain du jour où il a commis cet acte ».

340. Les parlementaires européens disposent également de ce régime d'inviolabilité dans l'exercice de leur fonction en vertu du Protocole n° 7 sur les privilèges et immunités de l'Union européenne en date du 26 octobre 2012 et du Règlement du Parlement européen (7^{e} législature, mars 2014). L'article 9 du Protocole dispose que « pendant la durée des sessions du Parlement européen, les membres de celui-ci bénéficient sur le territoire national, des immunités reconnues aux membres du parlement de leurs pays » puis « sur le territoire de tout autre État membre, de l'exemption de toute mesure de détention et de toute poursuite judiciaire. L'immunité ne peut être invoquée dans le cas d'un flagrant délit et ne peut non plus faire obstacle au droit du Parlement européen de lever l'immunité d'un de ses membres. »

341. A l'instar du régime de l'inviolabilité, le privilège de juridiction, dérogeant au principe d'égalité devant la loi, se justifie aussi au regard de la séparation des pouvoirs pour garantir l'indépendance des membres de l'exécutif.

CHAPITRE II – LE PRIVILÈGE JURIDICTIONNEL

342. Le privilège de juridiction, impliquant l'exclusion des juridictions de droit commun au profit de juridictions spécifiques, s'applique, en vertu de la Constitution, à la fonction présidentielle et ministérielle. Il se justifie principalement par le respect du principe de la séparation des pouvoirs exigeant de soustraire aux juridictions ordinaires l'appréciation de la légalité d'une action ou d'une omission du chef de l'État ou des ministres afin d'empêcher le pouvoir judiciaire d'interférer dans le pouvoir exécutif. Cette mission incombe à un organe particulier garantissant l'indépendance du titulaire de la fonction. Le privilège de juridiction, bien qu'il déroge au principe d'égalité devant la loi pénale, explique ainsi cette différence de traitement entre les responsables politiques concernés et les citoyens ordinaires.

343. Cette prise en compte influe indéniablement les droits fondamentaux processuels du responsable politique intéressé. L'éviction de l'office du juge ordinaire limite fortement la justiciabilité de ces droits. En premier lieu, l'application du principe de la légalité des délits et des peines est elliptique en raison de l'appréciation des éléments constitutifs de l'acte litigieux (Section I). En second lieu, devant ces juridictions d'exception, le droit à un procès équitable ne peut être invoqué de la même manière que devant les juridictions de droit commun en raison de leur composition (Section II).

Section I – L'application limitée du principe de la légalité des délits et des peines

344. Le principe de la légalité criminelle est une exigence universelle. Tous les textes relatifs aux droits fondamentaux imposent le postulat selon lequel nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi définissant précisément l'infraction et la peine encourue.

345. Au niveau national, ce principe est consacré par l'article 8 de la DDHC indiquant que : « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi (…) ». D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer, dans sa décision Sécurité et liberté[592], qui résulte de cette disposition « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ».

346. Au niveau supranational, l'article 7 de la CEDH dispose que: « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ». Il est proclamé également par l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que: « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international ». Ce principe figure aussi à l'article 15 du Pacte des droits civils et politiques[593].

347. Pourtant, l'application du principe de la légalité des délits et des peines se trouve écartée à l'égard du chef de l'État et restreinte en ce qui concerne les ministres. S'agissant du Président de la République, l'article 68 de la Constitution ne détermine pas les éléments constitutifs du « manquement à ses devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat », qui échappent à ce principe (§1). De même l'article 68-1 de la Constitution ne prévoit pas avec précision les crimes et délits susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale des membres du gouvernement pour les actes accomplis dans l'exercice de leur fonction (§2).

[592] Cons. cons., 20 janvier 1981, DC n° 80-127, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, considérant 7 : « qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ».

[593] L'article 15 du Pacte des droits civils et politiques indique que : « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises ».

§ I – L'indétermination constitutionnelle de l'incrimination présidentielle

348. L'invocabilité du principe de la légalité des délits et des peines fait défaut devant la Haute Cour dans la mesure où la notion de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » n'est pas définie par la Constitution (A). Cette imprécision laisse aux assemblées parlementaires le soin de considérer si une action ou une omission peut revêtir une telle qualification. La singularité de la fonction présidentielle justifie cette compétence des représentants du peuple de porter une appréciation politique sur l'acte en question (B).

A – Le principe de légalité des délits et des peines écarté

349. Le chef de l'État ne peut se prévaloir du principe de la légalité des délits et des peines devant la Haute Cour. A l'instar de la notion traditionnelle de « haute trahison » qui souffrait de son indétermination (1), la nouvelle formulation de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat », instaurée par la révision constitutionnelle de 2007 ne mentionne pas expressément les faits susceptibles de constituer ladite infraction (2).

1- L'indétermination traditionnelle de la notion de « haute trahison »

350. La notion de haute trahison est ancienne. Elle apparaît dans la Constitution de l'an III concernant les ministres et les fonctionnaires. Les articles 105 et 106 évoquaient cette notion en précisant que « les administrateurs de département qui, dans le cas de l'article précédent, seraient en retard de convoquer les Assemblées primaires, se rendraient coupables de haute trahison et d'attentat contre la sûreté de la République » et que « sont déclarés coupables du même délit tous citoyens qui mettraient obstacle à la convocation des Assemblées primaires et électorales, dans le cas de l'article 106 ». La notion de haute trahison apparaît dès lors comme une entrave au bon fonctionnement du pouvoir législatif.

351. Cette notion figurait aussi dans l'article 28 de la Charte de 1830, qui reprenait à l'identique la formulation contenue dans l'article 33 de la Charte de 1814, qui disposait que « la Chambre des pairs connaît des crimes de haute trahison et des attentats à la sûreté de l'État, qui seront définis par la loi ». Ces deux textes ne délivraient aucune définition de la notion de haute trahison. En revanche, l'article 68 de la Constitution du 4 novembre 1848 l'entendait comme « 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 ».

352. La mise en accusation du chef de l'État pour haute trahison est définie à partir de la IIIème République comme unique exception au principe d'irresponsabilité présidentielle. La loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs dans son article 6 disposait que «(…) Le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison ». Le contenu de cette notion demeure pourtant incertain. Cette absence de définition de la notion sous la IIIème République faisait l'objet de critiques de la part de la doctrine notamment au regard au principe de légalité des délits et des peines prévu à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 en vertu duquel « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Léon Duguit[594] notait à ce propos que « si dans l'état actuel de notre législation, le Président de la République pourrait être mis en accusation par la chambre et condamné pour haute trahison par le Sénat, pouvant apprécier souverainement les faits constitutifs du crime de haute trahison. En vertu du principe formulé précédemment [...], je réponds sans hésiter que cette mise en accusation et cette condamnation sont absolument impossibles tant qu'il n'y aura pas une loi déterminant les éléments constitutifs du crime de haute trahison et fixant la peine»[595].

353. Cette imprécision constitutionnelle a persisté sous la IVème République car la Constitution du 27 octobre 1946, dans son article 42, indiquait seulement que « le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison » sans clarifier les éléments pouvant constituer le crime de haute trahison. Tout comme cette dernière, la Constitution du 4 octobre 1958, dans sa version initiale, n'a pas non plus défini les éléments caractérisant la haute trahison. Son article 68 disposait que « le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison ». Cette imprécision faisait échec à la prise en compte du principe de légalité des

[594] L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Tome IV, 1924, p. 499.
[595] *Ibidem.*

délits et des peines. Malgré des tentatives d'énumération des actes constitutifs de haute trahison, les constituants n'ont pas estimé utile de dresser une liste exhaustive permettant d'identifier les actes ou les omissions constitutifs d'une telle infraction[596].

354. La non-conformité de la notion de haute trahison au respect du principe de légalité des délits et des peines de l'article 6 de la CEDH a été pourtant dénoncée par la doctrine[597]. La Commission Avril mentionne, dans son rapport, que « cette expression est soit trop restrictive, soit trop large. Trop restrictive, en ce sens qu'évidemment, on ne peut limiter la mise en cause du Président de la République au cas de trahison au profit d'une puissance étrangère ; trop large, en revanche, si l'on y englobe tout agissement politique pouvant être regardé comme un cas de violation de la Constitution par omission ou par action »[598]. C'est la raison pour laquelle la révision constitutionnelle du 23 février 2007[599] relative à modification du titre IX de la Constitution et plus précisément à celle de l'article 68 de la Constitution a remplacé la notion de haute trahison par celle de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». Malgré cette réforme, les imprécisions demeurent.

2- L'indétermination persistante de la notion de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »

355. La notion de haute trahison disparaît mais la formulation « de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » soulève des questionnements similaires[600]. Que signifie le manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ? Il s'agirait selon la doctrine des agissements les plus attentatoires à la dignité de la fonction présidentielle.

---

[596] Voir notamment la proposition de loi de Duprat, lors de la séance du 19 janvier 1878 de la Chambre des députés, JO 3 févr., p. 1023. Lors des débats relatifs à la révision constitutionnelle sur la responsabilité pénale des membres du Gouvernement, Etienne Dailly avait proposé une énumération des faits constitutifs de haute trahison, visant les cas où le Président de la République « trahit sciemment les intérêts de la France au profit d'une puissance étrangère ; lorsqu'il s'abstient sciemment d'accomplir les actes auxquels il est tenu en vertu de la Constitution, lorsqu'il s'arroge un pouvoir qu'il ne tient pas de la Constitution ou lorsqu'il fait un usage anticonstitutionnel des pouvoirs que la Constitution lui confère ». Journal officiel, Débats Sénat, séance du 27 mai 1993, p. 461.

[597] Rapport n° 194 (2006-2007) de M. J-J. Hyest, fait au nom de la commission des lois, déposé le 31 janvier 2007 relatif au projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution, disponible sur le site : https://www.senat.fr: « la notion de haute trahison serait, de l'avis de nombreux constitutionnalistes, incompatible avec les exigences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif au droit à un procès équitable. Ainsi, pour Dominique Chagnollaud, n'étant pas définie, la haute trahison « absorbe donc tous les crimes et délits prévus par le code pénal ». N'étant pas définie par la Constitution cette notion présente des difficultés au regard du principe de la légalité des délits et des peines. Même dans le cadre de la Constitution du 4 novembre 1948, en cas de haute trahison la peine applicable au Président de la République n'est pas déterminée. Voir, Boizart, *Étude sur la Haute Cour de justice, instituée par la Constitution de 1848*, Thèse, Paris, 1907, p. 85.

[598] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République (Commission Avril), La documentation française, Décembre 2002. Disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr.

[599] Loi const. n° 2007-238 du 23 févr. 2007, portant modification du titre IX de la Constitution, JO 24 févr.

[600] B. De Lamy, « Réforme de la responsabilité pénale du président de la République : du trouble à la confusion », *RSC*, 2008, p.121.

356. Ainsi, le professeur Louis Favoreu indiquait que « la question est de savoir si le Président peut rester en fonction compte tenu d'événements qui sont survenus et peuvent être très divers, de nature pénale comme non pénale. Ainsi, le cas d'école souvent évoqué d'un Président qui commettrait un meurtre ou un autre grave crime de droit commun, en cours de mandat. Mais aussi un Président dont il apparaîtrait inopinément - comme le Président autrichien Kurt Waldheim - qu'il a sciemment caché une partie de son passé manifestement incompatible avec la dignité d'un chef d'État. Ou encore un Président qui bloquerait le fonctionnement des institutions en refusant de signer ou de prendre une série d'actes essentiels : promulgation d'une loi, convocation du conseil des ministres ou d'une session extraordinaire du Parlement, refus de signature d'ordonnances (etc.). Ou enfin un Président portant atteinte, par divers comportements, à l'image de la France à l'étranger. Comme vous le constatez, ce ne sont pas nécessairement des questions pénales. Il s'agit de manière beaucoup plus générale de situations politiquement intenables : d'où la notion de "manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat" ». Dans un article publié par le journal *Le Monde*, le professeur Didier Maus souligne qu'il peut « s'agir d'un blocage du fonctionnement régulier des pouvoirs publics ou du refus de signer des lois votées par le Parlement, blocage de la Constitution, etc.) ou bien d'un comportement personnel incompatible avec la dignité de la fonction (crime, propos publics inacceptables, etc.) »[601].

357. Par ailleurs, la Commission Avril propose plusieurs hypothèses qui peuvent revêtir cette qualification. Il s'agit « des actes ou comportements accomplis ou révélés pendant son mandat, qui apparaissent à la représentation nationale comme manifestement incompatibles avec la dignité de sa fonction au point de rendre impossible la poursuite de son exercice. Ainsi, par exemple : le cas souvent évoqué de meurtre ou autre crime grave ou d'autres comportements contraires à la dignité de la fonction ; l'utilisation manifestement abusive de prérogatives constitutionnelles aboutissant au blocage des institutions comme les refus cumulés de promulguer les lois, de convoquer le Conseil des ministres, de signer les décrets en Conseil des ministres, de ratifier les traités, voire la décision de mettre en œuvre l'article 16 alors que les conditions n'en seraient pas réunies, etc. Il s'agit en quelque sorte de savoir si celui qui incarne un pouvoir politique en est arrivé à rompre le lien qui l'identifiait à ce pouvoir. La réponse ne peut être donnée par un enchaînement de déductions logiques, tant les

[601] A. Pouchard, « Comment un président de la République peut-il être destitué ? », publié le 22 octobre 2014, *Le Monde*, disponible sur le site : http://www.lemonde.fr.

bases de ces déductions peuvent faire l'objet d'appréciations différentes adaptées au mouvement de la vie politique »[602].

358. Toutes actions ou inactions qui pourraient compromettre l'exercice normal de la fonction peuvent être qualifiées de manquement. Le professeur Guy Carcassonne soulignait que cette nouvelle définition « est certes imprécise mais elle offre le seul critère pertinent : puisque c'est bien le mandat, et lui seul, qu'il s'agit de protéger, il faut le faire contre tout ce qui peut interdire son exercice normal »[603]. Cette nouvelle formulation englobe alors une multitude de situations qui pourraient revêtir cette incrimination dès que les agissements de l'intéressé entravent l'exercice de la fonction. C'est pourquoi, bien qu'imprécise, la formulation de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » répond à la singularité spécificité de la fonction présidentielle.

B – Les justifications de l'imprécision de la notion

359. La nature de la fonction présidentielle empêche la prise en compte du principe de la légalité des délits et des peines tel qu'il est appliqué en droit commun (1). Par ailleurs, le droit comparé confirme que cette imprécision est corrélative à la fonction présidentielle (2).

1- L'appréciation politique de l'acte comme obstacle à l'application du principe de la légalité des délits et des peines

360. La définition apportée par la doctrine à propos de l'ancienne notion de « haute trahison » ou la nouvelle formulation de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » illustre parfaitement le caractère politique de la procédure qui se démarque d'une procédure pénale de droit commun. L'acceptabilité du caractère politique de cette responsabilité est partagée par la majorité de la doctrine. Depuis longtemps, Léon Duguit considérait qu'il s'agissait d'une responsabilité politique[604], tout comme Hauriou, Barthelemy et Duez[605]. Plus récemment, le professeur Olivier Beaud précise que la haute trahison a pu être présentée comme une « infraction juridico-politique inventée

[602] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, *Op. cit.*, p. 35 et 36.
[603] G. Carcassonne, *Op. cit*, p. 339.
[604] L. Duguit, *Op. cit.*, p. 809 et s.
[605] Hauriou, Barthélemy et Duez, cités par Gözler, *Pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse, Bordeaux, 1995, p. 415.

pour se débarrasser d'un chef de l'État qui aurait gravement abusé de ses fonctions »[606]. La doctrine pénaliste admet également ce caractère politique. Les professeurs Roger Merle et André Vitu soulignaient que cette notion est de nature politique pour deux raisons : « le régime exceptionnel d'irresponsabilité pénale du président pour les actes de sa fonction se double d'une seconde particularité. La haute trahison dont le président peut répondre devant la Haute Cour n'est pas une notion pénale mais politique : sa définition échappe au principe de la légalité criminelle et la Cour peut choisir à son gré la peine qui doit la sanctionner »[607]. Ou encore, le professeur Jean Gicquel considérait que la haute trahison engendre une responsabilité différente de celle applicable en droit commun en raison de sa source. Selon lui, la spécificité de cette responsabilité découle du détournement de pouvoir ou de procédure plutôt qu'à la trahison elle-même. Pour cet auteur, la haute trahison « s'analyserait en un délit politique à contenu variable »[608].

361. C'est en raison du caractère politique de cette procédure que la doctrine n'est pas parvenue à dresser les éléments constitutifs de cette infraction. A titre d'exemple, René Capitant la déterminait « comme une motion de censure prononcée dans des formes particulièrement solennelles »[609]. Selon le professeur Maurice Hauriou : « la haute trahison est 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 »[610]. Le professeur Maurice Duverger la définissait comme « un crime politique consistant à abuser de sa fonction pour une action contraire à la Constitution ou aux intérêts supérieurs du pays »[611]. Mais encore, d'après le professeur Georges Vedel, la notion de haute trahison se caractérise par « un manquement d'ordre politique aux obligations de la fonction : c'est une violation grave des devoirs de la charge. [...] La haute trahison est donc une notion d'ordre politique non légalement définie. Elle peut d'ailleurs (mais non pas toujours) se doubler d'infractions pénales légalement définies »[612]. Le professeur Guy Carcassonne écrivait que le crime de haute trahison serait « tout acte que la Haute Cour de justice régulièrement saisie, aura jugé tel »[613]. La doctrine ne parvient pas à

[606] O. Beaud, Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique, 11 et 12 mai 2001, disponible sur le site : https://www.senat.fr.
[607] Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, 7ème éd., Tome I, Cujas, 2000.
[608] J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6ème éd., Montchrestien, 1975, p. 1105.
[609] R. Capitant, cité par O. Beaud, « Sur le prétendu "impeachment à la française" », *D.* 2003.n° 39 p. 2646.
[610] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p.415.
[611] M. Duverger, Droit constitutionnel et institutions publiques, Tome II, Paris, 1959, p. 661.
[612] G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1949, p. 431.
[613] G. Carcassonne, *Op. cit.*, p. 283.

trouver un consensus relatif aux éléments communs susceptibles de constituer la haute trahison.

362. La révision constitutionnelle de 2007 avec la nouvelle formulation de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat, « marque un glissement vers une conception moins pénale et plus politique de la responsabilité présidentielle »[614]. De surcroît, le rapport de la Commission Avril indiquait que : « La Commission est arrivée à la conclusion, au vu notamment des exemples étrangers, que la responsabilité du Président de la République, mise en cause devant la Haute Cour, ne peut être une responsabilité pénale. Plus exactement, si elle peut avoir à l'origine une approche pénale, elle se transforme rapidement en une responsabilité d'une autre nature, dès qu'est enclenché le processus de jugement par la représentation nationale. C'est ce qu'ont montré les procédures engagées contre les présidents Clinton aux États-Unis ou Collor au Brésil »[615] .

363. En effet, le principe d'irresponsabilité du Président de la République a pour objectif d'assurer son indépendance et sa liberté décisionnelle. Si une liste énumérative est dressée, que restera-t-il de l'irresponsabilité du chef de l'État et de la protection de la fonction. A ce sujet, le professeur Guy Carcassonne expliquait que « la liste de ces hypothèses est impossible à établir. 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

[614] F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 33ème éd., LGDJ, 2012, p. 604. Selon ces auteurs « ce glissement apparaît d'abord dans la terminologie utilisée. Bien qu'étant extrêmement vague, la notion de haute trahison avait une connotation pénale infamante. La nouvelle rédaction est plus neutre. Dans le même sens, on notera que, alors que, selon le texte ancien, le Président devait d'abord être « mis en accusation », puis être « jugé » par une « Haute Cour de justice », le texte nouveau évite rigoureusement toutes les expressions pouvant évoquer une démarche juridictionnelle. Il est dit simplement que la destitution relève de la compétence du Parlement constitué en Haute Cour. Il apparaît également dans la procédure de la destitution. De même que dans le système ancien, cette procédure est mise en mouvement par une résolution adoptée dans les mêmes termes par les deux assemblées. Mais entre la mise en accusation et le jugement, le système ancien prévoyait l'intervention d'une commission d'instruction composée de magistrats de la Cour de cassation, qui était chargée de vérifier si les charges retenues contre le Président reposaient sur des faits bien établis. Cette étape intermédiaire a disparu et la procédure est fermée dans des délais extrêmement brefs : dès qu'elle 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 présidé par le Président de l'Assemblée nationale, statue dans le délai d'un mois et sa décision est d'effet immédiat. D'un bout à l'autre, la procédure est donc 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. Enfin, 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. L'une des conséquences de ce changement est que, si, après la fin du mandat, on découvre que le Président a commis un acte qui aurait pu le conduire devant la Haute Cour, aucune poursuite n'est possible, puisque la seule sanction prévue par l'article 68, la destitution, est devenue sans objet ».

[615] Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, *Op. cit.*, p. 35.

révélation tardive d'un comportement antérieur déshonorant, voire le discrédit encouru du fait de très graves agissements d'un membre de son entourage, professionnel ou familial »[616].

364. Par ailleurs, alors que la procédure pénale prévoit la prescription[617] des infractions empêchant le ministère public de poursuivre l'auteur de l'infraction, elle ne peut être applicable à l'égard du chef de l'État puisque cela reviendrait à remettre en cause la dignité de la fonction. Comme l'ajoutait le professeur Guy Carcassonne, « après tout, un Président dont on découvrirait, par exemple, qu'il a été tortionnaire durant la guerre d'Algérie pourrait-il demeurer en fonction au seul motif que de tels faits ont été déjà amnistiés ? Ce sont 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 autorités politiques qui représentent la nation »[618]. Même si l'imprécision de la notion serait incompatible avec les exigences de l'article 6 de la CEDH, englobant tout type d'infractions, elle répond toutefois à la particularité de la fonction présidentielle.

365. La notion de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat relève d'une appréciation politique qui porterait sur les agissements attentatoires à la dignité et la légitimité de la fonction. Une application mécanique du principe de la légalité des délits et des peines serait contreproductive et fragiliserait sa protection.

Les pays étrangers, dans la même logique, ne livrent pas avec précision une définition des actes qui engageraient la responsabilité du chef de l'État. En effet, la plupart des textes constitutionnels étrangers, à l'instar de la France, énoncent des formulations vastes et générales.

2- Une acception partagée en droit comparé

366. Dans la majorité des législations, le caractère politique de la procédure visant à engager la responsabilité des chefs d'État pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions empêche la prise en compte du principe de la légalité des délits et des peines. Les textes constitutionnels se contentent de formulations générales qu'il s'agisse d'un régime parlementaire, semi-présidentiel ou présidentiel.

---

[616] G. Carcassonne, *Op. cit.*, p. 339.

[617] Articles 133-2, 133-3 et 133-4 du code pénal.

[618] G. Carcassonne, *Op. cit.*, p. 339, voir aussi, P. Wachsmann, «Le président de la République face au droit pénal et à la procédure pénale », *RFDA*, 2001, p. 1181 ; G. Carcassonne,« Le président de la République française et le juge pénal », in *Mélanges en l'honneur du Président Ardant,* LGDJ, 1999, p. 278-279 ; D. Chagnollaud, «Le président et la doctrine: à propos de la responsabilité pénale du chef de l'État », *RDP*, 1999, p. 1669.

367. Régimes parlementaires. L'article 61-2 de la Loi fondamentale allemande précise que: « si la Cour constitutionnelle fédérale constate que la Président s'est rendu coupable d'une violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale, elle peut le déclarer déchu de ses fonctions ». De même l'article 90 de la Constitution italienne évoque que « le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, hormis le cas de haute trahison ou d'attentat à la Constitution », ou encore l'article 49 de la Constitution grecque dispose que « le Président de la République n'est aucunement responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions sinon en cas de haute trahison ou de violation délibérée de la Constitution ». La Constitution finlandaise indique dans son article 113 que : « Si le chancelier de la justice, le médiateur ou le gouvernement considèrent que le Président de la République s'est rendu coupable de haute trahison ou de crime contre l'humanité, ils doivent en informer le Parlement ».

368. Régimes semi-présidentiels. L'article 142 de la Constitution autrichienne dispose que: « la Haute Cour constitutionnelle statue sur l'accusation par laquelle la responsabilité constitutionnelle des organes suprêmes de la Confédération et des Provinces est mise en jeu en raison des violations du droit dont ils se sont rendus coupables dans l'exercice de leurs fonctions. Peut être mis en accusation le Président de la Confédération pour violation de la Constitution fédérale : par voie de résolution de l'Assemblée fédérale ». L'article 130 de la Constitution portugaise énonce que « le Président de la République répond des délits commis dans l'exercice de ses fonctions devant le Tribunal suprême de justice ». Bien que ces textes ne fassent pas expressément référence à la Haute trahison ou une autre notion indéterminée, en renvoyant au droit commun, ils n'établissent pas clairement les délits ou crimes susceptibles d'engager la responsabilité du chef de l'État.

369. Régimes présidentiels. Il existe de multiples textes constitutionnels qui font expressément référence à la notion indéterminée de la haute trahison. La Constitution américaine l'a inscrite dans la section 4 de son article II qui prévoit que « le Président, le vice-président et tous les fonctionnaires civils des États-Unis seront destitués de leurs charges sur mise en accusation et condamnation pour trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs ». Le dernier exemple sera celui de la Constitution brésilienne. Même si elle énumère dans son article 85 certains actes susceptibles d'engager la responsabilité du Président, elle fait aussi référence à des notions imprécises telles que « l'existence de l'Union », « le libre exercice du pouvoir législatif, du pouvoir judiciaire, du ministère public et du pouvoir constitutionnel des unités de la Fédération », « l'exercice des droits politiques, individuels et

sociaux », « la sûreté interne du pays », « l'honnêteté dans l'administration », « la loi budgétaire », « l'exécution des lois et des décisions de justice ». L'article 86 distingue deux procédures. L'une concernant les crimes et délits de droit commun, dans ce cas, la suspension incombera au Tribunal fédéral suprême, l'autre concernant les crimes de responsabilité qui relèvent de la compétence du Sénat. Ainsi, malgré l'énumération de certains actes, le procès de destitution de la Présidente Dilma Rousseff, fondé sur le crime de responsabilité relatif à la dissimulation des déficits des comptes publics, illustre le caractère politique de la procédure. « Pour les députés, voter en faveur de l'impeachment répond avant tout à une logique politique. Ils savent la rue exaspérée par les affaires de corruption et par la gestion de la crise ; ils savent aussi que les milieux d'affaires voient dans cette destitution le seul moyen de redresser une situation économique désastreuse »[619].

370. Ces exemples étrangers témoignent de l'inadaptabilité du principe de la légalité des délits et des peines à la fonction présidentielle. Le fait que la notion de haute trahison ou bien la violation des droits garantis par un texte constitutionnel ne soient pas précisément définis ou bien qu'ils ne fassent pas l'objet d'une liste énumérative d'actes constitutifs de ces infractions, répond à la particularité de la fonction. En effet, l'objectif de ces textes suprêmes est d'assurer la dignité et la sauvegarde de cette dernière, le flou entourant cette notion, additionné à la particularité de la procédure de la mise en accusation du chef de l'Etat soumise à l'appréciation politique des parlementaires, va dans ce sens. La volonté des constituants français est ainsi largement partagée par les autres pays.

Si la justiciabilité du principe de la légalité des délits et des peines est écartée à l'égard du Président de la République en raison de la singularité de sa fonction, elle fait l'objet d'une application discutable dans le cas des ministres.

§ II – L'indétermination constitutionnelle de l'incrimination ministérielle

371. L'application du principe de la légalité des délits et des peines demeure problématique concernant la responsabilité pénale des ministres, dans la mesure où en subordonnant leur

[619] P. Mouterde, « Brésil : comprendre la chute de Dilma Rousseff en 9 épisodes », *Le Monde*, 11 mai 2016, disponible sur le site : https://www.lemonde.fr.

responsabilité au régime de droit commun, l'article 68-1 de la Constitution, dépourvu de toute indication, ne prend pas en compte la mission spécifique de la fonction ministérielle rendant, parfois, délicate la détermination claire des actions ou omissions constituant un crime ou un délit établi par le Code pénal (A). Cette situation nébuleuse n'a pas échappé aux critiques, c'est la raison pour laquelle le projet de loi constitutionnelle « pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace »[620] tente d'y apporter une réponse (B).

A- L'insaisissabilité des « crimes et délits» ministériels au prisme du droit commun

372. L'article 68-1 de la Constitution soumet au droit commun la responsabilité pénale des membres du gouvernement en disposant qu'ils « sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. (…) 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 ». Il en ressort que cette responsabilité ne peut être recherchée qu'à raison de deux conditions cumulatives : l'acte doit revêtir la qualification de délit ou de crime telle que définie par le droit pénal et doit être pourvu d'un lien avec l'exercice de la fonction[621]. Cet article couvre un champ d'application très large et, ainsi, le risque d'une remise en cause excessive, en raison de l'envergure de l'activité ministérielle ne peut être ignoré, puisque l'engagement de leur responsabilité est envisageable aussi bien sur le fondement d'une faute intentionnelle comme non intentionnelle.

373. En réalité, l'existence d'une faute intentionnelle, prévue à l'article 121-3[622] du Code pénal, ne présente pas de difficulté particulière au regard du principe de prévisibilité de la loi pénale. Cela s'explique en raison de l'exigence de l'élément intentionnel, prédéfini, comme la

[620] Projet de loi constitutionnelle « Pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace », déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018.

[621] La Cour de cassation a eu l'occasion de distinguer les actes relevant de l'exercice de la fonction et ceux dépourvus de lien avec cette dernière. Voir Crim., 26 juin 1995, n°95-82.333, publié au Bulletin : « les actes commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions sont 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 » ; Crim., 6 février 1997, n°96-80.615, publié au bulletin ; Crim., 13 décembre 2000, n° 00-82.617, publié au bulletin : la compétence de la Cour de justice de la République est limitée aux actes constituant des crimes et délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions et qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État, relevant de leurs attributions ; qu'elle ne s'étend pas aux faits commis à l'occasion de l'exercice d'une activité ministérielle ».

[622] Peuvent constituer une faute intentionnelle ce qui exige à la fois un comportement criminel et la recherche d'un résultat prohibé par la loi. Si l'auteur de l'acte n'a pas l'intention de causer le résultat interdit par la loi, l'infraction intentionnelle n'est pas constituée et il n'y aura pas de responsabilité pénale.

corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, le délit de favoritisme, les abus d'autorité dirigés contre l'administration, par l'édiction de mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi[623], ou encore, les abus d'autorité dirigés contre des particuliers tels que les atteintes à la liberté individuelle[624], les discriminations[625], les atteintes à l'inviolabilité du domicile[626]. En revanche l'application de la faute non intentionnelle[627], consacrée par les alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal, provoque plus de débats puisqu'elle constitue une contrainte permanente pour les membres du gouvernement, alors même que le résultat dommageable n'est pas voulu (1) et fait naître, quelquefois, la confusion entre la responsabilité politique et pénale (2).

1- Les fautes non intentionnelles : Une épée de Damoclès sur les actes ministériels

374. Dans son arrêt du 9 mars 1999[628], la Cour de justice de la République rappelle que: « 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 de délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, sans faire de distinction entre les infractions intentionnelles et les infractions non intentionnelles»[629]. Cette approche, selon le ministère public, a été instaurée par le législateur pour que « la défaillance ministérielle, par principe, n'échappe pas à la loi pénale »[630]. L'application de ces infractions non intentionnelles à la fonction ministérielle a été dénoncée étant donné que la responsabilité pénale des ministres peut être recherchée, aussi bien dans l'hypothèse d'une faute non

[623] Article 432-1 du Code pénal.
[624] Article 432-4 du Code pénal.
[625] Article 225-1 du code pénal.
[626] Article 432-8 du Code pénal.
[627] Dans sa version établie par la loi du 14 mai 1996 (Loi du 13 mai 1996 n°96-393 du 13 mai 1996 - art. 1 JORF 14 mai 1996), précisait dans son alinéa 3 qu' « il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait », il y a également délit, selon le même article si la loi le prévoit dans les cas de mise en danger délibérée d'autrui. La réforme du 10 juillet 2000 impose désormais une faute qualifiée pour pouvoir engager la responsabilité pénale. L'alinéa 2, le nouvel alinéa 3 et surtout le 4 de l'article 121-3 du code pénal déclare que « toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».
[628] CJR, 9 mars 1999, Aff. n° 99-001.
[629] CJR, 9 mars 1999, Aff. n°99-001.
[630] Réquisitoire du procureur général Burgelin, *RDP*, 1999, n°2, p.372.

intentionnelle simple, lorsque le lien de causalité est direct avec le fait dommageable (a), que de la faute qualifiée, recherchée en cas de lien de causalité indirect (b).

a) La faute non intentionnelle simple

375. La faute non intentionnelle simple est prévue par l'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal en vertu duquel : « il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

376. Cet article a été modifié par la loi du 13 mai 1996[631], dont la finalité consistait à mettre fin à la mise en jeu systématique de la responsabilité pénale, notamment, des responsables politiques locaux. En effet, dans sa version antérieure, cette disposition indiquait que : «lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ». Le juge n'examine pas le caractère grave de la faute, puisque la faute simple n'exige aucun seuil de gravité, le constat du manquement à une obligation de prudence ou de sécurité à la loi ou au règlement, au regard de la nature de ses missions, suffira à engager la responsabilité pénale de l'auteur. Depuis la loi du 13 mai 1996, le juge doit apporter une appréciation concrète de la faute en examinant le défaut de diligence normale au regard de la nature de la mission ou de la fonction, des compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont dispose l'auteur. L'examen concret de l'affaire dans son ensemble vise à prendre en compte la spécificité de la fonction des élus[632].

377. Ainsi, le juge apprécie *in concreto* le lien de causalité entre le comportement de l'auteur de la faute et le dommage qui en résulte pour établir l'existence d'un comportement infractionnel. Si cette faute simple, en raison de l'exigence d'un lien direct, ne remet pas en cause, généralement, le principe de prévisibilité de la loi pénale, néanmoins, sa limite se révèle lorsqu'elle est retenue, dans de rares hypothèses, notamment, à propos de la négligence issue de l'incrimination spécifique de l'article 432-16 du Code pénal. Cette disposition, qui

[631] Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

[632] Cette précision a été rappelée à l'article L. 2123-34 du CGCT qui dispose que : « sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, le maire ou un élu municipal le suppléant ou ayant reçu une délégation ne peut être condamné sur le fondement du troisième alinéa de ce même article pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de ses fonctions que s'il est établi qu'il n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de ses compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi lui confie ».

proclame que : « lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende », compromettrait, parfois, la prévisibilité de la loi pénale en raison de l'interprétation livrée par le juge. Cette infraction a été retenue par la Cour de justice de la République, pour la première fois, à l'encontre de l'ancienne ministre de l'économie, Christine Lagarde, dans l'affaire dite de « l'arbitrage Tapie ». La Cour a souligné que : « la décision de la ministre de ne pas exercer un recours en annulation, dont les chances de succès n'étaient pas négligeables, a rendu, *in fine,* inéluctable l'appropriation frauduleuse par les époux Y... de la somme de 45 millions d'euros, ce qui constituait l'aboutissement d'un processus délictuel engagé de longue date. Cette décision procède donc non pas d'un seul choix politique malheureux échappant au contrôle de la Cour de justice de la République, mais d'une négligence au sens de l'article 432-16 du code pénal ». En l'espèce, la notion de « négligence d'un dépositaire de l'autorité publique ayant permis un détournement de fonds publics » a été interprétée de manière « constructive » par la Cour de justice de la République[633]. L'interprétation extensive de cet article par le juge sera démontrée de manière plus approfondie à propos, notamment, des élus locaux, dans des développements ultérieurs[634].

378. Cependant, en parallèle de l'appréhension de l'imprudence ou de la négligence, motivées par le défaut de la « diligence normale » à l'encontre de toutes actions ou omission ministérielles, ayant un lien direct avec l'origine d'un dommage, la faute non intentionnelle qualifiée peut être également invoquée lorsque le lien de causalité est indirect.

b) La faute non intentionnelle qualifiée

379. Outre l'invocation d'une faute simple, l'article 121-3, alinéa 4, ajouté par la loi de 2000[635], du Code pénal, consacre la faute non intentionnelle qualifiée. Selon cette

[633] J-É. Schoettl, « Supprimer la Cour de justice de la République ? », *LPA*, 9 juillet 2018, n° 137k0, p. 94 ; voir également D. de Béchillon, « À propos de la conformité à la constitution du délit de négligence prévu à l'article 432-6 du Code pénal », *in Mélanges en l'honneur du Pr Frédéric Sudre*, 2018, LexisNexis.

[634] Voir *infra* Partie III.

[635] Sénat, « Responsabilité pénale des élus locaux pour faute non-intentionnelle », Question écrite n° 05070 de M. François Grosdidier (Moselle - Les Républicains) publiée dans le JO Sénat du 24 mai 2018, page 2454, « La loi du 10 juillet 2000 dite loi Fauchon est venue apporter une modification à l'article 121-3 du code pénal pour assurer l'équilibre entre une pénalisation excessive des faits non intentionnels et une déresponsabilisation de leurs auteurs, qui porterait atteinte au droit des victimes et au principe d'égalité devant la loi, en procédant à une classification des fautes non-intentionnelles, qui distingue la faute simple et la faute qualifiée. Le législateur a introduit, au bénéfice des seules personnes physiques, une distinction selon que le comportement imputé au prévenu a causé directement ou indirectement le dommage pour restreindre le champ de la répression. Lorsque le lien de causalité entre le comportement fautif et le dommage est indirect, les juridictions doivent

disposition : « dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer »[636]. D'après cette disposition, si l'auteur des faits n'a pas causé directement le dommage, sa responsabilité pénale ne peut être engagée qu'en présence d'une faute qualifiée, soit en raison de la violation « manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement », soit en raison d'«une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité (qu'il) ne pouvai(t) ignorer ». La faute non intentionnelle qualifiée revêt un seuil de gravité important.

380. La « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement » constituerait une faute délibérée et pourrait aboutir à la mise en jeu de la responsabilité pénale des ministres sur le fondement de nombreuses incriminations comme la mise en danger délibérée d'autrui[637], l'homicide

---

relever une faute qualifiée, soumise à des exigences supplémentaires : le prévenu n'est responsable pénalement que s'il a commis une faute d'une particulière gravité, alors qu'en cas de causalité directe, une faute simple suffit. La circulaire du Garde des Sceaux du 11 octobre 2000 (CRIM-00-9/F1-11.10.00) précise que le législateur a ainsi entendu éviter que puissent être à l'avenir prononcées, pour des infractions involontaires, des condamnations paraissant injustifiées, ce qui, du fait de la législation alors applicable, a parfois été le cas dans le passé, spécialement lorsqu'elles concernaient des "décideurs publics", élus locaux ou fonctionnaires. Depuis cette réforme, il existe une gradation de la faute pénale d'imprudence. En cas de causalité indirecte, il faut d'abord constater que le prévenu a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qu'il n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter. La juridiction doit ensuite apprécier la faute en considération des circonstances matérielles dans lesquelles s'inscrit l'activité de l'agent et par rapport au comportement normal, prudent et diligent dans la sphère professionnelle considérée. Des dispositions spécifiques sont prévues pour les élus locaux aux articles L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du code général des collectivités territoriales, qui imposent au juge répressif de prendre en compte leur situation particulière, le terme de "difficultés propres" étant expressément employé depuis la loi du 10 juillet 2000 ».

[636] Bien que la Cour de cassation ait refusé de transmettre une QPC à propos de cet alinéa en considérant qu'il ne contredisait pas le principe de la légalité des délits et des peines, il crée une incertitude compte tenu de la spécificité et de l'ampleur de la fonction ministérielle. En effet, dans sa décision du 24 septembre 2013, n°12-87.059, la Chambre criminelle déclare « que la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors qu'en subordonnant la responsabilité pénale de la personne physique qui n'a pas directement causé le dommage à la commission d'une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que celle-ci ne pouvait ignorer, le législateur, se fondant sur des critères qui ne sont pas, de manière manifeste, inappropriés à l'objet poursuivi, a entendu placer cette personne dans une situation plus favorable que l'auteur direct du dommage dont la responsabilité pénale peut être engagée pour une simple maladresse, imprudence, inattention ou négligence ; que la disposition critiquée, qui laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive, est rédigée en des termes suffisamment clairs et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire et dans des conditions garantissant tant le respect de la présomption d'innocence que l'intégralité des droits de la défense; D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel ».

[637] « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

involontaire prévue à l'article 221-6[638] du Code pénal, ou encore sur celui des articles 222-19[639] et 222-20[640] de ce même Code concernant les atteintes involontaires à l'intégrité physique de la personne. Anticipant cette logique, sur la base des articles 121-3, 221-6 et 222-19 du Code pénal, la Cour de justice de la République, dans l'affaire du sang contaminé, a déclaré coupable le secrétaire d'État à la santé, alors même que la faute qualifiée n'avait pas encore été consacrée. D'après la Cour, ce dernier devait veiller, à raison de ses responsabilités propres, à édicter la réglementation nécessaire pour que soit préservée, en toutes circonstances, la qualité du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés utilisés à des fins thérapeutiques et qu'il aurait dû, en particulier, prendre les mesures d'accompagnement des arrêtés du 23 juillet 1985, en vue d'imposer le dépistage obligatoire ou la destruction des produits sanguins prélevés avant le 1er août 1985 qui n'avaient pas été testés ou inactivés. De plus, le secrétaire d'État aurait dû donner les instructions nécessaires pour que soient recherchées et rappelées les personnes susceptibles d'avoir été antérieurement contaminées par voie de transfusion sanguine. La Cour conclut qu'il a commis une faute d'imprudence ou de négligence et un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prescrite par le Code de la santé publique, même si cette faute et ce manquement n'ont pas de lien de causalité direct avec le décès de la personne contaminée, ils ont au moins une causalité indirecte.

381. La difficulté réside dans la détermination de la preuve de ce manquement, et, plus précisément, la démonstration selon laquelle le ministre a manifestement et consciemment manqué à une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ou non, puisque dans la mesure où ce manquement résulterait de son inattention, sa responsabilité ne pourrait pas être retenue. De plus, cette violation doit être en lien avec une obligation « particulière » de prudence ou de sécurité. Or nombreux sont les textes prévoyant de telles obligations particulières et, compte tenu de l'étendue de la fonction ministérielle,

---

[638] « Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.
En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende ».

[639] « Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.
En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende ».

[640] « Le fait de causer à autrui, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

contrairement à citoyen ordinaire ou un chef d'entreprise ou même un élu local, la plupart des actions ou omissions engendrant un dommage seraient susceptibles de favoriser la poursuite pénale.

382. Une faute caractérisée, quant à elle, pourrait également engager la responsabilité pénale des ministres pour faute non intentionnelle lorsque le lien de causalité direct ne peut être établi. Dans cette hypothèse, le ministre doit exposer « autrui à un risque d'une particulière gravité qu'(il) ne pouvait ignorer ». Pour recouvrir cette désignation, le juge, par une appréciation *in concreto*, vérifie le degré de connaissance du risque[641].Malgré cet examen, le juge a parfois une interprétation très étendue de cette infraction créant un risque d'abondance de contentieux et de contraintes pesant sur les actes ministériels. Dans son arrêt du 11 février 2003[642], la chambre criminelle de la Cour de cassation retient la responsabilité du chef d'entreprise sur le fondement de la faute caractérisée. Pour la Cour, il avait exposé son salarié à un risque d'une particulière gravité en n'ayant pas, en l'occurrence, veiller personnellement au respect de la réglementation relative à la sécurité des machines dangereuses en vigueur. La Cour instaure la présomption selon laquelle, le seul fait d'être dirigeant suffit à prouver que la personne ne pouvait ignorer le risque encouru. La transposition de cette jurisprudence au cas des ministres étendrait le champ d'application de leur responsabilité puisque le seul fait d'être ministre pourrait écarter la question de son ignorance face au risque de survenance d'un dommage. Selon cette interprétation de la Cour, la connaissance du risque ne lui serait pas étrangère, elle va de pair avec son statut.

---

[641] Voir notamment l'interprétation de cette disposition par la jurisprudence concernant les élus locaux : Crim., 4 juin 2002, n° 01-81280 : « pour confirmer le jugement en ce qu'il a relaxé le prévenu, la cour d'appel retient, par les motifs repris aux moyens, que si, en laissant à la portée du public des cages de but ne répondant pas aux exigences de sécurité fixées par les articles 2 et 6 du décret du 4 juin 1996, Bernard C... n'a pas pris les mesures permettant d'éviter le dommage, il ne résulte, toutefois, de l'information et des débats ni qu'il ait délibérément violé l'obligation prévue par ce règlement, ni qu'il ait été informé du risque auquel étaient exposés leurs utilisateurs éventuels et ait ainsi commis une faute caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal » ; voir également Crim., 18 mars 2003, n° 02-83523 : « pour confirmer la culpabilité de Guy X..., les juges d'appel retiennent, par motifs propres et adoptés, que le prévenu, qui avait pris le parti d'assumer seul la responsabilité de la sécurité de la station de ski gérée directement par la commune, s'est borné, par un arrêté intercommunal du 23 février 1973, à autoriser les engins de damage à accéder aux pistes de ski alpin, sans réglementer les conditions de leur circulation dans les autres lieux de la station ; qu'ils relèvent qu'à tout moment de la journée, les dameuses, cachées par un rideau d'arbres, quittaient leur garage et accédaient immédiatement aux pistes de luge et de fond fréquentées par tous les usagers et notamment par de jeunes enfants n'ayant pas la maîtrise de leur équipement de glisse ; que les juges, qui soulignent le caractère apparent et permanent du risque ainsi créé, ajoutent que le maire connaissait parfaitement la configuration des lieux ; qu'ils déduisent de leurs constatations, que Guy X..., qui n'a pas pris les mesures qui auraient permis d'éviter un accident prévisible, a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer ».

[642] Crim, 11 février 2003, n° 02-85810 : « attendu que, pour infirmer le jugement entrepris sur l'appel d'Yves X... et relaxer celui-ci, les juges du second degré, après avoir retenu, d'une part, que sa "faute apparaît caractérisée et ne saurait constituer une simple négligence ni une faute légère" et, d'autre part, que cette faute "exposait les opérateurs à un risque particulièrement grave", énoncent que, toutefois, "il n'est nullement établi que le prévenu ne pouvait ignorer ce risque" ; Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'elle ne pouvait, sans se contredire, constater que le prévenu avait commis une faute caractérisée et exposant autrui à un risque d'une particulière gravité en ne veillant pas personnellement au respect de la réglementation relative à la sécurité des machines dangereuses, et relaxer celui-ci, au motif qu'il pouvait ignorer le risque découlant de ce manquement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

383. En somme, sur le fondement de la faute non intentionnelle, « il suffit de songer à quelques hypothèses : plainte de parents de militaires tués en Afghanistan ou au Mali qui mettrait en cause le ministre de la Défense pour mise en danger de la vie d'autrui ; mise en cause, pour non-assistance à personne en danger ou homicide involontaire (en matière de santé, de transports publics, d'énergie, d'alimentation, d'environnement, de maintien de l'ordre), de ministres accusés de ne pas avoir pris, à la première alerte, les mesures de précaution appropriées, ou d'avoir privilégié des considérations économiques ou liées à l'emploi sur les préoccupations de santé »[643].

384. La faute non intentionnelle entraînerait, par ailleurs, la responsabilité pénale des ministres du fait d'autrui. Bien que l'article 121-1 du code pénal dispose que : « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait », le principe est néanmoins atténué par l'interprétation de la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 28 février 1956[644], déclare que : « si en principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné ; que, notamment, dans les industries soumises à des règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de sûreté publiques, la responsabilité pénale remonte essentiellement aux chefs d'entreprise, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie ». Dès lors, la Cour reconnaît dans des circonstances particulières la responsabilité pénale du fait d'autrui en droit commun. Il n'en demeure pas moins qu'à la lumière de cette jurisprudence, la responsabilité pénale des ministres soit susceptible d'être engagée en raison du dysfonctionnement de leur service alors même qu'ils ne sont pas personnellement impliqués. A ce propos, l'affaire du sang contaminé constitue une parfaite illustration. Le professeur Olivier Beaud a noté qu': « il y a eu une véritable traque de la faute aboutissant à ce que l'arrêt de renvoi dise que "le ministre ne pouvait pas ne pas savoir" et instituant ainsi une présomption irréfragable, impossible à renverser, que le ministre savait parce que les fonctionnaires qu'il avait sous ses ordres savaient. L'arrêt de renvoi instituait donc une responsabilité pénale du fait d'autrui, en contradiction avec le caractère personnel de la responsabilité pénale »[645].

---

[643] J-É. Schoettl, *Op. cit.*
[644] Crim, 28 février 1956, n°53-02879, publié au bulletin.
[645] O. Beaud, « Faut-il juger pénalement les ministres ? », Compte rendu de colloques, *RAJF*, disponible sur le site : http://www.rajf.org.

385. Force est de constater que les textes précités, relevant du droit commun, peuvent englober tout type d'agissement lié à l'exercice de la fonction. La moindre de leurs décisions politiques, à l'origine d'un dommage, est susceptible d'exposer un membre du gouvernement à un procès pénal. Le professeur Guy Carcassonne estimait que : « l'application du seul droit commun conduirait à des imbroglios juridiques aussi inextricables qu'inacceptables : quiconque a été victime d'un dommage pourrait aisément en faire remonter la responsabilité vers un ministre, pour avoir fait ceci ou n'avoir pas fait cela, pour avoir pris un arrêté ou n'avoir pas proposé un décret (…) toute tragédie peut conduire à rechercher la responsabilité pénale d'un ministre, même très éloignée, totalement indirecte et nullement personnelle. La démocratie y perdrait sans que la justice y gagne »[646].

386. De surcroît, l'article 68-1 de la Constitution, soumettant la responsabilité pénale des ministres au régime de droit commun, crée un risque de confusion entre la responsabilité pénale et politique. Des critiques ont été émises à ce propos envers certaines décisions rendues par la Cour de justice de la République.

2- La détermination complexe de la nature politique ou pénale de l'acte

387. Lors du débat constitutionnel de 1993, sur ce sujet épineux, les parlementaires ont préféré garder le silence plutôt que de se prononcer au profit ou non de l'application du droit commun à l'égard des actes ministériels[647]. De la sorte, la question de l'opportunité de l'application du droit commun ou de la soustraction de certaines incriminations relatives à l'activité gouvernementale de ce régime n'a pas été débattue[648].

388. Dès son premier arrêt, la Cour de justice de la République dans l'affaire du sang contaminé a été confrontée aux limites de la responsabilité pénale des ministres alignée sur le

[646] M. Guillaume, G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, 14ème édition, 2014, p. 347.

[647] Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, Propositions pour une révision de la Constitution, 15 février 1993 : Le Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, chargé d'élaborer des propositions pour la révision de la Constitution, préconisait de calquer la responsabilité pénale des membres du gouvernement sur le régime de droit commun Les constituants n'ont pas résolu le problème des infractions susceptibles d'engager la responsabilité pénale des ministres. Selon le comité : « Pour l'essentiel, et 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. C'est pourquoi le comité a considéré qu'il fallait nettement séparer le cas de la haute trahison par le Président de la République de celui de l'infraction commise par un ministre dans l'exercice de ses fonctions. L'ensemble des crimes et délits commis par les membres du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions - y compris les atteintes à la sûreté de l'État - devraient ainsi relever d'un régime unique dont les grands traits seraient les suivants : L'application du droit commun n'aurait pour limite que la nécessité de ne pas mettre en cause le fonctionnement régulier des pouvoirs publics par un risque de harcèlement processuel à l'encontre des ministres ».

[648] O. Beaud, Le sang contaminé, Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants, Béhémoth, PUF, 1999.

fondement du droit commun. La distinction entre le caractère pénal et le caractère politique de l'acte litigieux prêtait à confusion. Ainsi, la question de l'office du juge dans la détermination de l'infraction a été soulevée. Le procureur général a fait part de ses doutes en soulignant que : « la pénalisation de l'action politique ne devient-elle pas un moyen de contrôle de l'action politique. Le juge, fût-il parlementaire d'origine, ne se substitue-t-il pas à l'électeur, fût-il par ailleurs défaillant, pour apprécier l'exercice du pouvoir normatif ? "Qui gouverne ?" demande la victime du risque social ; une science irresponsable ou qui prétend l'être ? une administration chargée d'appliquer des textes qu'elle ne maîtrise pas ? des conseillers politiques au statut incertain quand il n'est pas inexistant ? des hommes politiques qui ne savaient pas ? Qui gouverne encore, si le juge devient l'arbitre de ces responsabilités insaisissables ? A ces questions, nous ne croyons pas que le droit pénal pourra répondre. (...) A ces questions seul pourra, nous semble-t-il, répondre l'homme politique en reprenant la place et toute la place qui doit être la sienne ». Puis, il ajoute dans son réquisitoire que la loi constitutionnelle : « n'a pas voulu que le juge, fût-il en dehors du droit commun comme la Cour de justice de la République, se substitue aux élus pour arbitrer des choix politiques dans l'enchevêtrement des arguments pour ou contre une solution relevant de l'appréciation en opportunité »[649]. De surcroît, le parquet général met en évidence le risque selon lequel les ministres pourraient se retrouver devant la Cour de justice de la République pour justifier leur choix politique. Une pareille hypothèse aurait pour conséquence une « regrettable confusion des pouvoirs » en soumettant les actions du pouvoir exécutif à l'appréciation des juges. Dans ses conclusions, le ministère public indique que : « prise dans sa globalité, la politique sanitaire du gouvernement de la France d'avril à septembre 1985 a été catastrophique en ce qui concerne la lutte contre l'extension du sida et que, s'agissant des ministres, l'inadéquation de leurs interventions, ainsi qu'une absence d'implication que l'instruction et les débats auraient mises en évidence, ne peuvent pour autant être considérées comme pénalement fautives ; qu'elles ne constituent pas une infraction pénale susceptible de justifier une condamnation et que la juste application du droit impose, en conséquence, la relaxe ». La responsabilité pénale des ministres au prisme du droit commun a été dénoncée par certains auteurs[650] considérant qu'elle aboutit au recul de la responsabilité politique au profit de la responsabilité pénale.

[649] Cité par O. Beaud, « La Cour de justice de la République est-elle vraiment compétente pour juger les ministres dans l'affaire du sang contaminé ? », *Dalloz*, 1999, p.75.

[650] O. Beaud, Le sang contaminé, Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants, PUF, coll. Béhémoth, 1999; voir aussi Ph. Ségur (dir.), Gouvernants, quelle responsabilité ?, L'Harmattan, 2000, p. 241-260, il a notamment précisé que « le retour en force de la rigueur pénale, notamment pour les gouvernants depuis quelques années,

389. Le doute entre la responsabilité pénale et politique s'est également manifesté plus récemment dans l'affaire de « l'arbitrage Tapie » qui a conduit d'aucuns à s'interroger sur le caractère de l'acte mis en cause en relevant que : « la Cour de justice de la République dans l'affaire dite "l'arbitrage Tapie" a considéré que la décision de la ministre de ne pas exercer un recours en annulation contre la décision arbitrale ne résulte pas d'un choix politique échappant à son contrôle mais d'une négligence au sens de l'article 432-16 du code pénal, peu importe que cette faute n'ait pas été la seule cause des détournements, dès lors qu'elle en a été l'une des causes. On voit bien là toute la particularité et la difficulté du jugement des ministres pour les actes pris dans l'exercice de leurs fonctions »[651].

390. La détermination de la responsabilité pénale des ministres n'est pas une tâche aisée eu égard à la nature de la fonction. Pendant longtemps, la responsabilité politique absorbait l'ensemble des infractions commises dans l'exercice de la fonction. Mais, le progrès de l'Etat de droit et la judiciarisation de la vie politique ne pouvaient, sur le plan démocratique, laisser une impunité totale à l'encontre des infractions ministérielles.

391. Néanmoins, la formulation de l'article 68-1 de la Constitution peine à trouver un équilibre entre l'impunité des ministres et les accusations illégitimes[652], ne précisant pas clairement les actes susceptibles de revêtir la qualification de crime ou de délit. Cette indétermination est en contradiction avec le principe de la prévisibilité de la loi pénale comme l'avait remarqué dans son arrêt du 25 juin 2009[653], la Cour EDH. Elle s'est prononcée dans une affaire où il était question de la compatibilité d'une disposition pénale relative à l'abus de fonction avec l'article 7 de la Convention. Le requérant invoquait la violation de l'article 7 de la Convention au moyen que la loi sur la base de laquelle il a été condamné n'était pas suffisamment précise. En effet, l'article 161 du Code de procédure criminelle estonien, hérité de l'ancien système juridique soviétique, disposait que « l'utilisation abusive intentionnelle par un fonctionnaire de sa fonction officielle, si elle porte gravement atteinte aux droits ou aux

---

exprime (…) tout à la fois une réaction collective devant l'irresponsabilité des élites dirigeantes et un affaiblissement général de la société ».

[651] G. Carcassonne, *Op. cit.*, p. 348.

[652] J. Rossetto, « De la responsabilité pénale des membres du gouvernement », dans La Constitution de la République française, Dir. F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot, Economica 3ème édition, 2009, p. 1607 : « La substitution de la responsabilité pénale à la responsabilité politique est pourtant fort critiquable car les principes qui régissent l'une et l'autre contrastent trait pour trait. là où l'une oblige celui qui est en charge à justifier lui-même son action, l'autre insiste sur la présomption d'innocence ; là où il appartient aux gouvernants de déterminer qu'ils ont agi conformément aux exigences de leur fonction, l'autre fait peser la charge de la preuve sur l'accusateur ; là où le ministre répond par définition du fait d'autrui car il est responsables des services placés sous son autorité, l'autre repose que le caractère personnel de la faute ; là où la "faute" politique s'appuie sur une appréciation purement subjective, l'autre requiert l'existence d'une infraction dûment prévue par un texte ».

[653] CEDH, 25 juin 2009, Liivik c./ Estonie, n°12157/05.

intérêts d'une personne, d'une entreprise, d'une agence ou d'une organisation protégée par la loi ou aux intérêts nationaux, est punie d'une amende ou d'un maximum de trois ans de prison »[654]. Après avoir rappelé que : « la garantie consacrée à l'article 7, qui est un élément essentiel de l'état de droit, occupe une place prépondérante dans le système de protection de la Convention. Il doit être interprété et appliqué (…) de manière à fournir des garanties efficaces contre les poursuites, condamnations et sanctions arbitraires »[655], la Cour indique que: « le terme "loi" implique des exigences qualitatives, notamment celles d'accessibilité et de prévisibilité. Un individu doit savoir, d'après le libellé de la disposition pertinente et, le cas échéant, avec l'aide de l'interprétation des tribunaux de celle-ci, quels actes et omissions le rendront pénalement responsable et quelle sanction sera infligée pour l'acte commis et / ou omission »[656]. La Cour donne raison au requérant en déclarant que la disposition en cause et son interprétation, qui résultaient de l'ancien système soviétique, étaient difficilement applicables au nouveau contexte juridique. Selon la Cour, les notions et les critères contenus dans ce texte étaient très vagues, elle conclut à l'incompatibilité de cette disposition avec l'article 7 de la Convention.

392. L'imprévisibilité résultant de l'article 68-1 de la Constitution, a incité le constituant à la refonte de cette disposition constitutionnelle au profit d'une formulation plus cohérente avec les exigences du principe de la légalité criminelle.

B – La clarification de la responsabilité pénale des ministres envisagée par le projet de révision constitutionnelle

393. Le projet de réforme constitutionnelle propose un compromis plutôt satisfaisant entre la remise en cause injustifiée et l'impunité des ministres. Elle semble mettre fin à l'opacité existante (1). La solution préconisée est innovante et marque une singularité au regard du droit comparé par l'équilibre qu'elle tente d'instaurer (2).

[654] *Ibidem*, §79.
[655] *Ibidem*, §92.
[656] *Ibidem*, §93.

1- Une clarification judicieuse proposée par le projet de révision constitutionnelle

394. Dans l'esprit de mettre un terme à cet imbroglio constitutionnel, le projet de révision constitutionnelle, dans son article 13 alinéa 2, enrichi par les recommandations formulées dans l'avis du conseil d'État[657], clarifie la responsabilité pénale des ministres en disposant qu': « ils sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Leur responsabilité ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable ».

395. En somme, l'ajout de la formulation : « leur responsabilité ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est *directement et personnellement imputable »*, apporte une réponse cohérente aux critiques formulées à l'encontre de la rédaction actuelle pour deux raisons.

396. D'une part, cette adjonction répond à l'exigence du caractère personnel de la responsabilité pénale prévue à l'article 121-1 du Code pénal disposant que: «nul n'est responsable pénalement que de son propre fait », principe rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision rendue le 16 juin 1999 à propos de l'examen de la loi du 18 juin 1999 relative à la sécurité routière[658]. En vertu de cet énoncé, une personne ne peut se voir infliger une sanction pénale si elle n'a pas pris part personnellement à la commission de l'infraction. L'imputabilité de l'infraction doit être établie à l'égard de la personne. Cette précision issue de la réforme affiche la volonté du constituant de protéger les ministres dans le cas où leur administration les aurait délibérément maintenus dans l'ignorance. Elle exclut ainsi une présomption d'imputation du fait de leur administration. Le juge appréciera objectivement le lien direct et personnel de leur inaction par l'examen des circonstances conduisant à la survenance du dommage. Il n'exonère pas les ministres de leur devoir de vigilance, mais limite très fortement le risque d'engagement d'une responsabilité difficilement justifiable du fait d'autrui. De la sorte, l'exigence du lien direct et personnel de la faute atténue en partie, la critique de soupçon de confusion entre la nature politique et

[657] Le projet dans sa version initiale disposait que la responsabilité des membres du Gouvernement « ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que lorsque celle-ci résulte d'une décision qu'ils ont prise. ». Le Conseil d'État estime que la rédaction de la disposition en cause ne remplit pas la condition de clarté et de précision nécessaire à une incrimination pénale. Il propose dans son avis de modifier le projet en prévoyant que la responsabilité des membres du Gouvernement ne peut être mise en cause à raison de leur inaction « que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable ».

[658] Cons. cons., 16 juin 1999, DC n° 99-411, considérant n° 7 : le juge constitutionnel souligne que ce principe découle des « articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait ».

pénale de l'acte et place le juge dans une situation plus confortable au regard du principe de la séparation du pouvoir.

397. D'autre part, cette nouvelle disposition répond aux critiques relatives aux fautes non intentionnelles, considérées comme « une épée de Damoclès » pour les actes accomplis dans l'exercice de la fonction ministérielle. Elle n'assoit aucune impunité pour les infractions non intentionnelles, un choix contraire aurait été difficilement acceptable au regard de la revendication croissante de la judiciarisation de la vie politique motivée par le principe d'égalité devant la loi. La prescription constitutionnelle de la nécessité d'un lien direct et personnel suppose, désormais, qu'elles ne peuvent être retenues à l'encontre des ministres que de façon plus limitée et moins quasi-automatique, et par voie de conséquence, à la lumière d'une infraction juridiquement établie. Cette orientation opérée par le constituant reflète la rationalité entre la protection de la fonction et l'impunité des ministres comme le décrit le professeur Denys De Béchillon : « aussi bien le gouvernement, aidé sur ce point par les suggestions rédactionnelles du Conseil d'État, a-t-il recherché –et sans doute trouvé– le meilleur compromis. L'implication personnelle et directe du ministre dans la décision de s'abstenir se présente comme le moins mauvais critère possible si l'on veut trouver le bon étiage entre le trop et le trop peu. Il sera toujours possible, par exemple, de continuer à "révéler" une décision, comme le fait le Conseil d'État depuis belle lurette, par des moyens divers et variés, sur la base de signes qui ne le sont pas moins. La place sera en outre maintenue pour une discussion juridique ouverte sur l'imputation "directe et personnelle". Rien n'est claquemuré. Mais on devra se forcer à caractériser une implication profonde, politique et personnelle du ministre avant de pouvoir le mettre en examen et c'est très bien ainsi »[659].

398. Cette nouvelle formulation de l'article 68-1 satisfait d'avantage aux exigences du principe de la légalité des délits et des peines et de son corollaire le principe de la prévisibilité de la loi pénale[660] tel que le recommande la Commission européenne, « la responsabilité

[659] D. De Béchillon, « Que faire de la Cour de justice de la République ? », *in Mélanges en l'honneur de Bernard Stirm, La scène juridique : harmonies en mouvement*, Dalloz, 2019, p.78.

[660]Certains auteurs, notamment, Jean-Éric Schoettl (: Jean-Éric Schoettl, « Supprimer la Cour de justice de la République ? », *Petites affiches*, 9 juillet 2018, n°136, p.94), ont dénoncé les limites de cette disposition. Il relève qu' « outre que l'exigence d'un acte de volonté ou d'une faute délibérée pour qualifier une négligence ministérielle mordrait sur les dispositions de l'article 121-3 du Code pénal, elle n'opposerait qu'un obstacle relatif à la propension du juge judiciaire à interpréter largement les dispositions pénales à l'encontre d'un ministre. La notion de "négligence d'un dépositaire de l'autorité publique ayant permis un détournement de fonds publics" (C. pén., art. 432-15 et C. pén., art. 432-16) n'a-t-elle pas été interprétée de façon "constructive" par la Cour de cassation, puis par la CJR elle-même, à l'encontre de Christine Lagarde ? », cet auteur ajoute que « surtout, une telle solution fait toujours du jugement des ministres, pour des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et inséparables de celles-ci, une question trop purement pénale, tant sur le fond que sur la procédure, pour que le principe de séparation des pouvoirs n'en sorte meurtri ».

pénale des ministres (doit) respecter aussi bien l'article 7 de la CEDH que les autres exigences découlant du principe de l'État de droit, notamment la sécurité juridique, la prévisibilité, la clarté, la proportionnalité, l'égalité de traitement, etc »[661].

399. De la sorte, la réforme marque une singularité au regard du droit comparé par l'équilibre qu'elle met en place entre l'impunité et une remise en cause excessive des ministres, qui mérite d'être soulignée.

2- La singularité de la détermination des infractions des ministres en France au regard du droit comparé

400. Dans de nombreuses législations étrangères, les crimes et les délits susceptibles d'engager la responsabilité des ministres n'ont pas été déterminés clairement. Soit il existe des notions spécifiques méconnues en droit commun, soit l'application partielle du droit commun, avec la soustraction de certaines infractions, soit la soumission totale au texte pénal. Parmi la diversité de situations existantes, l'originalité de la solution envisagée par le projet de réforme constitutionnelle en France se manifeste par le maintien de l'application du droit commun sans dérogation pour certaines infractions –aucun acte ne bénéficierait de l'impunité– et l'exigence de l'imputation directe et personnelle en cas d'inaction n'entretenant pas de lien direct avec les dommages éviterait les remises en cause non fondée.

401. Hormis la question de la partialité, en raison de la phase d'accusation et de jugement relevant de la compétence des autorités politiques, les textes constitutionnels se réfèrent, souvent, à des notions indéterminées qui vont à l'encontre du principe de la légalité des délits et des peines. Aux États-Unis, la section 4 de l'article II[662] de la Constitution mentionne la trahison, la corruption ou autres crimes et délits majeurs. En plus de la notion méconnue de « trahison » en droit commun, que faut-il entendre par autres crimes et délits majeurs ? Dans quelles mesures la responsabilité pénale des ministres est-elle susceptible d'être engagée ? De

[661] Commission européenne pour la démocratie par le droit, Rapport sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres, adopté par la Commission de Venise lors de sa 94ème session plénière, 8 et 9 mars 2013, disponible sur le site : https://www.venice.coe.int. D'ailleurs, cette imprécision des textes constitutionnels européens a conduit la commission européenne à inviter les pays membres de l'Union à préciser les éléments constitutifs des infractions susceptibles d'engager la responsabilité pénale des membres des gouvernement afin de respecter l'art 7 de la CEDH et la prévisibilité de la loi dans l'objectif d'éviter l'instrumentalisation politique des procédures pénales.

[662] La section 4 de l'article II de la Constitution dispose que « Le président, le vice-président et tous les fonctionnaires civils des États-Unis seront destitués de leurs charges sur mise en accusation et condamnation pour trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs ».

même, la Constitution brésilienne dans son article 52 [663] fait référence aux crimes de responsabilité, sans pour autant les définir. Que faut-il entendre par cet intitulé ?

402. Les expressions comme « haute trahison et crimes ou délits majeurs » prévues par la Constitution américaine et « crimes de responsabilité » figurant dans la Constitution brésilienne, bien qu'indéterminées, laissent échapper certaines infractions ne revêtant pas de pareille qualification. Leur fondement étant justifié par la spécificité de la fonction, pour éviter une remise en cause excessive des ministres, elles heurtent à la fois le principe de légalité des délits et des peines, mais aussi, engendrent une rupture d'égalité devant la loi. Alors que la solution issue du projet relatif à la future réforme constitutionnelle en France, ne fait guère référence à des notions exorbitantes du droit commun, aucune infraction ministérielle, même mineure, ne bénéficierait d'une quelconque impunité. Parallèlement, en cas d'inaction, le lien d'imputation direct et personnel exclut la remise en cause éloignée et infondée.

403. Eu égard à cette logique, le projet de réforme constitutionnelle apporte, par ailleurs, une innovation par rapport aux autres régimes parlementaires et semi-présidentiels en Europe. Dans la majorité des régimes évoqués, bien que le soin de juger les ministres, contrairement à la phase d'accusation, incombe aux juges professionnels et non pas aux autorités politiques, la détermination de la responsabilité pénale des ministres demeure délicate. La quasi-totalité des textes constitutionnels prévoient l'application des textes régissant le droit commun, sans en livrer une lecture analogue. Certains prennent en considération la nature de l'activité ministérielle et en soustrait quelques infractions et d'autres soumettent les ministres, sans dérogation particulière comme les citoyens ordinaires, aux textes pénaux de droit commun en éludant la question du lien de causalité. Au regard de ces deux solutions précitées, la nouvelle réforme est innovante.

404. En premier lieu, dans les législations prévoyant l'application du droit commun avec la soustraction de certaines infractions, indépendamment de l'absence de précision concernant le lien entre l'infraction et l'auteur, les actes ministériels bénéficient d'une impunité partielle puisque certaines incriminations ne peuvent être invoquées Il en va ainsi, au Danemark, où il existe une particularité dans la détermination matérielle des actes susceptibles de constituer une incrimination et les peines applicables. La loi du 15 avril 1964 sur la responsabilité pénale

[663] « Il appartient exclusivement au Sénat fédéral: I - d'instruire le procès et de juger le Président et le Vice-Président de la République dans les cas de crimes de responsabilité et les ministres d'État dans les cas de crimes de même nature qui leur seraient connexes ».

des ministres[664] précise dans son §5[665], qu'un ministre est passible de sanctions si, par sa négligence grave ou une faute intentionnelle, il faillit aux obligations qui lui incombent en vertu de la Constitution ou d'autres lois, ou en raison de l'ampleur de sa fonction. Selon cette disposition dans son alinéa 2, le §5 s'applique également si le ministre fournit au Parlement des informations fausses ou trompeuses ou garde le silence au cours de la procédure sur des informations essentielles à l'appréciation de l'affaire. La loi précitée admet la responsabilité pénale des ministres mais elle exige une négligence grave ou une faute intentionnelle pour constituer l'incrimination. De même, en Roumanie, une faute intentionnelle est exigée. « Trois infractions sont réprimées : le fait de s'abstenir d'accomplir un acte ou de l'accomplir sciemment de manière défectueuse, portant ainsi atteinte aux intérêts d'une personne ; le fait de s'abstenir d'accomplir un acte ou de l'accomplir sciemment de manière défectueuse, en limitant certains droits ; le fait de s'abstenir d'accomplir un acte ou de l'accomplir sciemment de manière défectueuse, portant ainsi atteinte aux intérêts publics »[666]. Dès lors, il n'y a aucune précision concernant les infractions non intentionnelles et leur invocabilité. En Suède, une faute lourde est nécessaire pour mettre en jeu la responsabilité pénale des membres du gouvernement [667] . Néanmoins, la notion de faute lourde reste floue et, par voie de conséquence, qu'en n'est-il des fautes ne revêtant pas cette dénomination? En Allemagne, les ministres sont soumis au texte pénal de droit commun. L'article 34[668] de la Loi fondamentale indique que la responsabilité pénale des membres du gouvernement peut être engagée en cas « de faute intentionnelle ou de négligence grossière », or cette formulation écarte un certain nombre de fautes non intentionnelles en prescrivant un seuil de gravité imprécis et ne retient aucun lien de causalité.

405. En second lieu, certains autres textes constitutionnels qui consacrent expressément la pure application du droit commun, n'accordent, certes, aucune impunité pour les actes ministériels, mais l'imprécision concernant le lien entre le fait dommageable et l'exercice de

[664] Sénat, « la responsabilité pénale des chefs d'Etat et de gouvernement », service des affaires européennes, Septembre 2001, disponible sur le site : https://www.senat.fr.

[665] « Lov om ministres ansvarlighed du 15 avril 1964, n°117, §5 : En minister straffes, hvis han forsætligt eller af grov uagtsomhed tilsidesætter de pligter, der påhviler ham efter grundloven eller lovgivningen i øvrigt eller efter hans stillings beskaffenhed.
Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder anvendelse, såfremt en minister giver folketinget urigtige eller vildledende oplysninger eller under folketingets behandling af en sag fortier oplysninger, der er af væsentlig betydning for tingets bedømmelse af sagen".

[666] Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Op. cit.*, p. 21.

[667] *Ibidem*, p.11.

[668] Cet article dispose que « lorsqu'une personne, dans l'exercice d'une fonction publique dont elle est investie, viole ses obligations de fonction envers un tiers, la responsabilité incombe par principe à l'État ou à la collectivité au service de laquelle elle se trouve. L'action récursoire demeure possible en cas de faute intentionnelle ou de négligence grossière. Le recours devant les tribunaux ordinaires ne doit pas être exclu pour l'action en dommages-intérêts ni pour l'action récursoire ».

la fonction créerait le risque d'une remise en cause du fait de leur administration, même lorsqu'ils ne sont pas à l'origine du fait infractionnel. A titre d'illustration, la Loi constitutionnelle fédérale autrichienne indique dans son article 173 aliéna 2.a[669] que la responsabilité pénale des membres du gouvernement peut être engagée pour « violation de la loi ». Elle n'apporte aucune indication quant au fondement et au lien de causalité. Ainsi toute action ou omission peuvent aboutir à l'engagement de la responsabilité pénale, dès qu'elles sont constitutives de la violation d'un droit. De même, en Belgique, la responsabilité pénale des membres du gouvernement est soumise au droit commun pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. L'article 2 de la Loi constitutionnelle relative à la responsabilité pénale des ministres du 25 juin 1998[670] dispose que « la cour d'appel de Bruxelles est seule compétente pour juger un ministre pour des infractions qu'il aurait commises dans l'exercice de ses fonctions » sans donner plus de détails à propos des infractions visées ni concernant le lien de causalité. Pareillement, l'article 85 de la Constitution grecque dispose que : « les membres du Conseil des ministres ainsi que les secrétaires d'État sont collectivement responsables de la politique générale du Gouvernement, et chacun d'entre eux est responsable des actes ou omissions relevant de sa compétence, selon les dispositions des lois sur la responsabilité des ministres ». La loi n° 2509/1997[671] relative à la responsabilité pénale des ministres, n'énonce pas les cas dans lesquels les agissements d'un ministre pourraient constituer une infraction, elle indique seulement, dans son §1, que: « pour les actions punissables des membres du gouvernement et des sous-secrétaires d'État ce sont les dispositions du droit pénal commun qui s'appliquent ». La même ambiguïté se retrouve dans l'article 96[672] de la Constitution italienne et au Royaume-Uni, où la responsabilité pénale des ministres est soumise aux règles de droit commun sans faire référence à un quelconque lien de causalité. La Constitution espagnole, bien que, contrairement aux autres, en plus de la subordination au régime pénal ordinaire, recoure à certaines infractions spécifiques dans son

[669] L'article 173 alinéa 2, a de la Loi constitutionnelle fédérale autrichienne indique que « La cour fédérale de justice statue sur les plaintes qui tendent à mettre en jeu la responsabilité prévue par la constitution pour les organes indiqués à l'al. 2 en ce qui concerne les violations de droit entraînant leur responsabilité et ayant été effectuées pendant la durée de leurs fonctions. 2. Ces plaintes peuvent être déposées : contre les membres du gouvernement fédéral et les organes qui, du point de vue de la responsabilité, leur sont assimilés, pour violation de la loi : par une décision de la diète fédérale ». Par ailleurs l'article 88.1 dispose que « Les membres du gouvernement fédéral sont responsables pour les violations du droit entraînant une responsabilité survenues pendant qu'ils occupaient leur charge (art. 173, al. 2, a) ».

[670] Loi constitutionnelle du 25 juin 1998 réglant la responsabilité pénale des ministres, disponible sur le site : https://www.lachambre.be.

[671] Loi n° 2509 du 19 juin 1997 sur la responsabilité pénale des ministres, citée par S.Nicot, « Sidirokastriti Dionysia. Grèce ». *In: Annuaire international de justice constitutionnelle*, Persée, 17-2001, 2002. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction - Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel, p. 229-248.

[672] L'article 96 de la Constitution italienne précise que « Le président du Conseil des ministres et les ministres, alors même qu'ils ont cessé d'exercer leurs fonctions, sont soumis, pour les délits et pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, 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 ».

article 102 comme la « trahison ainsi que (les) atteintes à la sureté de l'État »[673], n'apporte aucune mention des agissements pouvant être constitutifs de ces incriminations. A l'instar des autres pays, l'absence de la détermination du lien de causalité concernant ces infractions est apparente.

406. Ces quelques éléments comparatifs pourront sans doute éclairer utilement l'apport de la rédaction issue du projet de la réforme constitutionnelle exigeant une imputation directe et personnelle en cas d'inaction. Il n'en résulte aucune impunité tout en évitant l'engagement d'une responsabilité manifestement injustifiée.

407. A côté de l'invocabilité restreinte du principe de la légalité des délits et des peines, la justiciabilité du droit à un procès équitable fait également défaut à la fois devant la Haute Cour et devant la Cour de justice de la République.

[673] Elles doivent être soumises à la procédure de mise en accusation par le Parlement.

Section II – L'invocabilité limité du droit au procès équitable

408. La justiciabilité du droit à un procès équitable à l'égard du président de la République devant la Haute Cour et des ministres devant la Cour de justice de la République fait défaut. En effet, la composition entièrement politique de la Haute Cour (§1) et la composition majoritairement politique de la Cour de justice de la République (§2) empêchent le chef de l'État et les ministres d'invoquer le bénéfice de ce droit.

§ I – Devant la Haute Cour

409. L'article 68 de la Constitution dispose que: « la destitution (du chef de l'État) est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour. La proposition de réunion de la Haute Cour adoptée par une des assemblées du Parlement est aussitôt transmise à l'autre qui se prononce dans les quinze jours. La Haute Cour est présidée par le président de l'Assemblée nationale. Elle statue dans un délai d'un mois, à bulletins secrets, sur la destitution. Sa décision est d'effet immédiat ». Dès lors, ce texte distingue deux phases dans lesquelles l'absence d'impartialité émerge, celle de la mise en accusation (A) et celle de la phase du jugement (B).

A – Le déclenchement purement politique des poursuites : une spécificité inévitable

410. La phase de la mise en accusation du Président de la République relève d'une démarche entièrement politique puisqu'elle incombe exclusivement aux assemblées parlementaires. Dans son rôle de représentation nationale, elle est seule apte à apprécier politiquement les agissements du chef de l'État (1). Le droit comparé réserve également cette phase au pouvoir législatif en général (2).

1- La possibilité offerte aux assemblées parlementaires de déclencher ou non des poursuites

411. Le parlement détient le monopole de déclenchement de la procédure de mise en accusation du chef de l'État pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Cette exclusivité empêche le ministère public d'engager de quelconques poursuites.

412. En vue de sauvegarder l'indépendance de la fonction présidentielle, depuis longtemps, les Constitutions successives ont confié cette phase de mise en accusation au pouvoir législatif. La Constitution du 5 Fructidor an III dans ses articles 112[674], 115[675] et 158[676], celle du 4 novembre 1848 dans son article 100[677], la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1975 dans son article 12[678] sur les rapports entre les pouvoirs publics organise une procédure inspirée de l'*impeachment* des ministres en Grande-Bretagne et du Président des États-Unis, prévoyant une mise en accusation par les députés et un jugement par les sénateurs constitués en Cour de justice[679]. La Constitution du 27 octobre 1946 dans son article 42 disposait aussi que cette mise en accusation relève de la compétence exclusive de l'Assemblée nationale[680]. Les constituants ont supprimé l'intervention du sénat en spécifiant dans l'alinéa 2 de cet article qu'« 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». L'Assemblée nationale désignait en son sein les deux tiers des membres de la Haute Cour de Justice, le dernier tiers est choisi en dehors de l'Assemblée. La Constitution du 4 octobre 1958, « avec le rétablissement du Sénat en 1958, (…) combine les deux formules dans un esprit pleinement bicaméral, tant dans la mise en accusation, qui résulte d'un vote identique des deux

[674] L'article 112 prévoit qu'« 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 ».

[675] L'article 115 indique que « Ils sont traduits devant la (Haute Cour de justice) pour les faits de trahison, de dilapidation, de manœuvres pour renverser la Constitution, et d'attentat contre la sûreté intérieure de la République.

[676] L'article 158 précise que le directoire « est tenu, pendant cet intervalle, de justifier au Corps législatif de sa résidence. - L'article 112 et les suivants, jusqu'à l'article 123 inclusivement, relatifs à la garantie du Corps législatif, sont communs aux membres du Directoire ».

[677] L'article 100 dispose que « 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 ».

[678] En effet, la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics dans son article 12 prévoyait que « 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'Etat. - 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 ».

[679] Rapport n° 194 (2006-2007) de J-J Hyest, fait au nom de la commission des lois, déposé le 31 janvier 2007 relatif au projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution, disponible sur le site : https://www.senat.fr

[680] L'article 42 de la Constitution de 1946 indique que « 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 ».

assemblées, que dans la composition de la Haute Cour de Justice dont les juges sont élus par elles en leur sein et à parité »[681]. L'article 68 de la Constitution du 4 octobre 1958, modifié par la révision constitutionnelle de février 2007 [682] , prévoit que le déclenchement des poursuites relève de la compétence des assemblées parlementaires, et elle renvoie à une loi organique[683] le soin de fixer les conditions de son application.

413. Le respect du principe de la séparation des pouvoirs rend inévitable l'exclusion des autorités judiciaires dans le déclenchement des poursuites. Comme il a été rappelé dans le cadre de la proposition de la loi constitutionnelle tendant à modifier l'article 68 de la Constitution, que « le fait que le Président de la République échappe à la juridiction de droit commun pour les actes liés à l'exercice de ses fonctions est le prolongement logique du principe de la séparation des pouvoirs. Son action en qualité de chef de l'exécutif ne saurait être soumise à l'appréciation des tribunaux, sauf à permettre au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans le fonctionnement du pouvoir exécutif et de le soumettre ainsi à son contrôle »[684]. En effet, les actes accomplis par le chef de l'État étant des actes à caractère politique, une interprétation judiciaire de ces derniers entraverait la mission du Président de la République, et de ce fait remettrait en cause continuellement ces actes.

414. De plus, soumettre le déclenchement des poursuites à l'encontre du Président pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions aurait pour conséquence une application mécanique de la loi pénale générale éloignée de la réalité politique dont les parlementaires ont

---

[681]Commission Avril, Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, *La documentation française*, Décembre 2002, disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr

[682]Loi constitutionnelle du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution (sur le statut pénal du Président de la République).

[683] Loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution. Cette loi organique décrit celle-ci et ses articles 1 à 4 régissent la phase de la mise en accusation. Tout d'abord, son article 1er dispose que la « décision de réunir la Haute Cour résulte de l'adoption d'une proposition de résolution par les deux assemblées au Parlement ». Cette proposition doit être déposée devant l'une ou l'autre assemblée parlementaire et exposer les « motifs susceptibles de caractériser un manquement au sens du premier alinéa de l'article 68 de la Constitution ». Dès lors, elle doit obligatoirement être motivée. De plus, elle doit être signée par au moins un dixième des membres de l'assemblée devant laquelle elle a été déposée. Elle ne peut faire, lors de son examen, l'objet d'aucun amendement ni d'aucune lecture devant l'Assemblée en question. Cette proposition est communiquée sans délai au président de la République et au premier ministre. Ensuite l'article 2 de la loi organique du 24 novembre 2014 indique qu'il revient au bureau de l'Assemblée devant laquelle la proposition a été déposée d'examiner sa recevabilité. Si les conditions prévues par l'article 1er ne sont pas remplies, la proposition ne pourra pas faire l'objet de discussion, elle sera rejetée. Au contraire, si les conditions sont remplies, la proposition est transmise pour être examinée par la commission permanente en matière de lois constitutionnelles qui conclut à son adoption ou à son rejet. Peu importe le résultat de cet examen, la proposition est inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée concernée au plus tard le 13ème jour suivant la décision de la commission. Le vote doit intervenir au plus tard le 15ème jour. Puis, dès que le vote permettant d'adopter cette proposition est intervenu, elle est transmise immédiatement à l'autre assemblée selon l'article 3 de la loi organique. A nouveau, elle est transmise à la commission permanente compétente en matière de lois constitutionnelles de cette assemblée, chargée de l'examiner. La proposition de résolution est inscrite à l'ordre du jour au plus tard le 13ème jour suivant sa transmission et le vote doit intervenir au plus tard le 15ème jour. Enfin, l'article 4 de la loi organique dispose que lorsque la proposition est rejetée par l'une ou l'autre assemblée, ceci met fin à la procédure. Il s'agit d'une procédure très rapide et complexe.

[684] Proposition de la Loi constitutionnelle de J-M. Ayrault tendant à modifier l'article 68 de la Constitution, document mis en distribution, 30 mai 2001, n°3091, disponible sur le site : http://www.assemblee-nationale.fr.

une meilleure compréhension. C'est la raison pour laquelle la compétence du Parlement, en tant qu' « autorité constitutionnelle également issue du suffrage universel »[685], siégeant en Haute Cour, pour apprécier « le comportement du président »[686] ne suscite pas de critiques dans la mesure où cette responsabilité, même si à l'origine revêt une acception pénale, « elle se transforme rapidement en une responsabilité d'une autre nature »[687]. L'appréciation des actes politiques réalisée par une institution consciente de leurs effets et de leur raison d'être en fonction des circonstances s'inscrit dans une démarche rationnelle puisqu'il s'agit d' « une situation politique qu'il convient d'apprécier politiquement, eu égard à la place de la fonction présidentielle dans les institutions ; cette appréciation, seule la représentation nationale peut légitimement la porter dès lors qu'elle en assume la responsabilité devant le peuple qui tranchera en dernier ressort»[688].

415. La compétence exclusive dévolue par la Constitution à cet organe particulier réduit également « le parasitage judiciaire dans un pays qui donne toutes les possibilités procédurales à n'importe quel malveillant d'instrumentaliser la justice pour faire de la politique ou de la nuisance narcissique »[689]. Le déclenchement des poursuites reste une mesure exceptionnelle protégeant la fonction contre les atteintes d'une extrême gravité portées par son titulaire.

416. L'exclusion des juridictions de droit commun dans cette phase n'est pas propre à la France. Le droit comparé dévoile l'existence d'une procédure analogue, communément admise.

2- Un constat partagé en droit comparé

417. La mise en jeu de la responsabilité du chef de l'État pour les actes rattachables à l'exercice de sa fonction relève dans de nombreux pays de la compétence exclusive du pouvoir législatif et non pas de juridictions de droit commun, mettant en exergue le caractère exceptionnel de cette responsabilité.

---

[685] Commission Avril, *Op. cit.,* p. 35.
[686] *Ibidem.*
[687] *Ibidem.*
[688] P. Avril, *La responsabilité du chef de l'État,* Volume 12, Société de législation comparée, Coll. Colloques, 2009, p.146.
[689] Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par Lionel Jospin, « Pour un renouveau démocratique », novembre 2012, disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr.

418. Aux États-Unis, régime présidentiel, la section 2 de l'article 1[690] de la Constitution de 1787 prévoit que le pouvoir de la mise en accusation est détenu par la chambre des représentants, et la section 3 de son article 1[691] indique que le Sénat aura la charge de juger le Président. La Constitution brésilienne dans son article 52 de la section IV consacrée au Sénat fédéral dispose qu'« il appartient exclusivement au Sénat fédéral d'instruire le procès et de juger le Président et le vice-président de la République dans les cas de crimes de responsabilité ».

419. Mais aussi, dans les régimes parlementaires, le déclenchement des poursuites incombe aux représentants de la Nation. La Loi fondamentale allemande, dans son article 61[692], proclame que le Bundestag ou le Bundesrat ont le monopole de la mise en accusation de la responsabilité du Président fédéral. Cette demande de mise en accusation doit être présentée par au moins un quart des membres du Bundestag ou un quart de ceux du Bundesrat, alors que, pour la décision de mise en accusation, la majorité des deux des membres du Bundestag ou du Bundesrat est exigée. La mise en accusation du Président en Italie[693] appartient également au Parlement réuni en Congrès à la majorité absolue de ses membres. Il en va de même en Irlande où la Constitution dans son article 12-10[694] dispose que l'une des deux Chambres du Parlement peut formuler la proposition d'accusation. En Grèce, « la proposition

[690] « La Chambre des représentants désignera son *speaker* et les autres membres de son bureau; et elle aura le pouvoir exclusif de mise en accusation (*impeachment*) devant le Sénat ».

[691] « Le Sénat aura le pouvoir exclusif de juger les personnes mises en accusation par la Chambre des représentants. Quand il siégera à cet effet, ses membres prêteront serment ou feront une déclaration solennelle. En cas de jugement du Président des États-Unis, le juge en chef de la Cour suprême présidera. Et nul ne sera déclaré coupable sans accord des deux tiers des membres présents ».

[692] L'article 61 de la Loi fondamentale allemande dispose que : « (1) Le Bundestag ou le Bundesrat peut mettre le Président fédéral en accusation devant la Cour constitutionnelle fédérale pour violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale. La demande de mise en accusation doit être présentée par un quart au moins des membres du Bundestag ou un quart des voix du Bundesrat. La décision de mise en accusation doit être prise à la majorité des deux tiers des membres du Bundestag ou des deux tiers des voix du Bundesrat. L'accusation est soutenue par un représentant de l'organe qui accuse.
(2) Si la Cour constitutionnelle fédérale constate que le Président fédéral s'est rendu coupable d'une violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale, elle peut le déclarer déchu de ses fonctions. Par une ordonnance provisoire, elle peut, après la mise en accusation, décider qu'il est empêché d'exercer ses fonctions ».

[693] L'article 90 de la Constitution indique que « le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, hormis le cas de haute trahison ou d'attentat à la Constitution. Dans ces cas, il est mis en accusation par le Parlement réuni en congrès, à la majorité absolue de ses membres ».

[694] L'article 12-10 de la constitution : 1° Le président peut être mis en accusation pour mauvaise conduite avérée.
2° L'accusation doit être formulée par l'une des deux chambres du Parlement, sans préjudice des dispositions de ce paragraphe et conformément à elles.
3° Une proposition devant l'une des deux chambres du Parlement de porter une accusation contre le président conformément à ce paragraphe n'est pas recevable à moins que la motion ne soit signée par écrit par au moins trente membres de la chambre.
4° Aucune proposition de ce genre ne peut être adoptée par l'une des deux chambres du Parlement sinon par une résolution soutenue par au moins deux tiers du nombre total des membres de cette chambre.
5° Si l'accusation a été portée par l'une des deux chambres du Parlement, l'autre chambre doit enquêter sur l'accusation ou faire examiner cette accusation.
6° Le président a le droit d'être présent ou représenté lors de l'enquête sur l'accusation.
7° Si, comme résultat de l'enquête, une résolution est approuvée avec le soutien d'au moins deux tiers du nombre total des membres de la chambre du Parlement qui a enquêté sur l'accusation ou l'a faite examiner, déclarant que l'accusation portée contre le président est fondée et que la mauvaise conduite, objet de l'accusation, est telle qu'elle le rend inapte à poursuivre son mandat, cette résolution a pour effet de destituer le président de ses fonctions.

de mise en accusation et de traduction en justice du Président de la République est soumise à la Chambre des députés signée par un tiers au moins de ses membres ; elle est adoptée par une résolution prise à la majorité des deux tiers du nombre total de ses membres »[695].

420. Dans les régimes semi-présidentiels, à l'instar de la France, la mise en accusation appartient également aux Assemblées parlementaires. La Loi constitutionnelle fédérale autrichienne du 1er octobre 1920 proclame dans son article 60 alinéa 6[696] que le Président de la Confédération peut être révoqué par un vote populaire avant le terme de son mandat, sur demande de l'Assemblée fédérale. Ou encore, la Constitution portugaise prévoit que l'initiative de la mise en accusation du Président de la République relève de la compétence de l'Assemblée de la République, sur proposition d'un cinquième et sur décision approuvée à la majorité des deux tiers des députés[697]. Enfin, la Constitution polonaise, dans son article 145. 2°, dispose que « la mise en accusation du Président de la République peut intervenir sur vote d'une résolution par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers des voix au moins du nombre constitutionnel de ses membres, sur demande d'au moins cent quarante membres de l'Assemblée ».

421. La procédure de la mise en accusation revêt un caractère uniforme, les textes constitutionnels prévoient dans tous les cas le monopole parlementaire en la matière. Qu'il

---

[695] L'article 49 de la Constitution grecque prévoit que « 1. Le président de la République n'est aucunement responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions sinon en cas de haute trahison ou de violation délibérée de la Constitution. Pour ce qui est des actes qui n'ont pas de rapport avec l'exercice de ses fonctions, la poursuite pénale est suspendue jusqu'à l'expiration du mandat présidentiel.
2. La proposition de mise en accusation et de traduction en justice du président de la République est soumise à la Chambre des députés signée par un tiers au moins de ses membres ; elle est adoptée par une résolution prise à la majorité des deux tiers du nombre total de ses membres.
3. Si la proposition est adoptée, le président de la République est traduit devant la Cour de l'article 86, les dispositions sur celle-ci étant en l'occurrence appliquées de façon analogue.
4. A partir de sa traduction devant la Cour, le président de la République s'abstient de l'exercice de ses fonctions, étant suppléé selon les dispositions de l'article 34, et il les reprend de nouveau à partir du prononcé du jugement d'acquittement par la Cour de l'article 86, à moins que son mandat n'ait expiré.
5. Une loi, votée par la Chambre des députés en assemblée plénière, règle les modalités de l'application des dispositions du présent article ».

[696] L'article 60 de la Loi constitutionnelle fédérale dans sa version de 1929 dans son alinéa 6 dispose que « Le président de la Confédération peut être révoqué par une votation populaire avant le terme de l'expiration de ses fonctions. Cette votation doit avoir lieu sur la demande de l'Assemblée fédérale. L'Assemblée fédérale doit être convoquée à cette fin par le chancelier, lorsque le Conseil national a voté une résolution en ce sens. La décision du Conseil national doit être prise en présence d'au moins la moitié des députés et à la majorité des deux tiers des voix exprimées. La décision du Conseil national emporte empêchement pour le président de la Confédération de continuer à exercer ses fonctions. Le refus de la révocation par la votation populaire vaut réélection et entraîne la dissolution du Conseil national (art. 29, 1er alinéa). Même dans ce cas, le président de la Fédération ne peut rester en fonctions plus de douze ans ».

[697] L'article 130 de la Constitution portugaise dispose que « 1. Le président de la République répond des crimes qu'il commettrait dans l'exercice de ses fonctions devant le Tribunal suprême de justice.
2. L'initiative de la procédure incombe à l'Assemblée de la République, sur proposition d'un cinquième et sur décision approuvée à la majorité des deux tiers des députés effectivement en fonction.
3. La condamnation entraîne la destitution et l'impossibilité d'être réélu.
4. Le président de la République répond des crimes qu'il commettrait en dehors de l'exercice de ses fonctions devant les tribunaux ordinaires et une fois son mandat terminé ».

s'agisse d'un régime présidentiel, d'un régime parlementaire ou d'un régime semi-parlementaire, un constat similaire s'impose, la représentation nationale, détenant un rôle déterminant, légitimée par leur mode de désignation, généralement au suffrage universel direct, est seule habilitée à engager la responsabilité du chef de l'État pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Cette phase d'accusation ne signifie pas pour autant condamnation définitive qui relève de la phase de jugement où la composition de la Haute Cour déroge aux exigences du droit à un procès équitable.

B – La composition entièrement politique de la Haute cour : une partialité manifeste

422. Le jugement incombe aussi à la même autorité, l'Assemblée parlementaire, exclusivement politique (1). Demeure, de la sorte, la confusion entre organe d'accusation et organe de jugement, alors que le droit comparé illustre une pratique plus contrastée. Certaines législations ont mis en place des instances juridictionnelles qui répondent mieux aux exigences du principe de l'impartialité (2).

1- L'absence manifeste d'impartialité des membres de la Haute Cour

423. L'article 68 de la Constitution confie, comme la mise en accusation, l'étape du jugement au parlement réuni en Haute Cour. Cette phase est détaillée par les articles 5 à 7 de la loi organique du 24 novembre 2014[698]. La composition entièrement politique de la Haute

[698] Loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution : Tout d'abord, l'article 5 dispose que le bureau de la Haute Cour se réunit dès que la proposition de résolution a été adoptée par les deux assemblées. Il est présidé par le président de l'Assemblée nationale et il se compose « de vingt-deux membres désignés, en leur sein et en nombre égal, par le Bureau de l'Assemblée nationale et par celui du Sénat, en s'efforçant de reproduire la configuration politique de chaque assemblée ».
Ensuite l'article 6 prévoit la constitution d'une commission composée de six vice-présidents de l'Assemblée nationale et de six vice-présidents du Sénat. Cette commission « est chargée de recueillir toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission par la Haute Cour ». Cette disposition ajoute que cette commission doit également s'efforcer de reproduire la composition politique de chaque assemblée. Cette recommandation n'est pas anodine en raison de l'importance de la fonction présidentielle. L'article 6 laisse la possibilité au président ou à son représentant d'être entendu par la commission s'il en fait la demande. Dans les 15 jours qui suivent l'adoption de la résolution, la commission doit élaborer un rapport qui sera transmis aux membres de la Haute Cour et communiqué au président de la République ainsi qu'au premier ministre. Ce rapport sera rendu public.
Enfin, l'article 7 indique que les débats devant la Haute Cour sont publics. Le président peut à tout moment se faire assisté ou représenté par la personne de son choix. Il peut également prendre ou reprendre la parole en dernier. La Haute Cour dispose d'un délai d'un mois pour statuer sinon elle sera dessaisie. Il faut ajouter que l'article 68 de la Constitution dans ses alinéas 3 et 4 précise que la Haute Cour statue « dans un délai d'un mois, à bulletins secrets, sur la destitution. Sa décision est d'effet immédiat. Les décisions prises en application du présent article le sont à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée concernée ou la Haute Cour. Toute délégation de vote est interdite. Seuls sont recensés les votes favorables à la proposition de réunion de la Haute Cour ou à la destitution ».

Cour peut engendrer certaines critiques. Le professeur Guy Carcassonne[699] en relevait deux. D'une part, il s'agit d'une «véritable responsabilité politique du Président de la République qui est instituée et rien n'empêchera les parlementaires d'en faire un usage abusif, en particulier si l'on retrouve des périodes de cohabitation »[700]. D'autre part, « le Sénat étant habituellement consacré à la droite comme d'autres le sont à la Sainte Vierge, nul Président issu de ce camp ne courrait le moindre risque, auquel ne seraient exposés que des présidents de gauche ». Or ces critiques doivent être nuancées, car, comme l'expliquait encore Guy Carcassonne[701], concernant la première critique, deux tentatives de recours à cette procédure ont été envisagées mais n'ont jamais abouti ; il s'agissait de celle de Charles Pasqua contre François Mitterrand qui avait refusé de signer les ordonnances en 1986, et l'autre d'Arnaud Montebourg contre Jacques Chirac sur les affaires de la ville de Paris. Ces tentatives, bien que ces deux acteurs fissent partie de la majorité à l'Assemblée, ont échoué car ils n'ont pas été suivis politiquement par les membres de leur groupe. Concernant la deuxième critique, « lorsque la question se pose sérieusement, et alors il n'y a plus de solidarités qui jouent ; le président qui s'est mis dans une situation telle que sa destitution soit envisageable devient radioactif, voit ses anciens soutiens s'éloigner le plus possible de peur, sinon, de l'accompagner dans sa chute. Nixon, républicain, fut contraint à partir par une majorité républicaine, Collor de Mello, au Brésil, subit le même désaveu d'assemblée largement dominée par ses amis, et c'est lorsqu'ils constatèrent qu'aucun élu démocrate ni, surtout, l'opinion publique ne les suivaient que les républicains du Congrès américain mirent fin à la procédure engagée contre le président démocrate, Bill Clinton ». Ainsi, le fait qu'une assemblée soit d'une couleur politique autre que celle du Président n'a pas forcément un impact sur la procédure de destitution.

424. Cependant, en France, la destitution d'un Président n'a jamais été prononcée, mais à supposer que cela se produise, la question se cristalliserait sur la notion de l'impartialité des membres de la Haute Cour pour juger le Président. Le droit à un procès équitable est remis en cause par l'absence d'impartialité éventuelle de ces membres (organe accusateur et organe de jugement). L'absence d'impartialité des membres de la Haute Cour est contraire à la théorie des apparences dégagée par la Cour EDH[702]. L'exigence d'impartialité s'impose à tous les

[699] G. Carcassonne, *Op. cit.*, p. 340.
[700] *Ibidem*.
[701] *Ibidem*, p. 340-341.
[702] CEDH, 28 septembre 1995, Procola c./ Luxembourg, n° 14570/89, *D.* 1996. 301, note F. Benoît-Rohmer ; *RFDA* 1996. 777, note J.-L. Autin et F. Sudre.

types de tribunaux et de juridictions[703] en raison de la confiance qu'ils doivent inspirer aux citoyens**.** Cette théorie permet de remettre en cause l'impartialité d'une juridiction en raison de sa composition.

425. L'impartialité de la Haute Cour est, dans son ensemble, compromise, à la fois dans sa dimension objective et subjective[704]. En ce qui concerne l'impartialité subjective, la Cour exige que le juge puisse traiter un litige sans le préjuger. Il s'agit, dans ce cas, du for intérieur du juge. Il existe une présomption d'impartialité réfragable pour le juge national, mais celle-ci est-elle applicable aux membres de la Haute Cour qui sont soit de la même couleur politique que le Président soit font partie de l'opposition ? Sur le plan de l'impartialité objective, la Cour contrôle s'il existe des éléments objectifs tendant à créer des doutes quant à l'impartialité du juge. Dans ce cas, la question se concentre sur le fait que la mise en accusation et la phase de jugement relèvent toutes les deux de la compétence parlementaire. Cette analyse soulève la question de l'impartialité des membres de la Haute Cour eu égard aux exigences du procès équitable. Cette procédure peut présenter l'apparence de créer objectivement un avantage ou un inconvénient en faveur ou en défaveur du Président de la République selon la composition de la Haute Cour.

426. Dans l'arrêt du 23 novembre 2017[705], la Cour EDH a jugé la composition de la Haute Cour de justice islandaise conforme à l'article 6 de la Convention EDH. Dans cette affaire, la Cour a dû se prononcer sur la question de l'impartialité de la Haute Cour de justice islandaise qui avait déclaré l'ancien premier ministre coupable pénalement d'avoir gérer de manière négligente la crise bancaire qui avait frappé l'Islande. Bien qu'il ne s'agisse pas du Président de la République, le lien peut être fait avec la question de l'indépendance et de l'impartialité d'une institution de jugement. Le premier ministre arguait, qu'après sa mise en accusation par le Parlement, il existait un doute quant à l'impartialité et l'indépendance de la Haute Cour de justice. Selon le requérant, la composition de la Haute Cour de justice soulève un doute. Elle est composée de 15 juges dont 7 sont des juges professionnels. Or, selon lui, le Parlement a interféré dans la procédure de jugement étant donné qu'il a la faculté de nommer huit juges non-professionnels, ce qui soulève une interrogation quant à leur indépendance et leur

[703] CEDH, 24 février 1993, Fey c./ Autriche, n° 14396/88, § 28 ; CEDH, 4 avril 2000, Academy Trading Ltd. et autres c./ Grèce, n° 30342/96, § 43 ; CEDH, 1er octobre 1982, Piersack c./ Belgique, n° 8692/79, § 30 ; CEDH, 26 février 1993, Padovani c./ Italie, n° 13396/87, § 26 ; CEDH, 15 décembre 2005, Kyprianou c./ Chypre, n° 73797/01, § 119.

[704] CEDH, 23 avril 2015, Morice c./ France, n° 29369/10, § 75 :« La conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective), mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) ».

[705] CEDH, 23 novembre 2017, Haarde c./ Iceland, n° 66847/12.

impartialité[706]. Cependant, la Cour estime qu'il n'y a pas de violation de l'article 6 de la Convention relatif au droit au procès équitable. D'après elle, la Haute Cour de justice islandaise est indépendante et impartiale car les juges non-professionnels doivent prêter serment de remplir leur fonction de manière impartiale et le requérant n'a pas démontré qu'il existe des affiliations politiques relatives à l'objet de l'affaire[707]. La Cour relève ensuite que le premier ministre a été reconnu coupable à neuf votes contre six et que cinq des neufs votes concernant cette culpabilité émanaient de juges professionnels[708]. Cette dernière justification suggère tout de même que les juges non-professionnels seraient susceptibles d'être moins impartiaux que les juges professionnels.

427. Contrairement à la Haute Cour de Justice islandaise, composée de juges non-professionnels nommés par le Parlement et de juges professionnels, cette composition écartant le doute relatif à leur impartialité, la composition de la Haute Cour française présente une réelle difficulté puisqu'elle est exclusivement composée de membres du Parlement. De plus, dans cette affaire, le requérant n'avait pas pu démontrer qu'il existait des liens entre les juges non professionnels et le Parlement susceptibles de lever des doutes quant à leur indépendance et à leur impartialité. Le requérant n'a pas allégué que l'un des juges non professionnels ait réellement pris des instructions ou agi de manière partiale, alors que l'appartenance politique des membres de la Haute Cour suffit à créer le doute. D'aucuns pourraient estimer que cette procédure française de destitution, et notamment la composition de la Haute Cour, soit déclarée non conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention par la CEDH.

428. Afin de soustraire la procédure de destitution à l'application de la l'article 6 de la Convention EDH, la révision constitutionnelle de 2007 a d'ailleurs mis en exergue le caractère politique de cette instance en substituant les termes de « Haute Cour de justice » en

[706] §97 : « The applicant submitted that the Court of Impeachment could not be regarded as an "independent and impartial tribunal" within the meaning of Article 6. The court had been composed of fifteen judges, eight lay judges and seven professional judges. The lay judges had been appointed by Parliament, which was also the prosecuting authority in his case. Moreover, Parliament had interfered with the composition of the court during the proceedings by prolonging the terms of the lay judges ».

[707] §105 :« It is of importance that section 3 of the Court of Impeachment Act stipulates that a Member of Parliament or an employee of the Government offices is not eligible to hold a seat on the court. Although political sympathies may still play a part in the process of appointment of lay judges to the Court of Impeachment, the Court does not consider that this alone raises legitimate doubts as to their independence and impartiality. In this regard, the Court notes that section 7 of the Act stipulates that, prior to taking seat on the court for the first time, a judge shall sign an oath to the effect that he or she will execute the duties conscientiously and impartially in every respect and to the best of his or her ability as provided for by law. Furthermore, it has not been shown that the lay judges sitting in the applicant's case declared any political affiliations concerning the subject-matter in issue or that there existed other links between them and Parliament which could give rise to misgivings as to their independence and impartiality. The applicant has not alleged that any of the lay judges actually took instructions or acted in a biased manner ».

[708] §106 : The Court notes, in this context, that the present applicant was convicted by nine votes to six, where five out of the nine judges giving a guilty verdict were professional judges.

« Haute Cour ». D'après le rapport de la commission[709], la Haute Cour ne décide ni d'une « contestation sur des droits et obligations de caractère civil », ni « du bien-fondé » d'une « accusation en matière pénale ». Malgré la confirmation du caractère politique de la procédure, il s'agit tout de même d'un procès fait à un homme, d'où la nécessité du respect du principe d'impartialité. Bien que la phase de mise en accusation soit justifiée en raison de l'appréciation du caractère politique de l'acte et du respect de la séparation des pouvoirs, l'atteinte au droit à un procès équitable dans la phase de jugement est plus forte en France, en raison de cette partialité et de l'absence de voies de recours[710] des décisions de la Haute Cour.

Dans de nombreux pays, dans l'objectif du respect au droit à un procès équitable, la phase de jugement a été confiée à la juridiction constitutionnelle, à une juridiction *ad hoc*, ou à la juridiction suprême de l'ordre judiciaire.

2- Un constat plus contrasté en droit comparé

429. En France, l'absence de toute référence à l'intervention d'une autorité juridictionnelle laisse planer un doute sur l'impartialité de la Haute Cour en ce que la procédure prive le chef de l'État du droit à un procès équitable. Le droit comparé a souvent opté pour des solutions différentes et plus respectueuses du droit au procès équitable. Néanmoins, certains pays ont maintenu une composition politique de l'instance de jugement.

430. Dans les régimes présidentiels, par exemple, aux États-Unis, la section 3 de son article 1[711] indique que le Sénat aura la charge de juger le président, ainsi il existe un organe d'accusation (Chambre des représentants) et un organe de jugement (Sénat). « Il y a donc un accusateur et un juge, mais en même temps, cet accusateur et ce juge sont deux représentants, selon des modalités différentes, du peuple américain. L'impartialité attendue des sénateurs dans leur jugement n'est pas de la même nature que celle attendue d'un magistrat exerçant une parcelle de la fonction juridictionnelle (…). L'impartialité qui est attendue d'eux consiste

[709] Commission Avril, *Op. cit.,* p. 38.

[710] L'absence de voies de recours prévue par l'Ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959 relative à la loi organique sur la Haute Cour de justice, JO 3 janvier, p. 179 dispose dans son article 35 que : « les arrêts de la Haute Cour de justice ne sont susceptibles ni d'appel, ni de pourvoi en cassation », semble être en contradiction avec plusieurs textes internationaux, l'article 2, alinéa 1er, du Protocole no 7 à la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi l'article 14, § 5, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dès lors, cette idée peut être relativisée car la Haute Cour représenterait la plus haute juridiction justifiant cette dérogation. Néanmoins, à l'instar des décisions rendues par la Cour de justice de la République, les décisions de la Haute Cour auraient pu faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation.

[711] « Le Sénat aura le pouvoir exclusif de juger les personnes mises en accusation par la Chambre des représentants. Quand il siégera à cet effet, ses membres prêteront serment ou feront une déclaration solennelle. En cas de jugement du Président des États-Unis, le juge en chef de la Cour suprême présidera. Et nul ne sera déclaré coupable sans accord des deux tiers des membres présents ».

dans la mise de côté, au moment du vote, de leurs dépendances et de leurs préjugés partisans »[712]. Il en va de même au Brésil, où la Constitution consacre la compétence du Sénat fédéral pour juger les actes rattachables à la fonction présidentielle[713].

431. Dans la majorité des régimes parlementaires ou semi-présidentiels, bien que le déclenchement des poursuites relève du parlement, la phase de jugement est confiée à d'autres organes. En effet, la phase de jugement incombe à la juridiction constitutionnelle. Cette solution se retrouve en Allemagne[714] et en Autriche[715] ou bien encore en Italie[716] où la Cour constitutionnelle est composée de 15 juges nommés parmi les magistrats, les professeurs d'université ou les avocats.

432. Dans certaines autres législations, la phase de jugement est confiée à la juridiction suprême de l'ordre judiciaire, c'est le cas au Portugal[717] ou encore en Roumanie où la Constitution prévoit deux situations, l'hypothèse de la mise en accusation du Président pour haute trahison et la suspension de ses fonctions, s'il commet des faits graves qui violent la Constitution. Concernant la haute trahison, l'article 96 de la Constitution précise que « la compétence de jugement incombe à la Haute Cour de Cassation et de Justice. Le Président est démis de droit à la date où la décision de condamnation demeure définitive », en revanche, lorsqu'il s'agit de faits graves violant les dispositions de la Constitution, l'article 95 proclame que la suspension relève de la compétence du Parlement mais qu'il revient au peuple par

[712] D. Baranger, « Les clauses d'impeachment et les différents sens du mot "Constitution" aux États-Unis », dans *La responsabilité du chef de l'État*, Volume 12, Société de législation comparée, Coll. Colloques, 2009, p.38.

[713] L'article 52 de la Constitution brésilienne dispose qu'« il appartient exclusivement au Sénat fédéral:
I - d'instruire le procès et de juger le Président et le Vice-Président de la République dans les cas de crimes de responsabilité et les ministres d'État dans les cas de crimes de même nature qui leur seraient connexes ».

[714] L'article 61 de la Loi fondamentale allemande dispose que : « (2) Si la Cour constitutionnelle fédérale constate que le Président fédéral s'est rendu coupable d'une violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale, elle peut le déclarer déchu de ses fonctions. Par une ordonnance provisoire, elle peut, après la mise en accusation, décider qu'il est empêché d'exercer ses fonctions ».

[715] L'article 142 de la Loi constitutionnelle autrichienne dans sa version de 1929 dispose que : « 1. La Haute Cour constitutionnelle statue sur l'accusation par laquelle la responsabilité constitutionnelle des organes suprêmes de la Confédération et des Provinces est mise en jeu en raison des violations du droit dont ils se sont rendus coupables dans l'exercice de leurs fonctions.
2. Peuvent être mis en accusation :
a) le président de la Confédération pour violation de la Constitution fédérale : par voie de résolution de l'Assemblée fédérale ».

[716] L'article 134 de la Constitution italienne dispose que « La Cour constitutionnelle juge les accusations portées contre le président de la République, conformément à la Constitution » et l'article 135 ajoute que « La Cour constitutionnelle est composée de quinze juges nommés pour un tiers par le président de la République, pour un tiers par le Parlement réuni en congrès et pour un tiers par les magistratures suprêmes ordinaires et administratives.
Les juges de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les magistrats, même en retraite, des juridictions supérieures, ordinaires et administratives, les professeurs d'université titulaires de chaires de droit et les avocats ayant vingt ans d'exercice professionnel ».

[717] L'article 130 de la Constitution prévoit que « le président de la République répond des crimes qu'il commettrait dans l'exercice de ses fonctions devant le Tribunal suprême de justice ».

référendum de destituer ou non le président. Les électeurs se sont d'ailleurs prononcés le 19 mai 2007 contre la destitution du Président Traian Băsescu qui a repris son poste.

433. Un certain nombre de pays ont chargé une juridiction *ad hoc* de juger le Président. Par exemple, en Grèce, il est jugé par une juridiction spécifique composée de hauts magistrats de l'ordre judiciaire[718]. De même, en Irlande, le Parlement a la faculté de désigner une juridiction existante ou d'en créer une spécifique pour assurer la phase de jugement[719]. En Pologne, le Tribunal d'État est seul compétent pour juger les actes du président accomplis dans l'exercice de sa fonction[720], il est composé des membres élus par la Diète et présidé par le premier président de la Cour suprême, la décision rendue par ce dernier est susceptible d'appel.

434. Si le maintien de la compétence du parlement dans la phase de mise en accusation présente des traits communs au regard du droit comparé, en revanche, le jugement, confié à une institution composée de juges professionnels, pratiqué dans un certain nombre de pays, répond davantage aux exigences découlant du droit au procès équitable.

Cette absence d'impartialité se manifeste aussi devant la Cour de justice de la République en raison de sa composition majoritairement politique.

---

[718] L'article 49-3 de la Constitution dispose que « le président de la République est traduit devant la Cour de l'article 86, les dispositions sur celle-ci étant en l'occurrence appliquées de façon analogue » ; et l'article 86-4 indique que « La compétence pour juger de ces affaires, en première et dernière instance, appartient à une Haute Cour spéciale, la plus élevée dans la hiérarchie des tribunaux, qui est composée dans chaque cas de six membres du Conseil d'État et sept membres de la Cour de cassation. Les membres réguliers et suppléants de la Haute Cour sont choisis par tirage au sort, après la mise en accusation, par le président de la Chambre, lors d'une séance publique de la Chambre, parmi les membres de ces deux hautes juridictions, dont la nomination ou la promotion à ce rang a eu lieu antérieurement à la présentation de la motion de mise en accusation. La Haute Cour est présidée par le plus élevé en grade des membres de la Cour de cassation désignés par le tirage au sort et, dans le cas de personnes de rang égal, par le plus ancien d'entre eux.
Une chambre d'accusation, composée pour cette affaire par deux membres du Conseil d'État et trois membres de la Cour de cassation, exerce dans le cadre de la Haute Cour de ce paragraphe. Les membres de cette chambre d'accusation ne peuvent pas être également membres de la Haute Cour. Par décision de la chambre d'accusation, un de ses membres appartenant à la Cour de cassation est nommé comme juge d'instruction. Les poursuites préliminaires sont conclues par la publication de son ordonnance.
La charge de procureur devant la Haute Cour et devant la chambre d'accusation de ce paragraphe est exercée par un membre du parquet de la Cour de cassation qui est choisi par tirage au sort en même temps que son adjoint. Les alinéas 2 et 3 de ce paragraphe sont également applicables à la chambre d'accusation et l'alinéa 2 s'applique aussi au procureur.
Dans le cas de la mise en accusation devant la Haute Cour d'un membre ou d'un ancien membre du Conseil des ministres ou d'un secrétaire d'État, un collaborateur quelconque peut être accusé conjointement ».

[719] L'article 13-8 de la Constitution irlandaise prévoit que « le comportement du président peut, cependant, être soumis à l'examen de l'une des deux chambres du Parlement, aux fins du paragraphe 10 de l'article 12 de la présente Constitution, par n'importe quel organe, cour ou tribunal nommé ou désigné par l'une des deux chambres pour enquêter sur une accusation fondée sur le paragraphe 10 de cet article ».

[720] L'article 145 de la Constitution polonaise dispose que « le président de la République peut être poursuivi devant le Tribunal d'État pour violation de la Constitution ou des lois ainsi que pour commission d'une infraction ».

§ II – Devant la Cour de justice de la République

435. L'impartialité des juges composant la Cour de justice de la République est sujette aux critiques, eu égard à sa composition majoritairement politique, la plupart de ses juges étant désignés parmi les parlementaires (A). De nombreuses affaires jugées par cette juridiction ont jeté le doute sur l'impartialité de celle-ci. Aujourd'hui la doctrine et la classe politique remettent en cause son existence (B).

A – Une composition majoritairement politique

436. Sous la Vème République, avant la réforme du 27 juillet 1993, les ministres disposaient d'un privilège de juridiction et ne pouvaient être jugés que par la Haute Cour de justice composée exclusivement de parlementaires (1). Ce système fut fortement critiqué car la remise en cause d'un ministre depuis la Vème République était devenue impossible. La Cour de justice de la République a été créée à cette fin, sa composition fut remaniée, de manière à ce que, à côté des parlementaires, siègent aussi des juges professionnels. Cependant sa composition majoritairement politique n'a pas remporté l'effet escompté et les doutes quant à son impartialité persistent (2).

1- Avant la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993

437. La spécificité de la fonction ministérielle a favorisé l'exclusion de la compétence des juridictions de droit commun pour les actes relevant de son exercice. Deux raisons principales justifient cette dérogation, d'une part, le respect de la séparation des pouvoirs et, d'autre part, pour éviter que les ministres fassent l'objet de poursuites abusives. C'est pourquoi, depuis 1791, presque sans exception, toutes les Constitutions ont confié à une juridiction spécifique, qui se distingue des juridictions de droit commun par sa composition, le soin de déterminer les infractions des membres du gouvernement pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions[721].

[721] La première Haute Cour nationale a été prévue par la Constitution de 1791. En effet, elle prévoit dans l'article 1 de sa section première du chapitre III relatif à l'exercice du pouvoir législatif (Chapitre III - De l'exercice du pouvoir législatif Section première. - Pouvoirs et fonctions de l'Assemblée nationale législative. Article 1. - La Constitution délègue exclusivement au Corps législatif les pouvoirs et fonctions ci-après 10° De poursuivre devant la haute Cour nationale la

responsabilité des ministres et des agents principaux du Pouvoir exécutif ; - D'accuser et de poursuivre devant la même Cour, ceux qui seront prévenus d'attentat et de complot contre la sûreté générale de l'État ou contre la Constitution) que le corps législatif sera compétent pour poursuivre les ministres devant la Haute Cour nationale qui est composée de jurés citoyens mais également de juges du Tribunal de cassation. La Constitution de l'an III a également précisé que les membres du directoire tout comme les membres du corps législatif doivent être traduits devant aucun autre tribunal que la Haute Cour de justice (L'article 158 de la Constitution de l'an III dispose qu'« il est tenu, pendant cet intervalle, de justifier au Corps législatif de sa résidence. - L'article 112 et les suivants, jusqu'à l'article 123 inclusivement, relatifs à la garantie du Corps législatif, sont communs aux membres du Directoire ». Il renvoie aux articles 112 et suivants. L'article prévoit que « 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 ». L'article 113 indique que « Hors le cas du flagrant-délit, les membres du Corps législatif ne peuplent 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 ». Puis l'article 114 décide que « Dans les cas des deux articles précédents, un membre du Corps législatif ne peut être traduit devant aucun autre tribunal que la Haute Cour de justice". Et enfin l'article 115 énonce que « Ils sont traduits devant la même Cour pour les faits de trahison, de dilapidation, de manœuvres pour renverser la Constitution, et d'attentat contre la sûreté intérieure de la République »). L'article 266 indique que celle-ci est composée de cinq juges et de deux accusateurs nationaux issus du Tribunal de cassation ainsi que de hauts jurés nommés par les assemblées électorales des départements. La constitution de l'an VIII a aussi recourt à une juridiction spécifique pour juger les actes des ministres rattachables à leurs fonctions, il s'agit de la Haute Cour. L'article 73 (L'article 73 indique que « 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 ») précise que « 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 ».

La Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, quant à elle, reconnaît, dans son article 55 (« 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 ») la compétence de la Chambre des pairs pour juger les ministres. La responsabilité des ministres ne relève plus de la compétence d'une juridiction.

Une disposition similaire est contenue dans l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 (Article 41. – « 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 ») ainsi que dans la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 (« Article 47. - 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 »).

La Constitution de la IIème République du 4 novembre 1848 prévoit une Haute Cour de justice pour juger, sans appel ni recours en cassation, les accusations portées par l'Assemblée nationale contre le président de la République ou les ministres (Article 91. – « 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. - Elle juge également toutes personnes prévenues de crimes, attentats ou complots contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, que l'Assemblée nationale aura renvoyées devant elle. - 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 ») contrairement aux textes constitutionnels issus de la Restauration qui avait consacré la compétence d'une Chambre Haute. La Haute Cour est composée de cinq juges et de trente-six jurés comme le précise l'article 92 (« 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 »). La Constitution du Second Empire de 1852 prévoit la compétence d'une Haute cour de justice (Article 54. – « 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 »). Son préambule déclare qu'« une Haute Cour de justice, choisie dans la haute magistrature, ayant pour jurés des membres des conseils généraux de toute la France, réprimera seule les attentats contre le chef de l'État et la sûreté publique ».

En revanche, sous la IIIème République, le Sénat se voit attribuer le rôle de la Haute Cour de justice. La loi constitutionnelle du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat, dans son article 9, dispose que : « le Sénat peut être constitué en Cour de justice pour juger, soit le Président de la République, soit les ministres, et pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'État ». De surcroît, la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics dans son article 12 indique 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 1946 de la IVème République déclare dans son article 57 que « 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 ». Plus précisément, la loi n° 46-2386 du 27 octobre 1946 sur la Constitution et le fonctionnement de la Haute Cour de justice (Loi n° 46-2386 du 27 octobre 1946 sur la Constitution et le fonctionnement de la Haute Cour de justice, JO 28 octobre, p. 9179) précise le mode d'élection de ses membres. Son article 1er indique que « la

438. Dans sa version originale, la Constitution du 4 octobre 1958 prévoyait, dans son article 67, que la Haute Cour de justice est la seule compétente pour juger le chef de l'Etat et les membres du gouvernement pour les actes rattachables à leurs fonctions. Cette disposition proclamait que la Haute Cour de justice « est composée de membres élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée Nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées. Elle élit son Président parmi ses membres ». La Haute Cour de justice sous la Vème République se démarque de celle de la IIIème et de la IVème Républiques en raison du rôle joué par le Sénat. La Constitution de 1958 consacre la compétence de l'Assemblée nationale mais aussi celle du Sénat pour élire les membres de la Haute Cour de justice. Selon l'article 1 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 relative à la loi organique sur la Haute Cour de justice[722], celle-ci était composée de vingt-quatre juges titulaires, elle comprenait aussi douze juges suppléants. Son article 2 précisait qu'après chaque renouvellement, l'Assemblée nationale et le Sénat élisaient chacun douze des juges titulaires et six des juges suppléants par scrutin secret et à la majorité absolue des suffrages. Ainsi, cette Constitution instaurait une égalité entre les deux Chambres qui n'existait pas auparavant.

439. Deux phénomènes ont conduit à une impunité presque totale en faveur des ministres, ce qui a fortement remis en cause l'impartialité de cette juridiction. D'une part, il s'agissait de l'interprétation de l'article 68 par la Cour de cassation[723] selon laquelle seule la Haute Cour de justice pouvait juger des ministres pour des crimes et délits commis dans l'exercice comme en dehors de leurs fonctions. D'autre part, la réticence des parlementaires à voter la mise en accusation de l'un des leurs constituait un obstacle au déclenchement de la procédure. De surcroît, après la mise en accusation, ils faisaient en sorte, par procédés divers, de mettre un terme à la procédure. A titre illustratif, dans l'affaire de carrefour du développement, un ancien ministre, Christian Nucci, fut renvoyé devant la Haute Cour. La commission d'instruction travailla jusqu'au moment où, le Parlement ayant voté entre-temps une loi

---

Haute Cour de justice se compose d'un président, de deux vice-présidents, de 30 juges titulaires et de 30 juges suppléants. Sa commission d'instruction comprend 9 membres ». Son article 2 ajoute qu'« au début de chaque législature et dans le mois de sa première séance, l'Assemblée nationale élit les juges de la Haute Cour. Vingt juges sont choisis dans l'Assemblée à la représentation proportionnelle des groupes et pris sur des listes présentées par chaque groupe et comportant deux fois plus de candidats qu'il n'y a de noms à élire. Plusieurs groupes peuvent s'unir pour présenter une liste commune. Dix juges sont choisis par l'Assemblée, hors de son sein, à la majorité des deux tiers et au scrutin secret. Trente juges suppléants sont élus dans les mêmes conditions ». Son article 3 précise que relève aussi de la compétence de l'assemblée nationale le soin d'élire le président et les deux vice-présidents à la majorité des deux tiers et au scrutin secret.

[722] Ord. n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice, art. 19.

[723] Crim., 14 mars 1963, n°62-92.785, Bulletin criminel 1963 n° 122.

d'amnistie, ne put que constater l'extinction de l'action publique[724]. C'est pourquoi, aucune des procédures à l'encontre de ministres n'avait abouti au jugement devant la Haute Cour de justice. Ces deux obstacles à la mise en accusation des ministres ont été révélés dans l'affaire du sang contaminé.

440. Face à ces critiques visant l'impartialité des membres de la Haute Cour de justice, le Président Mitterrand, en fin 1992, met en place le Comité consultatif pour une révision de la Constitution présidé par le doyen Georges Vedel[725]. Le rapport est remis au Président de la République le 15 février 1993 et a largement inspiré la révision de la Constitution qui a lieu quelques mois plus tard[726].

441. Le Comité Vedel préconisait de « ne pas soumettre l'ouverture des poursuites à une décision préalable des assemblées. Ce serait ouvrir la voie à la possibilité, pour une majorité politique, de protéger les siens et de poursuivre ses adversaires même s'ils sont innocents ». Ensuite, pour éviter que les ministres soient constamment exposés à devoir se justifier devant les juges de leur activité ministérielle, le Comité proposait d'instaurer une instance chargée d'examiner la recevabilité et le caractère sérieux de la plainte. Puis il recommandait que l'instance de jugement ne soit pas ni exclusivement politique, ni exclusivement composée par des magistrats qui porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Il concluait en faveur d'une institution mixte composée de parlementaires et de magistrats.

442. La loi constitutionnelle n° 93-953 du 27 juillet 1993 crée ainsi une nouvelle juridiction, la Cour de justice de la République et rend la procédure plus accessible pour juger les actes rattachables à la fonction des membres du gouvernement. Cette loi est venue abroger le second alinéa de l'article 68 de la Constitution et a inséré un nouveau titre X relatif à la responsabilité pénale des membres du gouvernement.

2- La persistance d'une composition majoritairement politique

443. Le nouvel article 68-2 de la Constitution issu de la réforme dispose que : « la Cour de justice de la République comprend quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en

[724]Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, art.19 : voir B. Mathieu, « La haute Cour de justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un sabre de bois », *RFDC* 1990, n°4, p. 735.
[725] Comité consultatif pour une révision de la Constitution présidé par le doyen G. Vedel, « Pour une révision de la Constitution », rapport remis au président le 15 février 1993, disponible sur le site : http://www.ladocumentationfrancaise.fr.
[726] Loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI n° 93-953 du 27 juillet 1993.

nombre égal, par l'Assemblée nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour de justice de la République. 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 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. Le procureur général près la Cour de cassation peut aussi saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

444. Cette révision constitutionnelle a tenté de mettre fin aux sentiments que notre démocratie offrirait une impunité aux membres du gouvernement. Désormais, le procureur général auprès de la Cour de cassation, comme toute personne qui se prétend lésée, peuvent saisir la Cour de justice de la République. En outre, elle n'est plus exclusivement composée de parlementaires car, sur les quinze juges, trois sont des magistrats du siège à la Cour de cassation dont l'un préside la Cour. Depuis cette révision constitutionnelle, les parlementaires ne peuvent plus déclencher des poursuites, la compétence revient à la commission des requêtes. Les articles 12[727] et 14[728] de la loi organique du 23 novembre 1993 relative à la Cour de justice de la République[729] prévoient que la commission des requêtes, composées de magistrats professionnels, trois issus de la Cour de cassation, de deux conseillers d'Etat et de deux conseillers maîtres à la Cour des comptes, examine les plaintes et leur réserve une suite. Sa décision n'est susceptible d'aucun recours. Le seul fait qu'il s'agisse de magistrats professionnels renforce la culture d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs politiques et favorise l'impartialité de l'institution.

[727] Article 12 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République : La commission des requêtes près la Cour de justice de la République se compose de trois magistrats du siège hors hiérarchie à la Cour de cassation, de deux conseillers d'État et de deux conseillers maîtres à la Cour des comptes désignés pour cinq ans. Les magistrats à la Cour de cassation sont élus par l'ensemble des magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour. L'un d'entre eux est désigné dans la même forme comme président de la commission. Les conseillers d'État sont désignés par l'assemblée générale du Conseil d'État. Les conseillers maîtres à la Cour des comptes sont désignés par la chambre du conseil. Dans les mêmes formes, il est procédé à la désignation par chacune de ces juridictions d'un membre suppléant.

[728] Article 14 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République : La commission des requêtes apprécie la suite à donner aux plaintes qu'elle reçoit. Elle avise le plaignant de la suite réservée à sa plainte. Les actes de la commission des requêtes ne sont susceptibles d'aucun recours.

[729] Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République.

445. De plus, les membres de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République sont désignés parmi les magistrats du siège de la Cour de cassation[730]. Cette commission dispose de prérogatives importantes[731], elle est chargée de récolter les preuves de l'existence des faits qui sont reprochés aux membres du gouvernement, elle peut délivrer les commissions rogatoires et les mandats utiles à la révélation de la véracité ou non des faits. Ces prérogatives se rapprochent beaucoup des prérogatives reconnues aux magistrats instructeurs, néanmoins, les prérogatives de la commission d'instruction vont au-delà puisque cette dernière peut renvoyer ou non une affaire en jugement[732] mais aussi elle peut modifier la qualification des faits retenue par le procureur général[733].

Malgré ces avancées, dès les premiers jugements rendus par la Cour de justice de la République, son impartialité a été contestée.

B – La légitimité contestée de la Cour de justice de la République

446. Les décisions rendues par la Cour de justice de la République ont été sous le feu des critiques par la remise en cause de l'impartialité de ses membres. C'est la raison pour laquelle

[730] Article 11 : La commission d'instruction se compose de trois membres titulaires et de trois membres suppléants désignés pour trois ans parmi les magistrats du siège hors hiérarchie à la Cour de cassation par l'ensemble de ces magistrats. Son président est choisi dans la même forme parmi les membres titulaires. Les dispositions de l'article 6 concernant les magistrats de la Cour de cassation juges à la Cour de justice de la République sont applicables aux membres de la commission d'instruction.

[731] L'article 24 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République : « Dans les conditions et formes déterminées par le titre Ier du livre III du code de procédure pénale, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation ».

L'article 19 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République : « La commission d'instruction informe en vertu d'un réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation. Le réquisitoire est pris contre personne dénommée. Le procureur général est tenu, dans son réquisitoire, de viser la décision de la commission des requêtes près la Cour de justice de la République ou, lorsqu'il agit d'office, l'avis conforme de cette commission ».

L'article 23 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République : « Aussitôt que l'information lui paraît terminée, la commission d'instruction communique le dossier au procureur général pour que ce magistrat prenne ses réquisitions. Les membres du Gouvernement mis en examen et leurs avocats en sont avisés. Ils disposent d'un délai de vingt jours à compter de cet avis pour demander à la commission de statuer sur d'éventuelles nullités. La commission d'instruction peut dire qu'il n'y a pas lieu à suivre ou, si elle estime que les faits reprochés aux membres du Gouvernement constituent un crime ou un délit, ordonner le renvoi de l'affaire devant la Cour de justice de la République ».

[732] L'article 23 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République : « Aussitôt que l'information lui paraît terminée, la commission d'instruction communique le dossier au procureur général pour que ce magistrat prenne ses réquisitions. Les membres du Gouvernement mis en examen et leurs avocats en sont avisés. Ils disposent d'un délai de vingt jours à compter de cet avis pour demander à la commission de statuer sur d'éventuelles nullités. La commission d'instruction peut dire qu'il n'y a pas lieu à suivre ou, si elle estime que les faits reprochés aux membres du Gouvernement constituent un crime ou un délit, ordonner le renvoi de l'affaire devant la Cour de justice de la République ».

[733] L'article 20 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République : « La commission d'instruction peut requalifier les faits qui sont soumis à son appréciation. Si l'instruction révèle des faits nouveaux distincts de ceux ayant donné lieu à la saisine de la commission d'instruction, celle-ci ordonne communication du dossier au procureur général pour que ce magistrat prenne ses réquisitions. La commission d'instruction ne peut informer sur ces faits nouveaux que si la commission des requêtes donne un avis conforme ».

sa suppression est d'actualité (1). Au demeurant, le droit comparé marque une forte inclinaison des législations en faveur d'instances composées de juges professionnels et non d'acteurs politiques (2).

1- La suppression souhaitable de la Cour de justice de la République

447. Dès son premier arrêt, la partialité de la Cour de justice de la République, en raison de sa composition, majoritairement parlementaire, a été dénoncée. Dans sa décision du 9 mars 1999[734] relative à l'affaire du sang contaminé, la Cour de justice de la République a relaxé le premier ministre Laurent Fabius et la ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale, Georgina Dufoix. S'agissant de Laurent Fabius, la Cour estime qu'aucun élément du dossier ni du débat ne pouvait établir qu'il avait été informé du risque de contamination par le SIDA par transfusion sanguine. Concernant la ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale, la Cour n'a pas retenu sa responsabilité car elle avait délégué ses pouvoirs en la matière à Edmond Hervé, secrétaire d'État à la santé. Celui-ci fut condamné par la Cour au motif qu'il avait commis « une faute d'imprudence ou de négligence et un manquement à une obligation de sécurité qui lui était imposée par le Code de la santé publique », il n'avait pas respecté la circulaire du 20 juin 1983 qui indiquait d'écarter les personnes à risque des dons de sang, ce qui constituait « des délits d'atteinte involontaire à la vie de Sarah A... et d'atteinte involontaire à l'intégrité physique de Sylvie F..., prévus et réprimés par les articles 319 et 320 anciens et 121-3, 221-6 et 222-19 du code pénal », mais la Cour a prononcé une dispense de peine à son égard. Cette décision a été vivement critiquée par la doctrine, même par ceux qui avaient préconisé la création de la Cour. Les professeurs Georges Vedel et Olivier Duhamel ont pu écrire à ce propos que « nous avons eu tort de proposer ce compromis, les commentateurs ont eu tort de ne pas nous le reprocher, le premier ministre (Edouard Balladur) et le Président de la République (François Mitterrand) tort de le reprendre à leur compte, et le constituant tort de le mettre en œuvre »[735].

448. Les décisions, qui ont suivi, concernaient des sujets moins épineux que celui de 1999 qui avait fait de nombreuses victimes. Par exemple, lorsque la Cour de justice de la République relaxa Ségolène Royal, ministre de la famille, dans l'arrêt du 16 mai 2000[736], sa décision suscita moins de contestations. Elle était poursuivie par deux enseignants en diffamation suite aux propos qu'elle avait tenus devant les journalistes en précisant que les

[734] CJR, 9 mars 1999, n° affaire : 99-001.
[735] G. Vedel et O. Duhamel, « Le pénal et le politique », *Le Monde*, 3 mars 1999.
[736] CJR, 16 mai 2000, n° affaire : 00-001.

actes de bizutages subis par des élèves n'avaient été possibles qu'avec la complicité du corps enseignant. De la même manière, la condamnation pour escroquerie de Michel Gillibert, ancien secrétaire d'État aux handicapés, à une peine de trois ans d'emprisonnement, à une amende de 20.000 euros et à l'interdiction de cinq ans de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité, dans l'arrêt du 7 juillet 2004[737] et celle de Charles Pasqua en 2010[738] à un an d'emprisonnement avec sursis pour les délits de complicité d'abus de biens sociaux et complicité de recel commis au préjudice de la SOFREMI, n'ont pas suscité de critiques virulentes.

449. En revanche, l'arrêt rendu le 19 décembre 2016[739] à propos de la condamnation de Christine Lagarde, ont relancé les controverses sur la partialité potentielle de ses membres. La Cour déclare l'ancienne ministre coupable du délit de négligence par une personne dépositaire de l'autorité publique qui a entraîné un détournement de fonds publics par un tiers d'une somme de 45 millions d'euros mais elle la dispense de peine.

450. La prédominance des juges parlementaires témoignait à l'origine de la volonté du pouvoir constituant de satisfaire aux exigences de la séparation des pouvoirs et de répondre à la spécificité de la fonction ministérielle, comme le soulignait le rapporteur du projet de révision au Sénat, « compte tenu de la spécificité des fonctions ministérielles, de l'importance des décisions et des conditions particulières dans lesquelles elles sont prises, il a paru nécessaire de recourir à un type particulier de juridiction pour juger les ministres. On a considéré qu'ils devaient rendre des comptes devant une juridiction particulière susceptible d'apprécier les conditions très spécifiques dans lesquelles en tant que ministre, ils ont pu commettre un crime ou un délit »[740]. De nos jours, les critiques doctrinales se font plus acerbes à l'égard de la Cour de justice de la République.

451. La Commission de rénovation et de déontologie présidée par Lionel Jospin[741] exprime cette inquiétude quant à l'absence d'impartialité potentielle de ses membres. « Le choix d'une juridiction de jugement hybride et majoritairement composée de parlementaires lui paraît très contestable. Force est d'ailleurs de constater que 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 ».

[737] CJR, 7 juillet 2004, n° affaire 04 – 001.
[738] CJR, 30 avril 2010, n° affaire : 10-001.
[739] CJR, 19 décembre 2016.
[740] M. Jolibois, rapporteur du projet de révision au Sénat, JO Sénat, séance 26 mai 1993, p.463.
[741] Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par Lionel Jospin, *Op. cit.*, p. 76 et suivantes.

452. Outre le problème de l'impartialité, les difficultés relatives aux règles applicables à la procédure devant la Cour de justice de la République se dressent notamment en ce qui concerne les limites de sa compétence qui sont à l'origine d'une superposition des voies d'action. En effet, l'article 13 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République prévoit qu'« aucune constitution de partie civile n'est recevable devant la Cour de justice de la République. Les actions en réparation de dommages ayant résulté de crimes et délits poursuivis devant la Cour de justice de la République ne peuvent être portées que devant les juridictions de droit commun ». Cette disposition oblige ainsi les victimes à saisir les juridictions de droit commun afin d'obtenir réparation des dommages causés par les crimes ou les délits commis par les membres du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions.

453. La Cour ne possède qu'une compétence restreinte, à savoir qu'elle n'est saisie que pour les infractions que les intéressés auraient commises dans l'exercice de leur fonction. Pour les infractions commises en dehors de l'exercice de la fonction, la compétence de la Cour de justice de la République est écartée alors même qu'il pourrait exister un lien avec l'exercice de la fonction. La Cour se voit contrainte d'apprécier seulement les actes rattachables à la fonction. Cette compétence restreinte nuit à la résolution du litige dans son ensemble. A l'inverse, les juridictions répressives de droit commun ne peuvent se prononcer sur des infractions en lien avec l'exercice de la fonction sous peine de nullité, elles doivent se déclarer incompétentes. De surcroît, la Cour de justice de la République ne peut pas se prononcer sur la culpabilité des complices ou des coauteurs de l'infraction qui relève de la compétence des juridictions répressives de droit commun, ce qui est susceptible d'engendrer deux solutions différentes pour une même affaire[742]. Néanmoins, le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace[743] n'entend pas modifier cette procédure. D'ailleurs, le Conseil d'État, dans son avis[744] à ce sujet, note que, malgré la complexité, voire les contradictions engendrées par cette situation, la

[742] A titre illustratif en avril 2010, la Cour de justice de la République a prononcé la relaxe du ministre poursuivi devant elle sous la qualification de corruption passive, alors que la cour d'appel de Paris a établi, dans la même affaire, par une décision devenue définitive après rejet du pourvoi en cassation dirigé contre son arrêt, la culpabilité de l'auteur de la corruption active du même ministre. Ou encore, comme le soulignait D. Maus, « Les procédures devant la CJR conduisaient à découper les dossiers avec un volet ministériel d'un côté et un volet non ministériel de l'autre ». Dans l'affaire de 2016, Christine Lagarde était jugée devant la CJR quand son directeur de cabinet à Bercy, Stéphane Richard, était, lui, jugé en correctionnelle. "En réalité, il faut une unité du dossier pour juger correctement une affaire", cité dans : R. Brunet, « Suppression de la CJR : les ministres bientôt jugés selon le droit commun », France 24, 9 mai 2018, disponible sur le site : https://www.france24.com/fr.

[743] Projet de loi constitutionnelle : Pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, ce projet de loi constitutionnelle a été examiné en première lecture à l'Assemblée nationale à partir du 10 juillet 2018. Présenté par le Premier ministre Édouard Philippe et la garde des Sceaux Nicole Belloubet, disponible sur le site : http://www.justice.gouv.fr.

[744] CE, avis, 3 mai 2018, n° 394658.

séparation des procès peut permettre de mieux tenir compte de la spécificité de la responsabilité ministérielle, que le jugement simultané de personnes relevant du droit commun serait susceptible de faire perdre de vue. De surcroît, ce projet, prévoyant que la juridiction de jugement serait saisie en premier et dernier ressort, priverait les co-auteurs ou les complices de la possibilité de faire appel et interdirait aux victimes de se constituer partie civile.

454. Hormis les difficultés précitées, sa composition, avant tout, a renforcé les défiances à son encontre. Par ailleurs, le droit comparé, malgré une diversité de solutions, a préparé un terrain fertile en faveur d'une solution plus respectueuse du principe d'égalité.

2- Une appréhension différenciée en droit comparé

455. La responsabilité pénale des membres du gouvernement n'est pas abordée de la même manière par tous les pays. La recherche de l'équilibre entre la protection de la fonction et la préservation du principe d'égalité devant la loi a engendré une diversité de solutions. Si un constat similaire dans la phase de poursuites se dessine, la phase de jugement, bien qu'appréhendée de différentes manières, s'infléchit vers le principe d'égalité dans la majorité des pays.

456. La phase des poursuites. Les ministres sont généralement protégés par une procédure spécifique afin de filtrer les actions abusives.

457. Dans les pays où les poursuites sont engagées par l'autorité judiciaire, elles sont communément subordonnées à l'autorisation du Parlement comme cela est le cas au Royaume-Uni, hors le cas du flagrant délit, les ministres ne peuvent être arrêtés sans l'autorisation de la Chambre à laquelle ils appartiennent. Cette protection, liée au statut parlementaire des ministres, n'est valable que pour les actions civiles[745]. En Italie, les ministres sont poursuivis pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions par les autorités judiciaires ordinaires qu'après autorisation du Sénat de la République ou de la Chambre des députés[746]. Mais encore au Portugal, sauf en cas de crime intentionnel puni d'une peine d'emprisonnement dont la durée maximale est supérieure à trois ans et de flagrant

[745] J-P. Pastorel, « Droit comparé et réforme des mécanismes de jugement des ministres », *RDP*, 1996, p. 1353.

[746] L'article 96 de la Constitution italienne dispose que: « Le président du Conseil des ministres et les ministres, alors même qu'ils ont cessé d'exercer leurs fonctions, sont soumis, pour les délits et pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, 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 ».

délit, le déclenchement des poursuites ne peut être fait sans l'autorisation de l'Assemblée de la République[747].

458. Dans d'autres pays, les poursuites ne peuvent être déclenchées que par la mise en accusation des autorités politiques. Les poursuites contre les membres du gouvernement sont souvent subordonnées à une mise en accusation décidée par le Parlement ou parfois par le Président. L'idée étant de confier aux représentants du peuple l'appréciation d'une action ou d'une omission des ministres dans l'exercice de leurs fonctions. A titre illustratif, en Autriche la mise en accusation relève de la compétence du Conseil national[748]. Mais aussi, la Constitution roumaine dans son article 109 alinéa 2[749] prévoit que seuls la Chambre des députés, le Sénat et le Président ont le droit de déclencher les poursuites à l'encontre des membres du gouvernement pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Puis l'article 86 de la Constitution grecque dispose que « la Chambre des députés seule peut mettre en accusation les membres et les anciens membres du Conseil des ministres ainsi que les secrétaires d'État pour les délits commis durant l'exercice de leurs fonctions, ainsi qu'il est

---

[747] L'article 196 de la Constitution portugaise prévoit qu'« aucun membre du gouvernement ne peut être détenu ou arrêté sans l'autorisation de l'Assemblée de la République, sauf pour crime intentionnel puni d'une peine de prison dont la durée maximale est supérieure à trois ans et en cas de flagrant délit ».

[748] L'article 76 de la Loi constitutionnelle fédérale dispose que « 1. Les membres du gouvernement fédéral (art. 69 et 71), sont responsables devant le Conseil national dans les termes de l'article 142.
2. Le vote de la résolution de mise en accusation exige la présence de plus de la moitié des députés » ; L'article 142 prévoit que « 1. La Haute Cour constitutionnelle statue sur l'accusation par laquelle la responsabilité constitutionnelle des organes suprêmes de la Confédération et des Provinces est mise en jeu en raison des violations du droit dont ils se sont rendus coupables dans l'exercice de leurs fonctions.
2. Peuvent être mis en accusation :
a) le président de la Confédération pour violation de la Constitution fédérale : par voie de résolution de l'Assemblée fédérale ;
b) les membres du gouvernement fédéral et les personnes soumises à la même responsabilité qu'eux, violation de pour la loi : par voie de résolution du Conseil national ;
c) les membres des gouvernements provinciaux et les personnes responsables dans les mêmes termes qu'eux en vertu de la présente loi ou de la Constitution de la Province, pour violation de la loi : par voie de résolution de la Diète provinciale compétente ;
d) les gouverneurs de Province, les vice-gouverneurs (art. 105, 1er alinéa) ou les membres des gouvernements provinciaux (art. 105, 2e et 3e alinéas) pour violation de la loi ou désobéissance aux règlements et autres ordres (instructions) des autorités fédérales, en matière d'administration fédérale médiate, et également, pour les derniers nommés, aux instructions du gouverneur de la Province en cette matière : par voie de décision du gouvernement fédéral.
3. Le gouvernement fédéral, lorsqu'il n'a intenté l'accusation aux termes de l'alinéa 2, lit. d, que contre un gouverneur ou vice-gouverneur et qu'il se révèle qu'un autre membre du gouvernement provincial chargé de fonctions d'administration fédérale médiate conformément à l'article 103, alinéa 2, s'est rendu coupable d'une faute au sens de l'alinéa 2, lit. d, du présent article, peut à tout moment, jusqu'au prononcé de l'arrêt, impliquer également ce membre dans son accusation.
4. L'arrêt de condamnation de la Cour prononce la déchéance de la fonction et, au cas de circonstances particulièrement aggravantes, la privation temporaire des droits civiques ; s'il s'agit d'une irrégularité peu importante dans les cas prévus à l'alinéa 2, lit. d, la Cour peut se borner à la constatation de cette irrégularité.
5. Le président de la Confédération ne peut faire usage du droit que lui confère l'article 65, 2e alinéa, lit. c, dans les cas prévus à l'alinéa 2, lit. a, b, et c, du présent article, qu'à la requête de l'assemblée qui a voté la mise en accusation (dans le cas prévu sous d) que sur l'initiative du gouvernement fédéral, et dans tous les cas, avec le consentement du condamné seulement ».

[749] L'article 109 alinéa 2 de la Constitution roumaine indique que « Seuls la Chambre des Députés, le Sénat et le Président de la Roumanie ont le droit de demander l'engagement de poursuites pénales à l'encontre des membres du Gouvernement pour les faits commis dans l'exercice de leurs fonctions respectives. Si les poursuites pénales ont été demandées contre eux, le Président de la Roumanie peut décider de les suspendre de leurs fonctions. La traduction en justice d'un membre du Gouvernement entraîne la suspension de ses fonctions. La compétence de jugement appartient à la Haute Cour de Cassation et de Justice.

prévu par la loi ». En outre, dans certains pays, il existe une particularité, notamment les pays scandinaves dans lesquels les ministres peuvent être poursuivis par les Parlements que dans des cas prévus par les Constitutions. Par exemple, la Constitution danoise dans son article 16[750] prévoit que la mise en accusation des ministres par le Roi ou le Folketing ne peut résulter que de leur gestion. Par ailleurs, la Constitution finlandaise dans son article 116 précise les conditions de la mise en accusation d'un ministre par le Parlement[751], cette décision ne peut intervenir que si ce dernier a « volontairement ou du fait d'une négligence grave, contrevenu d'une façon essentielle à ses obligations ministérielles ou autrement agi dans l'exercice de ses fonctions d'une façon manifestement illégale ». En Espagne[752], en cas de haute trahison ou tout autre délit contre la sureté de l'État, la mise en accusation est confiée au Congrès des députés. Mais encore, aux États-Unis, les poursuites contre un ministre relèvent d'une procédure particulière celle de l'impeachment. Il s'agit de la procédure de destitution. La Chambre des représentants est seule compétente pour déclencher la procédure d'impeachment. La section II de l'article I prévoit que « La Chambre des représentants choisira son président et les autres membres de son bureau, et elle détiendra seule le pouvoir de mise en accusation [*impeachment*] devant le Sénat ».

459. Cet état des lieux permet de dresser un panorama dans lequel une idée prédominante s'impose, la fonction ministérielle nécessite une procédure spécifique relative au déclenchement de la procédure, dans le but de sauvegarder l'indépendance de la fonction en évitant les poursuites intempestives. Les procédures contre les membres du gouvernement doivent leur offrir des garanties particulières : celles de ne pas être poursuivis à la moindre de leurs décisions politiques. Le professeur Guy Carcassonne estimait d'ailleurs, que « leur notoriété et l'importance attribuée à leurs pouvoirs exposent les ministres à plus de dangers juridictionnels que les autres citoyens et que, partant, les livrer sans protection à n'importe quelle plainte peut donner lieu à des procès fréquents, dont on sait qu'ils peuvent être longs et difficiles à supporter, surtout quand ils sont infondés. L'autorité du Gouvernement s'en

[750] Article 16 : « Les ministres peuvent être mis en accusation par le Roi ou par le Folketing pour leur gestion. La haute cour de justice connaît des accusations ainsi portées contre les ministres ».

[751] Article 114. « Mise en accusation d'un ministre L'examen de l'accusation d'un membre du gouvernement pour conduite illégale dans l'exercice de ses fonctions est soumis à la Haute Cour de justice, conformément à des dispositions plus précises fixées par la loi. La décision de mise en accusation est prise par le Parlement, après avoir entendu la position de la commission constitutionnelle sur l'illégalité de la conduite du membre du gouvernement. La possibilité de fournir une explication doit être réservée au membre du gouvernement avant que le Parlement ne prenne la décision de mise en accusation. Tous les membres de la commission doivent être présents lors de l'examen de la question. Le procureur d'État dirige la procédure d'accusation d'un membre du gouvernement ».

[752] Article 102 1. « La responsabilité pénale du président et des autres membres du gouvernement est engagée, le cas échéant, devant la chambre criminelle du Tribunal suprême. 2. Si l'accusation porte sur la trahison ou tout autre délit contre la sûreté de l'État commis dans l'exercice de ses fonctions, elle peut seulement être déclenchée à l'initiative du quart des membres du Congrès, et avec l'accord de la majorité absolue de celui-ci ».

trouverait affectée, sans réelle justification ni profit. D'autre part, l'application du seul droit commun conduirait à des imbroglios juridiques aussi inextricables qu'inacceptables : quiconque a été victime d'un dommage pourrait aisément en faire remonter la responsabilité vers un ministre, pour avoir fait ceci ou n'avoir pas fait cela, pour avoir pris un arrêté ou n'avoir pas proposé un décret »[753].

460. En France, malgré la volonté de rapprocher la responsabilité des membres du gouvernement du régime de droit commun, le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace[754], à l'instar du système existant, dans l'alinéa 4[755] de son article 8 prévoit un filtre exercé par la commission des requêtes.

461. Si l'alinéa 3 de l'article 8 du projet de loi a pour objectif de mettre un terme à la juridiction spécialisée, ce n'est pas pour autant que les ministres seront jugés dans des conditions procédurales de droit commun : est maintenu une procédure exceptionnelle pour connaître de la responsabilité des ministres. Le filtre est conservé pour soustraire les ministres des mises en cause incessantes en évitant que l'action des ministres soit troublée par des actions judiciaires fantaisistes ou partisanes.

462. La phase de jugement. *A contrario*, la phase de jugement revêt une pluralité de solutions. L'application des principes d'égalité et d'impartialité des juges varie selon l'instance de jugement choisie par le pays. En effet, l'atteinte à ces principes est plus importante lorsque les ministres sont jugés par des instances politiques, elle disparaît lorsque la phase de jugement est confiée à des juridictions mixtes ou des juridictions de droit commun.

463. Rares sont les pays qui ont opté pour une instance politique. Aux États-Unis, le Sénat sera compétent pour juger les membres du gouvernement. La section 3 de l'article I de la Constitution dispose que « le Sénat aura seul le pouvoir de juger les personnes mises en accusation par la Chambre des représentants. Lorsqu'il siégera à cet effet, les sénateurs prêteront serment ou feront une déclaration solennelle. En cas de jugement du président des États-Unis, le président de la Cour suprême présidera. Nul ne pourra être déclaré coupable

[753] G. Carcassonne, *Op.cit*.
[754] Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, 9 mai 2018.
[755]En vertu de l'alinéa 4 de l'article 8 : :« le ministère public, la juridiction d'instruction ou toute personne qui se prétend lésée par un acte mentionné au deuxième alinéa saisit une commission des requêtes comprenant trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la commission, deux membres du Conseil d'État et deux magistrats de la Cour des comptes. La commission apprécie la suite à donner à la procédure et en ordonne soit le classement, soit la transmission au procureur général près la cour d'appel de Paris qui saisit alors la cour ».

que par un vote des deux tiers des membres présents ». Il en va de même au Brésil où la Constitution prévoit dans son article 52[756] que les ministres d'État seront jugés par le Sénat fédéral. La Constitution de l'Argentine dans son article 59[757] et la Constitution mexicaine dans son article 110 [758] prévoient aussi que la phase de jugement des membres du gouvernement sera à la charge du Sénat.

464. Sont peu nombreuses également les législations qui ont confié cette phase à des juridictions de jugement, composées à la fois de juges professionnels mais aussi de juges non professionnels. En Finlande, l'article 101[759] de la Constitution consacre l'existence d'une juridiction mixte. Il s'agit de la Haute Cour de justice qui est présidée par le président de la Cour suprême et qui est composée de membres qui sont le président de la Cour administrative suprême, trois présidents de cours d'appel ayant le plus d'ancienneté dans leur fonction, et cinq membres désignés par le Parlement pour un mandat de quatre ans ». La Constitution danoise prévoit également la mise en place d'une juridiction mixte, la Haute Cour de justice[760] qui est compétente pour juger les membres du gouvernement. Son article 59

[756] Art. 52. « Il appartient exclusivement au Sénat fédéral: I - d'instruire le procès et de juger le Président et le Vice-Président de la République dans les cas de crimes de responsabilité et les ministres d'État dans les cas de crimes de même nature qui leur seraient connexes ».

[757] Article 59.- « Il appartient au Sénat le droit de juger en audience publique les personnes mises en accusation par la Chambre des Députés; à cet effet, ses membres doivent prêter serment. Si l'accusé est le Président de la Nation, le Sénat est présidé par le Président de la Cour suprême de justice. Nul ne peut être déclaré coupable qu'à la majorité des deux tiers des membres présents ».

[758] Article 110 : « Les sénateurs et députés du Congrès de l'Union, les Magistrats (ministros) de la Cour Suprême de Justice de la Nation, les membres du Conseil de la Magistrature fédérale, les ministres du Gouvernement, les députés de l'Assemblée du District Fédéral, le Chef du Gouvernement du District Fédéral, le Procureur Général de la République, le Procureur Général de justice du District Fédéral, les magistrats qui siègent aux Tribunaux de Circuit et les juges de District, les magistrats et juges du District Fédéral, les membres du Conseil de la Magistrature du District Fédéral, le conseiller Président, les conseillers électoraux et le secrétaire exécutif de l'Institut Fédéral Electoral, les magistrats du Tribunal Electoral, les directeurs généraux et leurs homologues des organismes décentralisés, les entreprises à participation publique majoritaire, les sociétés et associations assimilées, peuvent être mis en accusation. Les Gouverneurs des États, les Députés des Législatures locales, les Magistrats des Tribunaux supérieurs de justice locale, et, le cas échéant, les membres des Conseils de la Magistrature des États ne sont susceptibles de procès politique dans les termes de ce Titre, que dans les cas de violations graves de la Constitution et des lois fédérales. Ce régime de responsabilité vise à sanctionner les irrégularités commises par ces fonctionnaires dans l'administration de fonds et de ressources de la Fédération. Les résolutions prises dans le cadre de ce paragraphe, ont un contenu uniquement déclaratif. Ces résolutions doivent être communiquées aux Législatures locales, qui sont chargées de donner suite à la procédure de responsabilité des fonctionnaires, sur la base de leurs attributions. Les sanctions imposées entraînent la destitution du fonctionnaire public, ainsi que la déclaration d'inhabilité pour exercer un poste public, un emploi ou un service dans la fonction publique. Afin de mettre en place les sanctions décrites dans cet article, la Chambre des Députés doit, après constat de majorité absolue de ses membres présents, transmettre l'accusation respective devant le Sénat. L'accusation ne sera rédigée qu'une fois les formalités de la procédure observées au sein de cette assemblée et après avoir entendu l'accusé. Une fois l'accusation transmise au Sénat, érigé en jury et après avoir accompli les formalités procédurales et entendu l'accusé, la sanction correspondante est proclamée au vote des deux tiers des membres présents. Les déclarations et les résolutions du Sénat et de la Chambre des Députés ne sont susceptibles d'aucun recours ».

[759] Article 101 : Haute Cour de justice « La Haute Cour de justice examine toute accusation portée contre un membre du gouvernement ou contre le chancelier de la justice, le médiateur du Parlement ou les membres de la Cour suprême ou de la Cour administrative suprême, pour illégalité dans l'exercice de leurs fonctions. La Haute Cour de justice examine également les accusations visées à l'article 113 de la présente Constitution. La Haute Cour de justice se compose du président de la Cour suprême, qui assume la présidence, et de membres qui sont le président de la Cour administrative suprême, trois présidents de cours d'appel ayant le plus d'ancienneté dans leur fonction, et cinq membres désignés par le Parlement pour un mandat de quatre ans. Les dispositions relatives à la composition, au quorum et aux activités de la Haute Cour de justice sont fixées par la loi ».

[760] Article 60 : 1. « La Haute Cour de justice juge les actions intentées contre les ministres par le Roi ou le Folketing ».

proclame que « la Haute Cour de justice se compose d'un nombre allant jusqu'à quinze des membres ordinaires ayant la plus grande ancienneté de la cour suprême du Royaume, et d'un nombre égal de membres élus pour six ans par le Folketing en respectant la représentation proportionnelle. Pour chacun des membres élus, il est nommé un ou plusieurs suppléants. Les membres du Folketing ne peuvent être élus membres de la Haute Cour de justice ni en faire fonction. Si, dans un cas spécial, certains des membres de la cour suprême sont empêchés de prendre part à la délibération et au jugement d'une affaire, un nombre égal des membres de la Haute Cour, élus les derniers par le Folketing, se retirent. La Haute Cour de justice élit son président parmi ses membres ». Ces juridictions hybrides atténuent fortement le caractère politique de la procédure car les parlementaires, même s'ils nomment certains membres, n'y siègent pas. La Cour EDH rappelle, dans son arrêt du 18 mai 1999[761], que « l'article 6 § 1 de la Convention exige que les tribunaux soient indépendants tant de l'exécutif que des parties mais également du législateur, c'est-à-dire du Parlement. Toutefois, la seule désignation de membres de la Cour par le Parlement ne saurait être interprétée comme jetant le doute sur l'indépendance ou l'impartialité de cette juridiction. Du reste, le requérant n'a pas allégué que les juges en question ont agi sur instructions ou fait preuve de partialité. Bien que les sympathies politiques puissent jouer un rôle dans le processus de nomination des juges non professionnels à la Haute Cour de justice, la Cour estime que ce seul élément ne peut entraîner des doutes légitimes sur leur indépendance et leur impartialité. A cet égard, la Cour a notamment tenu compte du fait que les juges non professionnels ont dû jurer de statuer "en leur âme et conscience (...) conformément à la loi et aux éléments (...) dossier" et qu'il n'est pas établi qu'ils ont été désignés en vue de connaître de cette affaire particulière ou qu'ils avaient des opinions politiques déclarées quant aux questions en jeu. Il n'est pas non plus avéré qu'il existait entre le Parlement et les juges non professionnels d'autres liens de nature à faire douter de l'indépendance et de l'impartialité de ces derniers ». L'impartialité d'une telle juridiction a été réaffirmée plus récemment par la Cour[762]. La pertinence de sa composition réside dans son appréciation objective de l'acte incriminé.

465. En revanche, de nombreux pays ont fait le choix de privilégier une juridiction existante dans l'ordre interne. Cette phase relève donc de la compétence soit des Cours constitutionnelles soit des Cours suprêmes de l'ordre judiciaire soit d'une Cour d'appel, soit des juridictions répressives de droit commun. En Autriche, l'article 143 de la Constitution

[761] CEDH, 18 mai 1999, Ninn-hansen c./ Danemark, n° 28972/95.
[762] CEDH, 23 novembre 2017, Haarde c./ Iceland, n° 66847/12.

précise que les membres du gouvernement fédéral « peuvent aussi être mis en accusation pour des infractions pénales qui sont en relation avec leurs fonctions. En ce cas, la Haute Cour constitutionnelle est seule compétente ; l'instruction qui pourrait être déjà en cours auprès des tribunaux répressifs de droit commun lui est dévolue ». La Constitution espagnole a confié la compétence de jugement au Tribunal suprême. Son article 102 énonce que « la responsabilité pénale du président et des autres membres du gouvernement pourra être engagée, s'il y a lieu, devant la chambre pénale du Tribunal suprême ». Les Pays-Bas ont aussi prévu dans leur Constitution, et plus précisément dans son article 119[763], que les membres du gouvernement seront jugés par la Cour suprême pour forfaiture. Il en va de même en Roumanie, où l'article 109 alinéa 2 précise que la phase de jugement relève de la compétence de la Haute Cour de cassation et de justice[764]. En Belgique, la juridiction compétence pour juger la responsabilité du chef du gouvernement et de ses membres est désignée par l'article 103 de la Constitution, il s'agit d'une Cour d'appel. Cette disposition ajoute que « la loi désigne la cour d'appel compétente, qui siège en assemblée générale, et précise la composition de celle-ci. Les arrêts de la cour d'appel sont susceptibles d'un pourvoi devant la Cour de cassation, chambres réunies, qui ne connaît pas du fond des affaires. Seul le ministère public près la cour d'appel compétente peut intenter et diriger les poursuites en matière répressive à l'encontre d'un ministre. Toutes réquisitions en vue du règlement de la procédure, toute citation directe devant la cour d'appel et, sauf le cas de flagrant délit, toute arrestation nécessitent l'autorisation de la Chambre des représentants ». Cette compétence fut modifiée par la révision constitutionnelle du 12 juin 1998. La loi du 25 juin 1998[765] dans son article 22 indique que la Cour d'appel compétente sera celle de Bruxelles.

[763] Article 119 : « Les membres des États généraux, les ministres et les secrétaires d'État sont jugés pour forfaiture par la Cour suprême, même après la cessation de leurs fonctions. Les poursuites sont ordonnées par décret royal ou par une résolution de la Seconde Chambre ».

[764] L'article 109 alinéa 2 de la Constitution roumaine indique que « Seuls la Chambre des Députés, le Sénat et le Président de la Roumanie ont le droit de demander l'engagement de poursuites pénales à l'encontre des membres du Gouvernement pour les faits commis dans l'exercice de leurs fonctions respectives. Si les poursuites pénales ont été demandées contre eux, le Président de la Roumanie peut décider de les suspendre de leurs fonctions. La traduction en justice d'un membre du Gouvernement entraîne la suspension de ses fonctions. La compétence de jugement appartient à la Haute Cour de Cassation et de Justice ».

[765] Loi du 25 juin 1998 réglant la responsabilité pénale des ministres prévoit dans son article 22 : « § 1er. Les infractions visées à l'article 2, alinéa 1er, sont attribuées à l'assemblée générale de la cour d'appel de Bruxelles, qui se compose, pour le jugement de ministres, de sept membres, désignés en fonction du rang.
Elle se compose comme suit:
— du président, premier en rang et appartenant au rôle linguistique français, lorsque le ministre s'est exprimé en français lors de la prestation de serment, ou s'est exprimé en premier lieu dans cette langue;
— du président, premier rang et appartenant au rôle linguistique néerlandais, lorsque le ministre s'est exprimé en néerlandais lors de la prestation de serment, ou s'est exprimé en premier lieu dans cette langue;
— et, dans les deux cas, le président excepté, de trois membres appartenant au rôle linguistique français et trois membres appartenant au rôle linguistique néerlandais.
Lorsque des ministres, qui se sont exprimés, le cas échéant en premier lieu, dans une différente langue lors de la prestation de serment, sont jugés ensemble, l'assemblée générale est présidée par le conseiller qui, comme premier en rang, a apporté la

466. Dans plusieurs autres pays, les membres du gouvernement sont jugés par les juridictions de droit commun comme tous les citoyens. Tel est le cas en Allemagne où la Loi fondamentale n'a prévu aucun régime spécifique applicable à la responsabilité pénale des membres du gouvernement. En effet, l'article premier de la loi du 17 juin 1953 relative au statut des membres du gouvernement et l'article 11 du Code pénal assimilent les détenteurs d'une autorité publique à des fonctionnaires[766]. On retrouve un système similaire au Danemark[767]. En Italie, la Constitution dispose dans son article 96 que « le président du Conseil des ministres et les ministres, alors même qu'ils ont cessé d'exercer leurs fonctions, sont soumis, pour les délits et pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, 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 ». Enfin, au Royaume-Uni, les ministres sont jugés par les juridictions de droit commun. Dans un souci du respect de l'égalité de tous devant la loi, les infractions commises par les ministres sont jugées selon les règles de droit commun. Il n'existe pas de privilège de juridiction[768]. La Grèce, même si elle a confié cette phase à une juridiction *ad hoc*[769], a fait le choix d'une composition entièrement professionnelle. Bien que la mise en jeu de la responsabilité des membres du gouvernement appartienne à la Chambre des députés, la phase de jugement est soumise à une juridiction présidée par le président de la Cour de cassation, et composée de douze magistrats tirés au sort parmi les conseillers issus de la Cour de cassation et les présidents des Cour d'appels.

467. Ces solutions étrangères ont conduit à s'interroger sur le maintien de la Cour de justice de la République en France. Dans cet esprit, la Commission de rénovation et de déontologie présidée par Lionel Jospin [770] avait proposé la suppression de cette juridiction et

---

preuve de la connaissance des deux langues conformément à l'article 43quinquies, de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.
Les audiences font l'objet d'une traduction simultanée.
§ 2. Les infractions visées à l'article 2, alinéa 2, sont attribuées à l'assemblée générale de la cour d'appel qui se compose, pour le jugement de ministres, de cinq membres, désignés en fonction du rang par le premier président, qui lui-même préside l'assemblée générale. »

[766] Sénat, « la responsabilité pénale des chefs d'État et de gouvernement », service des affaires européennes, Septembre 2001, disponible sur le site : https://www.senat.fr

[767] *Ibidem* : la « loi du 15 avril 1964 sur la responsabilité des ministres, qui s'applique à tous les membres du gouvernement, définit les infractions commises pendant l'exercice des fonctions ministérielles et précise les peines qui leur sont applicables, mais elle ne prévoit aucune procédure spécifique ».

[768] *Ibidem.*

[769] Article 86 : « 1. La Chambre des députés a le droit de mettre en accusation ceux qui sont ou qui ont été membres du gouvernement et les secrétaires d'État, en vertu des lois sur la responsabilité des ministres, devant une juridiction ad hoc qui, présidée par le président de la Cour de cassation, est constituée de douze magistrats, tirés au sort par le président de la Chambre des députés en séance publique parmi tous les conseillers à la Cour de cassation et tous les présidents des cours d'appel nommés antérieurement à la mise en accusation, ainsi qu'il est prévu par la loi ».

[770] Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par Lionel Jospin, *Op. cit.*, p. 76 et suivantes.

« l'application du droit commun, avec les adaptations nécessaires pour assurer aux ministres une protection appropriée contre le risque de mises en cause abusives ».

468. Après plusieurs tentatives de suppression de cette Cour par les responsables politiques [771] , l'actuel Président, Emmanuel Macron, dans le cadre de la réforme constitutionnelle l'envisage. Ainsi, le 9 mai 2018, le projet a été présenté en Conseil des ministres[772] et dans son dossier de presse, le ministère de la justice note que « les ministres doivent rendre compte de leurs actes lorsqu'ils constituent des infractions pénales. Pour tous les actes commis en dehors de leurs fonctions, ils seront jugés dans les mêmes conditions que tout citoyen. Pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, les ministres seront jugés non plus par la Cour de justice de la République, qui est supprimée après avoir été tant critiquée, mais par une juridiction judiciaire » [773].

469. Le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace[774] entérine la suppression de la Cour de justice dans son article 8, il prévoit la compétence d'une juridiction judiciaire de droit commun, dépourvue de tout caractère politique. Son aliéna 3 dispose que : « (les membres du gouvernement) sont poursuivis et jugés devant les formations compétentes, composées de magistrats professionnels, de la cour d'appel de Paris ». Dans son avis[775], le Conseil d'État considère cette mesure utile, au regard des critiques formulées à propos de la composition de la Cour de justice de la République et la nécessité de rapprocher du droit commun la responsabilité pénale des membres du Gouvernement[776]. Dès lors, comme le décrit le professeur De Béchillon, « La suppression de la CRJ est ainsi programmée, mais la soumission des ministres au pur droit commun a été

[771] Le candidat François Hollande avait fait de la suppression e la Cour de justice de la République une promesse de campagne en 2012. En mars 2013, le Premier ministre a présenté un projet de loi constitutionnelle relatif à la responsabilité juridictionnelle du président de la République et des membres du gouvernement qui prévoyait notamment la suppression de la CJR. Selon ce texte, les ministres devaient être jugés par les juridictions pénales de droit commun, y compris pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, après autorisation préalable de la commission des requêtes. Le jugement de ces affaires aurait été confié aux juridictions parisiennes compétentes. Ce projet a été abandonné.

[772] Projet de loi constitutionnelle : Pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, ce projet de loi constitutionnelle a été examiné en première lecture à l'Assemblée nationale à partir du 10 juillet 2018. Présenté par le Premier ministre Édouard Philippe et la garde des Sceaux Nicole Belloubet, disponible sur le site : http://www.justice.gouv.fr.

[773] Dossier de presse, Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, Ministère de la justice, mai 2018, disponible sur le site : http://www.justice.gouv.fr.

[774] Projet de loi constitutionnelle : Pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, ce projet de loi constitutionnelle a été examiné en première lecture à l'Assemblée nationale à partir du 10 juillet 2018. Présenté par le Premier ministre Édouard Philippe et la garde des Sceaux Nicole Belloubet, disponible sur le site : http://www.justice.gouv.fr.

[775] CE, avis, 3 mai 2018, n° 394658.

[776] Bien que la suppression de la Cour soit inévitable, certains auteurs expriment toujours des réticences. A cet égard, Jean-Éric Schoettl relève que le privilège de juridiction est « consubstantiel à la séparation des pouvoirs ». Pour cela il se fonde sur les lois des 16 et 24 août 1990 « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». (J.-E. Schoettl, « Supprimer la Cour de justice de la République ? », *LPA*, 9 juillet 2018).

repoussée au bénéfice d'un système hybride, où, bien que des magistrats judiciaires soient chargés, seuls, de statuer *in fine* sur la responsabilité pénale des membres du gouvernement, le principe d'un traitement *spécial* a été maintenu (compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris, filtrages des requêtes par une commission *ad hoc* et limitation, sur le fond, du champ des infractions répréhensibles). Sont ainsi rejetés tout à la fois la "banalisation" du traitement pénal des ministres et le maintien, fût-ce sous une forme aménagée, d'une juridiction d'exception »[777]. La spécificité de la fonction ministérielle n'est pas ignorée par la réforme constitutionnelle, sa soumission totale au droit commun aurait fragilisé incontestablement sa protection.

470. De plus, la spécificité selon laquelle la Cour d'appel de Paris statuera en premier et dernier ressort a fait l'objet de nombreux débats lors de l'examen du texte en commission. A ce propos, dans son avis[778], le Conseil d'État estime que « le recours à un juge de premier et dernier ressort, s'il prive la personne poursuivie de la possibilité de faire appel, permet de traiter plus rapidement ces affaires, alors qu'une longue procédure pourrait avoir un effet déstabilisant sur l'ensemble du Gouvernement ».

[777] D. De Béchillon, « Que faire de la Cour de justice de la République ? », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn, La scène juridique : harmonies en mouvement*, Dalloz, 2019, p.70.
[778] CE, avis, 3 mai 2018, n° 394658.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

471. La fonction politique constitue un noyau autour duquel gravitent et naissent toutes les décisions relatives à l'organisation de la vie de la société. Ces décisions se heurtent parfois à des oppositions politiques au niveau national comme au niveau international. Dans l'hypothèse où le régime de droit commun leurs serait applicable en matière pénale, le chef de l'État, les ministres ou les parlementaires pourraient être poursuivis en raison de leurs décisions qui ne conviendraient pas à un autre État, à une organisation internationale, à une opposition politique ou aux particuliers. Cette situation serait intenable et remettrait en cause la souveraineté de l'État, paralysant les orientations politiques. C'est pourquoi, l'immunité fonctionnelle et le privilège de juridiction, bien que dérogeant au droit commun, ont été accordés aux titulaires de certaines fonctions dans l'intention de garantir le droit fondamental d'exercer la fonction en toute indépendance.

472. L'immunité fonctionnelle issue du principe de la séparation des pouvoirs, a induit l'acceptation d'un régime d'irresponsabilité présidentielle et parlementaire pour les actes accomplis dans l'exercice de leur fonction et un régime d'inviolabilité pour les agissements dépourvus de lien avec cette dernière. Par ailleurs, le principe de séparation des pouvoirs a soustrait aux juridictions de droit commun la compétence de juger les actes relatifs à l'exercice de la fonction présidentielle et ministérielle. L'appréciation de leur légalité s'effectue par une autorité dotée d'une compétence constitutionnelle apte à appréhender celui-ci. Cette considération influe le droit au procès équitable en raison de la composition entièrement politique de la Haute Cour et majoritairement politique de la Cour de justice de la République ce qui n'est pas sans susciter des critiques. Elle affecte également l'application du principe de la légalité des délits et des peines. En effet, si l'inapplication de ce principe se trouve justifiée s'agissant du chef de l'État, elle ne trouve pas les mêmes échos concernant les ministres.

473. De manière générale, la protection de certains droits fondamentaux du responsable politique en tant que citoyen particulier ou en tant que justiciable atypique, fait surgir des lacunes, c'est pourquoi la recherche d'un aménagement plus satisfaisant s'impose.

PARTIE III

LA RECHERCHE D'UNE PROTECTION ÉQUILIBRÉE DES DROITS FONDAMENTAUX DES RESPONSABLES POLITIQUES

474. Deux pistes de réflexion peuvent être envisagées en vue de remédier au déséquilibre engendré dans l'aménagement des droits fondamentaux des responsables politiques.

475. Le premier facteur réside dans la détermination des critères universels servant à garantir la protection démocratique de toutes les fonctions. L'identification et l'utilisation de ces critères communs auront pour effets une appréciation plus objective de la nécessité de l'aménagement des droits fondamentaux des responsables politiques et, de la sorte, une protection plus adéquate de la fonction. Ainsi évoqué, l'intérêt général s'inscrira dans un cadre plus cohérent et rationnel (Chapitre I).

476. Le second facteur consiste à consolider le contrôle de proportionnalité entre l'impératif de la protection de la fonction, à la lumière des critères objectifs, et celui de la préservation des droits fondamentaux des responsables politiques. Ces derniers exercent leur fonction sous une tension inédite dans nos démocraties, la méfiance à leur égard atteint un niveau sans précédent, ce qui n'a pas été sans conséquence sur l'aménagement de leurs droits. Le renforcement de ce contrôle de proportionnalité assurera une protection plus convenable de ces derniers dans la mesure où il aura pour conséquence d'éviter l'inflation législative dont résulte la multiplication des actions préventives, dans le cadre de la moralisation de la vie publique, qui affaiblit leur protection. La protection de leurs droits fondamentaux, face à la lutte contre le déficit démocratique, n'occuperait plus une place secondaire (Chapitre II).

CHAPITRE I – LA PROTECTION DE LA FONCTION GRÂCE À DES CRITÈRES OBJECTIFS D'ÉVALUATION

477. La présente réflexion conduit à répondre naturellement à deux questions successives, celle de la nécessité de critères objectifs d'évaluation et celle de leur détermination.

478. Les arguments justifiant des critères objectifs précis. Trois raisons principales plaident en faveur de la protection de la fonction par des critères objectifs.

479. D'abord, ces objectifs permettront d'établir une définition plus précise de la notion de l'intérêt général justifiant l'adaptation des droits fondamentaux. Les vocables souvent employés tels que la probité, l'exemplarité, la vertu ou la moralisation de la vie politique qui, certes, relèvent de l'intérêt général sont assez ambigus et ambivalents. La détermination de l'intérêt général par des critères objectifs facilitera la compréhension de l'exigence de cette notion par la clarté apportée, à l'instar de certains termes déjà existants tels que la transparence, la responsabilité, l'inéligibilité. La protection de la fonction politique, grâce à des critères objectifs, relève d'une démarche essentielle dans la mesure où apprécier l'intérêt général à la lumière des principes inhérents à la fonction politique aura non seulement pour conséquences une meilleure appréhension des contours de cette notion mais aussi une adaptation plus rationnelle des droits fondamentaux.

480. Ensuite, ils permettront une mise en œuvre plus respectueuse du principe d'égalité, non seulement entre les citoyens et responsables politiques mais aussi entre les titulaires des différentes fonctions eux-mêmes. De prime abord, l'absence d'un degré de protection univoque des droits fondamentaux, engendrant une rupture d'égalité entre les titulaires des différentes fonctions politiques, peut se justifier eu égard à la spécificité de chaque fonction. En effet, il est admis depuis longtemps que le respect du principe d'égalité imposé par la Constitution[779] ne « s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations

[779] Le principe d'égalité est consacré par l'article 6 de la DDHC de 1789 : « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse », l'article 1er de la Constitution qui indique que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » mais aussi dans le Préambule de 1946 qui consacre les droits inaliénables et sacrés de l'être humain « sans distinction de race, de religion ni de croyance ». De plus, le Préambule de 1946, dans son alinéa 5, prévoit que « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Néanmoins, pour être valables, les modulations du principe d'égalité, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, doivent reposer sur des critères objectifs et rationnels au regard du but recherché par le législateur[780]. L'interprétation des différents articles de la Constitution relatifs au principe d'égalité, par le Conseil constitutionnel, révèle clairement que l'application de ce principe peut revêtir un degré d'intensité différent selon le domaine et la situation concernés lorsque la différence de situation où l'intérêt général le justifie. Ainsi, la spécificité doit être considérée que lorsqu'elle s'avère inévitable c'est-à-dire de manière exceptionnelle et non générale dans un objectif du respect du principe d'égalité entre les responsables politiques. Si l'on reprend la formulation du Conseil constitutionnel, « la différenciation doit être fondée sur un critère objectif, raisonnable, " pertinent " au regard du but poursuivi »[781].

481. Or l'utilisation de l'intérêt général est, parfois, déficiente dans la variation des droits fondamentaux des responsables politiques. La poursuite de certains objectifs pour protéger la fonction politique, soit contre son titulaire, soit contre les tiers, devient un élément commun à toutes les fonctions. Dès lors, la simple évocation de la notion d'intérêt général sans une détermination précise, met à mal la justification d'une différence de traitement. Plus précisément, dans la majorité des situations, les finalités de l'aménagement de certains droits fondamentaux des responsables politiques, qui trouvent leurs raisons d'être dans la protection de la fonction, sont identiques à toutes les fonctions indépendamment de leur spécificité. Par voie de conséquence, les limites tirées du principe d'égalité s'exhortent tant au regard de la

[780] La cohérence entre les différences de traitement et la finalité de la mesure relève d'une exigence imposée par le Conseil constitutionnel, qui, lors de l'examen d'une loi prévoyant une différence de traitement, contrôle l'adéquation de cette différence de traitement avec l'intention du législateur. Dans la décision du 16 janvier 1982(Cons. cons., 16 janv. 1982, DC n° 81-132 relative à la loi de nationalisation, considérant 30), il a procédé à ce contrôle en précisant que «le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais qu'il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi ». Quelques années plus tard, dans sa décision du 13 janvier 1994 (Cons.cons, 13 janvier 1994, DC n° 93-329 portant sur la loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, considérant 29 et considérant 30.), le Conseil constitutionnel, concernant la loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, a examiné le résultat concret des différences de traitement (F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Th. dir. L. Favoreu, Economica, 1997, p. 203.). Dans cette décision, le juge constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 2 de la loi en raison des différences de traitement injustifiées que cette disposition instaurait entre les établissements d'enseignement privés sous contrat et les établissements publics. Il précise que ces établissements « se trouvant dans des situations comparables ; que ces différences de traitement ne sont pas justifiées par l'objet de la loi (…) par ailleurs que les dispositions de l'article 2 ne comportent pas non plus de garanties suffisantes pour éviter que des établissements d'enseignement privés puissent se trouver placés dans une situation plus favorable que celle des établissements d'enseignement public, compte tenu des charges et des obligations de ces derniers ». Ce paradigme exige que les conséquences produites par les différences de traitement doivent être en adéquation avec le but poursuivi par le législateur.

[781] Cons. cons., 13 juin 2013, DC n° 2013-672 Loi relative à la sécurisation de l'emploi.

protection des droits fondamentaux des responsables politiques qu'au regard de la protection des différentes fonctions politiques.

482. Ces adaptations doivent être opérées avec une attention particulière dans la mesure où le principe d'égalité, « en raison de sa plasticité, de sa double nature particulière de droit fondamental en soi et de condition d'exercice des autres droits fondamentaux, joue indéniablement le rôle de principe "à tout faire" »[782]. L'indétermination de l'intérêt général comme paramètre de degré de protection des droits fondamentaux des responsables politiques, en raison des finalités communes à toutes les fonctions, fragilise, dans certaines situations, la rationalité des modulations du principe d'égalité entre les responsables politiques.

483. L'identification des objectifs précis révèlera davantage leur caractère universel. Ainsi, ils pourront être mieux pris en considération puisqu'ils ne seront ni ignorés, ni sous-estimés à l'égard de certaines fonctions. A titre d'exemple, la publicité de la déclaration de patrimoine des élus n'est pas uniforme, celles des parlementaires sont difficilement accessibles alors que celles de l'exécutif sont consultables à tout moment. De même, l'indétermination d'une instance chargée de la déontologie concernant les responsables politiques au niveau territorial constitue une autre illustration. Alors qu'il existe un référent déontologue au sein de l'Assemblée National et du Sénat, la mise en place de cette instance par les collectivités elles-mêmes pose des difficultés. Bien que la loi du 31 mars 2015[783] visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat consacre les « principes déontologiques » régissant l'exercice de leur mandat dans la « Charte de l'élu local » retranscrite dans l'article L. 1111-1-1 du CGCT, il n'existe pas de consensus uniforme sur la désignation d'une instance chargée de la

[782] F. Melin- Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, Dossier : La question prioritaire de constitutionnalité, Octobre 2010, Article issu d'une conférence prononcée le 10 mars 2010 au Conseil constitutionnel.

[783] Loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, Charte de l'élu local, voir plus précisément son article 2 qui dispose que :

« 1. L'élu local exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité.

« 2. Dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier.

« 3. L'élu local veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Lorsque ses intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont il est membre, l'élu local s'engage à les faire connaître avant le débat et le vote.

« 4. L'élu local s'engage à ne pas utiliser les ressources et les moyens mis à sa disposition pour l'exercice de son mandat ou de ses fonctions à d'autres fins.

« 5. Dans l'exercice de ses fonctions, l'élu local s'abstient de prendre des mesures lui accordant un avantage personnel ou professionnel futur après la cessation de son mandat et de ses fonctions.

« 6. L'élu local participe avec assiduité aux réunions de l'organe délibérant et des instances au sein desquelles il a été désigné.

« 7. Issu du suffrage universel, l'élu local est et reste responsable de ses actes pour la durée de son mandat devant l'ensemble des citoyens de la collectivité territoriale, à qui il rend compte des actes et décisions pris dans le cadre de ses fonctions».

déontologie. La disparité des solutions adoptées par les différentes collectivités[784] pourrait fragiliser l'objectif de cette Charte et engendrer une discordance dans son application par une interprétation extensive ou restrictive. La désignation d'une instance chargée de la déontologie par le législateur contribuera à l'harmonisation de l'interprétation de ce texte, et sera accessible à tout élu. La variation du degré de protection des droits fondamentaux des titulaires des fonctions politiques, souvent justifiée pour des raisons analogues et des finalités communes, est validée que lorsque la nécessité de cette spécificité est démontrée objectivement de manière la plus rationnelle.

484. Enfin, la détermination des critères objectifs, aura pour conséquence d'être plus cohérente dans certaines hypothèses en tant que fondement. A titre d'exemple, l'article 432-12 du Code pénal, qui réprime le délit de prise illégale d'intérêt, prévoit que, dans les communes de moins de 3500 habitants, un maire peut obtenir une autorisation afin d'acquérir un bien appartenant à la commune pour créer ou développer son activité professionnelle, alors que la Cour de cassation a jugé que le conjoint ou l'enfant de cet élu ne pouvaient bénéficier d'une telle autorisation, en se fondant sur l'intérêt général[785]. Comme le soulignait Xavier Samuel, conseiller référendaire à la Cour de cassation, « cette solution pourrait créer des situations quelque peu paradoxales : (…) La position adoptée par la Chambre pourrait les empêcher d'acquérir un bien appartenant à la commune pour développer leur propre activité professionnelle parce que la décision du maire, qui est leur parent, exposerait celui-ci à des poursuites du chef d'ingérence par prise d'un intérêt moral. Ils se trouveraient donc soumis à une prohibition plus sévère que celle à laquelle est astreint le maire qui peut, lui, sous certaines conditions, être autorisé à prendre pour lui-même un intérêt patrimonial dans les affaires qu'il surveille. Le même raisonnement peut être tenu en matière de fournitures de services ou de transfert de biens immobiliers ou mobiliers, le maire pouvant lui-même traiter,

[784] Dans une étude réalisée par l'Observatoire de l'éthique publique, intitulée « Pour une déontologie partagée des agents et des élus Etendre la compétence du référent déontologue aux élus locaux », du 18 novembre 2019, il est indiqué que « dans le silence de la loi, certaines collectivités ont pris l'initiative de mettre en place des structures déontologiques compétentes à l'égard des élus. Dès septembre 2014, la Ville de Strasbourg a adopté une Charte de déontologie et créé une fonction de Déontologue indépendant, confiée au professeur des Universités Patrick Wachsmann.
Plus souvent, ce sont des structures collégiales qui ont été mises en place.
Sur le fondement des délibérations du conseil municipal des 18 avril 2014 et 26 juin 2015, un Comité d'éthique, composé de sept membres bénévoles, a vu le jour à Nice : il peut être saisi par le Maire, par tout autre élu municipal ou par un groupe politique du conseil municipal. Il peut également s'autosaisir s'il a directement connaissance du manquement supposé d'un élu municipal à l'éthique. De la même façon, ont été créées : la Commission de déontologie des élu.e.s du Conseil de Paris (oct. 2014), le Comité d'éthique de la ville de Dunkerque (2015), la Commission de déontologie de la région Provence Alpes- Côte d'Azur (janv. 2016), la Commission d'éthique de la région Ile-de-France (mai 2016), ou encore le Comité d'éthique régional (CER) de région Bourgogne- Franche-Comté (juin 2017) ».

[785] Cité par X. Samuel, « Panorama de la jurisprudence de la chambre criminelle en matière de prise illégale d'intérêts et d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics », disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr.

sous certaines conditions, avec la commune dans la limite d'un montant annuel de 100.000 F »[786]. Or, l'intention du législateur, qui avait prévu cette autorisation, au vu de la spécificité de la fonction découlant d'un critère démographique, a été relevé par le juge, et donc « il appartient en effet au législateur et à lui seul d'apprécier la cohérence de la loi au regard de l'interprétation faite des principes qu'il a posés et de la corriger s'il l'estime nécessaire »[787].

485. Également, ces critères objectifs éviteraient des atteintes excessives aux droits fondamentaux, comme démontré dans le droit au respect de la vie privée, où l'atteinte ne serait admise qu'à la lumière d'un objectif précis et non d'un intérêt général indéterminé, ou la précision de certaines incriminations comme celle issue de l'article 432-16 du Code pénal.

486. La détermination des critères objectifs. La protection de la dignité de la fonction, indissociable à l'intérêt général, peut être évoquée. Mais il s'agit d'une notion imprécise qui rend complexe la recherche des éléments attentatoires en raison de sa subjectivité.

487. Dès lors, la recherche d'une définition objective de la dignité doit être opérée. Les textes et la jurisprudence sont un guide essentiel et d'une particulière efficacité dans la détermination de cette notion intrinsèque à la protection de toutes les fonctions. A cet égard, la protection de la fonction par l'appréciation des atteintes à sa légitimité démocratique apparaît propice.

488. Dans cette perspective, l'esprit du régime représentatif impose naturellement de déceler les critères innés, d'une part, à la nature (section I), et, d'autre part, au fonctionnement démocratique de la fonction (section II). Cette recherche favorisera une protection plus adéquate de toutes les fonctions, qu'ils s'agissent de celles des membres de l'exécutif, de celles des parlementaires ou des élus locaux et par voie de conséquence, un aménagement plus homogène des droits fondamentaux des responsables politiques.

[786] *Ibidem.*
[787] *Ibidem.*

Section I – Les critères visant à assurer la nature démocratique de la fonction

489. La nature démocratique de la fonction exige une relation de confiance entre les représentants et les représentés. Dans cette optique, définir des critères permettant d'assurer ce lien de confiance apparaît incontournable car il se trouve au cœur même du système représentatif. Deux critères permettent d'assurer cette finalité, en premier lieu, celui du désintéressement personnel du responsable politique de la chose publique (§1), et, en second lieu, celui garantissant son attachement à l'intérêt public (§2).

§ I – Assurer le désintéressement de la chose publique du titulaire de la fonction

490. L'essence même de la fonction impose que son titulaire agisse dans un cadre désintéressé. Il s'agit d'un objectif commun à toutes les fonctions politiques. Pour y parvenir, il convient d'assurer son impartialité (A) par l'instauration d'un contrôle par le biais de la transparence (B).

A – Le principe de l'impartialité

491. La nécessité de ce principe à la préservation de la nature démocratique de la fonction ne fait guère de doute (1) et sa contribution en tant que fondement direct renforcerait la cohérence de l'aménagement des droits fondamentaux (2).

1- L'importance du principe

492. Les responsables politiques, de manière générale, indépendamment de la catégorie de la fonction occupée, dans l'exercice de leur mandat, doivent faire preuve d'impartialité face à

l'utilisation des deniers publics. Plus précisément, ils doivent renoncer à leur utilisation en vue d'un intérêt ou d'un enrichissement personnel.

493. La recherche de l'impartialité des responsables politiques est un objectif qui n'est pas nouveau. Depuis toujours, ce critère, inhérent à la nature de la fonction, conditionne la légitimité de son titulaire. « Plusieurs années avant notre ère, Cicéron dénonçait déjà avec véhémence les détournements de fonds du Gouverneur de Sicile, Caius Licinus Verres, condamné pour fraude et concussion. À la suite de ce scandale, une loi contre la corruption électorale a été votée à Rome. Au même moment, dans la Grèce antique, les philosophes – en particulier Aristote dans De la génération et de la corruption – critiquaient le phénomène »[788].

494. L'absence d'impartialité mettrait en péril l'essence même de la fonction, comme l'énonce le Conseil de l'Europe dans la Convention pénale sur la corruption qui constitue « une menace pour la prééminence du droit, la démocratie et les droits de l'Homme, sape les principes de bonne administration, d'équité et de justice sociale, fausse la concurrence, entrave le développement économique et met en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société »[789]. En droit interne comme en droit international, l'importance de l'impartialité dans l'occupation de la fonction politique a entraîné l'adoption de mesures variées.

495. **Au niveau national**, l'instauration d'un régime d'incompatibilité, depuis longtemps, a été motivée dans le but d'éliminer complétement le risque de confusion d'intérêts entre activité privée et activité publique du titulaire d'une fonction politique. En effet, au-delà de l'existence d'un régime d'incompatibilité, les dispositions du Code pénal répriment toute atteinte portée à cet objectif par les titulaires des fonctions par la répression de la corruption, du trafic d'influence, de la prise illégale d'intérêts, de la concussion mais encore des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

496. Par ailleurs, ces dernières années, le renforcement de la nécessité démocratique du principe s'est accru. Il a amené le législateur à adopter de nombreuses réformes afin d'atténuer le déficit démocratique. La règlementation du cumul des mandats, la limitation de certaines activités privées ou publiques en parallèle de l'exercice de la fonction, l'instauration

[788] Rapport du Groupe de diagnostic stratégique n°4 – 27e Session nationale « Sécurité et Justice », « Corruption, Concussion, Trafic d'influence, La démocratie française est-elle suffisamment bien armée face à ces phénomènes? », 2015/2016, disponible sur le site : https://inhesj.fr.
[789] Conseil de l'Europe, Convention pénale sur la corruption, Série des Traités européens, n° 173, 27 janvier 1999, disponible sur le site : https://rm.coe.int.

du délit de conflit d'intérêts par la loi du 17 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, les lois ordinaire [790] et organique [791] pour la confiance dans la vie politique promulguées le 15 septembre 2017 qui viennent compléter les mesures préexistantes, en sont des illustrations. Elles mettent l'accent sur les principes d'exemplarité et de probité des responsables politiques.

497. Au niveau international, la dimension essentielle de ce principe a été rappelée par de nombreux textes, comme la Convention des Nations Unies contre la corruption dite Convention de Mérida[792] qui a été ratifiée par la France en juillet 2005. Ce texte souligne que la prévention de la corruption dans la gestion des affaires publiques assure « la stabilité et la sécurité des sociétés, en sapant les institutions et les valeurs démocratiques, les valeurs éthiques et la justice (compromettraient) le développement durable et l'État de droit ». Il proclame également dans son Préambule la nécessité des « principes de bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, d'équité, de responsabilité et d'égalité devant la loi et la nécessité de sauvegarder l'intégrité et de favoriser une culture de refus de la corruption ». Elle s'inscrit dans la lignée d'autres textes internationaux qui visent à assurer l'impartialité des responsables politiques et agents publics en luttant contre la corruption[793]. D'ailleurs, dans sa résolution de 2013, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe met en exergue l'importance de ce principe en déclarant que la corruption «compromet le bon fonctionnement des institutions publiques et détourne l'action des pouvoirs publics de son but, qui est de satisfaire l'intérêt général. Elle perturbe le processus législatif, porte atteinte aux principes de légalité et de sécurité juridique, introduit une part d'arbitraire dans le processus décisionnel et a un effet dévastateur sur les droits de l'Homme. La corruption mine par ailleurs la confiance des citoyens dans les institutions » [794].

[790] Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.
[791] Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.
[792] Convention des Nations Unies contre la corruption, New York, 31 octobre 2003, disponible sur le site : https://treaties.un.org.
[793] La Convention des Nations Unies, *Op. cit.*, cite « la Convention interaméricaine contre la corruption, adoptée par l'Organisation des États américains le 29 mars 1996, la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 26 mai 1997, la Convention de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par l'Organisation de la coopération et de développement économiques le 21 novembre 1997, la Convention pénale sur la corruption, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 27 janvier 1999, la Convention civile sur la corruption, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1999, et la Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption, adoptée par les chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine le 12 juillet 2003 ».
[794] Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « La corruption: une menace à la prééminence du droit », Résolution 1943, 26 juin 2013, 23ème séance, disponible sur le site : http://www.assembly.coe.int.

498. Toutes ces prescriptions ont pour finalité d'assurer le désintéressement de la chose publique des responsables politiques et, par voie de conséquence, leur impartialité qui émane de la nature démocratique de la fonction politique. Les dispositions précitées, aussi bien au niveau national qu'international, sont très nombreuses, elles se trouvent dans la Constitution, dans les Conventions internationales, dans le Code Pénal, dans le Code général des collectivités territoriales et dans le Code de la commande publique.

2- L'apport du principe

499. Sur le fondement de ce principe, seraient écartées les formulations imprécises et ambiguës lors de l'adoption d'une norme ou de son interprétation. A titre d'exemple, concernant le délit de prise illégale d'intérêts, l'article 432-12 du Code pénal prévoit que cette infraction est constituée dès lors que le responsable politique prend, reçoit ou conserve, directement ou indirectement, un «intérêt quelconque ». Or les termes d'«intérêt quelconque » sont imprécis et placent le responsable politique dans une situation délicate dans la mesure où chacun de ses agissements engendre naturellement un intérêt quelconque. Recentrer cette définition sur ce qui porte atteinte à l'impartialité permet de distinguer un intérêt personnel de l'intérêt général. De surcroît, l'utilisation de ce principe comme fondement facilitera la recherche du juge concernant les éléments constitutifs de l'infraction notamment l'intention de l'auteur à satisfaire un intérêt personnel.

500. Par exemple, l'interprétation étendue du délit de prise illégale d'intérêts est employée par le juge judiciaire, notamment, dans son arrêt du 22 octobre 2008[795], dans lequel la Cour de cassation a condamné sur son fondement quatre élus municipaux parce qu'ils avaient participé aux délibérations et aux votes attribuant des subventions à diverses associations alors même qu'ils présidaient certaines d'entre elles. Bien qu'ils ne tirent aucune rémunération de ces activités, la Cour a souligné que « l'intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président entre dans les prévisions de l'article 432-12 du code pénal ; qu'il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal ». L'imprécision du texte notamment les termes «d'intérêt quelconque», a permis au juge d'étendre de manière très large cette infraction même en l'absence d'un avantage matériel. Cette approche très contraignante a été remise en

[795] Cass. crim., 22 octobre 2008, n° 08-82068.

cause par le Sénat, qui a adopté le 24 juin 2010 une proposition de loi « visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux », dont l'objet consistait à remplacer les termes d'«intérêt quelconque» par «un intérêt personnel distinct de l'intérêt général». Cette modification aurait permis de soustraire du champ des poursuites les élus jouant un rôle dans des organismes privés ou publics dont l'action relève de l'intérêt général. Cette modification, qui apparaissait réellement opportune, n'a cependant pas connu de suite puisque la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ne l'a pas fait sienne et a conservé les termes d'«intérêt quelconque».

501. Il en va de même concernant le délit de favoritisme. Dans le cadre de la passation d'un marché public, le risque pénal pesant sur les élus est considérable. La simple négligence dans la procédure de la passation peut constituer l'infraction. En effet, l'élément matériel peut parfois caractériser l'infraction alors que l'élément intentionnel, c'est-à-dire la recherche d'un profit personnel, n'est pas constitué. D'ailleurs, « la jurisprudence a même fait le choix de sanctionner toute irrégularité, même mineure ; le "ou" ("dispositions législatives ou réglementaires") permettant aux juges du fond de sanctionner correctionnellement des violations de dispositions uniquement réglementaires[796]. "Ainsi, la moindre méconnaissance des règles applicables aux marchés publics ou aux DSP peut être poursuivie sur ce motif [favoritisme], ce qui provoque la crainte des acheteurs publics et les décourage à prendre des initiatives en termes d'ingénierie contractuelle"[797]. Il est vrai que "le règlement interne […] organisant la passation des marchés […] ayant une portée générale et impersonnelle constitue [un] acte réglementaire"[798]. Le renvoi effectué à l'article 432-14 du code pénal à des dispositions réglementaires peut conduire certaines juridictions correctionnelles à condamner un prévenu pour un manquement à un décret ou, pire encore, à une réglementation interne des achats ("le fait de ne pas respecter les procédures internes peut révéler le délit de

[796] Crim., 12 juin 2003, n° 02-81.122 ; « on rappellera pourtant que l'art. R. 610-5 c. pén. prévoit que, de manière générale, « la violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets […] sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 1re classe » et non pas de peines correctionnelles ». V. *Guide de légistique*, 5.2.6. Prévoir des sanctions administratives ou pénales, Version du 22 sept. 2013 », citée par C. Ingrain et R. Lorrain, « Des doutes légitimes sur la constitutionnalité du délit de favoritisme », *Dalloz actualité*, 17 janvier 2018.

[797] M. Bourquin, « Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME », Rapport d'information n° 82, 2015-2016, fait au nom de la MCI sur la commande publique, déposé le 14 octobre 2015 ; V. égal. le rapport daté du 1er octobre 2014 au président de la République intitulé « Renouer avec la confiance publique » de J.-L. Nadal, président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, cités par C. Ingrain et R. Lorrain, « Des doutes légitimes sur la constitutionnalité du délit de favoritisme », *Dalloz actualité*, 17 janvier 2018.

[798] F. Linditch, « Marchés à procédure adaptée et délit de favoritisme. À propos de la circulaire du 22 février 2005 », *JCP Adm*. n°18et n°19, 2 mai 2005, p. 1201, cité par C. Ingrain et R. Lorrain, « Des doutes légitimes sur la constitutionnalité du délit de favoritisme », *Dalloz actualité*, 17 janvier 2018.

favoritisme"[799]) au mépris, donc, du principe d'égalité des justiciables devant la loi. De nombreuses poursuites du délit de favoritisme se fondent désormais sur la simple violation de règlement interne »[800].

502. Cette interprétation du délit de favoritisme est sujette à controverse. En effet, le président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, Jean-Louis Nadal, l'a contestée dans son rapport remis au Président de la République, en précisant que « cette interprétation extensive du texte, qui peut notamment conduire le juge à sanctionner pénalement toute méconnaissance des règles applicables aux marchés publics, apparaît doublement insatisfaisante. D'une part, elle place les pouvoirs adjudicateurs dans une situation particulièrement inconfortable, dans laquelle la moindre erreur ou omission est susceptible de se voir sanctionner pénalement, et d'autre part, elle n'accorde aucune attention particulière aux comportements les plus graves, qui sont réprimés au même titre que les manquements les plus bénins. […] Une modification de la définition de cette infraction pourrait dès lors être envisagée, afin que les actes accomplis de bonne foi ou relevant d'une simple erreur ou omission n'entrent plus dans le champ de la répression »[801]. Alors que l'utilisation du principe d'impartialité comme fondement de l'incrimination mettrait l'accent sur l'élément intentionnel réduisant indéniablement le champ d'application de ces incriminations.

503. Ce principe garantirait également une modulation plus cohérente du principe d'égalité entre les responsables politiques. L'application variée des incompatibilités constitue une parfaite illustration à cet égard. Comme il a déjà été évoqué, concernant les élus locaux, les incompatibilités sont appliquées de manière moins rigoureuse lorsqu'il s'agit d'une activité privée[802]. En effet, souvent, les indemnités perçues par les élus sont insuffisantes, notamment celles des maires des communes comptant moins de 1000 habitants, celles des adjoints au maire des communes de moins de 20 000 habitants et celles des conseillers municipaux

[799] F. Linditch, « Droit pénal - Un an de droit pénal des marchés publics, Contrats Marchés publics», octobre 2010, chron. 4, cité par C. Ingrain et R. Lorrain, « Des doutes légitimes sur la constitutionnalité du délit de favoritisme », *Dalloz actualité*, 17 janvier 2018.
[800] C. Ingrain et R. Lorrain, « Des doutes légitimes sur la constitutionnalité du délit de favoritisme », *Dalloz actualité*, 17 janvier 2018.
[801] « Renouer la confiance publique », Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, présidé par J-L. Nadal, janvier 2015, p 226, disponible sur le site : https://www.ladocumentationfrancaise.fr.
[802] Code électoral, art. L. 237 à L. 239 pour les communes, L. 206 à L. 210 pour les départements et L. 342 à L. 345 pour les régions. La liberté de travailler et la liberté d'entreprendre des élus locaux sont moins restreintes que celles des membres du gouvernement et des parlementaires. L'unique obstacle à l'exercice des libertés précitées avec l'exercice du mandat concerne l'éventuelle qualification d'entrepreneur de service municipal (Code électoral, art. L. 231), départemental (Code électoral, art. L. 207) ou régional(Code électoral, art. L. 343) qui sont les activités limitativement prévues comme incompatibles avec l'exercice de la fonction.

hormis ceux des grandes agglomérations[803], en termes de conditions de vie pour pouvoir renoncer à exercer une activité professionnelle en parallèle de l'exercice de leur fonction. L'article L. 2123-17 du Code général des collectivités territoriales dispose que : « sans préjudice des dispositions du présent chapitre, les fonctions de maire, d'adjoint et de conseiller municipal sont gratuites». Seuls les responsables politique des exécutifs des grandes collectivités territoriales peuvent prétendre à un régime indemnitaire suffisant, leur permettant de renoncer à l'exercice d'autres activités professionnelles[804].

504. Compte tenu de la faible indemnité de fonction de la plupart des élus locaux, leur imposer un régime d'incompatibilité rigoureux est inconcevable. Dans ce cas, la spécificité peut être valablement évoquée pour justifier une différence de situation. En revanche, pour les élus locaux disposant d'une indemnité de fonction importante, rien ne justifierait un régime d'incompatibilité souple. Dans ce cas, le risque de conflit d'intérêts est quasiment voire aussi important que dans le cadre des autres fonctions.

505. Afin de mettre en œuvre l'objectif de lutte contre les conflits d'intérêts à l'égard de toutes les fonctions politiques, un certain nombre de pays a soumis les principaux élus locaux à un régime d'incompatibilité plus strict. Comme le démontre une étude de la législation comparée réalisée par le Sénat [805], en Allemagne, une des plus anciennes démocraties européennes, les incompatibilités relatives aux activités privées concernent les principaux élus locaux qui sont considérés comme des « fonctionnaires élus », l'exécutif local, sauf celui des petites communes, est soumis au statut de la fonction publique du Land. De ce fait ils exercent leur fonction à plein temps. Il en va de même en Espagne, au Danemark et aux Pays-Bas[806]qui « garantissent un statut assez complet aux élus locaux réputés exercer leur mandat à temps plein ». Cette incompatibilité plus rigoureuse permet de réduire le risque de conflit d'intérêts pour les principaux élus locaux dans l'exercice de leur fonction. Dès lors, sur la base de l'impartialité, un raisonnement identique aurait pu être retenu à l'égard des élus locaux des grandes collectivités, pour instaurer un régime d'incompatibilité plus strict en raison de leur pouvoir important à l'échelle locale.

[803] Le régime indemnitaire des élus, Barèmes relatifs aux indemnités de fonction au 1er janvier 2019, disponible sur le site : https://www.collectivites-locales.gouv.fr.
[804] Les articles L. 2123-17 à L. 2123-24-1 du CGCT précisent le régime indemnitaire des titulaires de mandats.
[805] Sénat, « Le cumul des mandats électoraux et des fonctions électives », Étude de législation comparée n° 228, juillet 2012, disponible sur le site : https://www.senat.fr.
[806] Sénat, « La mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer des améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, sur la sécurité juridique des actes des collectivités locales et les conditions d'exercice des mandats locaux », Rapport d'information, disponible sur le site : https://www.senat.fr.

506. Ce principe d'impartialité doit coexister avec le principe de transparence qui se présente comme le garant de son effectivité.

B – Le principe de la transparence

507. La transparence est considérée comme le remède le plus efficace contre le déficit démocratique. Sa propagation inédite à l'échelle mondiale depuis les années 1970 en témoigne et sa nécessité a été révélée par de nombreuses études[807].

508. Cependant, ce principe souffre d'une application excessive qui impose aux droits fondamentaux des contraintes immodérées résultant l'indétermination de son périmètre. Afin de faire cesser ses conséquences tyranniques et de conserver sa cohérence, l'encadrement de son champ d'application, à l'aune de l'impératif de la nécessité de protéger la fonction, demeure inévitable. La transparence assure la sincérité dans l'exercice de l'intérêt général par le responsable politique que l'on peut délimiter à deux domaines, celui de l'impartialité dans la prise de décision et dans l'utilisation des deniers publics. Ces deux préoccupations marquent le caractère universel et indispensable de ce principe. Son champ d'application ainsi tracé, pondérerait l'emploi d'autres expressions comme la probité, l'exemplarité, l'intégrité ou encore la moralisation qui trouvent leur limite dans leur imprécision.

509. Dans l'état actuel du droit, l'application du principe de transparence, concernant les décisions des responsables politiques, compatible et inné à l'exigence de l'État de droit, ne soulève pas de controverses. En revanche, sa mise en œuvre dans son second volet, c'est-à-dire la préservation des deniers publics contre des intérêts personnels, dépasse la publication

[807] Voir à ce propos la Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, présidée par J.-M. Sauvé, qui a présenté ses conclusions le 26 janvier 2011. La Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidée par Lionel Jospin, a remis son rapport le 9 novembre 2012. De plus, les pays où ce principe a renforcé le contrôle sur l'utilisation des deniers publics par l'intermédiaire de l'appréciation du patrimoine des responsables politiques souffrent le moins de la crise politique relative au déficit démocratique. Dans son étude relative à l'indice de perception de la corruption de 2018, la Transparency International illustre ce constat (Selon cette étude le Danemark et la Nouvelle–Zélande arrivent en tête de l'Indice avec respectivement 88 et 87 points, la Finlande et la Suède occupent la troisième et la cinquième place avec respectivement 85 points. Elle indique que « La Somalie, le Soudan du Sud et la Syrie sont au bas de l'échelle avec 10, 13 et 13 points, respectivement. La région ayant obtenu le score le plus élevé est celle de l'Europe occidentale et de l'Union européenne, avec un score moyen de 66, tandis que les régions enregistrant les scores les plus faibles sont l'Afrique (avec une moyenne de 32), l'Europe de l'Est et l'Asie centrale (avec une moyenne de 35) », disponible sur le site : https://transparency-france.org/actu/indice-de-perception-de-la-corruption-2018/). Ainsi, les pays scandinaves, réputés pour leur transparence, se placent dans les cinq premiers du classement. Par exemple, en Suède, ce principe a été consacré par la Loi fondamentale sur la liberté de la presse adoptée le 2 décembre 1766. Les médias comme les citoyens peuvent avoir accès à un nombre important d'informations concernant leurs responsables politiques comme leur revenu ou leur patrimoine (A-F. Hivert, « En Suède, la transparence à tout prix », *Libération*, 9 septembre 2014). Or la perception culturelle de la transparence n'est pas la même en France.

de situation patrimoniale ou la déclaration d'intérêts et affecte tous les pans du droit au respect de la vie privée, ce qui attise les critiques comme il a déjà été développé[808]. De surcroît, même lorsqu'il concerne la publication de situation patrimoniale et la déclaration d'intérêts des responsables politiques, des incohérences ont été soulignées quant à son application.

510. Les critiques relatives à son application hétérogène. Comme déjà énoncée, en France, son application est hétérogène car elle diffère selon les fonctions. En effet, les lois organique[809] et ordinaire[810] de 2013 relative à la transparence de la vie publique mettent en place un système de publication de déclaration de patrimoine différencié relatif à chaque fonction. La déclaration de patrimoine des parlementaires n'est pas facilement accessible au public, celle des maires des communes de plus de 20 000 habitants n'est pas rendue publique et les maires des communes de moins de 20 000 habitants ne sont pas soumis à cette déclaration.

511. A l'occasion du contrôle de ces lois, le Conseil constitutionnel a noté l'importance de ce principe, il a déclaré que : « l'instauration d'une obligation de dépôt, auprès d'une autorité administrative indépendante, de déclarations d'intérêts et de déclarations de situation patrimoniale par les titulaires de certaines fonctions publiques ou de certains emplois publics a pour objectif de renforcer les garanties de probité et d'intégrité de ces personnes, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci ; qu'elle est ainsi justifiée par un motif d'intérêt général »[811] . Le Conseil admet toutefois que la spécificité de certaines fonctions empêche sa généralisation en relevant qu' :« en imposant aux titulaires de certaines fonctions publiques ou de certains emplois publics une obligation de dépôt d'une déclaration d'intérêts ainsi que d'une déclaration de situation patrimoniale et en prévoyant alors la publicité de certaines de ces déclarations, les dispositions contestées ont pour objet de traiter différemment des personnes placées dans une situation différente ; que cette différence de traitement est en rapport direct avec l'objectif poursuivi par le législateur ; qu'en conséquence, le grief tiré de la violation du principe d'égalité doit être écarté ».

512. Cette loi opère une différence de traitement au sein même d'une fonction. S'agissant des élus locaux, certains d'entre eux sont concernés et d'autres exclus de son champ

[808] Voir *supra* transparence et vie privée.
[809] Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[810] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[811] Cons. Cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676 portant sur la Loi relative à la transparence de la vie publique., considérant 14.

d'application compte tenu de la faible importance démographique de leur commune. Ce critère démographique constitue un paramètre justifiant cette différence de traitement. La loi impose une obligation de déclaration d'intérêts et de déclaration de patrimoine aux maires des communes de plus de 20 000 habitants et aux adjoints aux maires des communes de plus de 100 000 habitants titulaires d'une délégation de signature du maire ainsi qu'aux présidents élus et aux vice-présidents d'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre, dont la population excède 20 000 habitants, ainsi qu'à l'ensemble des EPCI dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif dépasse 5 millions d'euros. Les élus des communes se trouvant en dessous de ces seuils se voient soustraits à cette obligation. Cette différence de traitement au sein même d'une fonction politique peut se justifier dans la mesure où cela ferait peser des contraintes excessives aux élus des petites communes[812].

513. De plus, dans sa décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013[813] loi relative à la transparence de la vie publique, le Conseil constitutionnel considère que la publication des déclarations des situations patrimoniales des élus locaux n'est pas justifiée au regard de l'intérêt général et que cette publication porte une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de la vie privée [814] **.** Le Conseil prend en considération le principe de libre administration des collectivités territoriales pour la déclarer contraire à la Constitution. Ainsi cet objectif cède devant le principe de libre administration. Cette acception peut se révéler en contradiction avec la jurisprudence de la Cour EDH qui estime que la publication de situation

[812] Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, présidée par J-M. Sauvé, remis au Président de la République le 26 janvier 2011 disponible sur le site : https://www.hatvp.fr. Cependant la justification fondant cette différence de traitement a été remise en cause (Les maires des communes de moins de 20 000 habitants ne sont pas soumis à cette obligation issue de la loi du 11 octobre 2013. Mais 70 % des sondés souhaiteraient élargir cette obligation à l'ensemble des maires, B. Menguy, « Faut-il rendre publiques les déclarations d'intérêt des maires des communes de moins de 20 000 habitants ? », *La gazette des communes*, 9 avril 2018, disponible sur le site : https://www.lagazettedescommunes.com). La détermination du seuil démographique conditionnant l'application de la loi a cristallisé ces critiques puisqu'un maire d'une commune de 20 000 habitants se voit concerné alors que celui d'une commune de 19 500 habitants se voit soustrait de cette obligation bien que le risque de survenance d'un conflit d'intérêts soit aussi important dans l'un comme l'autre cas. L'appréciation de la possibilité de la survenance d'un conflit d'intérêts au vu d'un critère démographique affaiblit la protection de ces fonctions. Comme l'a rappelé le rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique : « les principes de probité, d'impartialité et de responsabilité fondent et irriguent l'ensemble de l'action publique. (C'est la raison pour laquelle) la prévention des conflits d'intérêts s'impose donc à toutes les personnes qui concourent à une mission publique ».

[813]Cons. cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676 portant sur la Loi relative à la transparence de la vie publique, considérant 14.

[814]*Ibidem*, considérant 20. Le Conseil indique que « d'autre part, qu'en prévoyant une forme de publicité relative au patrimoine des titulaires de fonctions exécutives locales visés au 2° du paragraphe I de l'article 11, le législateur a, s'agissant d'élus d'établissements publics et de collectivités territoriales qui règlent les affaires de leur compétence par des conseils élus, porté au droit au respect de la vie privée une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ; que, par suite, les sept premiers alinéas du paragraphe II de l'article 12 doivent être déclarés contraires à la Constitution ».

patrimoniale d'un responsable politique, peu importe la fonction occupée, ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée[815].

514. La publication des déclarations de situation patrimoniale des membres du gouvernement et celles des membres du Parlement sont soumises à des modalités différentes, suscitant des interrogations. Si les déclarations des situations patrimoniales des membres du gouvernement sont publiées sur le site de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, en revanche celles des parlementaires ne sont consultables qu'en préfecture alors que la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique rend publiques leurs déclarations d'intérêts et d'activités. Cette mesure a fait l'objet de critiques dans le rapport de 2018 de la Haute Autorité pour la Transparence de la vie publique[816]. Concernant la publication de la déclaration de patrimoine des parlementaires, il y est souligné que « peu d'électeurs ont ainsi effectué la démarche de consulter les déclarations en préfecture et l'impossibilité de prendre des notes sur les déclarations consultées vide de sa substance le droit d'adresser à la Haute Autorité toute observation écrite relative aux déclarations. L'expérience des quatre dernières années montre que ce dispositif est totalement inopérant au regard de l'objectif visant à renforcer la probité et à prévenir les conflits d'intérêts des membres du Parlement »[817].

---

[815] CEDH, 26 février 2002, Krone Verlag c./ Autriche, n° 34315 : Il s'agissait de la publication des revenus d'un homme politique. La CEDH a conclu à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention au motif que la qualité d'un responsable politique fait entrer celui qui l'assume dans la sphère de la vie publique, avec les conséquences que cela comporte.

[816] Haute Autorité pour la Transparence de la vie publique, Rapport d'activité 2018, p.39, disponible sur le site : https://www.hatvp.fr.

[817] Ce rapport indique également que « Le système de consultation en préfecture est aujourd'hui un dispositif technique complexe. La mise à disposition des déclarations de patrimoine des parlementaires en préfecture se fait de manière dématérialisée et repose sur des traitements automatisés s'appuyant sur des échanges avec le ministère de l'intérieur. Les conditions strictes de sécurité qui s'appliquent tout au long de cette interface pour garantir la confidentialité des informations transmises représentent un coût important tant pour le bureau des élections, que pour la Haute Autorité. En outre, l'arrêté du 28 mai 2014 fixant les modalités de consultation des déclarations de situation patrimoniale des membres du Parlement prévoit des modalités très contraignantes pour les électeurs: la consultation se fait sur rendez-vous, aux horaires d'ouverture des services, et nécessite la présence d'un agent des services de la préfecture. Des membres de la Haute Autorité ont pu constater que plusieurs appels étaient parfois nécessaires pour obtenir ce rendez-vous. De plus, les éléments consultés ne peuvent faire l'objet d'aucune reproduction ou copie par l'électeur et le fait de divulguer le contenu des déclarations de patrimoine est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.
(…) De nombreux pays comme les États-Unis, l'Italie ou la Grèce publient les déclarations de patrimoine de leurs parlementaires sur internet. Le Conseil de l'Europe a rendu en septembre 2018 son deuxième rapport de conformité pour la France, dans le cadre de son quatrième cycle d'évaluation. Le rapport revient notamment sur la recommandation du GRECO de « rendre les déclarations de patrimoine des députés et sénateurs accessibles facilement et à l'ensemble du public». Le GRECO regrette que rien n'ait été fait pour améliorer la situation depuis son dernier rapport de 2016, et que le législateur n'ait pas mis en œuvre cette mesure à l'occasion des lois pour la confiance de 2017. Le rapport note une « occasion manquée» d'adopter une «mesure de transparence importante pour remédier au discrédit de la classe politique. » Le processus français actuel réduit drastiquement l'effet de la publication des déclarations de patrimoine, ne répond que partiellement à l'objectif de probité demandé aux membres du Parlement et est particulièrement insatisfaisant. Le régime de publication de ces déclarations devrait être aligné sur celui des membres du Gouvernement et des membres du collège de la Haute Autorité, par une publication sur le site internet de la Haute Autorité. Pour les eurodéputés, cette réforme serait d'autant plus justifiée par l'existence d'une circonscription nationale unique ».

515. La situation française diffère de certains pays qui ont une acception très poussée du principe de la transparence de la vie publique, imprégnant l'ensemble des fonctions politiques. Cette approche ne laisse guère la place à la spécificité. Par exemple, au Danemark, en Suède et en Norvège, tous les responsables politiques y compris les conseillers municipaux qui disposent d'une faible indemnité de fonction, doivent publier leurs différents éléments de rémunération, aussi bien ceux qui résultent de l'exercice de leur mandat que ceux qu'ils perçoivent d'une autre activité[818]. La généralisation de ce principe à toutes les fonctions politiques est conçue comme fondamental à leur légitimité démocratique.

516. L'importance de ce principe doit inciter à plus d'attention et de cohérence dans sa mise en œuvre à une époque marquée par la recherche d'efficacité et de légitimité de l'action publique.

517. A côté du critère du désintéressement patrimonial, il convient d'assurer l'attachement du responsable politique à l'intérêt public.

§ II – Garantir l'attachement à l'intérêt public du titulaire de la fonction

518. La préservation de l'intérêt public doit guider les actions des responsables politiques. Cette exigence induit, d'une part, l'application du principe de la disponibilité des responsables politiques impliquant que ces derniers soient entièrement dévoués à l'exercice de leur fonction (A), et, d'autre part, l'application du principe de légalité des agissements des responsables politiques, fondamental à la légitimité représentative de la fonction (B).

A – Le principe de disponibilité

519. Le principe de disponibilité des responsables politiques induit que ces derniers accordent le temps nécessaire à l'accomplissement de leur mandat. Pendant longtemps, l'encadrement juridique de ce principe n'était pas considéré comme essentiel, puisque

[818] Sénat, « Le statut financier des élus locaux », Étude de législation comparée n° 194, février 2009, disponible sur le site : https://www.senat.fr.

l'expérience dans le secteur privé ou encore l'exercice d'une fonction publique élective ou non élective par un responsable politique étaient perçues comme utiles et enrichissantes à l'exercice de sa fonction. Cette conception, aujourd'hui, ne trouve plus le même écho.

520. Progressivement, l'exigence de la disponibilité a constitué une condition essentielle à l'exercice de la fonction politique. Elle permet non seulement d'éviter la survenance de conflit d'intérêts, notamment lors de l'exercice d'une activité privée en parallèle de l'exercice de la fonction, mais elle assure aussi la plénitude de l'exercice du mandat. Dès lors, le responsable politique serait en mesure de mieux répondre aux préoccupations de sa fonction qui exige un travail considérable. La disponibilité améliore la qualité de travail en empêchant que le titulaire soit dispersé entre plusieurs activités et réduit le risque d'absentéisme, ce qui a pour conséquence une meilleure effectivité de l'exercice de la fonction politique.

521. Cette exigence est de plus en plus sollicitée par les citoyens. D'ailleurs le législateur, suite à de nombreuses interventions, a réduit la possibilité de cumul de mandats pour les parlementaires[819], bien qu'encore de nos jours, la question de l'absentéisme et la nécessité de leur disponibilité fasse l'objet de controverses. De même, le projet de la loi constitutionnelle, dont l'objectif est de garantir la disponibilité des membres du gouvernement, prévoit d'instaurer explicitement l'interdiction entre l'exercice de la fonction de membre du gouvernement avec l'exercice d'un mandat local.

522. L'importance de ce principe de disponibilité a été souligné par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 30 mars 2000 portant sur la loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice, le Conseil constitutionnel a relevé que : « les compétences spécifiques exercées par le Parlement européen sont différentes de celles de l'Assemblée nationale et du Sénat de la République, qui participent à l'exercice de la souveraineté nationale en vertu de l'article 3 de la Constitution ; qu'eu égard à la spécificité du mandat des représentants au Parlement européen et des contraintes inhérentes à son exercice, il était en particulier loisible à la loi ordinaire, dont relève leur situation, de décider que le cumul dudit mandat et d'une fonction exécutive locale ne permettrait pas à leur titulaire d'exercer l'un et l'autre de manière satisfaisante ; que doivent être par suite rejetés les moyens tirés d'une rupture d'égalité entre représentants au Parlement européen et parlementaires nationaux »[820]. L'exigence du principe de disponibilité a été

[819] Voir notamment la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[820] Cons. cons., 30 mars 2000, DC n° 2000-426, considérant 12.

rappelé plus récemment dans sa décision du 13 février 2014 portant sur la loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur. Le juge constitutionnel considère non contraire à la Constitution les incompatibilités prévues par l'article 1er de la loi dans lequel le législateur organique a envisagé que le mandat de député ou de sénateur ne pouvait plus être cumulé avec l'exercice de mandats exécutifs locaux ainsi que de certaines fonctions de présidence ou de vice-présidence d'assemblées délibérantes de collectivités territoriales. Le Conseil constitutionnel valide le motif justifiant cette interdiction par le législateur organique qui consistait à assurer la disponibilité des parlementaires en soulignant qu'il a été loisible au législateur organique de « (…) renforcer les incompatibilités entre fonctions électives, dès lors qu'il estimait que le cumul de tels mandats ou fonctions, en particulier le cumul du mandat parlementaire avec des fonctions exécutives locales, ne permettait pas à leur titulaire de les exercer de façon satisfaisante »[821]. Cette exigence de disponibilité incombe progressivement à toutes les fonctions politiques. Les deux décisions précitées démontrent l'importance grandissante de ce principe.

523. Le principe de disponibilité ou plus exactement pour reprendre les termes utilisés par le Conseil constitutionnel, « l'exercice de la fonction de manière satisfaisante » relève d'une exigence démocratique non négligeable. Les titulaires de toutes les fonctions politiques doivent satisfaire à cette exigence indépendamment de la catégorie de la fonction à laquelle ils appartiennent, y compris certains titulaires des fonctions territoriales percevant une faible indemnité de fonction.

524. A ce propos, l'article L. 2121-5 du code général des collectivités territoriales prévoit la démission d'un conseiller municipal en cas d'absentéisme en disposant que : « tout membre d'un conseil municipal qui, sans excuse valable, a refusé de remplir une des fonctions qui lui sont dévolues par les lois, est déclaré démissionnaire par le tribunal administratif. Le refus résulte soit d'une déclaration expresse adressée à qui de droit ou rendue publique par son auteur, soit de l'abstention persistante après avertissement de l'autorité chargée de la convocation. Le membre ainsi démissionnaire ne peut être réélu avant le délai d'un an ». Dans la même logique, l'article L. 1111-1-1 du CGCT introduisant la Charte des élus locaux dispose dans son alinéa 6 que « l'élu local participe avec assiduité aux réunions de l'organe délibérant et des instances au sein desquelles il a été désigné ».

[821] Cons. cons., 13 février 2014, DC n° 2014-689, considérant 13.

525. D'ailleurs, les différents délits pénaux, notamment la responsabilité pénale pour faits d'imprudence et de négligence n'incitent-elles pas ces élus indirectement mais certainement à exercer leur fonction de manière satisfaisante ?

526. Le principe de disponibilité invite à établir une pondération entre l'exercice de la fonction —la satisfaction de l'intérêt général— et une activité publique ou privée parallèle selon la fonction politique occupée. Tout comme le principe de disponibilité, la légitimité démocratique de la fonction induit que le responsable politique ne déroge pas au principe de légalité, corollaire de l'État de droit.

B – Le principe de légalité

527. En vertu de ce principe, les responsables politiques sont tenus de respecter les règles de droit. Gage de crédibilité, leurs agissements doivent être conformes à la norme dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de la fonction afin de préserver leur légitimité. Ainsi le principe de légalité régit l'ensemble de leurs actions qui doivent s'effectuer dans un cadre légal établi par l'ordre juridique. Les notions de probité et d'exemplarité s'inscrivent dans cette acceptation. La contestation de la légitimité des responsables politiques s'éveille souvent dès que leurs agissements dépassent la légalité.

528. Dès lors, « les règles du jeu »[822] de toute activité sont fixées par les différentes normes juridiques[823], qui sont hiérarchisées entre elles, à partir de la Constitution. Ainsi, le respect de légalité empêche le titulaire de la fonction de céder à l'arbitraire conduisant à un abus de

[822] Termes utilisés à propos de la légalité des actions de l'administration par P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, 7ème éd., Montchrestien, Domat, 2012, p.47.

[823] Le droit international impose principalement le respect des droits fondamentaux dans leur décision. Par exemple, le Statut de Rome (Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Le texte du Statut de Rome est celui du document distribué sous la cote A/CONF.183/9, en date du 17 juillet 1998, et amendé par les procès-verbaux en date des 10 novembre 1998, 12 juillet 1999, 30 novembre 1999, 8 mai 2000, 17 janvier 2001 et 16 janvier 2002. Le Statut est entré en vigueur le 1er juillet 2002) réprime le crime de génocide, le crime contre l'humanité, les crimes de guerre ou le crime d'agression. L'article 7 indique que constitue un crime contre l'humanité lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou l'esclavage sexuel, mais aussi la prostitution forcée, la grossesse, la stérilisation forcée, la persécution de population identifiable suivant un ordre racial, national ethnique, religieux ou sexuel, la disparition forcée de personnes ou encore le crime d'apartheid. L'article 8 précise les éléments constitutifs des crimes de guerre comme par exemple « le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement aux hostilités », ou « le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires », mais encore « le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu », ou bien « le fait d'employer les armes, projectiles, matières et méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ».

pouvoir. Selon ce principe, leurs activités toute entière doivent être tournées vers l'accomplissement de l'intérêt général. La finalité première, et la plus fondamentale, est le respect de l'ordre démocratique duquel découlent le respect de la séparation des pouvoirs et le respect des droits fondamentaux, la préservation de l'ordre public, et plus largement, la défense de l'intérêt général.

529. Les responsables politiques doivent aussi, en dehors de l'exercice de la fonction, éviter toute action ou inaction constituant une violation caractérisée des valeurs les plus fondamentales de la société. La violation de la loi en dehors de la fonction dans certaines circonstances peut conduire à l'inéligibilité. D'ailleurs, le Code pénal prévoit la répression de certaines infractions qui sont contraires à la dignité de la fonction politique. L'article 131-26-2 du Code pénal prévoit d'assortir d'une peine d'inéligibilité la commission des infractions les plus graves et les plus attentatoires à l'ordre social telles que les violences aggravées, les délits à caractère sexuel, la discrimination portant atteinte à l'unité nationale, les escroqueries, les actes de terrorisme, le recel et le blanchissement d'argent et la fraude fiscale aggravée… Tous les agissements des responsable politique doivent être mesurés afin de ne pas être susceptibles de porter atteinte à la légitimité démocratique de la fonction.

530. Le degré de gravité de certaines infractions commises en dehors de l'exercice de la fonction pourrait entraîner la perte du mandat car elles remettraient en cause la dignité même de celle-ci. Ainsi, les titulaires des fonctions qui commettraient un acte constituant un délit ou un crime, même dépourvu de lien avec l'exercice de sa fonction, pourraient remettre en cause leur légitimité. A cet égard, la gravité de l'acte portant atteinte à la fonction commis par un responsable politique constituerait un paramètre d'engagement de la responsabilité tant pour les fautes commises dans l'exercice des fonctions que dans un cadre purement privé. Une infraction mineure au Code de la route ne représentera pas le même degré de gravité qu'un viol. La protection de la fonction justifie l'appréhension de ce seuil de gravité, d'autant plus que le Conseil d'État dans son Avis relatif à la proposition de loi visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale, a souligné qu' «il n'apparaît pas manifestement contraire aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines qu'une infraction fasse l'objet d'une peine aggravée dès lors qu'elle est commise par une personne à laquelle s'impose, en raison de ses fonctions publiques, un devoir particulier d'exemplarité et

de dignité »[824]. L'établissement de ces exigences relevant de la nature de la fonction politique doit être accompagné des critères qui assurent son fonctionnement démocratique.

[824] CE, Avis relatif à la Proposition de loi n° 788 visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale, 14 février 2019, disponible sur le site : http://www2.assemblee-nationale.fr.

Section II – Les critères visant à assurer le fonctionnement démocratique de la fonction

531. La pérennité du fonctionnement démocratique de la fonction nécessite la mise en œuvre de mesures spécifiques. A ce titre, deux types de précautions peuvent être envisagées. D'une part, la protection de la fonction exige que son titulaire soit protégé vis-à-vis des tiers dans le but d'assurer sa liberté dans l'exercice de son mandat (§I). D'autre part, la protection de la fonction impose également qu'elle soit protégée à l'encontre de son titulaire, plus précisément, les actions ou inactions portant atteinte à la légitimité démocratique de la fonction doivent être également réprimées (§II).

§ I – La nécessité d'assurer la liberté d'exercice de la fonction

532. Le responsable politique est désigné pour accomplir un programme politique conforme au choix d'une majorité de citoyens. La liberté d'exercice de son mandat est une condition *sine qua non* au fonctionnement démocratique de la fonction politique parce qu'elle incarne la souveraineté du peuple. Pour assurer la liberté de cet exercice, le principe de la liberté d'action (A) et celui de la liberté d'expression (B) doivent être garantis.

A – Le principe de la liberté d'action

533. La préservation de la liberté d'action, pour mener à bien les orientations politiques fixées par le responsable politique, doit être préservée. L'absence de mesures efficaces remettrait en cause substantiellement le fonctionnement démocratique de la fonction. Autrement dit, la garantie de la liberté d'action des représentants constitue l'élément le plus essentiel du régime représentatif car elle va de pair avec sa survie.

534. Incontestablement, le principe de la liberté d'action revêt une importance particulière puisqu'il favorise l'incarnation de la volonté des citoyens par leurs représentants. Les

responsables politiques assurent la défense de l'intérêt général grâce aux pouvoirs dont ils disposent en vertu de la Constitution. Il convient de protéger leur liberté d'action face à certains administrés mais aussi vis-à-vis d'autres acteurs politiques. La poursuite démocratique du mandat ne peut être garantie si les représentants sont régulièrement poursuivis par des actions nuisibles en raison de leurs actes. L'absence de cette liberté aura pour conséquence l'anarchie, une autorité politique remise en cause et la négation des valeurs démocratiques dans la mesure où le peuple sera dans l'impossibilité d'exercer sa souveraineté. La liberté d'action des titulaires des fonctions constitue un droit fondamental singulier au profit des responsables politiques.

535. La protection de ce principe apparaît depuis longtemps dans les Constitutions. Dès la révolution de 1789, l'idée de préserver la liberté d'action des représentants a été omniprésente dans l'esprit des constituants. Le principe de la séparation des pouvoirs, a servi de justification pour préserver l'indépendance des représentants les uns vis-à-vis des autres par la consécration des immunités.

536. Certes, l'évolution de la société et la prééminence de l'État de droit ont conduit à l'assouplissement de ces immunités fonctionnelles mais la logique même de la nécessité de la préservation de la liberté d'action des responsables politiques résiste aux pressions et approuve son maintien en faveur des responsables politiques au niveau national. C'est la raison pour laquelle, de nos jours, encore, le dessaisissement du juge pénal au profit de juridictions politiques persiste, les litiges sont soumis à la Haute Cour pour le chef de l'État ou à la Cour de justice de la République pour les membres du gouvernement. Même si la suppression de la Cour de justice de la République est d'actualité, le projet de la loi constitutionnelle prévoit tout de même une spécificité, plus précisément la mise en place de la compétence de la Cour d'appel de Paris et d'un mécanisme de filtre afin d'éliminer les poursuites non fondées.

537. Dans la lignée de l'objectif de préserver leur liberté d'action, l'inviolabilité parlementaire, bien qu'elle ait été assouplie, est maintenue. Les poursuites doivent être soumises, sauf en cas de flagrant délit ou de condamnation définitive, à l'autorisation du Bureau de l'Assemblée à laquelle le parlementaire est rattaché pour éviter les entraves abusives à l'exercice de leur mandat. De même, l'incompatibilité entre leur fonction parlementaire et l'exercice d'une fonction publique non élective, de manière générale, évite

qu'ils soient placés au sein d'un lien hiérarchique avec le gouvernement afin de sauvegarder leur indépendance.

538. Cette volonté de préserver la liberté d'action se manifeste aussi en faveur des responsables politiques au niveau territorial, même s'ils ne disposent pas d'une immunité fonctionnelle. En effet, l'article L.2123-35, introduit dans le CGCT par la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité[825], met en place des mesures pour consolider la liberté d'action des élus locaux. Cet article consacre une obligation de protection en disposant que : « la commune est tenue de protéger le maire ou les élus municipaux le suppléant ou ayant reçu délégation contre les violences, menaces ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion ou du fait de leurs fonctions et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté ». Cette protection a été étendue par la loi du 18 mars 2003[826] aux conjoints, enfants et ascendants directs des maires ou des élus municipaux les suppléant ou ayant reçu délégation lorsque, du fait des fonctions de ces derniers, s'ils sont victimes de menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages. De plus, le Conseil d'Etat a réaffirmé dans l'arrêt du 8 juin 2011[827] que cette protection s'apparente à un principe général du droit applicable à tous les exécutifs des collectivités territoriales et à tous les agents publics quel que soit le mode d'accès à leur fonction.

539. De surcroît, les articles L. 2123-34 alinéa 2, L. 5211-15, L.3123-28 et L. 4135-28 du CGCT assurent la protection des élus par la collectivité en cas de poursuites civiles et pénales pour les actes relevant de l'exercice de leur fonction en vue de sauvegarder leur liberté d'action. En revanche, une faute personnelle détachable de l'exercice de la fonction exclut l'application de cette protection.

540. Ce principe de liberté d'action a un champ d'application plus large que le principe de la séparation des pouvoirs puisqu'il est applicable à toutes les fonctions.

---

[825] Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

[826] Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

[827] CE, 8 juin 2011, n° 312700, publié au recueil Lebon, « que, lorsqu'un agent public est mis en cause par un tiers à raison de ses fonctions, il incombe à la collectivité publique dont il dépend de le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui, dans la mesure où une faute personnelle détachable du service ne lui est pas imputable, de lui accorder sa protection dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales, sauf s'il a commis une faute personnelle, et, à moins qu'un motif d'intérêt général ne s'y oppose, de le protéger contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont il est l'objet ; que ce principe général du droit a d'ailleurs été expressément réaffirmé par la loi, notamment en ce qui concerne les fonctionnaires et agents non titulaires par l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique, et par les articles L. 2123-34, L. 2123-35, L. 3123-28, L. 3123-29, L. 4135-28 et L. 4135-29 du code général des collectivités territoriales, s'agissant des exécutifs des collectivités territoriales ; que cette protection s'applique à tous les agents publics, quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions ».

541. Sa conciliation avec le principe de responsabilité aura pour conséquence l'exclusion du champ d'application des immunités, de certains agissements attentatoires remettant en cause la légitimité de la fonction A titre d'exemple, lorsque la séparation des pouvoirs fonde le principe d'inviolabilité, malgré les actes compromettant la légitimité de l'auteur, ce dernier peut continuer à exercer son mandat puisque la séparation des pouvoirs empêche qu'il soit jugé dans l'immédiat. Alors que la conciliation entre l'objectif de la liberté d'action et l'objectif de la légitimité démocratique de l'auteur peut aisément conduire à une solution plus cohérente, en démontrant concrètement le degré d'atteinte portée à la dignité de la fonction. Attacher une importance particulière à la continuité de la fonction s'avère indiscutable mais la légitimité démocratique de celle-ci ne doit naturellement pas être ignorée.

542. Le principe de la séparation des pouvoirs peut certainement constituer un élément justifiant à prévenir les atteintes à la liberté d'action des titulaires des fonctions concernées mais il ne peut être d'une application automatique. Il doit être démontré objectivement afin d'éviter une confusion de situations, dans laquelle le titulaire d'une fonction évoque le principe de la séparation des pouvoirs comme un écran protecteur des actes détachables et contraires à l'exercice de sa fonction[828].

543. La recherche d'un équilibre entre la logique de la représentation et la légitimité démocratique relève de l'ordre de l'indispensable. Il n'y aura pas de hiérarchie entre les objectifs, en fonction des circonstances l'un l'emportera au détriment de l'autre. La non prise en considération de cet équilibre induira le risque de l'effacement d'un objectif pourtant indispensable à l'exercice de la fonction.

544. Le principe de la liberté d'action relève d'une exigence commune à toutes les fonctions politiques eu égard à son importance et son rôle dans le fonctionnement démocratique de celles-ci. Cette liberté doit s'accompagner de son corollaire, la liberté d'expression, dans le but de garantir le libre exercice du mandat.

[828] A propos de l'enquête sur des soupçons d'emplois fictifs d'assistants d'eurodéputés FN, AFP, « Assistants d'eurodéputés FN: Marine Le Pen plaide l'"incompétence" de la justice », « A ses yeux, "l'autorité judiciaire" ne pourrait "s'ériger en arbitre du contenu du travail politique d'un député et de son bien-fondé. Sauf à contrevenir au principe de séparation des pouvoirs" » *Le point*, 17 juillet 2017, disponible sur le site : https://www.lepoint.fr.

B – La liberté d'expression

545. Il y a une interaction entre la liberté d'action et la liberté d'expression des responsables politiques. Assurer la liberté d'expression est indispensable à la liberté d'exercice de la fonction politique. Comme évoqué précédemment, cette liberté a été traditionnellement consacrée par les Constitutions successives en faveur de certaines fonctions politiques par le biais du régime d'irresponsabilité. Ainsi, l'irresponsabilité présidentielle et l'irresponsabilité parlementaire permettent une liberté d'expression renforcée de leur titulaire.

546. La généralisation de cet objectif est intervenue sous l'impulsion, notamment, de la jurisprudence de la Cour EDH[829]. La reconnaissance d'un degré de protection plus étendu de la liberté d'expression en faveur de tous les responsables politiques illustre le constat selon lequel ce principe est déterminant pour la liberté d'exercice du mandat indépendamment de la prise en compte de la spécificité de chaque fonction politique.

547. Dans sa décision du 23 avril 1992, Castells contre Espagne[830], la Cour fait référence à la notion d'« élu du peuple » en précisant que : « précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts »[831]. Cette notion « élu du peuple » peut englober les titulaires de toutes les fonctions politiques indépendamment de la spécificité de leur fonction dans la mesure où la liberté d'expression est indissociable de la liberté d'exercice de la fonction. La liberté d'expression de l'élu garantit l'intérêt du peuple.

548. Par ailleurs, au-delà du cadre européen, l'objectif d'assurer la liberté d'expression aux titulaires de toutes les fonctions a été rappelé par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique[832], comme un moyen d'assurer le bon fonctionnement de la démocratie. Il s'agit d'un objectif universel et inhérent à toutes les fonctions politiques. Cette liberté conditionne la liberté d'exercice de la fonction, en d'autres termes, le responsable politique peut jouer le véritable rôle qui lui a été confié par le peuple. Les responsables politiques, au-delà

[829] Voir *supra* partie I chapitre II.
[830] CEDH, 23 avril 1992, Castells c./ Espagne, n°11798/85, §46.
[831] *Ibidem*, §42.
[832] 376 *US* 294, 1964, cité par E. Zoller, *Grande arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000, n° 40.

d'informer les citoyens, justifient leur prise de décision et ainsi la légitimité de leurs actions à travers leur liberté d'expression. De plus, cette liberté porte à la connaissance des citoyens l'opinion et les orientations politiques de leurs représentants ce qui assure le fonctionnement du système représentatif.

549. Outre le fait de préserver la liberté d'exercice de la fonction vis-à-vis des tiers, le fonctionnement démocratique du mandat exige de prévenir et de sanctionner les atteintes portées par son titulaire à sa légitimité.

§ II – L'obligation de prévenir les atteintes à la légitimité démocratique de la fonction

550. Les atteintes à la légitimité démocratique par le titulaire de la fonction englobent tous les manquements portant une atteinte particulièrement grave à la nature de celle-ci. Pour maintenir le bon fonctionnement démocratique de la fonction, ces atteintes doivent être réprimées en vertu de l'existence du principe de responsabilité (A). Une fois ces manquements constatés, la poursuite ou l'occupation d'une fonction politique peuvent, parfois, devenir impossibles, au moins dans un délai déterminé, par le responsable politique frappé d'inéligibilité le rendant indigne (B).

A – Le principe de responsabilité

551. Le principe de responsabilité permet de prévenir et de sanctionner toute atteinte portée par le titulaire à la légitimité de sa fonction.

552. Tout acte attentatoire à la dignité de la fonction est réprimé et ne bénéficie de quelconque immunité. Dans cette optique, les immunités fonctionnelles ont été assouplies en raison de l'évolution de la société[833]. Elles ont été repensées pour être en conformité avec les exigences contemporaines où l'État de droit prime, notamment grâce à un pilier essentiel qui

[833] M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896, p. 80 : A l'époque révolutionnaire, elles n'ont pas été remises en cause en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, alors que le principe d'égalité revêtait une importance capitale et représentait « la force agissante dans la Révolution » et malgré l'adoption du décret d'abolition des privilèges adopté lors de la nuit du 4 août 1789.

est le principe d'égalité devant la loi. Elles ont perdu de leur rigueur, voire ont été supprimées pour certaines fonctions. L'étude de l'immunité fonctionnelle confirme ce constat.

553. La suppression du régime de garantie des fonctionnaires applicable notamment aux maires par le décret du 19 septembre 1870 a permis la liberté des poursuites contre ces derniers[834], tout comme la loi n° 74-646 du 18 juillet 1974[835] qui leur avait accordé des mesures protectrices, une sorte de privilège de juridiction, pour les crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions[836]. Cette dernière a été abrogée par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

554. Il en va de même de l'assouplissement de l'inviolabilité parlementaire. A l'origine, la fonction parlementaire bénéficiait d'un régime d'inviolabilité important pour préserver leur indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. La légitimité démocratique a progressivement conduit le constituant à revisiter ce régime. Initialement, l'article 22 alinéa premier de la Constitution du 27 octobre 1946 disposait qu'« 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 »[837]. Cette disposition avait pour finalité d'assurer la continuité de la fonction dans la mesure où le constituant avait considéré que les parlementaires devaient intervenir dans les affaires publiques même en dehors des sessions. Ainsi, étendre l'inviolabilité pendant toute la durée du mandat a été estimé comme une nécessité eu égard à la spécificité de la fonction parlementaire. Cette inviolabilité pouvait placer le parlementaire dans une situation d'impunité, c'est la raison pour laquelle l'autorisation préalable aux poursuites pendant et hors la session parlementaire a été supprimée[838]. Comme le soulignait le rapporteur de l'Assemblée nationale de la loi

[834] Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, par le groupe de travail sur la responsabilité pénale des élus locaux, par M. P. Fauchon, n° 328, Seconde session ordinaire de 1994-1995 disponible sur le site : https://www.senat.fr.

[835] Loi n° 74-646 du 18 juillet 1974 relative à la mise en cause pénale des maires et modifiant les articles 681 et suivants du code de procédure pénale.

[836] La particularité de cette procédure était que l'affaire était obligatoirement renvoyée devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation par le procureur de la République, l'instruction incombait alors à celle-ci. De plus, l'autre particularité consistait à ce que la compétence territoriale de poursuite relevant d'une Cour d'appel désignée, ne siège pas dans la circonscription de l'élu poursuivi.

[837] Cette solution a été également prévue par l'article 37 de la Constitution du 4 novembre 1848.

[838] 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 a supprimé cette autorisation préalable. Avant la révision constitutionnelle du 4 août 1995, l'autorisation de l'Assemblée nationale ou du Sénat était nécessaire en session pour poursuivre ou arrêter un parlementaire. Elle relevait d'une procédure assez complexe, faisant intervenir le Bureau, une commission spécifique et l'Assemblée en séance plénière qui seule procédait, par un vote, à la levée de l'immunité.

constitutionnelle du 4 août 1995[839], l'inviolabilité n'était plus « dans ses modalités sinon dans son principe, réellement adaptée à notre temps, à nos mœurs, ni à l'état de l'opinion, ni même aux réformes intervenues depuis 1958 dans le domaine de la procédure pénale »[840]. Cette loi constitutionnelle a supprimé les autorisations de poursuites. L'inviolabilité parlementaire, malgré son assouplissement, s'avère contestée encore de nos jours[841].

555. Dans le même sillon, la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, qui a créé la Cour de justice, a eu pour objectif d'atténuer le privilège de juridiction des membres du gouvernement en diminuant le caractère politique de l'ancienne Haute Cour de justice. L'envergure de cette fonction justifiant depuis longtemps ce privilège ne constituait plus un fondement solide à son maintien. L'instauration de la Cour de justice, du fait de sa composition encore majoritairement politique fondée une nouvelle fois sur la particularité de la fonction ministérielle, a été est fortement contestée[842].

556. Enfin, la clarification du statut pénal du chef de l'État par la loi constitutionnelle du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution (sur le statut pénal du Président de la République) poursuit la même finalité[843], bien que le principe d'inviolabilité applicable au chef de l'État soulève souvent des débats institutionnels et doctrinaux[844] en vue de son assouplissement.

557. L'évolution de la société et son rattachement au principe d'égalité conditionnant la légitimité démocratique des responsables politiques, milite en faveur de la sanction des actes contraire à la légitimité démocratique de la fonction. Le principe de séparation des pouvoirs,

---

[839] *Ibidem*.

[840] Rapport fait au nom de la commission des lois par P. Mazeaud, n° 2138. 2e session ordinaire 1994-1995, disponible sur le site : http://www.assemblee-nationale.fr.

[841] voir *supra*, voir aussi : C. Guérin-Bargues, « Immunités et statut des députés : vers une suppression de l'inviolabilité ? », disponible sur le site : https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr, dans cet article, elle indique que « contrairement à l'irresponsabilité, l'inviolabilité ne saurait être considérée comme trouvant sa justification dans le respect de la séparation des pouvoirs. C'est en effet la nature de l'acte couvert par l'irresponsabilité, le lien intrinsèque qu'il entretient avec l'exercice des fonctions parlementaires (un vote, une opinion) qui érige cette première immunité en conséquence procédurale du principe de séparation des pouvoirs. Le même type de raisonnement ne saurait toutefois s'appliquer à l'inviolabilité. En contrôlant les actes délictueux extérieurs aux fonctions, le juge ne s'intéresse pas à un acte commis par un élu, en sa qualité de représentant, mais par un individu qui, par ailleurs, se trouve être un élu de la nation. Dès lors, l'inviolabilité parait procéder d'une confusion entre personne et fonction. (…) Comment dès lors dépasser le seul argument de la tradition parlementaire et constitutionnelle pour expliquer le maintien en France d'une institution qui heurte de manière frontale le principe d'égalité devant la loi ? En réalité, le maintien de l'inviolabilité dans l'ordre juridique français, loin de résulter d'une exigence systémique, témoigne de la permanence de rapports méfiants entre pouvoirs constitués. (…) A l'inverse, 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 ».

[842] Voir *supra* partie II.

[843] Voir *supra* partie II.

[844] Voir *supra* partie II.

bénéficiant d'une reconnaissance universelle et inscrit dans l'article 17 de la DDHC[845], a été consacré pour protéger chacun des pouvoirs, exécutif et législatif, contre l'intrusion de l'autre. Il a conduit à l'instauration des immunités, mais, qui ne doivent être appliquées que lorsque la nécessité l'impose**.** L'immunité fonctionnelle, pour être efficace, doit être nécessaire et proportionnelle à la protection de la fonction. Cette recherche, bien que complexe, est essentielle pour éviter une protection surdimensionnée qui placerait le responsable politique dans une situation d'impunité, ou une sous-protection qui l'exposerait à des risques considérables.

558. Par ailleurs, le manquement à la légitimité démocratique de la fonction peut frapper d'incapacité d'exercice le responsable politique concerné.

B – Le principe de l'inéligibilité

559. Préserver la légitimité démocratique de la fonction a conduit le législateur à prévoir l'inéligibilité du responsable politique en cas de commission d'un certain nombre d'infractions qui s'avèreront incompatibles avec l'exercice de celle-ci. Comme le prévoit l'article 131- 26-1 du Code pénal, la peine d'inéligibilité peut être prononcée « pour une durée de dix ans au plus à l'encontre d'une personne exerçant une fonction de membre du gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits ». Cette règle s'applique à l'ensemble des titulaires des fonctions politiques.

560. En somme, le principe d'inéligibilité est considéré comme un principe universel. D'ailleurs le Conseil d'État, dans l'arrêt du 6 octobre 2000[846], a affirmé ce caractère général en précisant que « l'interdiction ou l'incapacité d'exercer une fonction publique prévue par l'article 131-26 du Code pénal en conséquence de l'inéligibilité vise toutes les fonctions publiques, y compris électives ». Ainsi, ce principe constitue une mesure contraignante pour l'ensemble des responsables politiques puisqu'en cas de condamnation, d'atteinte objectivement définie par le texte à la légitimité de sa fonction, le juge peut ordonner ou doit prononcer cette peine en cas de commission de certaines infractions.

[845] Ce principe de séparation des pouvoirs dont la valeur constitutionnelle est reconnue par la jurisprudence (Cons. cons., 17 janvier 1989, DC n° 88-248, considérant 24 et 27 ; Cons. cons., 8 juillet 1989, DC n° 89-258, considérant 8 ; Cons. cons., 28 juillet 1989, DC n° 89-260, considérant 6 ; Cons. cons., 29 décembre 1989, DC n° 89-268, 29, considérant 71) conduit à protéger chacun des pouvoirs, Exécutif et Législatif, contre les intrusions de l'autre.
[846] CE, 6 octobre 2000, *JCP* 2000 Actu. n° 45.

561. La généralisation de ce principe garantit sa cohérence au regard de la protection de la fonction. Ces dernières années, son importance a été soulignée par son renforcement législatif dans l'objectif de lutter contre le déficit démocratique, notamment suite à l'affaire Cahuzac, alors ministre délégué au Budget, mis en cause dans une affaire de fraude fiscale. La loi relative à la transparence de la vie publique a porté la peine complémentaire d'inéligibilité de cinq à dix ans[847]. Son prononcé est devenu obligatoire pour certains délits, sauf si le juge motive spécialement sa décision depuis la loi du 9 décembre 2016 n° 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite loi « Sapin 2 ». Désormais, le juge se voit contraint d'ordonner cette peine pour les délits relevant de la concussion[848], la corruption passive[849] ou active[850] ou le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts[851], le favoritisme[852], la soustraction ou le détournement de biens publics[853].

562. Dans la même perspective, la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique[854] a été adoptée en vue d'étendre la liste des infractions concernées par cette peine complémentaire d'inéligibilité obligatoire. L'objectif est de protéger la légitimité démocratique de la fonction en éloignant « plus systématiquement des fonctions électives les personnes qui, par les infractions qu'elles ont commises, ont démontré ne plus remplir les conditions de probité essentielles à l'exercice de leur mandat »[855]. Cette peine doit être prononcée en cas d'infractions de nature criminelle, violences aggravées envers les personnes et les délits d'ordre sexuel, de discrimination, d'escroqueries, abus de confiance, abus de bien social et divers délits boursiers et d'actes de terrorisme. De plus, cette peine doit être prononcée lors de la commission de ces infractions dans le cadre d'un recel ou d'un blanchiment ou d'une association de malfaiteurs. Le casier judiciaire du responsable politique condamné fait mention de cette peine d'inéligibilité. Une proposition de loi[856] tendait à durcir

[847] L'article 131-26-1 du Code pénal créé par l'article 27 de la loi du 11 octobre 2013 n° 2013-907 relative à la transparence de la vie publique dispose que « dans les cas prévus par la loi et par dérogation au septième alinéa de l'article 131-26, la peine d'inéligibilité mentionnée au 2° du même article peut être prononcée pour une durée de dix ans au plus à l'encontre d'une personne exerçant une fonction de membre du Gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits ».
[848] Article 432-10 du Code pénal.
[849] Article 432-11 du Code pénal.
[850] Articles 433-1 et 433-2 du Code pénal.
[851] Articles 433-1 et 433-2 du Code pénal.
[852] Article 432-14 du Code pénal.
[853] Article 432-15 du Code pénal.
[854] Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.
[855] Proposition de loi n° 788 visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale, Document faisant état de l'avancement des travaux du rapporteur M. Brotherson, 18 février 2019, p.7, disponible sur le site : http://www2.assemblee-nationale.fr.
[856] Proposition de loi n° 788 visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale. Elle prévoit dans son article premier de porter « à trente ans la durée de la peine d'inéligibilité que prononce obligatoirement la juridiction pénale, sauf décision spécialement motivée, lorsqu'une personne exerçant une fonction de membre du Gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits est condamnée pour une des infractions mentionnées à l'article 131-26-2 du code pénal. Cette inéligibilité peut être prononcée à vie lorsque cette infraction est suivie ou accompagnée d'une autre mentionnée

la peine encourue en prévoyant de modifier la durée de l'inéligibilité en l'étendant à 30 ans et à vie lorsque le responsable politique avait commis une des infractions accompagnées d'une autre mentionnées à l'article 131-26-2 du Code pénal.

563. En raison de la légitimité démocratique de la fonction, le Conseil d'État a considéré dans son avis du 26 mars 2019 relatif à la proposition de loi visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale[857], qu'«au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, et sous réserve des garanties d'individualisation et de relèvement (…), la peine d'inéligibilité de trente ans encourue en cas de commission, par un membre du Gouvernement ou un élu, d'un crime ou d'un des délits énumérés à l'article 131-26-2 du code pénal n'apparaît pas manifestement disproportionnée au regard de la finalité que poursuit la proposition de loi, de la nature des infractions que la peine complémentaire obligatoire vient sanctionner et de la place particulière qu'occupent leurs auteurs dans la démocratie ». Enfin, toujours dans le même objectif, la loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude[858] prévoit l'application obligatoire de cette peine complémentaire à la fraude fiscale.

564. Cette peine d'inéligibilité assure la légitimité démocratique de la fonction en réprimant la violation des valeurs fondamentales de la société par le responsable politique. Cette condamnation le rend indigne d'occuper une fonction politique. De surcroît, son application uniforme à l'égard de tous les responsables politiques illustre son caractère fondamental dans le fonctionnement démocratique de la société.

565. En parallèle de la détermination des critères objectifs relatifs à la protection de la fonction, l'exercice d'un contrôle de proportionnalité entre cette dernière et la préservation des droits fondamentaux des responsables politiques permettrait sans doute une adaptation plus acceptable et cohérente des droits et libertés.

---

au même article. La personne condamnée peut solliciter le relèvement de l'inéligibilité tous les dix ans », citée dans la proposition de loi n° 788 visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale, *Op. cit.*

[857] CE, avis du 26 mars 2019 relatif à la proposition de loi visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale, disponible sur le site : https://www.conseil-etat.fr.

[858] LOI n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

CHAPITRE II – LA PRÉSERVATION DES DROITS GRÂCE À L'EXERCICE D'UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

566. Depuis plusieurs années, la protection des droits fondamentaux des responsables politiques subit des lésions en raison de l'intégration intense de la moralisation de la vie publique voulue par le législateur et le juge sous l'influence de l'opinion publique. L'étude des droits et libertés des responsables politiques met en exergue le poids élevé de la prise en compte de l'intérêt général dans leur aménagement.

567. Pour parvenir à une protection plus équilibrée des droits fondamentaux des responsables politiques, l'examen des mesures restrictives des droits et libertés doit faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité minutieux. Généralement, l'atteinte à un droit fondamental n'est admise que lorsqu'elle a pour but de préserver un intérêt légitime solidement établi. Or, le législateur comme le juge ont, souvent, limité leur office dans le contrôle de la finalité de l'atteinte —un contrôle restreint— sans exercer un contrôle de proportionnalité approfondi, ce qui a affecté la protection de certains droits fondamentaux.

568. De la sorte, une protection adéquate des droits fondamentaux des titulaires des fonctions politiques suppose que leur aménagement fasse l'objet d'un double examen. D'une part, l'examen du caractère légitime de l'atteinte (section I), et, d'autre part, l'examen du caractère non substantiel de l'atteinte (section II). Ce double examen aura pour conséquence une protection plus satisfaisante des droits fondamentaux.

Section I – L'examen du caractère légitime de l'atteinte

569. Pour éviter que les droits et libertés des responsables politiques supportent des atteintes disproportionnées, l'examen du caractère légitime de l'atteinte portée à un droit fondamental invitant à la recherche de son adéquation par rapport au but recherché, se révèle indispensable (§I) tout comme le contrôle de sa nécessité (§II).

§ I – Le contrôle de l'adéquation de l'atteinte

570. Dans le cadre du contrôle de proportionnalité, l'analyse de l'adéquation de l'atteinte constitue la première étape qui détermine la légitimité de la mesure restrictive. Elle consiste à vérifier qu'elle est susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur[859]. L'adéquation de l'atteinte renvoie à l'établissement d'un rapport cohérent entre la finalité entreprise et l'altération éprouvée par un droit fondamental. Or l'étude des droits fondamentaux des responsables politiques révèle l'insuffisance du contrôle du caractère rationnel de l'atteinte alors qu'il devrait s'imposer au juge comme au législateur en tant que défenseurs des droits et libertés (A). C'est la raison pour laquelle son renforcement permettrait d'assurer une protection plus appropriée des droits et libertés des responsables politiques (B).

A – L'insuffisance avérée du contrôle du caractère pertinent de l'atteinte

571. Depuis les années 1980, les droits fondamentaux des responsables politiques doivent faire face à des contraintes normatives de plus en plus accrues. Ces normes, souvent validées par le juge constitutionnel, ont été adoptées par le législateur dans une perspective de limiter la méfiance à l'égard des responsables politiques. Cette logique a progressivement semé le

[859] J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2ème édition, 2009, p.38, cité par J-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en Provence, vendredi 17 mars 2017.

doute quant à l'équilibre entre la satisfaction de cet objectif et la préservation des droits fondamentaux de ces derniers. En effet, adoptées, souvent, dans un contexte émotionnel, ces limitations ont irradié progressivement l'ensemble des droits et libertés. Toute idée en faveur de la moralisation de la vie publique a reçu la validation du gouvernement, du législateur et du juge. Pour bannir le déficit démocratique, une sorte de présomption de légalité et de légitimité a été accordée à ces limitations.

572. A cet égard, la question de la transparence de la vie publique est révélatrice. Ce principe directeur de la fonction politique, qui doit être manié avec beaucoup de prudence par le législateur et le juge, a particulièrement impacté les droits fondamentaux des titulaires des fonctions puisque l'examen de l'existence d'un apport fructueux à l'intérêt général fait défaut dans l'appréciation du législateur et du juge. A titre d'illustration, l'obligation de déclaration des activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint, par le partenaire ou par le concubin de certains responsables politiques, limitativement énumérés, imposé par la loi n° 2013-907[860] et la loi organique n° 2013-906[861] du 11 octobre 2013, quoique déclarée constitutionnelle, réduit considérablement, non seulement le droit au respect de la vie privée des responsables politiques, mais aussi celui des tiers précités. La transparence est imposée aux tiers, alors que leur consentement n'est pas pris en considération. L'atteinte subie crée une rupture d'égalité entre citoyens même en raison de la fonction du conjoint, du partenaire ou du concubin. Cette rupture d'égalité semble réellement discutable au regard de la rationalité de la mesure car le lien d'alliance ou le lien affectif peuvent se voir supplanter par l'existence d'autres liens familiaux ou amicaux. La notion de vie commune avec le déclarant justifiant cette atteinte se révèle dénuée de pertinence dans la mesure où ce n'est pas forcément un gage de probité puisque tous les proches du titulaire de la fonction pourraient effectivement se voir concernés comme les enfants, les parents, les amis...

573. Une telle approche apparaît assez fragile. La déficience de la démonstration concrète de l'existence du caractère pertinent de l'intérêt général est manifeste alors que la survenance du risque évoqué peut se produire par l'intermédiaire des autres entourages. Dès lors, le principe de transparence doit-il conduire à identifier les différents liens entretenus par le responsable politique avec ses proches et s'appliquer à tous ses proches ?

[860] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[861] Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

574. De plus, les lois susmentionnées, instaurent le délit du conflit d'intérêts et le définissent comme « une situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». Il s'agit d'une définition large qui inclut plusieurs hypothèses, celles de la confrontation des intérêts publics avec des intérêts privés mais également des intérêts publics entre eux.

575. Cette définition met en évidence trois critères du conflit d'intérêts selon la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique[862] : « Le responsable public doit détenir un intérêt. Cet intérêt peut être direct (une autre activité professionnelle) ou indirect (l'activité professionnelle du conjoint), privé (la détention d'actions d'une entreprise) ou public (un autre mandat électif), matériel (une rémunération) ou moral (une activité bénévole ou une fonction honorifique). Cet intérêt doit interférer avec l'exercice d'une fonction publique. L'interférence peut être matérielle (une activité professionnelle spécialisée dans un certain secteur), géographique (les intérêts détenus dans une commune) ou temporelle (des intérêts passés). Cette interférence doit " influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction". Ce critère implique d'examiner l'intensité de l'interférence au cas par cas : il y a un conflit d'intérêts quand l'interférence est suffisamment forte pour soulever des doutes raisonnables quant à la capacité du responsable public pour exercer ses fonctions en toute objectivité ».

576. D'innombrables situations peuvent être concernées. Même si l'introduction de cette règle présente des avantages, elle n'est pas exempte d'inconvénients. Elle favorise une suspicion constante qui peut obscurcir la capacité des responsables politiques dans l'exercice de leur fonction. La multiplicité des hypothèses dans lesquelles le responsable politique peut être en proie avec un conflit d'intérêts entrave parfois leur mission. Compte tenu de la diversité des carrières professionnelles exercées avant ou pendant leur mandat, selon la conception de la notion de conflit d'intérêts retenue, ils doivent s'abstenir dans certaines situations de mettre à profit leur expérience. Ceci paraît paradoxal dans la mesure où cette expérience servirait l'intérêt général. Ce dispositif de prévention qui permettait de pallier l'insuffisance du dispositif pénal répressif, mérite plus de précisions au risque d'être contre-productif à la fois pour l'intérêt général et la liberté d'exercice du mandat. L'examen du

[862] Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, « La prévention des conflits d'intérêts », dans La déontologie des responsables et agents publics, disponible sur le site : https://www.hatvp.fr.

caractère rationnel de l'atteinte conduirait à considérer que l'expérience obtenue dans ce même secteur pourrait contribuer à l'intérêt général.

577. Actuellement, l'admission de cette exigence impose un degré d'impartialité très poussé qui semble substantiellement attentatoire à la liberté d'exercice du mandat puisque le responsable politique se trouvant dans une situation de risque présumé de conflit d'intérêts devra s'abstenir de participer à la prise de décision par l'obligation de déport. Ainsi, un risque présumé laisse place, parfois, à une prise en compte irrationnelle de l'intérêt général.

578. D'ailleurs, cette difficulté a été relevée par la commission d'éthique de la région d'Ile-de-France dans son rapport d'activité de 2018[863], due à la décision de la Cour de cassation du 19 mars 2008, impliquant une obligation de déport stricte concernant la participation à une délibération relative à un organisme extérieur à la région (octroi d'une subvention par exemple) d'un élu local qui représente, dans cet organisme, la collectivité territoriale. La commission indique que : « ces difficultés peuvent fausser le délicat équilibre entre une conception stricte du conflit d'intérêts et la nécessité pour la collectivité de bénéficier des connaissances de ceux de ses membres qui sont les spécialistes du sujet en débat ». C'est la raison pour laquelle la commission propose de modifier la législation en la matière, notamment l'article 432-12 du Code pénal. Elle précise que : « cette abstention, dont les inconvénients sautent aux yeux du point de vue de la bonne administration, et dont l'intérêt déontologique n'est pas, tant s'en faut, toujours évident, est-elle nécessaire pour prévenir l'annulation de la délibération en application de l'article L 2131-11 du code général des collectivités territoriales ? Ou pour éviter que le conseiller soit passible des peines prévues par l'article 432-12 du code pénal ? La première de ces dispositions a heureusement fait l'objet d'une interprétation souple du juge administratif. La seconde, en revanche, dont les termes sont, il est vrai, très englobants, est interprétée extensivement par le juge judiciaire et, à sa suite, par la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP). La Commission d'éthique estime qu'il convient de modifier cette disposition dans un sens plus équitable, plus acceptable et plus réaliste»[864].

579. Le renforcement de ce contrôle permettrait une limitation plus adéquate des droits fondamentaux.

---

[863] Commission d'éthique de la région d'Ile-de-France, rapport d'activité de 2018, p.4, disponible sur le site : https://www.iledefrance.fr.
[864] *Ibidem*, p.51.

B – Le renforcement nécessaire du contrôle du caractère rationnel de l'atteinte

580. En raison d'un contrôle incongru de la rationalité de l'atteinte, les droits et libertés fondamentaux peuvent subir des restrictions au-delà d'une réelle nécessité.

581. L'explication d'un contrôle insuffisant de la cohérence de l'atteinte se trouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui à nombreuses occasions a rappelé explicitement que l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur, limitant ainsi son office[865]. Dès lors, l'invocation de la notion de l'intérêt général par le législateur est naturellement acceptée sans rechercher la cohérence de la contrainte. Ce faisant toutes les questions relatives à la préservation des deniers publics s'inscrivent incontestablement dans un objectif d'intérêt général et peuvent constituer des motifs de limitation des droits fondamentaux des responsables politiques. Dès que l'identification de l'objectif poursuivi est présumée, les atteintes aux droits fondamentaux sont légitimes. Leur protection revêt un caractère secondaire.

582. Cette insuffisance du contrôle du motif rationnel de l'atteinte n'est pas sans risque dans la mesure où elle remet en cause fondamentalement le rôle du législateur et le juge dans la protection des droits fondamentaux. L'insuffisance du contrôle du caractère pertinent de l'atteinte questionne sur la protection des droits et libertés car il conduit à leur anéantissement progressif, c'est la raison pour laquelle son renforcement constituerait une étape essentielle dans la préservation des droits fondamentaux des responsables politiques. En somme, l'examen du caractère rationnel de l'atteinte permettrait « à cantonner la réglementation de l'exercice de la liberté (…) dans ce qui est strictement indispensable »[866]. Il aura pour conséquence « une action publique mesurée et respectueuse des droits fondamentaux ». D'ailleurs, l'importance de ce contrôle dans la préservation des droits fondamentaux a été juridiquement mise en exergue[867].

---

[865] Le Conseil rappelle souvent qu'il appartient au législateur d'apprécier l'intérêt général. Il emploie plusieurs formules : « l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur » (Cons. cons., 19 et 20 juillet 1983, DC n° 83-162, *Rec.* p. 49); « le législateur a pu tenir compte de l'intérêt général qui, selon son appréciation, ... » (Cons. cons., 7 janvier 1988, DC n° 87-232 DC, *Rec.* p. 17); « eu égard à l'objectif d'intérêt général auquel lui paraîtrait correspondre... » (Cons. cons., 28 juillet 1993, DC n° 93-322, *Rec.* p. 204).

[866] F. Julien-Laferrière, « L'État de droit et les libertés », *in Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant Bruxelles, 1998, p. 153.

[867] J-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017 : « Aux fins d'assurer une protection accrue des droits et des libertés, il pourrait, il est vrai, s'élargir à une fonction d'orientation de l'action des autorités publiques, ainsi qu'il l'a été en droit allemand et en droit de l'Union européenne. Il est même permis de s'interroger sur l'intégration du principe de proportionnalité à celui, plus général, de bonne gouvernance».

583. Un droit ou une liberté ne peut faire l'objet de limitation, même modérément, que lorsqu'elle est cohérente au regard d'un motif impérieux ou lorsqu'un état de nécessité l'impose. Le contrôle de la rationalité de l'atteinte a pour objet de constater et de confirmer l'harmonie et la cohérence de la norme conditionnées par la satisfaction de la finalité entreprise. Il détermine le degré d'efficacité de la norme par un diagnostic approfondi de l'apport de la limitation d'un droit ou d'une liberté à l'intérêt général. L'analyse de la pertinence de l'atteinte s'inscrit « dans l'optique d'une normativité de la raison »[868].

584. Une fois l'examen du contrôle de l'adéquation de la norme accompli, l'examen de l'appréciation de la nécessité de l'atteinte portée à un droit fondamental s'impose.

§ II – Le contrôle de la nécessité de l'atteinte

585. La recherche de la nécessité de l'atteinte dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité constitue également une étape indissociable à la préservation des droits et libertés. L'appréciation de la nécessité de l'acte symbolise le contrôle de proportionnalité dans son acception la plus pure[869]. Or, l'insuffisance de ce contrôle a eu pour conséquence la fragilisation de la protection des droits fondamentaux des responsables politiques. La préservation de leurs droits et libertés implique naturellement que, lors du contrôle de la nécessité de l'atteinte, soit effectué l'examen de l'existence de normes poursuivant le même objectif afin d'éviter que les normes nouvelles puissent créer des contraintes supplémentaires aux droits fondamentaux (A) mais aussi que soit exercé un contrôle de l'existence de moyens alternatifs moins contraignants pour les droits et libertés (B).

A – Le contrôle de l'existence de normes poursuivant le même objectif

586. La tendance contemporaine, visant à exiger toujours davantage de transparence par l'introduction de norme nouvelles, a entraîné des répercussions sur les droits fondamentaux

[868] H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Identité et réalité du droit, les dimensions du raisonnement judiciaire, LGDJ, 1980, p. 149.
[869] X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, PUAM Economica, 1990, p. 183.

jusqu'alors préservés (2) et ce malgré l'existence d'un cadre juridique répressif rigoureux, tissé depuis longtemps, poursuivant les mêmes objectifs (1).

1- L'existence d'un régime répressif rigoureux

587. La préoccupation de protéger la fonction vis-à-vis de son titulaire n'est pas nouvelle. Un cadre juridique solide en droit positif prévoit des mesures répressives pour empêcher les responsables politiques de tirer profit de leur statut, recherchant la satisfaction de leurs intérêts privés au détriment de l'intérêt général. Ce régime répressif a été progressivement complété, modifié et précisé, notamment lors de l'adoption du Nouveau Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994 qui dresse une liste exhaustive des infractions heurtant l'intérêt général.

588. La prise illégale d'intérêt. Cette infraction est consacrée à l'article 432-12 du Code pénal qui dispose que : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ». Cette disposition, qui figurait déjà sous l'appellation de « délit d'ingérence » dans le code pénal de 1810 dans son article 175[870], a pour finalité de protéger la fonction à l'encontre de son titulaire qui pourrait, en raison de son statut, en tirer des intérêts personnels. Elle concerne les membres du gouvernement, leurs collaborateurs de cabinets, les parlementaires[871] et les élus locaux.

589. Selon la jurisprudence, le délit de prise illégale d'intérêts, pour être constitué, suppose la réunion de quatre éléments. D'abord, le juge prend en compte la qualité d'élu, ensuite il examine la surveillance exercée par celui-ci sur certaines affaires ou certains actes, puis il

[870] L'article 175 du Code pénal de 1810 prévoyait la répression du délit d'ingérence en disposant que « tout fonctionnaire, tout officier public, tout agent du gouvernement, qui, soit ouvertement, soit par actes simulés, soit par interposition de personnes, aura pris ou reçu quelque intérêt que ce soit, dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont il a ou avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance, sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins et de deux ans au plus, et sera condamné à une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des indemnités, ni être au-dessous du douzième. Il sera de plus déclaré à jamais incapable d'exercer aucune fonction publique. La présente disposition est applicable à tout fonctionnaire ou agent du gouvernement qui aura pris un intérêt quelconque dans une affaire dont il était chargé d'ordonnancer le paiement ou de faire la liquidation ».

[871] Crim, 24 février 1893, D.P 93.1.393 cité par F. Farouz-Chopin, *La lutte contre la corruption*, Presses universitaires de Perpignan, 2003.

vérifie que l'élu a eu un intérêt dans l'une de ces affaires ou l'un de ces actes et, enfin, il contrôle l'élément moral[872]. Comme le relève le Rapport Sauvé, « les éléments constitutifs de l'infraction sont définis de manière souple et objective. D'une part, la personne doit avoir eu, au temps de l'acte, l'administration, la surveillance, la liquidation ou le paiement de l'affaire dans laquelle elle a pris un intérêt. C'est bien davantage sa fonction que son comportement, sa motivation ou la nature de son implication dans l'affaire qui apparaît déterminante. Il importe peu que l'acteur public n'ait pas lui-même pris une décision l'avantageant ou que ses fonctions d'administration ou de surveillance n'impliquent pas de pouvoirs décisionnels. Il suffit qu'il ait pris part, d'une manière quelconque, à une affaire relevant de sa compétence, par exemple en donnant un simple avis[873]. D'autre part, la personne doit avoir pris dans l'entreprise ou l'opération litigieuse un "intérêt quelconque". L'intérêt peut être matériel ou moral, direct ou indirect »[874].

590. Cette conception englobe de nombreuses hypothèses dans lesquelles le responsable politique peut se voir reprocher cette incrimination. En effet, ce délit est caractérisé lorsqu'il tire un avantage personnel direct ou indirect. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 22 février 2017[875], a déclaré que le délit de prise illégale d'intérêt est constitué dès lors que la simple participation, c'est-à-dire exclusive de vote, d'un adjoint au maire d'une commune à un organe délibérant permet de caractériser le délit de prise illégale d'intérêts lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt. Cette simple participation vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 du Code pénal. De même, dans l'arrêt du 19 juin 2013[876], le délit de prise illégale d'intérêts a été retenu à l'encontre d'une conseillère municipale qui avait participé au vote pour la création d'une UTN alors qu'elle était propriétaire du terrain sur lequel le projet devait être réalisé. De la même manière, un maire a été reconnu coupable de ce délit pour avoir fait réaliser sur ses propres biens des travaux par les employés municipaux sur leur temps de travail[877].

591. Ce dispositif a également permis au juge de protéger la fonction contre les abus en raison des relations familiales et amicales. A ce titre, le Conseil d'État, dans l'arrêt du 27

[872] Voir *supra*.
[873] Crim., 9 mars 2005, cité par Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, Commission présidée par J-M. Sauvé, disponible sur le site https://www.hatvp.fr.
[874] Crim., 27 nov. 2002, cité par Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Op. cit.*, p.31.
[875] Crim., 22 février 2017, n°16-82039.
[876] Crim., 19 juin 2013, n°11-89210.
[877] Crim., 7 mars 2012, n°11-81918.

juillet 2005[878], a affirmé que le recrutement d'agents communaux fondé sur le motif de la filiation des intéressés avec des maires adjoints de la commune contrevenait à l'article 432-12 du Code pénal. De même, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 11 mars 2014[879], a déclaré un maire coupable de complicité du délit de prise illégale d'intérêts par aide ou assistance en raison de l'embauche par la commune des frères et sœurs d'un collaborateur de cabinet alors que les procédures habituelles n'avaient pas été respectées et que certaines de ces personnes ne disposaient pas des formations spécifiques pour occuper des postes à haute responsabilité. De surcroît, le président de la commission permanente de l'assemblée de Polynésie française a été déclaré coupable sur le fondement de ce délit de prise illégale d'intérêts pour avoir recruté sa concubine en qualité de directrice de son cabinet alors qu'elle n'avait pas les capacités nécessaires pour accomplir cette mission et sans contrepartie de travail[880].

592. La Cour de cassation a, en outre, déclaré que ce délit pouvait être caractérisé en raison de « la relation amicale et professionnelle de longue date » entre le collaborateur du cabinet du maire ayant participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux à la société en question et le gérant de celle-ci[881]. Dans l'arrêt du 15 janvier 2016[882], la Cour de cassation a condamné le maire d'une commune pour complicité de prise illégale d'intérêts et son adjoint de prise illégale d'intérêts en raison d'une décision d'urbanisme à laquelle ce dernier avait participé, rendant le terrain appartenant à l'épouse de cet adjoint constructible, mais aussi de par son rapprochement politique notamment par le ralliement de celui-ci à sa majorité. Les juges retiennent à la fois l'intérêt personnel de l'élu, l'intérêt d'un membre de sa famille et l'intérêt d'un de ses amis. Ainsi, cette infraction permet au juge d'établir l'intérêt moral direct ou indirect qui consiste à procurer un avantage à des personnes avec lesquelles le responsable politique entretient un lien affectif.

593. La jurisprudence a conféré un champ d'application très large à cette disposition. Cette interprétation jurisprudentielle de l'article 432-12 du Code pénal suscite certaines critiques notamment celle de remettre en cause l'élément intentionnel de cette infraction. D'après certains auteurs[883], l'intention est caractérisée par le seul fait que l'auteur de l'infraction a accompli en toutes connaissances de cause l'élément matériel de ce délit. D'ailleurs, comme

[878] CE, 27 juillet 2005, Ministre de l'Outre-mer c/ Commune de Hitia'a O Te Ra, n° 262714.
[879] Crim., 11 mars 2014, n°12-88.312, Inédit.
[880] Crim., 21 mars 2012, n°11-83.813, Inédit.
[881] Crim., 13 janvier 2016, n°14-88.382, Inédit.
[882] Crim., 15 juin 2016, n°15-81.124, Publié au bulletin.
[883] « La mort clinique de l'élément moral » selon l'expression de J-H Robert, *Dr. Pén*., 1999, cité par Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Op. cit.*, p. 32.

l'a noté le Rapport Sauvé, « la Cour de cassation a eu l'occasion récemment de confirmer cette interprétation : "L'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président entre dans les prévisions de l'article 432-12 du code pénal ; qu'il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal"[884]. La prise illégale d'intérêts couvre donc non seulement le conflit d'intérêts, mais aussi la convergence d'intérêts »[885]. Ainsi, une élue locale participant à l'octroi d'une subvention à une association dans laquelle elle était directrice, a été condamnée pour prise illégale d'intérêts, alors même que cette association n'a aucune activité lucrative[886].

594. Cette incrimination impose des contraintes conséquentes aux responsables politiques en particulier aux élus locaux dans l'exercice de leur fonction, d'autant plus que les sanctions prévues pour ce délit ont été durcies par la loi du 6 décembre 2013[887], puisque, désormais, la peine est de cinq ans d'emprisonnement et 500 000€ d'amende, et peut être accompagnée de peines complémentaires prévues par l'article 432-17 du Code pénal, notamment celle de l'inéligibilité.

595. La concussion. Le Code pénal consacre également le délit de concussion prévu par son article 432-10 qui indique que : « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. Est puni des mêmes peines le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires ».

596. La Cour de cassation a retenu cette infraction à l'égard d'un député-maire dans l'arrêt du 14 février 1995[888] puisqu'en cumulant ces deux fonctions il ne pouvait légalement percevoir plus de la moitié de ses indemnités de maire, alors que ce dernier avait délégué

[884] Crim., 22 oct. 2008, cité par Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Op. cit.*, p.33.
[885] Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Op. cit.*, p.33.
[886] Crim., 10 avril 2002, n°01-85.613, Inédit.
[887] Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.
[888] Crim.,14 février 1995, n°94-80.797, Publié au bulletin.

l'autre moitié à son adjoint, que celui-ci la lui a reversée en exécution d'un ordre de virement permanent. La Cour déclare qu' «entre dans les prévisions tant de l'article 174 du Code pénal, dans sa rédaction en vigueur au moment des faits, que de l'article 432-10 du Code pénal, applicable depuis le 1er mars 1994, le fait par un maire de percevoir, au-delà de celles auxquelles il sait avoir droit, des indemnités dont l'attribution est réglementée par l'autorité publique en contrepartie de services effectués dans la fonction ; qu'il n'importe que les juges les aient qualifiées de salaires ou traitements, dès lors que les indemnités de fonctions d'un maire sont perçues à titre de droits ». Dans une autre affaire, la Cour de cassation[889] a condamné un maire pour ce même délit en raison de l'exonération de la redevance d'occupation du domaine public qu'il avait accordée à la société appartenant en partie à son fils. Ce délit de concussion, qui possède un champ d'application assez vaste, permet de sanctionner l'utilisation des deniers publics à des fins personnelles et contraire à l'intérêt général.

597. La corruption. De même, la corruption et le trafic d'influence sont réprimés par le Code pénal. Le délit de corruption active et du trafic d'influence a été consacré à l'article 433-1 du Code pénal[890], de même, le délit de corruption passive et de trafic d'influence sont inscrits à l'article 432-11 du même Code[891]. La corruption active se caractérise par le fait pour une personne, notamment un responsable politique, d'user de sa fonction en sollicitant ou en acceptant des dons, promesses ou avantages aux fins d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte relevant de l'exercice de celle-ci. La corruption passive, quant à elle, est caractérisée lorsqu'une personne physique ou morale tente d'obtenir d'un responsable politique

[889] Crim.,19 mai 1999, n°98-82.607, Publié au bulletin.

[890] L'article 433-1 du Code pénal dispose que : « Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui :

1° Soit pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° Soit pour qu'elle abuse, ou parce qu'elle a abusé, de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte mentionné au 1° ou pour abuser ou avoir abusé de son influence dans les conditions mentionnées au 2° ».

[891] L'article 432-11 du Code pénal dispose que : « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :

1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ».

moyennant des dons, des promesses ou avantages, l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte relevant de l'exercice de sa fonction. Bien que ces deux incriminations soient complémentaires, elles demeurent distinctes. En effet, elles peuvent être invoquées et poursuivies séparément devant le juge[892]. De plus, la référence à la catégorie de personnes investies d'un mandat électif public couvre un large panel de responsables politiques comme les parlementaires, les conseillers municipaux, départementaux et régionaux, ainsi que les exécutifs des collectivités territoriales. Sur le fondement de l'article 432-11, le maire d'une commune a été reconnu coupable du délit de corruption passive pour avoir reçu des commissions antérieurement à l'attribution du marché concernant la fourniture de photocopieurs, et que le gérant de la société en question, sur le fondement de l'article 433-1 du Code pénal, a été condamné pour délit de corruption active[893].

598. Le détournement de biens. Les articles 432-15[894] et 432-16[895] du Code pénal ainsi que son article 433-4[896] répriment le détournement ou la soustraction de biens. Concernant cette incrimination, elle peut être accomplie soit directement par le dépositaire de l'autorité publique, soit indirectement en raison de sa négligence. Sur le fondement de l'article 432-15 du Code pénal, le responsable politique doit directement être à l'origine de la destruction, du détournement ou de la soustraction frauduleuse. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 14 février 2007[897], a condamné le maire d'une commune sur ce fondement en raison de l'organisation d'un événement privé, plus précisément sa fête d'anniversaire, dont les frais étaient supportés par la commune. Plus récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur l'extension du champ d'application de cette infraction aux parlementaires dans

[892] Commission de révision de la Cour de cassation, Comm. révis. 6 juin 2011, n°10 REV 097, Bull. crim. Comm. révis., no 1, énonce « que la corruption suppose, par sa nature même, deux faits principaux dont l'un ne saurait être l'accessoire de l'autre ; qu'il suit de là que la corruption passive prévue par l'article 432-11 du code pénal constitue un délit distinct, dans ses éléments constitutifs, de celui de corruption active prévu par l'article 433-1 du même code ; que ces faits de corruption sont susceptibles d'une appréciation différente, au regard des éléments constitutifs, par chacune des juridictions qui les ont examinés ».

[893] Crim., 20 mai 2009, n°08-87.354, *Dr. pénal* 2009. Comm. n° 138, obs. Véron.

[894] L'article 432-15 du Code pénal dispose que « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction.
La tentative du délit prévu à l'alinéa qui précède est punie des mêmes peines ».

[895] L'article 432-16 du Code pénal dispose que « Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

[896] L'article 433-4 du Code pénal dispose que « Le fait de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.
La tentative du délit prévu à l'alinéa précédent est punie des mêmes peines ».

[897] Crim., 14 février 2007, n° 06-81.107.

la décision du 27 juin 2018[898]. En l'espèce, il s'agissait de l'utilisation de la dotation financière accordée au Groupe pour rémunérer des assistants parlementaires, la Cour de cassation, après avoir confirmé que cette dotation a la nature de fonds publics, déclare que ces crédits doivent faire l'objet d'un usage déterminé qui est soit de permettre aux groupes de rémunérer leurs collaborateurs soit de faire face à leurs dépenses de fonctionnement, mais en aucun cas ils ne doivent revenir aux sénateurs à titre personnel. Cette jurisprudence illustre la volonté du juge de protéger la fonction contre son titulaire car, dans cette affaire, par le biais du devoir de probité, le juge contrôle également l'usage des crédits accordés aux parlementaires dans l'exercice de leur fonction sans doute dans un objectif de transparence, alors même, comme le requérant le soutenait, que le principe de la séparation des pouvoirs était de nature à empêcher le juge de porter une telle appréciation sur les activités parlementaires.

599. Concernant l'article 432-16 du Code pénal, le responsable politique ne cause pas directement les actes litigieux mais, en raison de sa négligence, les laisse se produire. La Cour de cassation a condamné en vertu de cette incrimination un élu local[899], plus précisément un

[898] Crim., 27 juin 2018, n°18-80.069, Publié au bulletin : « pour refuser d'annuler la mise en examen de M. X..., sénateur, et reconnaître à celui-ci la qualité de personne chargée d'une mission de service public, l'arrêt, après avoir relevé qu'il ne résulte pas de la lettre de la loi que le législateur ait entendu dispenser les parlementaires, parmi lesquels les sénateurs, du devoir de probité en lien direct avec les missions qui leur sont confiées, énonce que la différence de rédaction des incriminations visées à la section du code pénal intitulée "des manquements au devoir de probité", qui ne constitue pas une cause exonératoire, doit être corrélée avec la description des faits incriminés, éléments matériels de l'infraction, et qu'il résulte au contraire des travaux parlementaires à l'occasion de l'adoption du nouveau code pénal la volonté de retenir une conception large de la notion de personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, cette définition présentant l'avantage de substituer un critère fonctionnel évitant des énumérations fastidieuses ; que les juges ajoutent, après avoir rappelé qu'à ce stade de l'information cette qualification est par nature provisoire, que le juge d'instruction a retenu la notion de personne chargée d'une mission de service public liée à la qualité de sénateur, celui-ci, comme le député, votant la loi, participant au contrôle de l'action du Gouvernement, détenant donc à ce titre et à raison de sa mission une parcelle d'autorité publique ; que la chambre de l'instruction, après avoir constaté que les parlementaires sont autorisés à visiter à tout moment les locaux de garde à vue, les établissements pénitentiaires et les centres éducatifs fermés ainsi que les lieux de rétention administrative et les zones d'attente, en application de l'article 719 du code de procédure pénale qui permet aux élus de la Nation de vérifier que les conditions de détention répondent à l'exigence de respect de la personne humaine, retient que le texte susvisé suffit à caractériser, pour le sénateur, la qualité de personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 432-15 du code pénal qui est reconnue à toute personne chargée, directement ou indirectement d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique, la mission dévolue aux parlementaires étant par essence une mission d'intérêt général, cette qualité étant par ailleurs retenue par les juridictions correctionnelles lorsque des élus sont victimes de violences, d'outrages ou de menaces ».

[899]Crim., 22 février 2017, n°15-87.328, Publié au bulletin : « s'agissant d'une infraction de négligence, les dispositions de l'article 121-3 du code pénal exigeant l'existence d'une faute caractérisée, force est là aussi de relever qu'il s'agit bien ici d'une défaillance inadmissible de la part d'un élu bénéficiant de la signature afférente à ses fonctions, qui devait faire face aux vérifications lui incombant sur la présence et la régularité de justificatifs entraînant des règlements effectués avec de l'argent public ; qu'il est ici établi qu'il n'a pas accompli les diligences normales relevant de ses missions et de ses fonctions, ayant validé des factures ne pouvant concerner le syndicat communal des eaux et assainissement de Targon ; que son expérience ne pouvait lui faire ignorer les risques d'une telle attitude, sans qu'il puisse se reposer sur ses autorités de tutelle, auxquelles il n'incombe pas de faire le travail de M. P., mais uniquement de le superviser ; qu'il sera ainsi retenu dans les liens de la prévention, la faute caractérisée étant établie ;
Que les juges ajoutent qu'en s'abstenant de lire les documents présentés à sa signature par la secrétaire générale, en laquelle il avait une confiance aveugle, et en validant, sans en contrôler le contenu, des factures mensongères censées avoir été établies par une société SARL L. qui, à sa connaissance, n'était pas en rapport d'affaires avec le syndicat qu'il présidait, M. P. a manqué aux devoirs de sa charge et commis une faute de négligence au sens de l'article 432-16 du code pénal ».

ancien président d'une communauté de communes et d'un syndicat intercommunal, pour avoir signé des ordres de paiement présentés par la secrétaire générale de la communauté au bénéfice de son époux. Dans cette affaire, il lui a été reproché le fait de ne procéder à aucune vérification et ce alors que les factures étaient entièrement confectionnées par cette dernière. Cette « défaillance inadmissible » de la part d'un élu a été considérée par la Cour comme une faute caractérisée permettant de retenir l'incrimination issue de l'article 432-16 du Code pénal.

600. Le délit de « pantouflage ». L'article 10 de la loi budgétaire de 1919 avait déjà consacré le « délit de pantouflage » dont la finalité était d'empêcher un agent public d'avantager une entreprise privée dans laquelle il pouvait être recruté à l'expiration de ses fonctions. Aujourd'hui, l'article 432-13 du Code pénal[900] incrimine ce délit sous l'angle de la prise illégale d'intérêts commise par un responsable politique ayant exercé une fonction, avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de celle-ci. Ainsi, cette infraction encadre le passage du responsable politique vers le secteur privé, en évitant que ce dernier, chargé de contrôler une entreprise privée, soit enclin à la favoriser durant l'exercice de sa fonction en sachant qu'elle pourra le recruter à la fin de son mandat. La loi organique[901] et la loi ordinaire[902] du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique ont clarifié le champ d'application de cet article qui peut être invoqué à l'encontre des « membres du gouvernement » et des « titulaires d'une fonction exécutive locale », alors qu'avant l'entrée en vigueur de cette loi, la formulation semblait être plus restreinte en étant circonscrite aux agents publics. D'ailleurs, la Commission de réflexion pour la prévention des conflits

[900] L'article 432-13 du code pénal dispose que : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire, militaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.
Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées au premier alinéa.
Pour l'application des deux premiers alinéas, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.
Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.
L'infraction n'est pas constituée par la seule participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale ».
[901] Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
[902] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

d'intérêts dans la vie publique[903] avait estimé nécessaire la clarification de cette incrimination afin de lever le doute quant aux personnes à qui ce texte était applicable, notamment pour le cas des membres du gouvernement. Dans le cadre des lois précitées, le législateur a confié à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique la mission de se prononcer sur la compatibilité de l'ancienne fonction exercée et de la nouvelle activité du responsable politique[904]. Si la Haute Autorité rend un avis d'incompatibilité mais que le responsable politique ne le respecte pas, elle transmet au parquet pour le déclenchement de poursuites sur le fondement de l'article 432-13 du Code pénal.

601. Comme l'expliquait le Rapport Sauvé[905], ces arsenaux répressifs sont les plus sévères parmi les pays de l'OCDE. De plus, ces incriminations ont été considérablement durcies à la fois par le législateur mais aussi par leur interprétation jurisprudentielle, ce qui appelle plus que jamais, la vigilance des responsables politiques. Malgré ces divers mécanismes juridiques destinés à lutter contre toutes sortes d'abus de la fonction de la part de son titulaire, force est de constater que l'introduction sans cesse de normes nouvelles créant des contraintes sur les droits fondamentaux jusqu'alors épargnés, sous l'angle de la transparence, poursuit les mêmes objectifs.

2- L'adoption de nouvelles mesures coercitives malgré l'existence d'un régime répressif rigoureux

602. De nos jours, les droits fondamentaux des responsables politiques apparaissent comme la cible privilégiée des mesures législatives dues à la lutte contre la crise de représentation et motivées en vertu du principe de transparence.

603. La méfiance à l'encontre des responsables politiques, accentuée à la suite de multiples scandales politico-financiers[906], a conduit le législateur à se saisir de la question du devoir de probité des responsables politiques en adoptant différents dispositifs, influencés par le droit international[907], pour lutter contre la corruption et pour renforcer la confiance des citoyens

[903]Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, voir proposition n°13, p.117 et p.82, disponible sur le site : https://www.hatvp.fr.

[904] L'article 20 de la loi du 11 octobre 2013 dispose que : « (La Haute Autorité) se prononce, en application de l'article 23, sur la compatibilité de l'exercice d'une activité libérale ou d'une activité rémunérée au sein d'un organisme ou d'une entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé avec des fonctions gouvernementales ou des fonctions exécutives locales énumérées au 2° du I de l'article 11 exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité ».

[905] Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. *Op. cit.*

[906] J-M. Brigant, « Les atteintes à la probité revues et corrigées », *JCP A* 2014. 2173.

[907] C. Cutajar, « La France et la lutte contre la corruption d'agents publics : un rapport accablant. – À propos du rapport de l'OCDE du 23 octobre 2012 », *JCP 2012*. 1190 ; C. Cutajar, « Les évolutions marquantes de la lutte contre la corruption en

vis-vis des responsables politiques. D'après un rapport du sénat : « une trentaine de lois ont ainsi été adoptées depuis les lois de 1985 sur le cumul des mandats et de 1988 sur le financement des partis politiques, soit en moyenne près d'une par an, pour lutter contre la corruption, assurer la transparence de la vie publique, encadrer l'exercice des mandats électifs »[908]. Le législateur n'a eu de cesse de chercher des solutions dans l'objectif de préserver la légitimité démocratique des titulaires des fonctions alors que dans la majorité des cas, le droit pénal existant pouvait apporter une réponse adéquate eu égard à la similitude de l'objectif entrepris[909].

604. L'analyse des droits fondamentaux des responsables politiques met en lumière l'insuffisance du contrôle de la nécessité, consistant à rechercher la satisfaction de l'objectif visé par d'autres normes existantes moins attentatoires aux droits et libertés. Leur mise en

---

France », *AJ pénal* 2015. 340 ; P. Moulette, « Le rôle de l'OCDE dans la prévention de la corruption », *AJ pénal* 2013. 82 ; T.Rouette et C.Coslin, « "Argent, pouvoir et politique : les risques de la corruption en Europe ": le rapport publié par Transparency international le 6 juin 2012 », *AJ pénal 2013*. 84.

[908]Rapport du Sénat sur le projet de loi organique rétablissant la confiance dans l'action publique, et sur le projet de loi rétablissant la confiance dans l'action publique, 4 juillet 2017, disponible sur le site : http://www.senat.fr.

[909] A titre d'illustration, ces dernières années, outre, les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique) qui apportent une limitation conséquente au droit au respect de la vie privée et à la liberté de travailler, les lois du 14 février 2014 (Loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur et Loi n° 2014-126 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen) limitent aussi la possibilité du cumul des mandats et instaurent des nouvelles incompatibilités professionnelles qui restreignent la liberté d'exercice du mandat mais aussi la liberté de travailler et d'entreprendre. Le mouvement législatif de lutte contre les atteintes au devoir de probité s'est poursuivi avec la loi du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique) qui met en exergue la volonté du législateur de lutter contre l'influence des représentants d'intérêts dans la prise de décision des responsables politiques. Cette loi impose aux représentants d'intérêts de déclarer leur identité, l'organisme pour lequel ils travaillent et les intérêts ou entités qu'ils représentent dans leurs relations avec un membre du gouvernement ou un membre de cabinet ministériel, de s'abstenir de proposer ou de remettre à ces personnes des dons ou des avantages, d'inciter ces personnes à enfreindre les règles déontologiques qui leur sont applicables, de s'abstenir d'effectuer toute démarche pouvant leur procurer des informations par des moyens frauduleux, de communiquer à ces personnes des informations erronées afin d'obtenir des informations ou des décisions en leur faveur, de s'abstenir de les rémunérer à l'occasion de manifestations sous forme de colloques ou de réunions pour leur prise de parole, ou encore d'utiliser à des fins commerciales des informations obtenues de ces personnes, ou de vendre à des tiers des documents provenant du gouvernement et utiliser le logo des autorités publiques. Les obligations imposées par cette loi doivent également être mises en œuvre à l'égard de l'entourage direct des membres du gouvernement, ou d'un membre de leur cabinet ou des collaborateurs du chef de l'État. Ainsi, une limitation du droit au respect de la vie privée se dessine à nouveau alors que le Code pénal prévoyait déjà la répression de cette incrimination.
Enfin le législateur est intervenu par la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique afin de renforcer les cas d'inéligibilité et d'introduire dans le droit positif l'interdiction des emplois familiaux. Cette loi a créé l'article 131-26-2 du Code pénal qui prévoit des peines d'inéligibilité obligatoirement prononcées pour la commission de nombreuses infractions. Néanmoins, le législateur a prévu une atténuation tenant à ce que le juge puisse par une décision motivée, et en fonction des circonstances et de la personnalité de l'auteur, écarter l'application de cette disposition. Par ailleurs, cette loi, dans ses articles 11 et suivants, interdit le recours aux emplois familiaux dans l'exercice de leur fonction aux membres du gouvernement, aux parlementaires et aux élus locaux et, les prive ainsi de la liberté de choisir leur collaborateur en entravant, par la même occasion, la liberté de travailler de leurs proches. Dans sa décision du 8 septembre 2017(Cons. cons., 8 septembre 2017, DC n° 2017-752) relative à l'interdiction pour les ministres de recruter un membre de leur famille proche comme collaborateur au sein de leur cabinet, le Conseil constitutionnel a précisé qu' «en interdisant à un ministre de recruter comme collaborateur au sein de son cabinet les membres de sa famille proche et en lui imposant de déclarer à la Haute Autorité l'emploi au sein de son cabinet d'autres membres de sa famille, le législateur a souhaité accroître la confiance des citoyens dans l'action publique en renforçant les garanties de probité des responsables publics et en limitant les situations de conflit d'intérêts et les risques de népotisme. Il a poursuivi un objectif d'intérêt général ». Alors que la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique instaurant le délit de conflit d'intérêts pouvait englober cette hypothèse de l'emploi d'un membre de sa famille par un responsable politique.

place entraîne non seulement une limitation surérogatoire des droits fondamentaux mais aussi une rupture d'égalité devant la loi, puisqu'avant même la commission d'une infraction, il impose aux responsables politiques des contraintes qui ne sont pas imposées aux autres citoyens dans le cadre de leurs activités professionnelles.

605. Le tremblement provoqué par la crise de la représentation a influencé le raisonnement du juge qui a conduit à l'insuffisance de ce contrôle. Ainsi, la question de l'existence d'un contrôle de pondération entre la protection de la fonction et la préservation les droits fondamentaux se pose. L'inflation législative se traduisant par l'aggravation des mesures coercitives, en vue d'encadrer la vie publique « ne peut porter remède à tous les maux de la société, encore moins "moraliser" la vie publique. La loi ne saurait créer une morale ; tout au plus peut-elle contraindre dans une certaine mesure ceux qui en sont dénués à adopter les mêmes comportements que ceux qui en sont pourvus »[910]. Cet encadrement incessant mérite une attention particulière dans la mesure où il se heurte à d'autres principes fondamentaux aussi importants pour la bonne marche d'une démocratie et qui disposent notamment d'un appui constitutionnel tel que le droit au respect de la vie privée, la liberté de travailler et d'entreprendre, la liberté de candidater, la liberté des partis politiques, mais encore l'individualisation des peines ou bien la séparation des pouvoirs[911].

606. C'est la raison pour laquelle, la vérification de l'existence de normes moins attentatoires aux droits et libertés visant une finalité identique, tout comme la recherche des moyens alternatifs, moins contraignants pour l'exercice des droits fondamentaux garantira la cohérence du système juridique entre l'impératif de la protection de la fonction et la préservation des droits fondamentaux des titulaires.

B – Le contrôle de l'existence de moyens alternatifs moins contraignants pour les droits fondamentaux

607. Avant de légiférer, la recherche de solutions appropriées dont l'impact sur les droits fondamentaux des responsables politiques sera moins préjudiciable est essentielle. Ce contrôle induit l'examen de moyens alternatifs afin de parvenir à la satisfaction de l'intérêt

[910] Rapport du Sénat sur le projet de loi organique rétablissant la confiance dans l'action publique, et sur le projet de loi rétablissant la confiance dans l'action publique, 4 juillet 2017, disponible sur le site : http://www.senat.fr.
[911] Projet de loi organique rétablissant la confiance dans l'action publique, disponible sur le site : http://www.senat.fr.

poursuivi. Cette démarche a été pourtant rappelée par la CJUE. Ainsi, dans les deux arrêts du 14 mars 2017[912], la CJUE s'est prononcée sur la conformité de l'interdiction du port du voile dans l'entreprise au regard des dispositions de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail dans le cas de salariées portant le foulard islamique dans l'entreprise. La Cour considère que si le règlement d'entreprise prévoit une obligation de neutralité religieuse, il appartient au juge national de déterminer si cette règle poursuit un objectif légitime et si elle est appropriée et nécessaire pour le réaliser. Le juge national doit notamment déterminer si le licenciement d'une salariée qui porte le voile était la seule solution possible et si un reclassement sur un autre poste n'était pas envisageable. Ce raisonnement est transposable au cas de l'aménagement des droits fondamentaux des responsables politiques. Cette prise en compte jurisprudentielle des moyens ou mesures alternatifs moins contraignants manifeste la plus grande considération du système juridique à la prééminence des droits et libertés.

608. Il s'agit d'une étape cruciale dans la préservation des droits fondamentaux. Lorsque l'intérêt général le nécessite, l'insuffisance ou l'absence de moyens alternatifs peuvent justifier l'admission de la norme contraignante. Une pareille approche s'impose non seulement aux juges mais aussi au législateur lors de l'élaboration de la loi compte tenu des attributions qui lui sont dévolues par la Constitution, notamment dans son article 34, en matière de droits et libertés.

609. Dès lors, lorsque la question de l'aménagement des droits fondamentaux des responsables politiques se pose, l'exigence de ce contrôle doit accompagner l'esprit du législateur puisqu'il lui incombe de « respecter (le principe de proportionnalité), lorsqu'il édicte les lois et la proportionnalité trouve aussi à s'appliquer horizontalement dans les rapports entre citoyens ou personnes privées »[913]. Lors des travaux de la commission Sauvé relatifs à la question du conflit d'intérêts, l'audition de professeur Denys de Béchillon illustre parfaitement les contraintes pesant sur les droits fondamentaux des responsables politiques et, parfois, ceux des tiers, par la future réglementation de cette question. Comme il l'a souligné, l'instauration d'un cadre déontologique solide et adapté aurait constitué un moyen alternatif

[912] CJUE, 14 mars 2017, Achbita c./ G4S Secure Solutions, aff. C-157/15.
[913] J. Schwarze, *Droit administratif européen*, 2ème éd., Bruylant, 2009, p. 733-734, cité par Jean-Marc Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017.

moins coercitif pour les droits fondamentaux des responsables politiques concernés et plus efficace dans son ensemble.

610. En effet, une solution alternative aurait été plus opportune. La prise de conscience des responsables politiques de l'importance de cet objectif dans nos sociétés démocratiques peut être un compromis plus satisfaisant entre les attentes des citoyens et la sauvegarde des droits et libertés des responsables politiques. Le rappel et la mise en place des règles déontologiques renforceraient cette prise de conscience. Ainsi, l'objectif de désintéressement de la chose publique serait mieux assuré tout comme la préservation des droits et libertés des responsables politiques. L'avantage d'une telle approche réside dans le caractère universel de l'obligation d'impartialité qui s'impose aux titulaires de toutes les fonctions. A titre d'exemple, concernant les élus des communes qui ne peuvent, en raison de leur faible importance démographique, se voir appliquer un régime d'incompatibilité aussi stricte, un cadre déontologique permettrait de réduire également le risque de conflit d'intérêts. Laisser la possibilité pour les élus, même des communes à taille réduite, de se référer, en cas de doute, à une instance déterminée serait bénéfique, à l'instar des parlementaires [914] qui disposent d'un Déontologue, ou des maires de communes de plus de 20000 habitants qui peuvent saisir pour avis la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique[915] d'une question d'ordre déontologique dans l'exercice de leur mandat[916]. En cas de manquement à ces obligations, l'élu devra en supporter les conséquences pénales. Ainsi, l'objectif de l'impartialité serait

[914] L'article 80-2 du Règlement de l'Assemblée nationale prévoit la nomination d'un Déontologue. L'article 8 du Code de déontologie déclare qu'« ainsi qu'il est dit à l'article 80-3 du Règlement de l'Assemblée nationale, le déontologue de l'Assemblée nationale peut être saisi par tout député qui souhaite, pour son cas personnel, le consulter sur le respect des principes énoncés dans le code de déontologie. Les demandes de consultation et les avis donnés sont confidentiels et ne peuvent être rendus publics que par le député concerné ». Son rôle est non négligeable comme le démontre son rapport annuel, « Un nouvel élan pour la déontologie parlementaire », remis au Président et au Bureau de l'Assemblée nationale les 14 et 30 janvier 2019, en application de l'article 80-3 du Règlement de l'Assemblée nationale. Selon ce rapport, « depuis juin 2017, 80 % des députés ont sollicité au moins une fois la Déontologue qui fait désormais partie du paysage institutionnel. Un « réflexe déontologique » s'affirme, comme l'illustre les 1 467 sollicitations adressées à la Déontologue au cours de cette période ainsi que les 155 entretiens individuels qu'elle a menés, principalement avec des députés mais aussi avec des collaborateurs et des personnels ».

[915] La HATVP assure un rôle de guide déontologique, les déclarants peuvent la saisir pour avis lorsqu'ils rencontrent une difficulté d'ordre déontologique. Par exemple, dans l'hypothèse d'une question sur la situation professionnelle du conjoint ou d'un cumul d'activités avec la fonction publique. D'ailleurs, dans son avis la HATVP formule des recommandations pour prévenir tout conflit qui resteront confidentiels.

[916] L'article L. 1111-1-1 du CGCT introduisant la Charte des élus locaux leurs impose l'impartialité. Elle précise les obligations leurs incombant mais n'a aucune valeur contraignante. Elle doit être lue lors de la première séance de l'organe délibérant. L'élu doit exercer son mandat avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité. Il doit aussi poursuivre l'objectif d'intérêt général et doit veiller à écarter tout risque de conflit d'intérêts en déclarant avant le débat ou le vote de la décision s'il possède des intérêts personnels en lien avec cette dernière. Il lui est interdit d'utiliser les ressources mises à sa disposition pour exercer sa fonction à d'autres fins. Dans son alinéa 5, l'article précise que « dans l'exercice de ses fonctions, l'élu local s'abstient de prendre des mesures lui accordant un avantage personnel ou professionnel futur après la cessation de son mandat et de ses fonctions ». Ses alinéas 6 et 7 indiquent que « l'élu local participe avec assiduité aux réunions de l'organe délibérant et des instances au sein desquelles il a été désigné » et qu'« issu du suffrage universel, (il) est et reste responsable de ses actes pour la durée de son mandat devant l'ensemble des citoyens de la collectivité territoriale, à qui il rend compte des actes et décisions pris dans le cadre de ses fonctions »

satisfait globalement et aurait pour effet de ne pas décourager les citoyens de s'engager dans la vie politique.

611. Comme évoqué, le Conseil constitutionnel semble réticent à exercer un tel contrôle. Il a, à plusieurs reprises, affirmé qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi déférée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie »[917]. Ainsi le souligne le professeur Goesel- Le Bihan : « le contrôle de l'adéquation, c'est-à-dire de l'appropriation de la mesure prise à l'objectif poursuivi, ne s'accompagne donc pas de la recherche d'une éventuelle autre voie, moins dommageable pour le ou les droits en cause. Il suffit que la mesure adoptée n'excède pas ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi. La nécessité contrôlée par le Conseil peut donc être qualifiée de "restreinte": elle ne concerne que la mesure prise, le reste étant laissé à la libre appréciation du législateur »[918]. Cette réticence n'est pas partagée du point de vue du droit comparé, comme le montre la Cour constitutionnelle allemande exerçant le « contrôle de la nécessité de la mesure permet(tant) au juge de rechercher s'il n'existe pas, à résultat égal, une mesure moins contraignante que celle adoptée, même si elle est de nature différente »[919]. En somme, cette recherche accrue de moyens alternatifs par le juge et le législateur pourrait incontestablement éviter la détérioration des droits fondamentaux des titulaires des fonctions politiques.

612. Une fois la légitimité de l'atteinte admise, il conviendrait de vérifier que cette dernière ne préjudicie pas le droit et liberté en cause au point de les vider de leur substance.

[917] Cons. cons., 9 mai 2001, décision n° 2001-444, Loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, considérant 3.
[918] V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel* n° 22 (dossier : le réalisme en droit constitutionnel), juin 2007.
[919] *Ibidem*.

Section II – L'examen du caractère non substantiel de l'atteinte

613. Bien que le responsable politique, lorsqu'il s'engage dans la vie politique, soit conscient que l'exercice de sa fonction le placerait dans une situation très contraignante au regard de ses droits et libertés, et y consent volontairement en raison de son engagement en faveur de l'intérêt général, l'examen du caractère non-substantiel de l'atteinte empêcherait cette dernière de heurter de manière irrémissible le droit et la liberté en cause. En effet, la particularité de la fonction politique justifiant des limitations des droits fondamentaux ne doit pas conduire à leur annihilation totale, même si ces limitations ont pour objectif la réalisation d'intérêts légitimes.

614. A cet égard, l'examen du caractère non substantiel de l'atteinte portée aux droits fondamentaux des responsables politiques est problématique pour deux raisons. D'une part, au vu du contrôle lacunaire de l'excessivité de l'atteinte concernant certains droits et libertés (§II). D'autre part, compte tenu de l'absence de la justiciabilité d'autres (§III). Dans les deux cas, l'examen du caractère non substantiel relève d'une étape indispensable, conforme à l'esprit de la théorie des droits fondamentaux (§I).

§ I – La nécessité de garantir la substance des droits fondamentaux

615. La satisfaction de l'intérêt général nécessite *de facto* de limiter la protection de certains droits fondamentaux des responsables politiques (A). Néanmoins, elle ne doit pas dénaturer leur essence même (B).

A – L'inévitable limitation

616. La limitation des droits fondamentaux relève du bon sens puisqu'elle assure leur survie et leur rationalité. Contrairement à la croyance tirée de la philosophie médiévale,

profondément influencée par le christianisme, qui consistait à ce que l'individu possède des droits innés et indestructibles[920], ou encore aux pensées luthériennes qui poursuivaient la même logique en définissant la liberté humaine « comme un pouvoir d'indépendance absolue, sans aucune limite »[921], ou bien encore, la conception française classique qui voyait une valeur absolue aux droits de l'Homme, les libertés ne peuvent être appliquées de manière absolue.

617. Selon Hobbes, seul l'individu solitaire vivant à l'état sauvage, dans l'état de nature, peut prétendre à une liberté illimitée. De manière pragmatique, la valeur absolue des libertés perd sa consistance lorsqu'elles sont mises en œuvre. La vie en société s'oppose à une prise en compte du caractère absolu des libertés. Une telle vision conduirait à leur blocage. Au contraire la limitation nécessaire et raisonnée des libertés permet d'établir un lien entre l'individu et la société par la recherche d'un équilibre, c'est-à-dire d'un juste milieu. Elle détermine le degré de l'invocabilité des droits et libertés, sans elle, ceux-ci perdent leur substance car leur application illimitée conduirait à leur échec et leur paralysie. La conciliation assure l'effectivité des droits fondamentaux. Lorsqu'un litige cristallise l'opposition entre deux droits, sans la conciliation, leur application aboutirait à une impasse. La conciliation entre la liberté d'entreprendre du chef d'entreprise et le droit de grève du salarié en constitue un exemple. Si une valeur absolue est accordée à ces deux droits et libertés, leur mise en œuvre serait paralysée. Certes, la conciliation impose des concessions à la charge du chef de l'entreprise comme à la charge du salarié, mais elle assure leur effectivité. En effet, la pluralité des sujets prétendant légitimement à la jouissance des libertés qui parfois s'opposent, empêche la reconnaissance du caractère absolu de ces dernières.

618. Les Constitutions, bien qu'elles consacrent les droits et libertés, renvoient souvent au législateur le soin de définir les limites à ces derniers. L'étude de la jurisprudence constitutionnelle en France, comme en droit comparé, met en évidence la réception nécessaire de ces limitations par les cours constitutionnelles. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande a déclaré qu'il existe des limites « même aux droits fondamentaux garantis sans réserve »[922]. De

[920] M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Domat-Montchrestien, 1945, p.37.

[921] L. Lachance, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1959, p.63, cité par J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.127, contrairement à la conception anglaise qui reposait sur l'idée plus pragmatique de libertés limitées : G. Langrod, cité par C. Picheral, *L'ordre public européen, recherches sur une notion complexe en droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, thèses Montpellier I, 1999, p. 207 et suivantes ; M. Villey, *La philosophie du droit de Burke*, 1969, in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, 1976, p.126.

[922] Cour constitutionnelle allemande, Décision du 19 octobre 1971, citée par A. Legrand, « La croix et la Bavière : tempêtes sur le contrôle de constitutionnalité en République fédérale allemande », *in Mélanges en l'honneur de P. Gélard*, éd. Montchrestien, 1999, p. 290 et suivantes.

même, le Tribunal constitutionnel espagnol a jugé qu'« il n'existe pas de droits illimités, tout droit a ses limites »[923], et la Cour constitutionnelle italienne, qui partage le même paradigme, énonce que « le concept de limite est inclus dans le concept de droit »[924]. Dès lors, les interactions entre les individus doivent nécessairement engendrer des limitations de leurs droits afin de garantir la paix sociale. En somme, les libertés peuvent être affectées « d'un certain coefficient de relativité »[925] dans le cadre de leur conciliation. En revanche, la conciliation ne peut affecter l'existence même des droits et libertés dans la mesure où celle-ci n'est pas susceptible d'être remise en cause.

B – L'impossible dénaturation

619. Il existe la possibilité pour le législateur ou le juge de limiter l'exercice d'un droit ou une liberté, mais il leur est impossible d'interdire leur jouissance. Le respect de la substance d'un droit fondamental devient le facteur de sa pérennité. Sans cette acception, un droit fondamental est voué à disparaître. L'exigence du respect de cette fondamentalité substantielle est expressément prévue par l'article 19 alinéa 2 de la Loi fondamentale allemande qui prohibe de porter atteinte au contenu essentiel des droits fondamentaux en précisant qu'«il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental». La Constitution espagnole de 1978, dans son article 9, consacre un principe similaire[926]. En France, le respect de la substance des droits fondamentaux n'est pas cité explicitement par la Constitution mais le Conseil constitutionnel veille à ce que le législateur ne porte pas une atteinte à l'essence même d'un droit fondamental grâce à la théorie de l'effet cliquet des droits fondamentaux qu'il a forgé. Il a eu l'occasion, à propos de la liberté d'expression, de relever que : « s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre

[923] Tribunal constitutionnel espagnol, décision du 29 janvier 1982, cité par L. Burgorgue-Larsen, « La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Dir. J. Rideau, LGDJ 1998, p.69.
[924] Cour constitutionnelle italienne, Citée par J.C. Escarras, « La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève, étude de jurisprudence », *in Mélanges en l'honneur de J-P. Béguet*, éd. Univ. Toulon-Var, 1985, p.331.
[925] P. Wachsmann, « Les droit de l'Homme », *in Mélanges en l'honneur de L.E. Pettiti*, Bruylant Bruxelles, 1998, 737.
[926] P. Bon, « Les droits et libertés en Espagne, élément pour une théorie générale, in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Acte de colloque de Bordeaux des 29/30-3-1990, éd. du CNRS, 1991, p.35.

plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »[927].

620. Cette protection constitutionnelle de la substance des droits fondamentaux reconnaît aux responsables politiques, à l'instar des autres citoyens, le droit de prétendre à l'invocabilité de leurs droits et libertés. Leurs droits et libertés peuvent être également limités à un degré plus important eu égard à la particularité de leur fonction en raison de l'intérêt général. Cette approche de la limitation des droits fondamentaux est conforme à la logique de conciliation des droits et libertés. La protection de la fonction qui relève de l'intérêt général a imposé un cadre juridique spécifique applicable aux responsables politiques, qui ne doit pas ignorer le respect de la substance des droits fondamentaux des responsables politiques. La conciliation ne doit pas constituer une limitation absolue des droits fondamentaux puisque la réelle portée des droits et libertés apparaît après la mise en œuvre de celle-ci. Autrement-dit, l'encadrement d'une liberté ne doit pas conduire à ce que celle-ci soit réduite à néant. Dans sa décision du 20 janvier 1993[928] concernant la loi relative à la prévention de la corruption de la vie économique et des procédures publiques, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de souligner « que la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue ; que le législateur peut y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ». Ainsi, le Conseil constitutionnel pose « une limite aux limites »[929]. Comme le professeur Jean-Marie Auby le relève, « la norme qui met en œuvre les principes ou règles posées par une norme supérieure doit non seulement ne pas contredire ces principes et ces règles, mais encore ne pas les remettre directement en cause, par exemple en rendant pratiquant impossible leur application »[930].

621. Or, l'étude des textes et de la jurisprudence illustre, parfois, le poids excessif de l'intérêt général se traduisant par la consumation progressive de la protection des droits fondamentaux des responsables politiques. Une ligne rouge à ne pas franchir doit être établie lorsque la substance ou une atteinte démesurée à une liberté va être la conséquence de cette conciliation. La protection de la fonction politique doit-elle bénéficier d'une protection illimitée jusqu'à conduire à l'anéantissement des droits fondamentaux de son titulaire ? Ou au

[927] Cons. cons., 11 oct. 1984, DC n° 84-181, considérant 37.
[928] Cons. cons., 20 janvier 1993, DC n° 92-316, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.
[929] L. Favoreu et autres, *Droit des libertés fondamentales*, 7ème éd., Précis, Dalloz, 2015, p.181.
[930] J-M. Auby, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public. Éléments de problématique », in *Mélanges en l'honneur de Robert Pelloux*, L'Hermès, Lyon 1980, p.33.

contraire doit-elle subir à son tour une limitation en raison de la protection des droits fondamentaux de son détenteur ?

622. La protection de certains droits et libertés des responsables politiques soulève des interrogations quant à l'application de cette limite. L'acception de l'intérêt général a généré l'anéantissement de certains de leurs droits fondamentaux soit par l'admission d'une atteinte excessive, soit lorsque sa jouissance n'est pas reconnue à leur égard.

§ II – Le renforcement nécessaire du contrôle du caractère excessif de l'atteinte

623. Le contrôle consistant à vérifier l'intensité de l'atteinte à un droit ou une liberté n'affectant pas leur substance s'impose. L'insuffisance de ce contrôle peut être soulignée tant au regard de l'appréciation du droit au respect de la vie privée par le juge (A) que de l'estimation du droit à la présomption d'innocence par les autorités politiques mêmes (B).

A – Le contrôle du caractère excessif de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée par le juge

624. La conciliation jurisprudentielle opérée lors d'un litige impliquant le droit au respect de la vie privée d'un responsable politique écarte, parfois, la jouissance de ce droit à leur égard due à la signification très large de l'intérêt général[931]. Ainsi, lorsqu'un responsable politique évoque le droit au respect de sa vie privée, il est confronté à « un sentiment d'inquiétude – parfois de panique – devant le pouvoir discrétionnaire donné au juges et l'incertitude de décisions à la fois peu visible et peu prévisible »[932].

625. La prise en considération démesurée de la transparence, qui s'est traduite par l'acceptation accrue du droit à l'information dans la sphère de l'intimité, ronge progressivement tous les pans de la vie intime des responsables politiques. De nos jours, le contrôle de proportionnalité entre le droit au respect de la vie privée du responsable politique

[931] Voir les exemples jurisprudentiels *supra* Partie I.
[932] M. Delmas-Marty, Le flou de droit, du Code pénal aux droits de l'homme, PUF, Quadrige, 2004, p.330.

et le droit à l'information du public, opéré par le juge, est devenu plus complexe ce qui conduit à se demander si les responsables politiques lors d'un litige peuvent encore se prévaloir de ce droit.

626. Cette problématique a été soulignée par le juge Zupancic[933] qui indiquait que « dans une certaine mesure et sous l'influence américaine, les tribunaux ont fait de la liberté de la presse un fétiche. La doctrine du droit de la personnalité consacre un niveau plus élevé de civilisation dans les relations interpersonnelles. Il est temps que le balancier revienne à un type d'équilibre différent entre ce qui est privé et protégé et ce qui est public et non protégé. La question en l'espèce consiste à savoir comment on peut assurer et apprécier cet équilibre ».

627. De manière générale, l'insuffisance du contrôle du caractère excessif de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée cause une rupture significative de l'équilibre entre ce dernier et la liberté d'expression. C'est la raison pour laquelle, la détermination de contours précis de la protection de la vie privée des personnels politiques semble délicate. Il n'existe pas de clivage clair entre les éléments relevant de la vie privée de ces derniers en tant qu'individus et ceux relevant du cadre de leur fonction.

628. La majorité de la doctrine[934] considère que cette situation vide le droit au respect de la vie privée des responsables politiques de sa substance. Cette tendance, selon elle, se détournerait de la logique libérale qui consiste à distinguer ce qui relève de la fonction et ce qui n'en relève pas. La frontière entre la sphère privée et la sphère publique n'est plus aussi étanche qu'elle l'était auparavant. Comme l'évoquait le professeur Guy Carcassonne « le voile était pudique. Il est devenu indécent. Où rien ne devait troubler le regard, rien ne doit plus l'entraver. La transparence l'exige. La transparence est irrésistible. Il suffit qu'elle veuille pour que l'on doive. Hommes ou procédures, c'est tout un, il leur faut céder. Qui se veut respectable se doit d'être transparent. Autre retournement puisqu'il fut un temps où être jugé transparent était fort peu flatteur quand, désormais, c'est accuser quelqu'un de ne pas

[933] Opinions concordantes du juge Zupancic, dans l'affaire CEDH 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, p 34.

[934] J-F. Renucci, « La CEDH et l'affaire « Von Hannover (n° 2) » : un recul fort contestable du droit au respect de la vie privée », *Recueil Dalloz*, 2012, p.1040 ; D. De Bellescize, « Protection de la vie privée : que reste-t-il de la vie privée des personnages publics ? », *Constitutions*, 2014. 496 ; F. Burgaud, « Liberté d'expression et respect de la vie privée : quel équilibre au regard de la Convention européenne ? » *Recueil Dalloz*, 2015. 939 ; voir aussi J-D. Bredin, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n°97, Transparence et secret, avril, 2001, p.9 : « le champ de la vie privée, du respect de l'intimité se réduit, sensible à ce grand vent de transparence venu d'Amérique (…). La distinction se développe entre l'homme "privé" – auquel la loi accorderait encore la protection de son intimité – et l'homme "public" dont le citoyen doit vérifier les qualités et les défauts, connaître la vie passée, la vie présente, l'état de santé. Cet homme "public", la démocratie l'obligerait à la parfaite transparence afin que le citoyen, éclairé par la vérité, puisse lucidement le désigner, l'écarter ou le rejeter. Resterait à définir l'homme "public" ainsi soumis aux exigences d'une totale vérité, pour le progrès de la démocratie. La qualification d'homme privé ne s'appliquera-t-elle un jour qu'à celui dont la vie n'intéresse personne ? »

l'être qui est lui faire injure. La discrétion est suspecte, la pudeur maladive, l'opacité illégitime, le secret monstrueux. Vivement que disparaissent les rideaux des fenêtres »[935]. Le professeur Denys de Béchillon explique quant à lui que : « tout ce qui constitue ou reconstitue la confiance dans le personnel politique est *a priori* bon à prendre, pour ne pas dire vital. Le débat se circonscrit donc au choix des moyens et à la question de savoir si le grand coup de projecteur porté sur les fautes, les châtiments, les patrimoines, la vérité des relations, etc., permet effectivement de parvenir au résultat attendu. Or, de cela, il faut obstinément douter »[936]. Le défi que nos démocraties doivent relever consiste à parvenir à une « balance acceptable entre la transparence souhaitable et la confidentialité nécessaire »[937].

629. Le renforcement du contrôle du caractère excessif de l'atteinte permettrait de limiter la prise en considération parfois démesurée de la transparence qui induit une altération du droit au respect de la vie privée. Dès lors, ce contrôle imposerait une évaluation objective du degré d'incidence d'un fait relevant de la vie privée sur la vie publique, et éviterait de porter une atteinte disproportionnée à ce droit.

630. Le renforcement du contrôle du caractère excessif de l'atteinte est également essentiel concernant le droit à la présomption d'innocence. En effet, les autorités politiques semblent écarter la jouissance de ce droit à l'égard des responsables politiques faisant l'objet d'accusations.

B – Le contrôle du caractère excessif de l'atteinte au droit à la présomption d'innocence par les autorités politiques

631. L'invocabilité du droit à la présomption d'innocence par les responsables politiques ne fait l'objet d'aucune limitation textuelle ou jurisprudentielle. Ce droit est reconnu par l'article 9 de la DDHC qui proclame que : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait

[935] G. Carcassone, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, n° 97, Transparence et secret, avril, 2001, p. 17. Il précisait : « divers phénomènes se sont conjugués, qui ont lézardé les murailles du secret avant de les abattre, au moins en partie. D'abord le fait que les citoyens semblent avoir mûri, élevant le niveau de leur exigence au fur et à mesure que s'est abaissé celui du respect qu'ils témoignent à l'égard de leurs dirigeants et de l'État. Ensuite le fait que ceux- ci aient eux-mêmes donné l'exemple : l'on n'assure pas la publicité de la feuille d'impôt d'un ancien Premier ministre, l'on ne révèle pas l'existence de cadeaux, pesés en carats, entre chefs d'État, l'on ne promet pas la publication régulière de bulletins de santé, sans que tout cela attise des questions et une curiosité, rapidement interminables et insatiables. La concurrence entre les médias, enfin, les a conduits à faire flèche de tout bois, et si une petite affaire n'est pas aussi attractive qu'une grande fiction française (ou un grand jeu ou une grande retransmission sportive, selon les modes et périodes), elle est cependant bonne à prendre pour l'audimat », p 19.

[936] D. De Béchillon, « Transparence : la double peine des familles », *Pouvoirs*, avril 2013, n° 147, p. 46.

[937] P. Avril, « La transparence de la vie publique », *R.J com.*, 1993, n° spécial, p.22.

été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». La référence de « tout homme » concerne tous les citoyens indépendamment leur statut. Ainsi, la justiciabilité de ce droit par les responsables politiques est assurée.

632. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel affirme dans sa décision du 20 janvier 1981[938] : « qu'un recours non pertinent du procureur de la République à l'une des procédures de saisine directe aurait nécessairement pour conséquence, en raison de la présomption d'innocence dont bénéficie le prévenu, soit la relaxe de celui-ci, soit la décision de la juridiction de jugement de procéder à un supplément d'information prévu par l'article 396, alinéa 2, du code de procédure pénale tel qu'il résulte de l'article 51 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel », il ajoute que « quelle que soit l'option faite par le procureur de la République entre les diverses procédures de poursuites (…) le jugement de l'affaire au fond appartient à la même juridiction ; que celle-ci, éclairée au besoin par le supplément d'information qu'elle aura pu ordonner en toute hypothèse, doit statuer sur la culpabilité du prévenu, toujours présumé innocent, selon des règles de forme et de fond identiques ».

633. De même, le droit à la présomption d'innocence est consacré par la Convention EDH dans son article 6. Selon la Cour[939], « la présomption d'innocence se trouve méconnue si, sans établissement légal préalable de la culpabilité d'un prévenu et, notamment, sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable ». De plus, la Cour a souligné « qu'en remplissant leurs fonctions les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé ; la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé »[940].

634. Si concernant les autorités judiciaires la question ne se pose pas, le respect de ce droit par les autorités politiques est problématique. En effet, ces dernières livrent une acception conduisant à un anéantissement de ce droit en pénalisant le responsable politique visé par une accusation avant même le prononcé d'un jugement. Cette pratique est devenue coutumière depuis que Pierre Bérégovoy, Premier ministre a contraint Bernard Tapie en 1992 à la démission pour sauvegarder la légitimité du gouvernement. Ainsi, chaque mise en cause d'un

[938] Cons. cons., 20 janvier 1981, DC n° 80-127, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, considérants 33 et 37.
[939] CEDH, 25 mars 1983, Minelli c./ Suisse, n° 8660/79, § 37 ; CEDH, 12 novembre 2015, El Kaada c./ Allemagne, n° 2130/10, § 53.
[940] CEDH, 6 décembre 1988, Barberà, Messegué et Jabardo c./ Espagne, n° 10590/83, § 77.

responsable politique occupant une fonction importante entraîne, de manière quasi-automatique, sa démission. Cette pratique a été poursuivie par les gouvernements successifs.

635. A titre illustratif, sous la présidence d'Emmanuel Macron, les ministres Bruno Le Roux, François Bayrou, Sylvie Goulard, Marielle de Sarnez et François de Rugy ont dû démissionner avant même qu'une décision judiciaire n'intervienne. L'accusation médiatique ou la mise en examen d'un responsable politique ne laisse guère de place au droit à la présomption d'innocence.

636. Or, au regard de la protection des droits fondamentaux, cette pratique heurte frontalement le droit à la présomption d'innocence et le vide de sa substance. Le respect de ce droit s'impose au juge comme aux autorités publiques car, comme le rappelle la Cour EDH, la présomption d'innocence « ne se limite pas à une garantie procédurale en matière pénale »[941]. Ce droit englobe également « le respect de l'honneur et de la dignité de la personne poursuivie »[942] mais aussi « la réputation de l'intéressé et la manière dont celui-ci est perçu par le public »[943]. De plus, la Cour impose aux autorités politiques de s'abstenir de faire des déclarations concernant la culpabilité de tout individu avant que celle-ci ne soit établie par un jugement[944]. En somme, le fait pour une autorité politique de prendre publiquement position en défaveur d'une personne visée par une accusation, y compris s'il s'agit d'un responsable politique, porte atteinte à sa dignité et à son honneur.

637. Ce droit à la présomption d'innocence revêt une valeur essentielle qui peut conduire à limiter le droit à la liberté d'expression des responsables politiques. La Cour a estimé qu'ils doivent être prudents lorsqu'ils s'expriment sur des affaires pénales en cours, elle précise, à propos d'un ministre de la justice représentant « l'autorité politique ayant par excellence sous ses auspices l'organisation et le bon fonctionnement des tribunaux », qu'il doit « être particulièrement attentif quant à l'emploi de termes susceptibles de faire naître l'impression qu'il aspir[e] à influencer l'issue d'une affaire pendante devant la juridiction compétente »[945].

638. Les autorités politiques doivent respecter cette exigence constitutionnelle et conventionnelle qu'est le droit à la présomption d'innocence. Le respect de ce droit renforce

[941] CEDH, 24 mai 2011, Konstas c./ Grèce, n° 53466/07, § 32.
[942] *Ibidem*, § 32.
[943] CEDH, 12 juillet 2013, Allen c./ Royaume-Uni, n° 25424/09, § 94 ; CEDH, 23 juillet 2013, Ürfi Cetinkaya c./ Turquie, n° 19866/04, § 147-150 ; CEDH, 12 novembre 2015, El Kaada c./ Allemagne, n° 19866/04, § 42 ; CEDH, 28 mars 2017, Kemal Coşkun c./ Turquie, n° 45028/07, § 42.
[944] CEDH, 10 février 1995, Allenet de Ribemont c./ Belgique, n° 15175/89, § 35-36 ; CEDH, 30 juin 2009, Viorel Burzo c./ Roumanie, n° 75109/01 et n°12639/02 ; CEDH, 24 mai 2011, Konstas c./ Grèce, n° 53466/07, § 32.
[945] CEDH, 24 mai 2011, Konstas c./ Grèce, n° 53466/07, § 43.

la liberté d'exercice du mandat du responsable politique visé car toutes les accusations non fondées seront mises en échec par une décision de justice impartiale. Si la culpabilité est affirmée, raisonnablement, la légitimité démocratique de la fonction impose la mise à l'écart de son titulaire. Alors que, si la décision de justice ne retient pas la culpabilité, la liberté d'action du titulaire demeure intacte. En somme, l'exigence de l'État de droit sera mieux assurée puisque le responsable politique pourrait valablement dans l'exercice de sa fonction se prévaloir du respect de son droit à la présomption d'innocence à l'instar de tous les citoyens.

639. L'examen du caractère non substantiel de l'atteinte implique nécessairement la remise en cause de la non-justiciabilité de certains droits processuels dans l'exercice de la fonction.

§ III – La revisite essentielle de la justiciabilité de certains droits et libertés

640. Le caractère radical de l'atteinte se traduit par l'impossibilité, eu égard à la nature de la fonction, d'admettre la jouissance d'un droit ou d'une liberté au bénéfice du titulaire de la fonction concernée. Il en va ainsi de l'absence de l'exercice d'un recours juridictionnel[946] contre une sanction disciplinaire infligée à un parlementaire et, dans le même ordre d'idée, de l'absence de recours contre l'éventuelle décision de la Haute Cour prononçant la destitution du chef de l'État. Si la possibilité de prévoir ce droit au recours pour le Président de la République demeure incertaine (B), en revanche l'admission de la possibilité de former des recours contre les sanctions infligées aux parlementaires mérite plus de réflexion et paraît souhaitable (A).

[946] Le droit au recours a été consacré par le Conseil d'État dans l'arrêt ministre de l'agriculture c. dame Lamotte du 17 février 1950. Le Conseil constitutionnel le rattache à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dans sa décision du 9 avril 1996. Il est aussi garanti par la Cour EDH comme un élément du droit au procès équitable de l'article 6 § 1 de la Convention.

A – L'admission souhaitable du recours contre les sanctions infligées aux parlementaires

641. Le droit au recours juridictionnel n'est pas prévu contre les sanctions infligées aux parlementaires. Cette absence « résulte des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, qui exclut "toute instance susceptible d'être engagée contre une assemblée parlementaire", à l'exception des hypothèses énumérées au même article et qui concernent les agents des assemblées, les litiges individuels en matière de marchés publics et les dommages causés par les services des assemblées parlementaires »[947].

642. Dans une décision du 30 janvier 1883, le juge judiciaire se déclare incompétent en raison du principe de séparation des pouvoirs pour se prononcer sur les sanctions disciplinaires infligées aux parlementaires[948]. Le juge administratif se refuse également d'exercer un tel contrôle. D'ailleurs, le juge des référés du Conseil d'État, dans une ordonnance du 28 mars 2011, a jugé « que le régime de sanction ainsi prévu par le règlement de l'Assemblée nationale fait partie du statut du parlementaire, dont les règles particulières découlent de la nature de ses fonctions ; que ce régime se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement ; qu'il en résulte qu'il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs aux sanctions infligées par les organes d'une assemblée parlementaire aux membres de celle-ci » [949] . Plus récemment, la Cour administrative d'appel de Paris a confirmé que « le règlement de l'Assemblée nationale détermine les peines disciplinaires applicables à ses membres; que le régime de sanction ainsi prévu fait partie du statut des parlementaires dont les règles particulières découlent de la nature de leurs fonctions; que ce régime se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement; qu'il en résulte qu'il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs aux sanctions infligées par les organes d'une assemblée parlementaire aux membres de celle-ci, lesquelles sont des actes parlementaires et non des

[947] J. Sorin, « Justiciabilité d'une sanction disciplinaire infligée à un parlementaire », *AJDA*, 2017 p.41.
[948] Civ. 30 janv. 1883, S. 1883. I. 111, voir débat de l'Assemblée nationale du 2 février 1984 et du 2 décembre 2009, débat au Sénat du 27 novembre 1984 et du 28 janvier 1986.
[949] CE, ord., 28 mars 2011, n° 347869, Gremetz, Lebon ; *AJDA* 2011. 648 ; *D.* 2011. 1540, note O. Renaudie.

décisions administratives»[950]. Le Conseil d'État a confirmé la position de la Cour d'appel de Paris en rejetant la demande de renvoi de QPC des requérants[951].

643. Dans un arrêt du 17 mai 2016[952], la Cour EDH, quant à elle, s'est prononcée concernant une sanction disciplinaire infligée à un parlementaire hongrois. Bien que la Cour, dans cette affaire, ait indiqué que « les autorités nationales, et tout particulièrement les Parlements, sont [...] mieux placés que le juge international pour apprécier la nécessité d'agir face à un député dont le comportement perturberait le bon ordre des débats parlementaires et risquerait de nuire à l'intérêt fondamental consistant à assurer le bon fonctionnement du Parlement dans une démocratie », elle a toutefois souligné que « la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux de toute société démocratique, est une notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention. La prééminence du droit implique notamment que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention. En matière de sanctions disciplinaires *a posteriori*, la Cour considère que les garanties procédurales offertes à cette fin doivent prévoir, au minimum, le droit pour le parlementaire concerné d'être entendu dans le cadre d'une procédure parlementaire préalablement au prononcé de la sanction. Elle constate que le droit d'être entendu apparaît de plus en plus constituer dans les États démocratiques une règle procédurale élémentaire qui ne se limite pas au seul cadre judiciaire, comme le montre notamment l'article 41 § 2 a) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. (…) Par ailleurs, la Cour considère que toute décision *a posteriori* imposant une sanction disciplinaire doit en exposer les motifs essentiels, de manière à permettre non seulement au parlementaire concerné d'en saisir la justification mais aussi au public d'exercer un certain droit de regard à ce sujet ».

644. Au regard de la jurisprudence de la Cour EDH, la situation française ne prévoyant pas un droit de recours juridictionnel ne contrevient pas aux principes de la Convention. La Cour, conformément au principe de l'autonomie des assemblées parlementaires, n'impose pas l'existence d'un contrôle juridictionnel. Néanmoins, elle exige que le parlementaire en cause puisse être entendu et que la décision de sanction soit motivée. En effet, l'alinéa 4 de l'article 72 du règlement de l'Assemblée nationale indique seulement que « lorsqu'est proposée une peine autre qu'un rappel à l'ordre simple, le Bureau entend le député concerné ou, à la

[950] CAA Paris, 12 juillet 2016, n° 15PA03424.
[951] CE, 3 mars 2017, n° 403398.
[952] CEDH, 17 mai 2016, Karacsony c./ Hongrie, n° 42461/13, § 156 et §158.

demande de ce dernier, l'un de ses collègues en son nom ». En revanche, le règlement du Sénat ne prévoit ni la possibilité d'être entendu, ni la motivation de la sanction.

645. L'absence de voie de recours contre les sanctions disciplinaires infligées aux parlementaires porte une atteinte substantielle à ce droit, c'est pourquoi la possibilité d'admettre le droit d'exercer un recours contre une sanction disciplinaire peut être envisageable comme l'évoquait le rapporteur public Katia Weidenfeld, dans ses conclusions relatives au jugement du TA de Paris du 24 juin 2015[953]. Elle avait proposé aux juges de se déclarer compétents pour connaître du recours dirigé par M. Aubert contre la sanction infligée. « Elle voyait notamment dans l'immunité juridictionnelle dont elle bénéficie "une aberration", puisque l'exercice même du pouvoir législatif peut être soumis aux contrôles constitutionnel et conventionnel : "soustraire à tout recours des décisions parlementaires de portée très limitée quand le cœur même de la fonction législative est soumis au regard des juges est une étrange manière de protéger la séparation des pouvoirs". Mais la Constitution habilite les juges constitutionnel et ordinaire à exercer sur les lois votées un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité ; or elle est muette sur les sanctions infligées par le Parlement à ses membres. C'est au demeurant moins le fonctionnement de l'Assemblée qui est en cause dans le contrôle exercé sur la loi qu'une production normative qui doit s'insérer, volens nolens, dans l'entrelacs des normes constitutionnelles et internationales qui l'encadrent »[954].

646. Par ailleurs, l'étude du droit comparé révèle que l'autonomie parlementaire ou le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas empêché la mise en place d'un contrôle juridictionnel des sanctions infligées aux membres du parlement dans certains pays. Dans l'arrêt du 17 mai 2016[955], la Cour EDH relève que dans treize des États membres, c'est-à-dire l'Allemagne, la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, l'Espagne, la Géorgie, la Lituanie, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie, la Suisse et l'Ukraine, un parlementaire ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire pour comportement perturbateur dans l'enceinte de l'Assemblée, dispose d'une voie de recours interne de contestation. De plus, dans cinq États, en Allemagne, en Espagne, en République tchèque, en Slovaquie et en Ukraine, le parlementaire, en parallèle de cette voie de recours interne, bénéficie d'un recours judiciaire, principalement devant la Cour constitutionnelle.

[953] TA Paris, 24 juin 2015, n° 1500257, *AJDA* 2015. 1692, concl. K. Weidenfeld ; *Constitutions* 2016. 402, chron. P. Bachschmidt.
[954] J. Sorin, *Op. cit*.
[955] CEDH, 17 mai 2016, Karacsony c./ Hongrie, n° 42461/13.

647. Cette possibilité de voie de recours présente un double avantage. D'une part, elle permet de protéger la liberté d'exercice du mandat puisque cette sanction ne pourrait pas être détournée par la majorité afin de restreindre la liberté d'expression de l'opposition. Il s'agit d'une garantie indispensable pour la minorité parlementaire. D'autre part, cette voie de recours serait bénéfique aux droits fondamentaux dans la mesure où la substance du droit au recours sera préservée.

648. En revanche, contrairement à l'ouverture envisageable et souhaitable d'une voie de recours au bénéfice des parlementaires ayant subi une sanction disciplinaire, une telle possibilité au profit du chef de l'État, dans l'hypothèse d'une destitution, se révèle plus complexe en raison de la nature de cette sanction.

B – L'admission complexe d'une voie de recours contre les décisions de la Haute Cour

649. A l'occasion d'une procédure de destitution, la décision de la Haute Cour n'est susceptible d'aucun recours. L'effet radical de la destitution prononcée par la Haute Cour prive le chef de l'État de ce droit fondamental. En France, cette idée se heurte à plusieurs obstacles.

650. D'abord, cette absence de recours juridictionnel peut être motivée par la nature même de la responsabilité sur laquelle se prononce la Haute Cour, puisque, comme l'avait relevé le rapport de la Commission Avril, « la responsabilité du Président de la République, mise en cause devant la Haute Cour, ne peut être une responsabilité pénale. Plus exactement, si elle peut avoir à l'origine une approche pénale, elle se transforme rapidement en une responsabilité d'une autre nature, dès qu'est enclenché le processus de jugement par la représentation nationale »[956]. Cette responsabilité ne pouvant être qualifiée de pénale, la dénomination de cet organe a été modifiée. En effet, « comme l'exercice de cette attribution est spécial, il lui f(allait) une autre dénomination que celle de Congrès, qui est utilisée à l'article 89. Mais comme la destitution n'a non plus rien à voir avec une procédure judiciaire,

[956]Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République, *Op. cit.*, p.53.

l'appellation de Haute Cour de Justice ne p(ouvait) être conservée. Aussi a-t-il été fait le choix de dénommer cet organe "la Haute Cour" »[957].

651. Ensuite, la tradition constitutionnelle s'oppose à une telle acceptation eu égard à la place prépondérante réservée à la représentation nationale. La Commission Avril avait souligné à ce propos que l'organe « ne pouvait être composé que de représentants de la nation, principalement parce qu'il s'agit bien de retirer son mandat de représentant à celui qui l'a reçu du peuple lui-même »[958]. Cette destitution, en raison de l'ampleur de la fonction présidentielle, doit être le résultat d'une procédure particulière issue de la représentation nationale dans son ensemble dans l'objectif de maintenir la cohésion de la société.

652. L'admission d'un recours contre la décision de la Haute Cour aurait laissé la possibilité à un organe juridictionnel de se prononcer sur l'opportunité du déclenchement du processus de destitution, cette attribution aurait alors échappé au parlement. Or en vertu de l'article 5 de la Constitution, le chef de l'État incarne la continuité de l'État et, par conséquence, cette procédure ne doit intervenir qu'exceptionnellement ayant pour but de « ménager une issue à une situation exceptionnelle »[959]. Dès lors, elle ne doit être déclenchée que lorsque la stricte nécessité l'impose. Plus précisément, il s'agit de se demander si les agissements du chef de l'État à l'origine du déclenchement de la procédure, constituent une atteinte particulièrement grave à la légitimité et à la dignité de la fonction présidentielle. La réponse à cette interrogation incombe à la représentation nationale car « ce qui est essentiel n'est pas de le condamner pour des infractions qu'il aurait commises mais d'apprécier si, compte tenu de son comportement ou de ses agissements – que ceux-ci soient pénalement répréhensibles ou non – il reste en mesure d'exercer dignement ses fonctions. C'est en quelque sorte une "soupape de sûreté" qui, dans des cas exceptionnels et graves, préserve la continuité de l'État »[960]. Cette procédure issue de l'article 68 de la Constitution a été déclenchée à l'initiative des députés du groupe les Républicains contre le Président François Hollande dans une proposition du 10 novembre 2016 faisant suite à la parution du livre *Un Président ne devrait pas dire ça* dans lequel le chef de l'État se livre à des journalistes sur des confidences personnelles et certaines informations en lien avec la sécurité nationale. Malgré la polémique suscitée, le bureau de l'Assemblée nationale a déclaré irrecevable la proposition et mis un terme à la procédure de destitution en raison du manque de justifications permettant

[957] *Ibidem*, p.54.
[958] *Ibidem*.
[959] *Ibidem*, p.46.
[960] *Ibidem*, p. 54.

de caractériser un manquement au sens de l'alinéa 1er de l'article 68 de la Constitution. Par voie de conséquence, l'admission d'un recours contredirait l'appréciation de la représentation nationale dans son ensemble.

653. Enfin, la particularité de la fonction présidentielle conduit à se questionner sur la légitimité de l'organe qui apprécie le bien-fondé de la mise en jeu de la responsabilité, c'est-à-dire la méfiance exprimée au sujet de la politisation des juges. Comme le note le professeur Denys De Béchillon, le cœur du problème est « celui de la politisation de la magistrature. Elle est forte en France, à gauche comme à droite. Le fait est que, pour cette raison, les acteurs politiques ont peur de n'être pas jugés de manière impartiale. Et l'on ne peut pas leur faire reproche de cette inquiétude, parce qu'elle est alimentée par un trop grand nombre de données objectives. Prenons une seconde au sérieux l'histoire du « mur des cons » au syndicat de la magistrature [un panneau affiché pendant plusieurs années dans les locaux du Syndicat de la magistrature, classé à gauche, avec des photos de dizaines de personnalités : intellectuels, juges, journalistes, essentiellement de droite, ndlr]. Comment voulez-vous qu'un affiché « con » ne se sente pas préjugé coupable s'il a à comparaître ? Comment voulez-vous qu'il aborde son procès avec la confiance à laquelle il a fondamentalement droit ? Ce n'est pas possible »[961].

654. De la sorte, la possibilité d'une voie de recours juridictionnelle renvoie au choix d'une juridiction légitime échappant à toute suspicion. A cet égard, le droit comparé apporte une réponse plus contrastée. Dans plusieurs législations étrangères, bien que l'accusation incombe, dans la quasi-totalité des cas, aux représentants de la Nation, pour autant la phase de jugement est différente. Elle ne relève pas de leur compétence, ni de celle des juridictions de droit commun ordinaires, afin d'atténuer le risque de la politisation des juges, mais incombe, soit, selon les pays, à une cour constitutionnelle, une cour suprême d'ordre judiciaire ou encore à une juridiction *ad hoc* spécifiquement créée. Dès lors, bien que souhaitable, les éléments évoqués rendent difficilement concevable l'admission d'une voie de recours juridictionnelle en faveur du chef de l'État dans l'hypothèse d'une destitution prononcée par la Haute Cour.

[961] J. Bénabent, « Les interrogations constitutionnelles soulevées par François Fillon ne sont pas illégitimes », entretien avec D. De Béchillon, *Télérama*, 8 mars 2017.

CONCLUSION DE LA PARTIE III

655. Des critères objectifs d'évaluation et l'exercice d'un contrôle de proportionnalité permettent de mieux saisir l'équilibre entre l'impératif de la protection de la fonction et la sauvegarde des droits et libertés de son titulaire.

656. Si l'étude de la jurisprudence comme des textes révèle la légitimité de l'intérêt général comme le fondement de l'aménagement des droits fondamentaux des responsables politiques, elle met aussi en exergue l'impact disproportionné de son utilisation.

657. Pour faire face à cette situation, la protection de la fonction par des critères objectifs rend plus compréhensible la notion de l'intérêt général. L'exercice d'un contrôle de proportionnalité se présente comme le garant des droits et libertés car la norme, à la lumière de ce principe, serait analysée de manière plus rationnelle. Son adoption sera conditionnée par son indispensabilité. L'absence d'une telle démarche entraîne, parfois, non seulement une limitation d'un droit ou d'une liberté, mais aussi la remise en cause de sa substance, ou plus précisément, de la jouissance même de ce droit. Valider la légalité d'une norme restrictive sous une influence idéologique met en péril la légitimité du système juridique et son essence même qui est l'équité.

CONCLUSION GÉNÉRALE

658. A l'issue de cette recherche, la question de la capacité du droit à garantir une protection cohérente des droits fondamentaux des responsables politiques reste en suspens. Le système juridique semble embourbé dans ses contradictions, entre la protection de la fonction et la sauvegarde des droits fondamentaux des responsables politiques.

659. La multiplication des contraintes normatives due à l'inflation législative et à l'interprétation jurisprudentielle des normes, inhérente à la démocratie contemporaine, devait contribuer à restaurer la confiance des citoyens dans les institutions et constituer un gage de probité des responsables politiques. Néanmoins, cette prescription est vouée à l'échec dans la mesure où cette démarche, parfois démesurée, a créé des atteintes disproportionnées à l'encontre des droits fondamentaux des responsables politiques qui sont devenues naturellement acceptées. Par ailleurs, elle n'a pas atteint le résultat escompté relatif à la lutte contre la déficience à leur égard qui paraît de plus en plus accrue. Comme l'attestent les sondages récents, notamment l'enquête annuelle du Centre de recherches de Sciences Po Paris en janvier 2019[962], la défiance des citoyens à l'égard des personnels politiques n'a eu de cesse de s'intensifier. Il ressort de cette étude qu'en dix ans, 85% des personnes interrogées considèrent que les responsables politiques « ne se préoccupent pas d'elles ». Elles pensent également à 74% que ceux-ci sont plutôt corrompus. L'enquête annuelle publiée en janvier 2017[963] affichait le même constat et souligne une réelle rupture de confiance entre les citoyens et leurs responsables politiques. Dès lors, la multiplication des contraintes à l'encontre des responsables politiques ne produit pas l'effet attendu qui était la lutte contre le déficit démocratique.

---

[962] CEVIPOF, Sciences Po, « Baromètre de la confiance politique, 2009-2019 : La crise de la confiance politique », janvier 2019, disponible sur le site : http://www.sciencespo.fr.

[963] Sénat, Rapport d'information n° 556 (2016-2017) de P.Bonnecarrère, fait au nom de la Démocratie représentative, participative, paritaire, déposé le 17 mai 2017, « Décider en 2017 : le temps d'une démocratie "coopérative" », disponible sur le site : http://www.senat.fr: « 89 % des personnes interrogées considèreraient ainsi que les responsables politiques en général "ne se préoccupent pas de ce que pensent les gens". Quelque 40 % d'entre elles éprouveraient de la "méfiance" en pensant à la politique et 28 % du "dégoût" ; seuls 11 % d'entre elles feraient "confiance" aux partis, particulièrement discrédités dans cette étude. En outre, 75 % des Français jugeraient que les élus et les dirigeants politiques sont "plutôt corrompus", soit un taux plus élevé que dans certains pays où, dans les faits, la situation est probablement plus critique sur ce point. La fragilité des liens de confiance entre les représentants et les représentés semble épargner en partie les élus locaux et affecter le pouvoir exécutif plus encore que le Parlement : 64 % des Français ont confiance dans leur conseil municipal, 56 % dans leur conseil départemental, 44 % dans le Sénat, 42 % dans l'Assemblée nationale, 34 % dans l'institution présidentielle et seulement 28 % dans le Gouvernement ».

660. A juste titre, le professeur De Béchillon explique qu'« il est illusoire de penser que l'on va calmer la bête. Il y a vingt ans que l'on fait à peu près une loi de moralisation par semaine et que l'on élève sans fin le curseur des exigences à l'endroit du personnel politique et administratif — lequel, il est vrai, a efficacement contribué à son propre malheur. Tout cela est réputé tranquilliser les foules et restituer leur foi en l'action publique. Mais ça ne marche pas. La défiance s'accroît bien plus qu'elle ne régresse. Et l'on voit Mme Le Pen et M. Mélenchon atteindre des scores électoraux effarants. Soyons plus précis, il est plausible que l'on contraigne le personnel politique à se conduire "mieux" — non sans effets pervers au demeurant. Mais il est déraisonnable de croire que l'on arrêtera la vague d'écoeurement qui submerge nos sociétés avec des barrières de papier législatif et, plus encore, de penser qu'elles couperont l'appétit de ceux qui se délectent de sang frais »[964].

661. Face à la défiance toujours plus croissante des citoyens envers les responsables politiques se cristallisant par les mouvements contestataires comme les « Gilets jaunes », faut-il aller encore vers des contraintes supplémentaires en réduisant toujours plus le degré de protection des droits fondamentaux des titulaires des fonctions? Quel sort sera réservé à la protection de leurs droits fondamentaux? Préserve-t-on réellement l'intérêt général de cette manière ? La réponse perdure vers la négative. Comme l'écrivait le professeur Guy Carcassonne, « l'exigence de transparence, lorsqu'elle se généralise à l'excès, n'est plus la quintessence de la démocratie mais plutôt son antipode. C'est un choix de paresse, contraire aux principes élémentaires de la liberté : plutôt que d'établir la preuve d'une infraction ou d'un dysfonctionnement, s'ils se produisent, l'on en renverse le fardeau en imposant, par la transparence et dans l'espoir naïf que cette exigence préviendra tout manquement, de rendre des comptes *a priori*. Car c'est bien de cela qu'il s'agit en dernière analyse : imposer partout, toujours et systématiquement un régime préventif, celui dont tous les juristes savent bien qu'il est le plus restrictif de liberté »[965].

662. Il faut garder à l'esprit que la notion d'intérêt général qui sert de fondement à ces contraintes doit être mesurée avec beaucoup de parcimonie. L'idée d'imposer la transparence apparaît incontestablement comme un moyen d'assurer le bon fonctionnement de la démocratie sous réserve de l'utiliser à bon escient. La protection de la fonction grâce à la détermination de critères objectifs et l'exercice d'un contrôle de proportionnalité lors de l'aménagement des droits et libertés semblent opérer un compromis plus acceptable entre la

[964] D. De Béchillon, « Torquemada aux manettes », *Le Débat*, avril 2017, n° 196, p. 103.
[965] G. Carcassonne, « Le Trouble de la Transparence », *Pouvoirs*, février 2001, n°97, p. 17.

protection de la fonction et la préservation des droits fondamentaux des responsables politiques.

Pau, le jeudi 15 octobre 2020

•

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES, MANUELS, MÉLANGES ET THÈSES:

Alain, *Politique*, PUF, 1952.

Alcaraz H., *Le droit à l'intimité devant les juges constitutionnels français et espagnol,* dir. L. Favoreu, Thèse, Aix-en Provence, 2003.

Ameller M., *Parlements : une étude comparative sur la structure et le fonctionnement des insttitutions représentatives dans 55 pays* , 2ème éd., PUF, Paris, 1966.

Ariès P., Duby G., *Histoire de la vie privée, De l'empire romain à l'an mil,* Tome I, éd. du Seuil, 1985.

Aristote, *Ethique de Nicomaque,* Flammarion, 1992.

Auby J.-M., « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public. Eléments de problématique », in *Mélanges à Robert Pelloux*, L'Hermès, Lyon 1980.

Avril P. :

- « Note sur les origines de la représentation », dans d'Arcy F. (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, 1983.
- « Présidentialisme et contraintes de l'exécutif dual », dans *La présidence en France et aux Etats-Unis*, Economica, 1986.
- *La responsabilité du chef de l'Etat*, Volume 12, Société de législation comparée, Coll. Colloques, 2009.

Avril P. et Gicquel J. :

- *Droit parlementaire*, Montchrestien, 2ème éd., 1996.
- *Lexique – Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2001.

Badinter R., « La responsabilité pénale du Président de la République sous la Vème République », in *Mélanges en l'honneur de P. Gélard, droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000.

Baranger D., « Les clauses d'impeachment et les différents sens du mot "Constitution" aux Etats-Unis », dans *La responsabilité du chef de l'Etat*, Volume 12, Société de législation comparée, Coll. Colloques, 2009.

Barthélémy J. et Duez P., *Traité de droit constitutionne*l, Reproduction de la 1ère éd., Economica, Paris, Dalloz, 1933.

Beaud O., *Le sang contaminé, Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Béhémoth, PUF, 1999.

Beignier B., *La protection de la vie privée,* dans *Libertés et droits fondamentaux*, 9ème éd., Dalloz, 2003.

Benelbaz C., *Le principe de laïcité en droit public français,* L'Harmattan, Logiques juridiques, septembre 2011.

Berlioz P., *La notion de bien*, préface L. Aynès, LGDJ, 2007.

Boizart E., *Étude sur la Haute Cour de justice, instituée par la Constitution de 1848,* Thèse, Paris, 1907.

Braibant G., « Le principe de proportionnalité », *in Le Juge et le droit public, Mélanges à M. Waline*, LGDJ, Tome II, 1974.

Burgorgue-Larsen L., « La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne », dans *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Dir. J. Rideau, LGDJ, 1998.

Cabannes J., *Le personnel gouvernemental sous la cinquième République (1959-1986)*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, LGDJ, Thèse, Tome 71, 1990.

Carbonnier J., *Droit civil, les personnes*, 21ème éd., Tome I, Droit privé, PUF, coll. themis, 2000.

Carcassonne G.,« Le président de la République française et le juge pénal », dans *Mél. en l'honneur du Président Ardant*, L.G.D.J, 1999.

Carcassonne G. et Guillaume M., *La Constitution*, 15ème éd., Points, collec., 2019

Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome II, Recueil Sirey, 1920.

Cohen A., Lacroix B. et Riutort P., *Nouvel manuel de science politique*, éd. La découverte, coll. Grands repères, Paris 2009.

Collet L., *La notion de droit extra-patrimonial*, Thèse, Panthéon- Assas (Paris II), 1992.

Colliard C.-A., Letteron R., *Libertés publiques*, 8ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2005

Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association H.Capitant, Quadrige, PUF, 2002.

D. de Béchillon D.,

- « À propos de la conformité à la constitution du délit de négligence prévu à l'article 432-6 du Code pénal », *in Mélanges en l'honneur du Pr Frédéric Sudre*, 2018, LexisNexis.
- « Que faire de la Cour de justice de la République ? », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Stirm, La scène juridique : harmonies en mouvement*, Dalloz, *2019.*

Debré J.-L, *Le Monde selon Chirac, Convections, réflexions, traits d'humour et portraits*, Tallendier, 19 mars 2015.

Decocq A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Préface G. Levasseur, LGDJ, n° 21, 1960.

Delfont J., *Responsabilité pénale et fonction politique*, Préface A. Decocq, collection Thèses, LGDJ, 2006.

Delmas-Marty M., *Le flou de droit. Du Code pénal aux droits de l'homme,* PUF, Quadrige, 2004.

Delmas-marty M. et Lucas de Lessac C., *Liberté et droits fondamentaux,* éd. Seuil, coll. Point d'essais, 2002.

Dicey A.-V., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* 2ème éd., Paris, Larose, 1899.

Dord O., « Libertés publiques ou droits fondamentaux? », in *Les libertés publiques*, La Documentation française, 2000.

Duguit L. :

- *L'Etat, les gouvernants et les agents,* Dalloz, 2005.
- *Manuel de droit constitutionnel,* E. de Boccard, 1923.
- *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., Tome II, E. de Boccard, 1928
- *Traité de droit constitutionnel, L'organisation politique de la France*, Tome IV, E. de Boccard, 1924.

Duhamel O., Mény Y., *Dictionnaire constitutionnel,* Paris, PUF, 1992.

Duverger M., *Droit constitutionnel et institutions publiques,* Paris, Tome II, 1959.

Emeri C. et Zylberberg J., *Citoyenneté et nationalité*, PUF, Paris, 1991.

Escarras J. -C., « La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève, étude de jurisprudence », *in Mélanges en l'honneur de J-P. Béguet*, éd. Univ. Toulon-Var, 1985.

Farouz-Chopin F., *La lutte contre la corruption*, Presses universitaires de Perpignan, 2003.

Favoreu L. :

- *Droit constitutionnel*, 16ème éd., Dalloz, Précis, 2014.
- *Droit des libertés fondamentales*, 7ème éd., Dalloz, Précis, 2015.

Foyer J., *Le député dans la société française*, Économica, 1991.

Fromont M., « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA », in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Cujas, 1975.

Gaudemet Y., *Les incompatibilités*, Chapitre 3, Folio°11232, Encyclopédie des collectivités locales, 2008.

Gicquel J. et Gicquel J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 21ème éd., Montchrestien, 2007.

Gözler K., *Pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse, Bordeaux, 1995.

Grammatikas G., *Théorie générale de la renonciation en droit civil, étude parallèle du droit français et du droit hellénique*, LGDJ, 1971.

Guérin-Bargues C., *Immunités parlementaires et régime représentatif : L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, Etats-Unis)*, dir. O. Beaud, LGDJ, 2011.

Hauriou M. :

- *La science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896.
- *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929.

Hauriou M., Gicquel J., Gérard P., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6ème éd., Montchrestien, 1975.

Hamon F., Troper M., *Droit constitutionnel*, 33ème éd., LGDJ, 2012.

Hermet G., Badie B., Birnbaum P. et Braud Ph., *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 8ème éd., Arman Colin, 2015.

Julien-Laferrière F., « L'Etat de droit et les libertés », *in Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant Bruxelles, 1998.

Kelsen H., *Théorie pure de droit*, traduction par C. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, 1999.

Kayser P., *La protection de la vie privée par le droit*, 3ème éd., Economica, PUAM, 1995.

Lakehal M., *Dictionnaire de science politique*, 4ème éd., L'Harmattan, Paris, 2009.

Larrieu P., *La vie politique saisie par le droit privé*, Préface J. Mestre, Thèse, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2006.

Leclercq C., *Libertés publiques*, 5ème éd., Litec, coll. Manuels, 2003.

Legrand A., « La croix et la Bavière : tempêtes sur le contrôle de constitutionnalité en République fédérale allemande », *in Mélanges P. Gélard*, éd. Montchrestien, 1999.

Leroy M., *Les transformations de la puissance publique. Les syndicats de fonctionnaires*, Girard et Brière, 1907.

Mathieu B., Ardant P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 33ème éd., LGDJ, 2011.

Melleray F., *Droit de la fonction publique*, 2ème éd., Economica, 2010.

Mélin-Soucramanien F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dir. L. Favoreu, Economica, 1997.

Mény Y., *La corruption de la République*, Fayard, 1992.

Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel*, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, 7ème éd., Tome 1, édition Cujas, 2000.

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Tome I, Folio Essais, Gallimard, 1995.

Nerson R., *Les droits extra-patrimoniaux*, Thèse, Lyon, 1939.

Offerlé M., *La Profession politique, XIXème XXème siècle*, Belin, Paris, 1999.

Pactet P., *Institutions politiques Droit constitutionnel*, 15ème éd., Armand Colin, Paris, Collect. « U », 1996.

Passeron A., *De Gaulle parle*, 1962-1966, Fayard, 1966.

Philippe X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises* , Economica, PUAM, 1990.

Picheral C., *L'ordre public européen, recherches sur une notion complexe en droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, thèses, Montpellier I, 1999.

Pierre E., *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, Loysel, 1989, Tome 2, n° 1062

Poitou E., *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, éd. Charpentier et Cie, Paris, 1869.

Prélot M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 1969.

Raynaud J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003.

Ribes D., *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse dactylographiée, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2005.

Rivéro J. :

- *Libertés publiques*, Tome II, PUF, Paris, 1983.
- Rapport de synthèse, *in Cours constitutionnelles et droits fondamentaux,* Actes du II colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21 février 1981, PUAM, Economica, 1982.

Rosanvallon P., *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Les Livres du nouveau monde, Seuil, 2008.

Rossetto J., « De la responsabilité pénale des membres du gouvernement », dans *La Constitution de la République française*, Dir. F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot, Economica, 3ème éd., 2009.

Schwarze J., *Droit administratif européen*, 2ème éd., Bruylant, 2009.

Schwarz-Liebermann von Wahlendorf H.A., *Identité et réalité du droit, les dimensions du raisonnement judiciaire*, LGDJ, 1980.

Schnapper D., *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, 2000.

Ségur Ph. (dir.), *Gouvernants, quelle responsabilité ?*, L'Harmattan, 2000.

Séve R., *Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau*, Arch. phil. Droit, 1979.

Siegfried A. et E. Bonnefous E., *Année politique, économique, sociale et diplomatique de France*, PUF, 1969.

Smith A. et Sorbet C., *Le leadership politique et le territoire*, Presses universitaires de Rennes, 2003.

Terré F., Simler Ph., *Droit civil les biens*, 7ème éd., Dalloz, 2006.

Van Der Hulst M., *Le mandat parlementaire : étude comparative mondiale*, Union interparlementaire, Genève, 2000.

Vedel G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949

Villey M., « La philosophie du droit de Burke », 1969, dans *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, 1976.

Vincent-Legoux M. C., *L'ordre public, étude de droit comparé interne*, Préface J.P. Dubois, thèse Paris XI, PUF, 2001.

Waline M. :

- *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ème éd., Sirey, 1951.
- *L'individualisme et le droit*, Domat-Montchrestien, 1945.

Wachsmann P.,

- « Les droit de l'Homme », *dans mélanges en l'honneur de L.E. Pettiti*, Bruylant Bruxelles, 1998.
- *Libertés publiques*, 5ème éd., Dalloz, coll. Cours, 2005.

Zénati-Castaing F. et Revet T., *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008.

Zoller E., *Grande arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000.

Almeida F., « Des usages de la vie privée dans la (dé)légitimation politique », *Quademi*, février 2010 n°72.

Antin O., Brossollet L., « Le domaine de la vie privée et sa délimitation jurisprudentielle », *Legicom*, avril 1999, n° 20, p. 9-19.

Avril P., « La transparence de la vie publique », *R.J com.*, 1993, n° spécial, p.22.

Badinter R., « « Le droit au respect de la vie privée, *JCP. G.*1968, I, p. 2136.

Barthélemy J., « La liberté de religion et le service public », *RFDA*, 2003, p.1066.

Beaud O. :

- « La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République », *RFDA* 2001, p.1187.
- « La Cour de justice de la République est-elle vraiment compétente pour juger les ministres dans l'affaire du sang contaminé ? », *D.*, 1999, p.75
- « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire ; une relecture à partir de Santi Romano», *Droits*, n° 33, 2001, p. 88-89.
- « Sur le prétendu "impeachment à la française" », *D.* 2003.n° 39 p. 2646.

Bioy X., « Conv. EDH, art. 10 : Liberté d'expression et de la presse », *D.*, juillet 2017.

Boelaert J., Michon S. et Ollion E., « Le temps long de la politique », *Pouvoirs*, février 2017, n° 161, p. 61.

Bourdin Ph., « Démocratie tronquée, Convention transparente. Les Deux Tiers au crible des déclarations individuelles d'état-civil et de patrimoine », *Annales historiques de la Révolution française*, mars 2015, n° 381, p. 155 à 187.

Bredin J.-D. :

- « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n°97, Transparence et secret, avril 2001, p.9.
- « Vie publique, intimité et transparence », cité dans : Conseil d'Etat, *« La transparence et le secret », E.D.C.E*. n° 47, 1996, p. 86- 87.

Brigant J-M., « Les atteintes à la probité revues et corrigées », *JCP A* 2014. 2173.

Brossollet L., « Le domaine de la vie privée et sa délimitation jurisprudentielle », *Legicom*, avril 1999, n° 20, p. 9-19.

Burgaud F., « Liberté d'expression et respect de la vie privée : quel équilibre au regard de la Convention européenne ? » *D.*, 2015. 939.

Burgorgue-Larsen L. :

- «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2012, 1726.
- « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental. L'influence du droit européen sur les catégories du droit public », *D.*, 2010, p.389.

Camby J.-P., « Incompatibilités politiques intéressant les mandats nationaux », *Répertoire de contentieux administratif*, §1, Avril 2016.

Carcassonne G. :

- « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, n° 97, Transparence et secret, avril 2001, p. 17.
- « Une « absurde exception française » », *CÉAS* de la Mayenne, Août 2010.

Catala P., « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ*. 1996, p. 185.

Chagnollaud D. , «Le président et la doctrine: à propos de la responsabilité pénale du chef de l'État », *RDP* 1999, p. 1669.

Chassin C.-A., « Droits de l'Homme vs Droits humains », *Point de vue*, n°2, Institut international des droits de l'Homme et de la paix.

Cutajar C. :

- « La France et la lutte contre la corruption d'agents publics : un rapport accablant. – À propos du rapport de l'OCDE du 23 octobre 2012 », *JCP 2012*. 1190
- « Les évolutions marquantes de la lutte contre la corruption en France », *AJ pénal* 2015. 340.

De Béchillon D. :

- « Torquemada aux manettes », *Le Débat*, avril 2017, n° 196, p. 103.
- « Transparence : la double peine des familles », *Pouvoirs*, avril 2013, n° 147, p. 46.

De Bellescize D., « Protection de la vie privée : que reste-t-il de la vie privée des personnages publics ? », *Constitutions*, 2014. 496.

Deboissy F., Saint-Pau J.-C., « La divulgation d'une information patrimoniale », *D.*, 2000, p.267.

Debré M., « Trois caractéristiques du système parlementaire français », *Revue française de science politique*, 1955, n° 1, p. 22.

De Lamy B., « Réforme de la responsabilité pénale du président de la République : du trouble à la confusion », *RSC* 2008. 121.

Delvolvé P., « Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse L'affaire Baby-Loup », *RFDA*, 2014, p. 954.

Dreyer E., « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.*, 2006, p.750.

Dufour O., « Affaire Fillon : une lourde condamnation pour l'exemple », *Actu-juridique*, *Lextenso*, 30 juin 2020.

Dyens S., « La liberté d'expression des élus locaux », *AJCT*, 2013, p. 35.

Emeri C., « De l'irresponsabilité présidentielle », *Pouvoirs*, 1987, n°41, p.134.

Fatin-Rouge Stefanini M., « Référendum et protection des droits fondamentaux », *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, n° 53, pp. 73-101.

Favoreu L. :

- « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », *RFDC*, janvier 2002, n° 49, p.264.
- « Le statut pénal du chef de l'État », *D*. 2003. 430.

Gaudemet Y., « Les incompatibilités », Chapitre 3, §6, *Encyclopédie des collectivités locales*, mars 2008 actualisation, mars 2010.

Gennevois B., « Les immunités prévues par la Constitution et le contrôle juridictionnel (le droit français confronté au droit italien) », *RFDA* 2000, p.511.

Guérin-Bargues C., « Immunités et statut des députés : vers une suppression de l'inviolabilité? », disponible sur le site : https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr.

Guérin-Lavignotte E., Kerrouche E. :

- « Les élus locaux en Europe. Un statut en mutation », *La documentation française*, 2006, p. 75.
- « Les élus locaux et la dimension pénale de la responsabilité publique : entre responsabilité et culpabilité », *Politiques et management public*, vol. 19, n° 3, 2001.

Guettier C., « Commentaire de la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 relative aux incompatibilités entre mandats électoraux et de la loi n° 2000-295 du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives et à leurs conditions… », *AJDA*, 2000. 427.

Goesel-Le-Bihan V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22, Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, juin 2007.

Hauser J. , « La vie privée et l'argent », *RTD civ*. 1994, p. 77.

Hauser J., Lemouland J.J., « Ordre public et bonnes mœurs », *répertoire de droit. Civil, Dalloz* 1993.

Holcman R., « Secteur public, secteur privé : similarités et différences dans la gestion des ressources humaines. », *Revue française d'administration publique,* mars 2007, n° 123, p. 409-421.

Ingrain C. et Lorrain R., « Des doutes légitimes sur la constitutionnalité du délit de favoritisme », *Dalloz actualité*, 17 janvier 2018.

Korzenik D., « La protection des droits de la personnalité aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne : aspect de droit comparé », *Legicom*, n°43, février 2009, p.52.

Lascombe M., « Les incompatibilités ministérielles : brèves considérations sur un objet aléatoire », *Petites affiches*, 31 juillet 2014, n° 152, p. 30.

Lemaire E., « Les députés doivent-ils être neutres ? Brèves réflexions sur la récente réglementation de la tenue vestimentaire à l'assemblée nationale », *Jus Politicum*, revue internationale de droit constitutionnel, 12 février 2018.

Lepage A. , « Droits de la personnalité », *D.*, septembre 2009.

Linditch F. :

- « Marchés à procédure adaptée et délit de favoritisme. À propos de la circulaire du 22 février 2005 », *JCP Adm.* n^{os} 18-19, 2 mai 2005, p. 1201.
- « Droit pénal - Un an de droit pénal des marchés publics », *Contrats Marchés publics*, octobre 2010, chron. 4.

Lindon R., « La presse et la vie privée », *JCP* 1965. II. 1887.

Masclet J.-C., « Un remède homéopathique ? Les lois sur le cumul des mandats et des fonctions électifs », *AJDA*, 1986, p. 220.

Mastor W. et Fatin-Rouge Stefanini M., « Constitution et élections aux Etats-Unis », en collaboration avec Marthe Fatin-Rouge Stefanini, rapport pr*é*sent*é* lors de la XIXème Table ronde internationale tenue à Aix-en-Provence les 12 et 13 septembre 2003, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XIX, 2003, p. 125-159.

Melin-Soucramanien F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, Dossier : La question prioritaire de constitutionnalité, Octobre 2010, Article issu d'une conférence prononcée le 10 mars 2010 au Conseil constitutionnel.

Menguy B., « Faut-il rendre publiques les déclarations d'intérêt des maires des communes de moins de 20 000 habitants ? », *La gazette des communes*, 9 avril 2018.

Moulette P., « Le rôle de l'OCDE dans la prévention de la corruption », *AJ pénal* 2013. 82.

Quiviger P.-Y., « Le statut pénal du président de la République (II) », *Commentaire*, 2002/2 n° 98, p. 248.

Pastor J.-M., « Le cumul des mandats, une « exception française », *A.J.C.T*, 2012, p. 112.

Pastorel J.-P., « Droit comparé et réforme des mécanismes de jugement des ministres », *RDP*, 1996, p. 1353.

Picard E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n°6, 1998.

Pontier J-M., *Le conseil régional*, Encyclopédie des collectivités locales, §39, mars 2006 actualisation en juin 2009.

Prat M.-P., Janvier C., « Les conflits d'intérêts chez les élus », *Pouvoirs*, avril 2013, n° 147, p. 53-64.

Prelot P.-H., « Le perdreau mort », *D.* 2001 chron. p. 949.

Pastorel J.-P. , « Droit comparé et réforme des mécanismes de jugement des ministres », *RDP* 1996, p. 1353.

Ravanas J., « L'argent et le respect dû à la vie privée », *D.*, 1996 p.409.

Renucci J.-F., « La CEDH et l'affaire « Von Hannover (n° 2) » : un recul fort contestable du droit au respect de la vie privée », *D.*, 2012 p.1040.

Richer. L., « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA* 1998, p. 1.

Rivero J., « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, Chronique XXXIII, p. 31.

Rouette T. et Coslin C., « "Argent, pouvoir et politique : les risques de la corruption en Europe" : le rapport publié par Transparency international le 6 juin 2012 », *AJ pénal 2013*. 84.

Schoettl J.-E. :

- « La laïcité en question », *Constitutions*, entretien, 2017 p.19.
- « Supprimer la Cour de justice de la République ? », *LPA*, 9 juillet 2018.

Sénac C.-E., « Données personnelles et transparence de la vie publique », *RDLF*, 2018, chron. n°19.

Sériaux A., « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.*, 1994.

Sorin J., « Justiciabilité d'une sanction disciplinaire infligée à un parlementaire », *AJDA*, 2017 p.41.

Schuck N., « Démission en cas de mise en examen : une jurisprudence politique devenue trop rigide ? », *Le Parisien*, 13 septembre 2019.

Tallon D., « Droits de la personnalité », *Répertoire de droit civil*, n° 49.

Verpeaux M., « La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité ou la proximité, une solution pour la démocratie locale ? », *RFDA*, 2003, p. 261.

Wachsmann P., «Le président de la République face au droit pénal et à la procédure pénale », *RFDA* 2001, p. 1181.

Zénati F., « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* , 2003.

PRINCIPALES LOIS ET CHARTES

Charte :

Charte de déontologie des membres du gouvernement, 17 mai 2012.

Lois constitutionnelles :

Loi n° 46-2386 du 27 octobre 1946 sur la Constitution et le fonctionnement de la Haute Cour de justice, JO 28 octobre, p. 9179.

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI n° 93-953 du 27 juillet 1993.

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.

Loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999 insérant, au titre VI de la Constitution, un article 53-2 et relative à la Cour pénale internationale.

Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution.

La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{e} République.

Lois organiques :

Loi organique modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, n° 72-64, JO 25 janvier 1972, p. 1004.

Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République.

Loi organique n^{o} 2011-333, 29 mars 2011 relative au défenseur des droits.

Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

Loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur.

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

Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique

Lois ordinaires :

Loi n° 74-646 du 18 juillet 1974 relative à la mise en cause pénale des maires et modifiant les articles 681 et suivants du code de procédure pénale.

Loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen.

Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

Propositions et projets de lois :

Proposition de la Loi constitutionnelle de J-M. Ayrault tendant à modifier l'article 68 de la Constitution, document mis en distribution, 30 mai 2001, n°3091.

Projet de Loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018, n° 911.

Projet de Loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 août 2019, n° 2203

COLLOQUES

Ameller M., «Droits de l'homme et immunités parlementaires» *in Le Parlement: gardien des droits de l'Homme*, Rapport introductif dans le cadre du symposium interparlementaire de Budapest, Genève, UIP, 1993.

Baranger D., « Les clauses d'impeachment et les différents sens du mot "Constitution" aux Etats-Unis », dans *La responsabilité du chef de l'Etat*, Coll. Colloques, Volume 12, Société de législation comparée, 2009.

Beaud O. :

- « Faut-il juger pénalement les ministres ? », Compte rendu de colloques, *RAJF*, disponible sur le site : http://www.rajf.org.
- « La responsabilité pénale du Président de la République : pour une autre interprétation de l'article 68 de la constitution », Actes du colloque : *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001, disponible sur le site : www.senat.fr.

Bon P., « Les droits et libertés en Espagne, élément pour une théorie générale, in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Acte de colloque de Bordeaux des 29 et 30 mars 1990, éd. du CNRS, 1991, p.35.

Guérin-Lavignotte E., Kerrouche E. « Les nouvelles exigences de la responsabilité publique », Actes du dixième colloque international - Paris, jeudi 9 et vendredi 10 mars 2000 - Tome 2. p. 139- 158.

Jiraux D., « La révocation populaire aux Etats- Unis, une procédure démocratique méconnue » *in, le processus électoral, permanences et évolutions*, Actes du colloque, réuni au Sénat le 22 novembre 2005, p. 94.

Lacabarats A., « Vie privée et médias », Intervention au colloque Cour de cassation 2002, disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr

Lauvaux Ph., « Les monarchies », *in La responsabilité du chef de l'Etat,* Société de législation comparée, coll. colloques, volume 12, p.20.

Owen B., *le processus électoral, permanences et évolutions,* Actes du colloque réuni au Sénat le 22 novembre 2005.

Sauvé J.-M. :

- « Introduction », in *La responsabilité du chef de l'Etat,* Société de législation comparée, coll. colloques, volume 12, p.11.
- « Laïcité et République », intervention lors de la conférence Olivaint, 6 décembre 2016, disponible sur le site http://www.conseil-etat.fr.
- «La responsabilité du chef de l'État en droit comparé », Journée d'étude de la Société de législation comparée, 27 mars 2009 disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr.
- « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », conférence du 17 mars 2017 à Institut Portalis, Aix-en-Provence, disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr.
- « Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général », Exposé d'ouverture lors du colloque organisé par Transparence International France *Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ?* à l'Assemblée nationale le 5 juillet 2011, disponible sur le site : http://www.conseil-etat.fr.

Assemblée nationale, « Le statut de député », disponible sur le site : http://www.assemblee-nationale.fr.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « La corruption: une menace à la prééminence du droit », Résolution 1943, 26 juin 2013, 23ème séance, disponible sur le site : http://www.assembly.coe.int.

Avril P., Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, *La documentation française*, Décembre 2002.

Borgel Ch., Rapport parlementaire du 23 juin 2013, n° 1173 et 1174, sur le projet de loi organique (N° 885) interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur et sur le projet de loi (N° 886) interdisant le cumul de fonctions locales avec le mandat de représentant au Parlement européen.

Bourquin M., « Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME », Rapport d'information n° 82 (2015-2016) fait au nom de la MCI sur la commande publique, déposé le 14 octobre 2015.

Buffet F.-N., Labazée G., *«* Le cumul des mandats : moins cumuler pour plus d'efficacité », Rapport d'information, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales n° 365, 2011-2012.

CEVIPOF, Sciences Po, « Baromètre de la confiance politique, 2009-2019 : La crise de la confiance politique », janvier 2019, disponible sur le site : http://www.sciencespo.fr.

Commission européenne pour la démocratie par le droit :

- Rapport sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres, adopté par la Commission de Venise lors de sa 94e session plénière, 8 et 9 mars 2013, disponible sur le site : https://www.venice.coe.int.

- Rapport sur la révocation des maires et des élus locaux, Commission de Venise, Strasbourg, le 22 août 2019.

Conseil d'Etat :

- Etude de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat relative à la liberté d'expression religieuse, réalisée le 13 novembre 2013 à la demande du Défenseur des droits.
- *La transparence et le secret,* Rapport public 1995, EDCE., *La documentation Française,* n° 47, 1996.
- *Le juge administratif et l'expression des convictions religieuses,* dossier thématique, 25 novembre 2014.
- *Réflexions sur la laïcité, Considérations générales, un siècle de laïcité,* rapport du 5 février 2004.
- *Réflexions sur l'intérêt général,* « L'intérêt général : une notion centrale de la pensée politique et du système juridique français », Rapport public, 30 novembre 1998, disponible sur le site http://www.conseil-etat.fr.

Commission d'éthique de la région d'Ile-de-France, Rapport d'activité de 2018, disponible sur le site : https://www.iledefrance.fr.

Conseil des communes et régions de l'Europe, « Statuts des élus locaux », décembre 2010, disponible sur le site : http://www.aimf.asso.fr.

De la Verpillière Ch., Rapport fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi organique relatif à l'élection des députés, le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-936 du 29 juillet 2009 relative à l'élection de députés par les Français établis hors de France et la proposition de loi portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique, n°^{s} 3025, 3026 et 3027, décembre 2010.

Fauchon P., Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, par le groupe de travail sur la responsabilité pénale des élus locaux, n° 328, Seconde session ordinaire de 1994-1995 disponible sur le site : https://www.senat.fr.

Grosdidier F.et Richard A., « Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques », Rapport d'information n° 642 (2017-2018) fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, déposé le 5 juillet 2018, disponible sur le site : http://www.senat.fr.

Haute Autorité pour la transparence et la vie publique :

- Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, disponible sur le site : https://www.hatvp.fr.
- Rapport d'activité 2015, disponible sur le site : www.ladocumentationfrancaise.fr.
- Rapport d'activité 2018, disponible sur le site : www.hatvp.fr.

Hyest J.-J., Rapport n° 194 (2006-2007), fait au nom de la commission des lois, déposé le 31 janvier 2007 relatif au projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution.

Jospin L., Rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique « pour un renouveau démocratique », rendu au Président de la République le 12 novembre 2012.

Machelon J.-P., Rapport de la Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, à la demande de ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire par une lettre de mission du 20 octobre 2005.

Mazeaud P., Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 2138, 2ème session ordinaire 1994-1995, disponible sur le site : http://www.assemblee-nationale.fr.

Nadal J.-L., « Renouer la confiance publique », Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, janvier 2015

Observatoire de l'éthique publique, « Pour une déontologie partagée des agents et des élus Etendre la compétence du référent déontologue aux élus locaux », du 18 novembre 2019.

Samuel X., XII. panorama de la jurisprudence de la chambre criminelle en matière de prise illégale d'intérêts et d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr.

Sénat:

- Etude de législation comparée sur la responsabilité pénale des élus locaux pour des faits non intentionnels, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, 6 décembre 1999, disponible sur le site : https://www.senat.fr.
- « La protection de la vie privée face aux médias », Étude de législation comparée n° 33, janvier 1998, disponible sur le site : http://www.senat.fr.
- « Le cumul des mandats électoraux et des fonctions électives », Étude de législation comparée n° 228, juillet 2012, disponible sur le site : https://www.senat.fr.
- « Le statut financier des élus locaux », Étude de législation comparée n° 194, février 2009, disponible sur le site : https://www.senat.fr.
- « L'immunité parlementaire », Étude de législation comparée n° 250 - novembre 2014, disponible sur le site : http://www.senat.fr.
- « La responsabilité pénale des chefs d'Etat et de gouvernement », service des affaires européennes, Septembre 2001.
- Mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer des améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, sur la sécurité juridique des actes des collectivités locales et les conditions d'exercice des mandats locaux, Rapport d'information, disponible sur le site : https://www.senat.fr.
- Rapport sur le projet de loi organique rétablissant la confiance dans l'action publique, et sur le projet de loi rétablissant la confiance dans l'action publique, 4 juillet 2017, disponible sur le site : http://www.senat.fr.

Urvoas J.-J., Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi organique (n° 1004) et le projet de loi (n °1005), relatif à la transparence de la vie publique, disponible sur le site : http://www.assemblee-nationale.fr.

Vedel G., « Pour une révision de la Constitution », Comité consultatif pour une révision de la Constitution, Rapport remis au président le 15 février 1993.

Conseil constitutionnel :

Cons. cons., 20 janvier 1972, DC n° 71-46, Loi organique modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires.

Cons. cons., 18 octobre 1977, DC n° 77-51, Examen de la compatibilité de certaines fonctions avec l'exercice du mandat parlementaire.

Cons. cons., 23 novembre 1977, DC n°77-87 relative à la liberté d'enseignement.

Cons.cons., 20 janvier 1981, DC n° 80-127, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

Cons. cons., 16 janvier 1982, DC n° 81-132, Loi de nationalisation.

Cons. cons., 11 oct. 1984, DC n° 84-181, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, Bertozzo M., « La liberté d'expression, un legs de la Révolution française », *Revue générale du droit on line,* n°18944, 2015.

Cons. cons., 30 août 1984, DC n° 84-177, Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française.

Cons., cons., 18 septembre 1986, DC n° 86-217, Loi relative à la liberté de communication.

Cons. cons., 20 juillet 1988, DC n^{o} 88-244, du Loi portant amnistie.

Cons. cons., 7 novembre 1989, DC n° 89-262, Loi relative à l'immunité parlementaire, l'exonération touchant toutefois à la fois à la responsabilité pénale et à la responsabilité civile.

Cons. cons., 20 janvier 1993, DC n° 92-316, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Cons. cons., 13 janvier 1994, DC n° 93-329, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales.

Cons. cons., 22 janvier 1999, DC n°99-408, Traité portant statut de la Cour pénale internationale.

Cons. cons., 23 juillet 1999, DC n°99-416, Loi portant création d'une couverture maladie universelle.

Cons. cons., 30 mars 2000, DC n° 2000-426, Loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice.

Cons. cons., 19 novembre 2004, DC n°2004-505, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *AJDA* 2005. 211, note O. Dord ; ibid. 219, note D. Chamussy ; *D.* 2004. 3075, chron. B. Mathieu ; ibid. 2005. 100, point de vue D. Chagnollaud ; ibid. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *RFDA* 2005. 1, étude H. Labayle et J.-L. Sauron ; ibid. 30, note C. Maugüé ; ibid. 34, note F. Sudre ; ibid. 239, étude B. Genevois ; *RTD eur*. 2005. 557, étude V. Champeil-Desplats ; n° 2012-297 QPC du 21 févr. 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité, *AJDA* 2013. 440 ; ibid. 1108, note E. Forey ; *D.* 2013. 510 ; ibid. 2014. 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; *RFDA* 2013. 663, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau

Cons. cons, 21 février 2013, QPC n° 2012-297, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle).

Cons. cons., 9 octobre 2013, DC n° 2013-676, Loi relative à la transparence de la vie publique.

Cons. cons., 18 octobre 2013, DC n°2013-353 QPC.

Cons. cons., 13 février 2014, DC n° 2014-689, Loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur.

Cons. cons., 8 septembre 2017, DC n° 2017-752, Loi pour la confiance dans la vie politique.

Cour EDH :

CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c./ Royaume-Uni, n° 5493/72.

CEDH, 1er octobre 1982, Piersack c./ Belgique, n° 8692/79.

CEDH, 25 mars 1983, Minelli c./ Suisse, n° 8660/79.

CEDH, 8 juillet 1986, Lingens c./ Autriche, n°9815/82.

CEDH, 6 décembre 1988, Barberà, Messegué et Jabardo c./ Espagne, n° 10590/83.

CEDH, 23 avril 1992, Castells c./ Espagne, n° 1179/85.

CEDH, 24 février 1993, Fey c./ Autriche, n° 14396/88.

CEDH, 26 février 1993, Padovani c./ Italie, n° 13396/87.

CEDH, 27 avril 1995, Piermont c./ France, n°15773/89 et n°15774/89.

CEDH, 28 septembre 1995, Procola c./Luxembourg, n° 14570/89, *D.* 1996. 301, note F. Benoît-Rohmer ; *RFDA* 1996. 777, note Autin J.-L. et Sudre F.

CEDH, 25 novembre 1997, Zana c./ Turquie, n° 18954/91.

CEDH, 9 juin 1998, Incal c./ Turquie, n°22678/93.

CEDH , 21 janvier 1999, Fressoz et Roire c./ France, n° 29183/95, *D.* 1999, Somm 272, obs. Fricero N.

CEDH, 20 mai 1999, Rekvényi c./ Hongrie,n° 25390/94.

CEDH, 8 juillet 1999, Sürek c./ Turquie (n° 1), n° 26682/95.

CEDH, 4 avril 2000, Academy Trading Ltd. et autres c./ Grèce, n° 30342/96.

CEDH, 17 décembre 2002, A. c./ Royaume-Uni, n° 35373/97.

CEDH, 30 janvier 2003, Cordova c./ Italie, n° 45649/99.

CEDH, 13 février 2003, Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c./ Turquie, n°41340/98, n°41342/98, n°41343/98 et n°41344/98.

CE, 15 octobre 2003, M. O., n°244428.

CEDH, 13 novembre 2003, Scharsach et News Verlagsgesellschaft c./ Autriche, n° 39394/98.

CEDH, 3 juin 2004, De Jorio c./ Italie, n° 73936/01.

CEDH, 16 novembre 2004, Karhuvaara et Iltalehti c./ Finlande, n° 53678/00.

CEDH, 20 septembre 2005, Güzel c./ Turquie (n° 1), n° 54479/00.

CEDH, 25 octobre 2005, Wypych c./ Pologne, n°2428/05.

CEDH, 15 décembre 2005, Kyprianou c./ Chypre, n° 73797/01.

CEDH,16 mars 2006, Ždanoka c./ Lettonie, n° 58278/00.

CEDH, 11 avril 2006, Brasilier c./ France, n° 71343/01.

CEDH, 6 juillet 2006, Erbakan c./ Turquie, n° 59405/00.

CEDH, 16 novembre 2006, Tsalkitzis c./ Grèce, n° 11801/04.

CEDH, 9 février 2007, Leempoel & S.A. ed. Cine revue c./ Belgique, n° 64772/01.

CEDH, 25 juin 2009, Liivik c./ Estonie, n°12157/05.

CEDH, 16 juillet 2009, Féret c./ Belgique, n° 15615/07.

CEDH, 23 octobre 2009, Hachette Filipacchi associes (« ici paris ») c./ France, n° 12268/03.

CEDH, 3 décembre 2009, Kart c./ Turquie, n° 8917/05, *JDI* 2010. 970, note Matter ; *RD publ.* 2010. 853, obs. Gonzalez.

CEDH, 11 février 2010, Syngelidis c./ Grèce, n° 24895/07.

CEDH, 20 avril 2010, Le Pen c./ France, n° 18788/09.

CEDH, 24 mai 2011, Konstas c./ Grèce, n° 53466/07.

CEDH, 10 janvier 2012, Standard Verlags GmbH c. Autriche (n° 3), n° 34702/07.

CEDH, 7 février 2012, Axel Springer AG. c./ Allemagne, n° 39954/08.

CEDH, 7 février 2012, Von Hannover c./ Allemagne (n°2), n°40660/08.

CEDH, 12 avril 2012, De Lesquen c./ France, n° 54216/09.

CEDH, 19 septembre 2013, Von Hannover c./ Allemagne (n°3), n° 8772/10.

CEDH, 14 janvier 2014, Ojala et Etukeno Oy c./ Finlande, n° 69939/10 (anglais).
CEDH, 14 janvier 2014, Ruusunen c./ Finlande, n° 73579/10 (anglais).
CEDH, 2 décembre 2014, Urechean et Pavlicenco c./ République de Moldova, n° 27756/05 et n° 41219/07 (en anglais).
CEDH, 23 avril 2015, Morice c./ France, n° 29369/10.
CEDH, 15 octobre 2015, Perinçek c./ Suisse, n°27510/08.
CEDH, 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi associés c./ France, n° 40454/07.
CEDH, 12 novembre 2015, El Kaada c./ Allemagne, n° 2130/10.
CEDH, 26 novembre 2015, Ebrahimian c./ France, n° 64846/11.
CEDH, 17 mai 2016, Karacsony et autres c./ Hongrie, n°42461/13 et n°44357/13
CEDH, 7 septembre 2017, *Lacroix c./ France*, n° 41519/12.
CEDH, 23 novembre 2017, Haarde c./ Iceland, n° 66847/12.

CJUE :

CJCE, 12 mai 1964, Wagner, aff. 101/63, Rec. 381.
CJCE, 10 juillet 1986, Wybot c./Faure, aff. 149/85, Rec. 2391.
CJUE, 6 septembre 2011, n° C-163/10.
CJUE, 6 septembre 2011, *D.* 2011. 2279.
CJUE, 14 mars 2017, Achbita c./ G4S Secure Solutions, aff. C-157/15.
CJUE, 14 mars 2017, Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme c./ Micropole Univers, aff. C-188/15.

Conseil d'Etat :

CE, 8 décembre 1948, Demoiselle Pasteau, n°91.406.
CE, 3 mai 1950, Demoiselle Jamet, n°98.284.
CE, 31 janvier 1964, CAF de l'arrondissement de Lyon.
CE, 7 janvier 1966, Élections du maire de Marcoing , note Waline M., *RDP* 1966, p. 578.
CE, 2 novembre 1977, *Élections municipales de Soultznatt : RDP* 1978. 909, chron. J. Boulouis
CE, 9 octobre 1992, Commune de Saint-Louis c/ association « Siva Soupramanien de Saint-Louis », n°94455.
CE, 6 octobre 2000, *JCP* 2000 Actu. n° 45.
CE, ord. réf., 22 mars 2001, n° 231601, Meyet : Lebon, Tables 2001.
CE, 28 décembre 2001, Élections du maire de Longeville-les-Metz : Lebon p. 677.

CE, 16 février 2004, M. B., n° 264314, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

CE, 16 mars 2005, Ministre de l'Outre-mer c./ président de la Polynésie française, n°265560.

CE, 27 juillet 2005, Ministre de l'Outre-mer c./ Commune de Hitia'a O Te Ra, n° 262714.

CE, 27 juin 2008, Mme M…, n° 286798, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

CE, 23 décembre 2010, Association Arab Women's Solidarity, n° 337079.

CE, ord., 28 mars 2011, n° 347869, Gremetz, Lebon ; *AJDA* 2011. 648 ; *D.* 2011. 1540, note O. Renaudie.

CE, 8 juin 2011, n° 312700, publié au recueil Lebon.

CE, 19 juillet 2011, Commune de Trélazé, n°308544.

CE, 19 juillet 2011, Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône, M. P., n° 308817.

CE, 19 juillet 2011, Communauté urbaine du Mans, Le Mans métropole, n° 309161.

CE, 19 juillet 2011, Commune de Montpellier, n° 313518.

CE, 19 juillet 2011, Mme V., n° 320796.

CE, 15 février 2013, Association Grande confrérie de Saint Martial et autres, n° 34704.

CE, 15 octobre 2014, n° 369965, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

CE, 17 février 2016, Région Rhône-Alpes, n° 368342.

CE, 3 mars 2017, n° 403398.

CJR :

CJR, 9 mars 1999, n° affaire : 99-001.

CJR, 16 mai 2000, n° affaire : 00-001.

CJR, 7 juillet 2004, n° affaire 04 – 001.

CJR, 30 avril 2010, n° affaire : 10-001.

CJR, 19 décembre 2016.

Cour de cassation :

Crim, 24 février 1893, D.P 93.1.393 cité par F. Farouz-Chopin, *La lutte contre la corruption,* Presses universitaires de Perpignan, 2003.

Crim., 24 juillet 1952 ; *D.* 1952, p. 633, rapport Patin.

Crim, 28 février 1956, n°53-02879, publié au bulletin.

Crim, 14 mars 1963, n°62-92.785, Bulletin criminel 1963 n° 122.

Cass., Ass pl, 19 mai 1978, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, n°26.

Crim., 7 mars 1988, n° 87-80931.

Civ. 1ère, 13 avril 1988, Bull. civ. I, n° 98.

Civ. 1ère, 20 novembre 1989, Bull. civ. I, n°257, cité par A. Lepage, « Droits de la personnalité », *D.*, septembre 2009.

Civ. 1ère, 23 octobre 1990, n° 89-13.163, Bull. civ. I, n° 222.

Crim.,14 février 1995, n°94-80.797, Publié au bulletin.

Soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, Bull. civ.

Crim., 24 juin 1997, n° 95-81.187.

Crim.,19 mai 1999, n°98-82.607, Publié au bulletin.

Civ. 1ère, 30 mai 2000, n° 98-14.610, Bull. civ. I, n° 167, *D.* 2001. Somm. 1989, obs. Marino L.

Cass., Ass. pl., 10 octobre 2001, n° 01-84922, Publié au bulletin.

Crim, 10 avril 2002, n°01-85.613, Inédit.

Crim., 12 juin 2003, n° 02-81.122.

Crim, 11 février 2003, n° 02-85810.

Civ. 1ère, 9 juillet 2003, Bulletin 2003 I N° 172 p. 134.

Civ. 2ème, 23 septembre 2004, *CCE* 2005. Comm. 49, obs. Lepage A.

Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450.

Civ. 1ère, 24 octobre 2006, bull.civ. I, n°437.

Crim., 14 février 2007, n° 06-81.107.

Crim., 22 octobre 2008, n° 08-82068.

Crim. 20 mai 2009, n°08-87.354 , *Dr. pénal* 2009. Comm. n° 138, obs. Véron.

Crim., 1er septembre 2010, n°10-80.584, Publié au bulletin.

Crim., 7 mars 2012, n° 11-81918.

Crim., 21 mars 2012, n°11-83.813, Inédit.

Cass, Ass. plén., 15 juin 2012, n°10-85. 678.

Cass., Ass. plén., 15 juin 2012, Thiam c./ Sarkozy, n° 01-85.678, *AJDA* 2012. 1369, obs. de Béchillon ; *D.* 2012. 1916, note Beaud ; *RFDA* 2012. 1203, note Desaulnay ; *AJ pénal* 2013. 46, obs. Lavric.

Crim., 19 juin 2013, n° 11-89210.

Soc., 19 mars 2013, n°12-11.690, publié au bulletin.

Crim., 11 mars 2014, 12-88.312, Inédit.

Cass., Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, affaire Baby Loup

Crim., 9 décembre 2014, n° 13-85.401.

Civ. 1ère, 9 avril 2015, n°14-14.146.

Crim., 17 mars 2015, n°13-87922.

Crim., 13 janvier 2016, n°14-88.382, Inédit.

Crim, 15 juin 2016, n°15-81.124, Publié au bulletin.

Crim., 20 septembre 2016, FS-P+B, n° 15-83.070.

Crim., 1er février 2017, n°15-84511.

Crim., 22 février 2017, n°16-82039.

Crim., 22 février 2017, n°15-87.328, Publié au bulletin.

Crim., 28 juin 2017, n°16-80.064 et n°16-80066, Publié au bulletin.

Crim., 27 juin 2018, n°18-80.069, Publié au bulletin.

ARTICLES DE PRESSE

AFP, « Assistants d'eurodéputés FN: Marine Le Pen plaide l'"incompétence" de la justice », *Le point*, 17 juillet 2017, disponible sur le site : https://www.lepoint.fr.

Bastié E., « Lors d'une messe à Nice, des personnalités politiques rendent hommage aux victimes », *Le Figaro*, 15 juillet 2016, disponible sur le site : http://www.lefigaro.fr.

Bénabent J., « Les interrogations constitutionnelles soulevées par François Fillon ne sont pas illégitimes », entretien avec D. De Béchillon, *Télérama*, 8 mars 2017.

Brunet R., « Suppression de la CJR : les ministres bientôt jugés selon le droit commun », *France 24*, 9 mai 2018, disponible sur le site : https://www.france24.com/fr.

Carcassonne G., « Cumul des mandats, le piège », *Le Monde*, 3 mai 2010.

Descours G., « Macron : «Le martyre du père Hamel n'aura pas eu lieu pour rien» », *Le Figaro*, 26 juillet 2017, disponible sur le site : http://www.lefigaro.fr.

Henry M., « Ségolène Royal renvoyée devant la Cour de justice. La ministre, poursuivie pour diffamation par des enseignants, se pourvoit en cassation », *Libération*, 21 octobre 1999.

Hivert A.-F., « En Suède, la transparence à tout prix », *Libération*, 9 septembre 2014.

Le Cain B., « Avant les cravates insoumises, d'autres révoltes vestimentaires ont marqué l'Assemblée », *Le Figaro*, 28 juin 2017.

Mouterde P., « Brésil : comprendre la chute de Dilma Rousseff en 9 épisodes », *Le Monde*, 11 mai 2016.

Ouest France, « Présidentielle. Les candidats croient-ils en Dieu ? », publié le 22 février 2017, disponible sur le site : https://www.ouest-france.fr.

Pégard C., « Du bon usage des “affaires” », *Le Point*, 16 juillet 1999.

Pouchard A., « Comment un président de la République peut-il être destitué ? », *Le Monde*, 22 octobre 2014.

Quinio P., Aeschimann, E., « La santé, une affaire d’Etat », *Libération*, 9 septembre 2005.

Roger P., « Faut-il réformer le statut pénal du chef de l’Etat ? », *Le Monde*, 16 décembre 2011.

Tronchot M., « “Croyant”, “mystique” et “politique”… Les Présidents de la République et Dieu », *20 minutes*, 3 avril 2015, disponible sur le site : http://www.20minutes.fr.

Vedel G. et Duhamel O., « Le pénal et le politique », *Le Monde*, 3 mars 1999.

INDEX THÉMATIQUE

A

Agents des services publics : 64 et s.

Assemblée nationale : 67 ; 163 et s. ; 281 ; 414 et s. ; 523 ; 645.

B

Bureau des Assemblées parlementaires : 226

C

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 119, 207, 347

Charte des élus locaux : 525

Contrôle de constitutionnalité : 245

Convention européenne des droits de l'homme : 235

Cour de justice de la République : 374 et suivants, 438 et s.

Cour de justice de l'Union européenne : 608

Cour suprême des États-Unis : 323

Cumul des mandats : 94 et s.

D

Déclaration de la situation patrimoniale et déclaration d'intérêts : 82 et s. ; 122 ; 124 ; 485 ; 511 ; 513 ; 515

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : 117 ; 119 ; 207 ; 346 ; 558 ; 632

Déclaration universelle des droits de l'homme : 207

Député : 81 ; 98 ; 102 ; 122 ; 523

Député européen : 196 ; 304

Dignité : 214

Disponibilité : 83 ; 90 ; 520 et s.

Droit de grève : 60 ; 76

Droits-garanties

- Droit à un procès équitable : 409 ; 410 ; 430 ; 474
- Légalité des délits et des peines : 350 et s. ; 361 et s. ; 372 ; 474
- Présomption d'innocence : 632 et s.

E

Egalite : 53 ; 167 ; 218 ; 219 ; 226 ; 236 ; 241 ; 243 ; 245 ; 253 ; 262 ; 306 ; 313 ; 314 ; 317 et s. ; 335 et s. ; 399 ; 404 ; 457 ; 468 ; 482 et s. ; 504 ; 572 et s.

Élus locaux : 86 ; 91 ; 98 ; 103 et s.

Élection : 80

H

Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : 125 ; 133 ; 140.

Haute Cour : 284 et s. ; 316 et s. ; 653

I

Incompatibilité : 80 et s. ; 611

Immunité : 162 et s. ; 266 et s.

Impartialité : 247 ; 328 ; 426 et s.

Inviolabilité : 306 et s. ; 474 ; 542 ; 555 et s.

L

Laïcité : 209 ; 219 et s.

Liberté d'entreprendre : 47 et s. ; 618 ; 621

Liberté d'expression et de communication : 132 ; 136 et s. ; 138 ; 159 et s.

Liberté de pensée, de conscience, d'opinion et de religion : 207 et s.

Liberté syndicale : 60

M

Mandat : 66 et s.

Ministre : 87 et s. ; 177 ; 267 et s. ; 278 ; 281 ; 385 et s. ; 395 et s. ; 438 et s.

N

Neutralité : 81 et s. ; 212 et s. ; 239 et s.

O

Ordre public : 202 ; 204 et s. ; 208 ; 223 ; 238 ; 240 ; 242 ; 247 ; 249 ; 250 ; 255

P

Pacte international sur les droits civils et politiques : 347

Préambule de la Constitution de 1946 : 11

Président : 271 et s. ; 288 et s. ; 291 et s.

R

Responsabilité pénale : 167 ; 269 ; 288 ; 294 ; 297 et s. ; 316 ; 373 et s. ; 457 et s.

S

Santé : 150

Sénateur : 98 ; 102 ; 122 ; 523

Séparation des pouvoirs : 166 ; 261 ; 338 et s. ; 415 ; 430 et s. ; 439 ; 443 ; 452 ; 474 ; 529 ; 536 ; 541 et s. ; 555 ; 558 ; 599 ; 606 ; 643 et s.

T

Transparence : 120 ; 122 ; 215 ; 508 et s.

Travailleurs : 58, 59, 60, 61, 62 et 63.

V

Vie privée : 118 et s. ; 215 ; 229 ; 514 ; 573 ; 606 ; 625 et s.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS ..... **VII**

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ..... **IX**

SOMMAIRE ..... **XIII**

INTRODUCTION GÉNÉRALE **1**

I – L'objet de la recherche 3

A – La notion de droits fondamentaux 3

a) La conception substantielle 5

b) La conception formelle 5

B – La notion de responsable politique 6

C – Les responsables politiques : titulaires particuliers des droits fondamentaux 11

II – Les intérêts de la recherche 15

III – La construction du plan 17

PARTIE I - LE RESPONSABLE POLITIQUE : UN CITOYEN PARTICULIER 19

***CHAPITRE I – L'EXIGENCE D'UN DEGRÉ DE PROTECTION PLUS LIMITÉ DES DROITS ET LIBERTÉS*..... 23**

SECTION I – LES DROITS DES TRAVAILLEURS ET LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE... 25

§ I – Les restrictions justifiées dans le cadre de la fonction politique 25

A – La fonction politique n'est pas une activité comme les autres 25

1- Les caractères inaliénable, indivisible et imprescriptible de la fonction politique 26

2- Le caractère extrapatrimonial de la fonction politique.....30

B – Le responsable politique n'est pas un travailleur comme les autres 32

1- Le caractère politique du mandat.....33

2- La singularité de l'autorité décisionnelle 37

§ II – Des restrictions justifiées dans le cadre des activités parallèles à la fonction..... 39

A – La liberté de travailler et la liberté d'entreprendre limitées par les incompatibilités 39

1- Les justifications doctrinales des atteintes aux droits fondamentaux résultant des incompatibilités.....39

2- La variation des restrictions aux droits fondamentaux tirée des spécificités de chaque fonction.....41

a) Un régime d'incompatibilités rigide applicable aux ministres.....42

b) Un régime d'incompatibilités hybride applicable aux parlementaires 46

c) Un régime d'incompatibilités souple applicable aux élus locaux 53

B – La préservation de la liberté de travailler et de la liberté d'entreprendre par le contrôle juridictionnel des incompatibilités 54
1- Le contrôle du respect de la règle de compétence 54
2- Le contrôle de la proportionnalité des incompatibilités 57

SECTION II – LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE 59

§ I – La transparence : facteur d'une protection plus limitée du droit au respect de la vie privée 60

A – L'admissibilité du droit à l'information dans le domaine de l'intimité 60

B- L'admissibilité conditionnée du droit à l'information 67
1- La recherche d'un équilibre s'imposant au juge 68
2- Un équilibre théorisé par le juge 70

§ II – L'excès de transparence : facteur d'une altération du droit au respect de la vie privée 76

A – La prise en compte disproportionnée de la transparence par le juge 77

B – La prise en compte excessive de la transparence par le législateur 81

CHAPITRE II – L'EXIGENCE D'UN DEGRÉ DE PROTECTION PLUS ÉTENDU DES DROITS ET LIBERTÉS **85**

SECTION I – LA LIBERTÉ D'EXPRESSION 87

§ I – Une protection textuellement consacrée en faveur de certains responsables politiques 88

A – L'immunité parlementaire garante d'une protection renforcée de la liberté d'expression 88

B – L'immunité présidentielle garante d'une liberté d'expression plus étendue 92

C- L'absence d'une immunité textuelle à l'égard des titulaires des autres fonctions 94

§ II – La généralisation de la protection consacrée par la jurisprudence ... 96

A – Une protection plus étendue considérée comme inhérente à toute société démocratique 96

1- Un concept consacré par la CEDH 96

2- Une conception adoptée par le juge interne 101

B -Une protection limitée en raison de la préservation d'une société démocratique 103

1- Les limitations internes 103

2- Les limitations supranationales 105

SECTION II – LA LIBERTÉ RELIGIEUSE 111

§ I – La liberté religieuse admise dans l'occupation de la fonction politique 113

A – L'absence de restriction justifiée au regard du caractère représentatif de la fonction 113

1- La liberté d'exprimer leurs convictions religieuses 113

2- La liberté de porter des signes ou tenues à caractère religieux 115

B – L'absence de restriction justifiée au regard du temps d'occupation de la fonction 121

1- La difficulté de la détermination du temps et du lieu de l'exercice de la fonction 122

2- La difficulté d'établir la proportionnalité des restrictions 123

§ II- La neutralité religieuse exigée dans la prise de décision politique .. 126

A – L'illégalité des décisions fondées sur des conceptions religieuses 126

1- La neutralité : une exigence constitutionnelle 127

2- Le contrôle juridictionnel de la neutralité des décisions 129

B – Les interactions existantes entre l'État et les religions 131

1- L'existence du lien entre les responsables politiques et les religions 132

2- L'intérêt public local justifiant la légalité de certaines décisions bénéfiques par ricochet aux cultes 134

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 139

PARTIE II - LE RESPONSABLE POLITIQUE : UN JUSTICIABLE ATYPIQUE 141

***CHAPITRE I – L'IMMUNITÉ FONCTIONNELLE*..... 145**

SECTION I – L'IMMUNITÉ DE FOND 147

§ I – L'irresponsabilité présidentielle 149

A – La nécessité de l'irresponsabilité 149

1- Un principe inhérent à la fonction présidentielle 149

2- Un principe sujet à discussion 153

B – La limite de l'irresponsabilité 155

§ II – L'irresponsabilité parlementaire..... 158

A – L'irresponsabilité garante de l'indépendance parlementaire 158

B – L'irresponsabilité : un principe universel 163

SECTION II – L'IMMUNITÉ DE PROCÉDURE..... 167

§ I – L'inviolabilité présidentielle 168

A – L'inviolabilité : Un principe indispensable à la protection de la fonction..... 168

1- L'ambiguïté initiale du principe d'inviolabilité 169

2- La clarification récente de l'inviolabilité présidentielle 172

B – L'inviolabilité : un principe controversé 177

§ II – L'inviolabilité parlementaire 181

A – L'inviolabilité : gage de l'indépendance parlementaire 181

B- L'inviolabilité : une application contrastée en droit comparé 184

***CHAPITRE II – LE PRIVILÈGE JURIDICTIONNEL* 187**

SECTION I – L'APPLICATION LIMITÉE DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES 189

§ I – L'indétermination constitutionnelle de l'incrimination présidentielle 190

A – Le principe de légalité des délits et des peines écarté 190

1- L'indétermination traditionnelle de la notion de « haute trahison » 190

2- L'indétermination persistante de la notion de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » 192

B – Les justifications de l'imprécision de la notion 194

1- L'appréciation politique de l'acte comme obstacle à l'application du principe de la légalité des délits et des peines 194

2- Une acception partagée en droit comparé 197

§ II – L'indétermination constitutionnelle de l'incrimination ministérielle 199

A- L'insaisissabilité des « crimes et délits» ministériels au prisme du droit commun 200

1- Les fautes non intentionnelles : Une épée de Damoclès sur les actes ministériels 201

a) La faute non intentionnelle simple 202

b) La faute non intentionnelle qualifiée 203

2- La détermination complexe de la nature politique ou pénale de l'acte 208

B – La clarification de la responsabilité pénale des ministres envisagée par le projet de révision constitutionnelle 211

1- Une clarification judicieuse proposée par le projet de révision constitutionnelle 212

2- La singularité de la détermination des infractions des ministres en France au regard du droit comparé 214

SECTION II – L'INVOCABILITÉ LIMITÉ DU DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE 219

§ I – Devant la Haute Cour 219

A – Le déclenchement purement politique des poursuites : une spécificité inévitable 219

1- La possibilité offerte aux assemblées parlementaires de déclencher ou non des poursuites 220

2- Un constat partagé en droit comparé 222

B – La composition entièrement politique de la Haute cour : une partialité manifeste 225

1- L'absence manifeste d'impartialité des membres de la Haute Cour 225

2- Un constat plus contrasté en droit comparé 229

§ II – Devant la Cour de justice de la République 232

A – Une composition majoritairement politique 232
1- Avant la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 232
2- La persistance d'une composition majoritairement politique 235

B – La légitimité contestée de la Cour de justice de la République 237
1- La suppression souhaitable de la Cour de justice de la République 238
2- Une appréhension différenciée en droit comparé 241

CONCLUSION DE LA PARTIE II 251

PARTIE III LA RECHERCHE D'UNE PROTECTION ÉQUILIBRÉE DES DROITS FONDAMENTAUX DES RESPONSABLES POLITIQUES 253

CHAPITRE I – LA PROTECTION DE LA FONCTION GRÂCE À DES CRITÈRES OBJECTIFS D'ÉVALUATION 257

SECTION I – LES CRITÈRES VISANT À ASSURER LA NATURE DÉMOCRATIQUE DE LA FONCTION 263

§ I – Assurer le désintéressement de la chose publique du titulaire de la fonction 263

A – Le principe de l'impartialité 263
1- L'importance du principe 263
2- L'apport du principe 266

B – Le principe de la transparence 270

§ II – Garantir l'attachement à l'intérêt public du titulaire de la fonction 274

A – Le principe de disponibilité 274

B – Le principe de légalité 277

SECTION II – LES CRITÈRES VISANT À ASSURER LE FONCTIONNEMENT DÉMOCRATIQUE DE LA FONCTION 281

§ I – La nécessité d'assurer la liberté d'exercice de la fonction 281

A – Le principe de la liberté d'action 281

B – La liberté d'expression 285

§ II – L'obligation de prévenir les atteintes à la légitimité démocratique de la fonction 286

A – Le principe de responsabilité 286

B – Le principe de l'inéligibilité 289

SECTION I – L'EXAMEN DU CARACTÈRE LÉGITIME DE L'ATTEINTE 295

§ I – Le contrôle de l'adéquation de l'atteinte 295

A – L'insuffisance avérée du contrôle du caractère pertinent de l'atteinte 295

B – Le renforcement nécessaire du contrôle du caractère rationnel de l'atteinte 299

§ II – Le contrôle de la nécessité de l'atteinte 300

A – Le contrôle de l'existence de normes poursuivant le même objectif 300

1- L'existence d'un régime répressif rigoureux 301

2- L'adoption de nouvelles mesures coercitives malgré l'existence d'un régime répressif rigoureux 309

B – Le contrôle de l'existence de moyens alternatifs moins contraignants pour les droits fondamentaux 311

SECTION II – L'EXAMEN DU CARACTÈRE NON SUBSTANTIEL DE L'ATTEINTE 315

§ I – La nécessité de garantir la substance des droits fondamentaux 315

A – L'inévitable limitation 315

B – L'impossible dénaturation 317

§ II – Le renforcement nécessaire du contrôle du caractère excessif de l'atteinte 319

A – Le contrôle du caractère excessif de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée par le juge 319

B – Le contrôle du caractère excessif de l'atteinte au droit à la présomption d'innocence par les autorités politiques 321

§ III – La revisite essentielle de la justiciabilité de certains droits et libertés 324

A – L'admission souhaitable du recours contre les sanctions infligées aux parlementaires 325

B – L'admission complexe d'une voie de recours contre les décisions de la Haute Cour 328

CONCLUSION DE LA PARTIE III 331

CONCLUSION GÉNÉRALE 333

BIBLIOGRAPHIE 337

INDEX THÉMATIQUE 371

TABLE DES MATIÈRES 375

L'étude des droits fondamentaux des responsables politiques se trouve au confluent de plusieurs enjeux partagés par les démocraties contemporaines, à savoir la légitimité démocratique de la fonction politique et la préservation des droits fondamentaux de son titulaire. La clé de voûte de cet ouvrage tient à l'analyse de la cohérence de la transcription par le droit de ces deux impératifs, à l'heure où le fossé entre les responsables politiques et l'opinion publique n'a jamais été aussi creusé. Dans cette perspective, la recherche s'articule autour de trois axes. Le premier met en exergue les droits et libertés dont l'aménagement est propre à toutes les fonctions politiques et qui révèlent le responsable politique en tant que citoyen particulier. Le deuxième axe met en lumière l'influence de certaines fonctions politiques sur les droits fondamentaux d'ordre processuel, le responsable politique, jouissant d'une immunité fonctionnelle et d'un privilège de juridiction, peut être considéré comme un justiciable atypique. Le troisième axe révèle l'impact de l'utilisation, parfois disproportionnée, de l'intérêt général par le juge et le législateur sur les droits fondamentaux des responsables politiques et, par tant, l'opportunité de repenser certains pans du régime juridique applicable favorisant une protection plus adéquate des droits fondamentaux des responsables politiques à travers la mise en œuvre de critères objectifs d'évaluation et l'exercice d'un contrôle de proportionnalité aptes à protéger la fonction politique tout en sauvegardant les droits fondamentaux de son titulaire.

Mots clés : responsables politiques, droits fondamentaux, fonctions politiques, intérêt général, contrôle de proportionnalité.

The study of policy makers' fundamental rights is at the intersection of several issues shared by modern democracies, i.e. the democratic legitimacy of the political function and the preservation of its holder's fundamental rights. The cornerstone of this work consists in analyzing how coherently law has transcripted these two imperatives at a time when the gap between policy makers and public opinion has never been so big. In this perspective, this research is centered around three main themes. The first one underlines the rights and freedoms whose implementation is specific to every political function and which reveal the policy maker as a singular citizen. The second one highlights the influence of some political functions on procedural fundamental rights as the policy maker enjoys a functional immunity and a jurisdictional privilege that make him an unusual litigant. The third one shows the impact of the use -often disproportionate- of public interest by the judge and the lawmaker on policy makers' fundamental rights. Thus, it reveals the opportunity to reconsider some aspects of the legal system to promote a more adapted protection of policy makers' fundamental rights through the development of objective criteria of assessment and the exercise of a proportionality test able to both protect the political function and preserve the fundamental rights of its holder.

Key words : policy makers, fundamental rights, political function, public interest,, proportionality test.