

QUELQUES POINTS AVEUGLES DE L'IRRESPONSABILITÉ DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Mathieu CARPENTIER

*Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole
Directeur de l'Institut Maurice Hauriou*

LA QUESTION DE L'ÉTENDUE ET DES CONSÉQUENCES DES IMMUNITÉS dont bénéficie le président de la République a marqué l'actualité récente à plusieurs reprises. On s'est ainsi demandé, à l'été 2018, si les parlementaires pouvaient « venir chercher » le président de la République en le convoquant devant une commission d'enquête¹. Plus récemment le témoignage, à l'occasion de procès pénaux en cours, de deux anciens présidents de la République, l'un spontanément², l'autre plus contraint³, a suscité de nombreux débats sur la conformité de ces témoignages à la lettre comme à l'esprit de l'article 67 de la Constitution. C'est d'ailleurs la modeste contribution de l'auteur de ces lignes à l'un de ces débats⁴ qui lui a valu d'être invité par les directeurs des *Cahiers Portalis* à écrire la présente étude.

Plutôt que de revenir en détail sur ces débats, qui se sont depuis lors taris, il est plus intéressant de se pencher sur ce qu'ils révèlent des ambiguïtés et des zones d'ombres du système d'immunités mis en place par la révision du 23 février 2007. Celle-ci a établi un statut doublement protecteur du président de la République. En premier lieu, celui-ci est, en vertu de l'article 67 al. 1, irresponsable des « actes accomplis en cette qualité », sous la double réserve que ces actes ne soient pas constitutifs d'un crime international relevant de la compétence de

¹ « Macron devant une commission d'enquête parlementaire? Les constitutionnalistes partagés », *L'Express*, 24 juin 2018 (en ligne).

² « Au procès des attentats du 13 novembre 2015, le témoin François Hollande », *Le Monde*, 11 nov. 2021 (en ligne).

³ « Procès des sondages de l'Élysée : Sarkozy joue au président du silence », *Libération*, 2 novembre 2021 (en ligne).

⁴ M. CARPENTIER, « Le mandat d'amener délivré à l'encontre d'un ancien président de la République aux fins de son témoignage lors d'un procès pénal en cours est parfaitement conforme à la constitution », *Jus Politicum Blog*, 5 nov. 2021 (en ligne).

la Cour pénale internationale et qu'ils ne constituent pas un manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat et susceptible d'entraîner sa destitution par la Haute Cour. En second lieu, le chef de l'État bénéficie d'une inviolabilité temporaire, qui prend fin un mois après le terme de son mandat. L'article 67 al. 2 dispose en effet que le Président « 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 ». L'inviolabilité s'entend donc, pour parler la langue des internationalistes, comme une immunité personnelle de juridiction, puisqu'il ne peut faire l'objet d'aucune action en justice, que ce soit devant les juridictions pénales ou civiles; elle comprend également une immunité contre certaines mesures coercitives, puisque le président ne peut être *requis* de témoigner (ce qui suppose une telle mesure), même si un témoignage *spontané* (au cours d'un procès par exemple) n'est, selon nous, pas exclu. Le Conseil constitutionnel a étendu assez largement le champ de cette inviolabilité légèrement au-delà de la lettre de la Constitution, c'est-à-dire au-delà des seules « juridictions et autorités administratives⁵ », puisqu'il déduit de l'inviolabilité l'impossibilité de contraindre le président à témoigner devant la commission d'instruction de la Haute Cour (et, par extension, devant une commission d'enquête parlementaire).

La présente étude va concentrer son attention sur le premier aspect de ce régime protecteur, à savoir l'irresponsabilité. L'inviolabilité présente certes plusieurs ambiguïtés intéressantes : « française » qualifie-t-il uniquement « autorité administrative » ou « juridiction »? Le président de la République peut-il être traduit durant son mandat devant la Cour pénale internationale⁶? Cependant il nous semble que l'irresponsabilité pose des questions non résolues, dont les controverses récentes constituent une éclatante manifestation.

I. – IRRESPONSABILITÉ ET IMMUNITÉ

Il est fréquent de concevoir l'irresponsabilité comme une forme d'immunité, en l'espèce ce que l'on appelle en droit international une immunité fonctionnelle.

⁵ Cons. const., 19 novembre 2014, n° 2014-703 DC, *Loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution*.

⁶ Cette question s'envisage différemment selon qu'on envisage les immunités prévues par le droit international et celles du droit constitutionnel français. La chambre d'appel de la Cour pénale internationale a récemment indiqué qu'il ne résultait du droit international coutumier aucune immunité personnelle de juridiction comme d'exécution au bénéfice des chefs d'État devant les juridictions pénales internationales (CPI, 6 mai 2019, *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, ICC-02/05-01/09 OA2); cependant la question demeure disputée dans la doctrine internationaliste. En droit constitutionnel, les choses dépendant de l'interprétation de l'article 67 al. 2 et de la réponse que l'on donne à la question de savoir si « française » qualifie également « juridiction ».

Si l'assimilation de l'inviolabilité à une sorte d'immunité personnelle ne pose pas de problème (encore qu'elle n'y soit pas tout à fait identique⁷), il n'en va pas de même de l'irresponsabilité dont la nature comme le régime diffèrent de ceux d'une immunité fonctionnelle.

Rappelons qu'en droit international, les immunités fonctionnelles de juridiction se définissent comme des règles procédurales⁸ qui font obstacle à ce que les États et leurs agents (au premier chef desquels les chefs d'États⁹) puissent être attirés devant les juridictions d'un autre État, sauf à ce que l'État renonce à se prévaloir d'une telle immunité. Quant aux immunités d'exécution, elles font obstacle à ce que les biens et avoirs des États ainsi que de leurs agents puissent faire l'objet de mesures coercitives (gel, saisie, réquisition, confiscation).

Le régime de ces immunités en droit international public est d'ailleurs d'une grande diversité, puisqu'il varie selon qu'est en cause l'État ou l'un de ses agents – et parmi ceux-ci il convient encore d'effectuer une distinction entre les agents consulaires et diplomatiques d'un côté, et les chefs d'États et de gouvernement de l'autre. Ce régime n'est d'ailleurs pas tout à fait fixé¹⁰ : s'il est particulièrement rigoureux en matière pénale – les choses semblent plus contrastées en matière civile –, certaines évolutions non encore abouties de la pratique des États aboutissent à refuser une immunité fonctionnelle pour certains crimes internationaux¹¹.

En droit constitutionnel français, l'irresponsabilité comprend une telle immunité fonctionnelle au bénéfice du président de la République. Cependant elle ne saurait s'y résumer, pour la simple raison que l'irresponsabilité ne correspond pas uniquement à une règle d'ordre purement procédural, et que de surcroît elle est, par certains aspects, moins protectrice que cette dernière. L'irresponsabilité est donc à la fois plus et moins qu'une immunité fonctionnelle.

Elle est *moins* qu'une immunité fonctionnelle car elle est attachée à une seule personne et non pas à l'ensemble des personnes qui seraient susceptibles de

⁷ Pour des raisons en partie analogues à celles que nous aborderons plus bas au sujet de l'irresponsabilité, à savoir principalement l'impossibilité de renoncer à l'inviolabilité.

⁸ CIJ, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*.

⁹ Les agents des États (au premier chef desquels les chefs d'État et de gouvernement) disposent au surplus d'immunités personnelles temporaires, dont il ne sera pas question ici.

¹⁰ Ainsi, la Convention de 2004 sur les immunités des États n'est jamais entrée en vigueur et il est douteux qu'elle codifie à droit constant le droit coutumier en ce domaine.

¹¹ V. notamment Commission du droit international, « Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés à ce jour par la Commission », article 7, in *Rapport de la Commission du droit international*, Soixante-douzième session, 2021. La pratique des États depuis l'arrestation d'Augusto Pinochet à Londres en 1998 n'est cependant pas stabilisée. La Cour de justice internationale a, sur ce sujet, une position assez conservatrice, même si hélas elle ne distingue pas clairement entre immunité fonctionnelle et personnelle : v. CIJ, 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*.

concourir à l'exercice de la fonction qu'elle protège. Une immunité fonctionnelle s'entend généralement *ratione materiae* et non *ratione personae* (puisque précisément elle diffère d'une immunité personnelle). C'est pourquoi en principe l'ensemble des agents qui concourent à l'exercice de cette fonction sont en principe couverts par cette immunité; en ce sens l'immunité fonctionnelle des agents de l'État est l'exacte conséquence de l'immunité de l'État lui-même. C'est précisément parce qu'un État ne saurait être attiré devant les tribunaux d'un autre État (ni soumis à des procédures d'exécutions mises en œuvre par les autorités de cet État) qu'il convient de protéger l'ensemble des agents qui concourent à l'exercice des fonctions étatiques *de jure imperii*. À l'inverse, l'irresponsabilité du président de la République ne s'étend pas à l'ensemble des agents qui concourent à l'exercice de la fonction présidentielle, mais au seul chef de l'État; c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt célèbre de 2012¹².

On objectera que seul le président est habilité par la Constitution à exercer la fonction présidentielle, ce qui semble résoudre le problème. Il en va certainement ainsi de ses prérogatives constitutionnelles, qu'il s'agisse de ses pouvoirs propres ou même des pouvoirs soumis aux contresignes – le ministre contresignataire ne participe en effet pour autant à l'exercice de la fonction présidentielle et le contresigneur a classiquement pour fonction de déporter la responsabilité de l'auteur irresponsable de l'acte sur son contresignataire. Cependant, il en va autrement des actes d'administration de la présidence de la République, à laquelle plusieurs agents de cette dernière concourent (on en trouvera plus bas une illustration éclatante en matière financière). On aurait tort d'affirmer que les « actes accomplis en qualité » de président de la République mentionnés à l'article 67 al. 1 ne s'étendraient pas aux actes pris en qualité d'autorité administrative (de « chef de service » de l'administration de la présidence de la République, pour ainsi dire). C'est bien en qualité de président de la République que M. Macron est chef de service de l'administration élyséenne (sous les réserves importantes que nous formulerons dans la troisième section de cette étude). L'immunité dont il jouit à ce titre ne s'étend pas à ses collaborateurs, qu'il s'agisse de ceux qui participent informellement à la prise de décision ou même de ceux qui disposent d'une délégation de signature du chef de l'État. Au contraire, nous le verrons, la délégation de signature a précisément pour objet de protéger l'irresponsabilité présidentielle en l'isolant plutôt qu'en l'étendant au délégataire.

L'irresponsabilité est également plus qu'une immunité fonctionnelle dans la mesure où elle constitue une règle à la fois objective et substantielle. Elle est objective dans la mesure où elle ne protège ni les intérêts de l'agent qui en est le bénéficiaire, ni même celles de l'État auquel il appartient. Certes l'immunité fonctionnelle en droit international ne saurait s'apparenter à un droit subjectif de l'agent (pas

¹² Cass. crim., 19 décembre 2012, n° 12-81043.

plus d'ailleurs que son immunité personnelle). Cependant, il s'agit d'une conséquence de la souveraineté de l'État et on pourrait parler de « droit de souveraineté » en dépit de la résonance duguiste de l'expression. C'est pourquoi l'État peut renoncer à la jouissance (par lui-même ou par son agent) de cette immunité. Au contraire l'irresponsabilité présidentielle ne peut faire l'objet d'une telle renonciation dans la mesure où elle ne protège pas les intérêts du Président. C'est ce qui justifie selon nous que le président de la République ne puisse de son propre chef demander à être auditionné par une commission d'enquête parlementaire, ce qui aurait pour effet d'engager une forme de responsabilité politique, ni consentir à faire l'objet d'une action en justice ou de poursuites. L'irresponsabilité est donc une règle objective d'ordre public, qui est toujours irréfragablement présumée.

C'est également une règle substantielle et non uniquement procédurale. En matière pénale, ou même civile, il s'agit certes essentiellement d'une règle procédurale – nous y reviendrons plus bas. Mais l'irresponsabilité s'étend bien au-delà de l'immunité de juridiction. L'irresponsabilité politique du président s'analyse comme une impossibilité pour le chef de l'État de rendre des comptes de son action devant un autre organe politique, quelle que soit la procédure suivie, et même en dehors de tout cadre procédural. Héritage de l'adage selon lequel le Roi ne peut mal faire¹³, qui irrigue également le droit de la responsabilité administrative¹⁴, l'irresponsabilité du chef de l'État implique que ces actes ne puissent donner lieu à une reddition de compte politique, sous quelque forme que ce soit. Cette irresponsabilité ne s'oppose donc pas seulement à ce que le Président fasse l'objet d'une procédure déterminée, par exemple de destitution, mais couvre un champ bien plus large et crée une obligation (ou plutôt une interdiction) dans le chef du président de la République ainsi que de l'ensemble des organes politiques susceptibles de mettre en cause sa responsabilité.

Il convient en effet de distinguer la responsabilité politique elle-même des conditions de sa mise en cause des conséquences qui s'y attachent. La responsabilité politique elle-même, ce n'est rien d'autre que l'obligation (voire la possibilité) faite à un organe ou une autorité politique de rendre des comptes de son action auprès d'un autre organe politique : c'est, littéralement et tautologiquement, l'obligation d'en assumer la responsabilité. La mise en cause de cette responsabilité consiste dans le ou les mécanismes juridiques (ou politiques) qui permettent à un organe de demander des comptes à la personne – ou à l'organe – responsable et d'exprimer,

¹³ Et ce en dépit d'importantes différences affectant les conséquences juridiques de cet adage en monarchie et en république (v. sur ce point F. DELPÉRÉE, « La responsabilité du chef de l'État. Brèves observations comparatives », *RFDC*, 2002/1).

¹⁴ On renvoie sur ce point à l'étude classique de G. SOULIER, « Réflexions sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », *RDP* 1969. 1039.

le cas échéant, sa désapprobation. Les conséquences juridiques de cette mise en cause sont généralement la démission, la révocation ou la destitution de l'intéressé.

On pourrait ainsi affirmer que les rédacteurs de la Constitution du 4 octobre 1958, en confiant au président de la République des pouvoirs propres, exempts du contreseing ministériel, ont souhaité rompre avec la tradition parlementaire faisant du ministre contresignataire l'auteur politique de l'acte et conférer au chef de l'État une forme de responsabilité politique¹⁵. Cependant cette responsabilité, si elle existe, ne peut être mise en cause par aucun organe constitué si ce n'est la Haute Cour : contrairement à la responsabilité gouvernementale, susceptible d'être actionnée par le Parlement ou l'une seule de ses chambres, le président est certes responsable, mais devant le peuple uniquement à l'occasion de sa réélection – c'est-à-dire devant personne. De la même manière, l'introduction en 2008 à l'article 18 al. 2 de la faculté pour le président de la République de s'exprimer devant le Congrès introduit une logique de responsabilité politique qui va de pair avec le renforcement de l'autorité politique du Président¹⁶. Cependant, cette responsabilité est limitée dans la mesure où le débat qui pourrait la mettre en cause se tient hors la présence du président de la République, et où une telle mise en cause n'a aucune conséquence juridique.

Il demeure que les frontières de l'irresponsabilité politique du Président sont mouvantes. Se pose ainsi la question de savoir quels sont ses points de contact avec les autres facettes de l'irresponsabilité présidentielle.

II. – IRRESPONSABILITÉ PÉNALE ET POLITIQUE

Comme on a déjà commencé à le suggérer, l'irresponsabilité politique constitue un cas à part, en raison de son caractère polymorphe. L'irresponsabilité pénale – tout comme tout type de responsabilité susceptible d'être engagée devant une juridiction : civile, commerciale, sociale, financière... – fait obstacle à ce que à ce que le président de la République fasse l'objet d'une procédure déterminée et entièrement encadrée par des règles juridiques (au pénal : poursuites, mise en examen, renvoi devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises, etc.). En ce

¹⁵ On ajoutera que la fonction du contreseing est bien entendu largement neutralisée aujourd'hui. Si le contreseing est traditionnellement la conséquence de l'irresponsabilité présidentielle, il aboutit aujourd'hui à exactement l'inverse : un pouvoir formel, qui déresponsabilise le ministre (voir J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER [dir.], *La Responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999). Le président de la République est aujourd'hui l'auteur politique de la plupart des actes pris au titre des pouvoirs partagés.

¹⁶ Voir sur ce point les propositions formulées dès 1999 par M.-C. PONTTHOREAU, « Pour une réforme de la responsabilité politique du Président », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, *op. cit.*

sens cette irresponsabilité pénale s'apparente bien, sous les réserves formulées plus haut, à une immunité fonctionnelle de juridiction. Par contraste l'irresponsabilité politique empêche toute reddition politique de comptes, ce qui pose la question de savoir ce qu'il faut au juste entendre par là. Un président de la République qui, sans voir sa responsabilité pénale mise en cause *stricto sensu*, serait amené à « rendre des comptes » de son action à l'occasion ou au cours d'un procès pénal engagerait-il – illicitement – sa responsabilité politique ?

Une bonne illustration de cette difficulté est fournie par les controverses suscitées par la citation à témoin en 2021, à l'occasion de deux procès en cours, de deux anciens présidents de la République, Nicolas Sarkozy et François Hollande. Je ne reviens ici pas sur les circonstances de ces deux témoignages, que mon ami et *sparring partner* Pierre Égéa relate à la perfection dans sa contribution au présent numéro. Je souligne tout au plus que les deux affaires sont, pour ce qui nous intéresse ici, rigoureusement équivalentes. En particulier, le fait que les juges aient délivré à l'encontre de M. Sarkozy, qui avait refusé de déférer à la citation, un mandat d'amener (alors que M. Hollande a comparu librement) ne fait *aucune* différence d'un point de vue constitutionnel : l'inviolabilité de M. Sarkozy ayant pris fin le 15 juin 2012, le fait que le témoignage soit provoqué par une mesure coercitive plutôt qu'avec le consentement de l'intéressé n'emporte aucune conséquence. L'inviolabilité du président de la République ne saurait donc faire obstacle à ce qu'il soit requis de témoigner, fût-ce par la force, une fois terminé son mandat présidentiel.

La seule question qui se posait donc (tant pour M. Sarkozy que pour M. Hollande) était la suivante : l'irresponsabilité du président de la République fait-elle obstacle à ce que celui témoigne, fût-ce *sua sponte*, au cours d'un procès pénal dès lors que ce témoignage porte sur des faits accomplis en qualité de président de la République ? À cette question ma réponse est résolument négative. En effet, il ne saurait, en rigueur, s'agir ici de son *irresponsabilité pénale* : la responsabilité pénale ne peut être mise en cause que par la mise en mouvement de l'action publique, ou à la rigueur par la mise sous statut de témoin assisté. Or un témoignage n'a pour objet ni pour effet de mettre en cause la responsabilité pénale du témoin. Un témoignage a pour objet de concourir à la manifestation de la vérité.

Certes, comme Pierre Égéa le souligne dans sa contribution, le témoignage d'une personne bénéficiant d'une immunité de juridiction pénale est problématique à bien des égards. Ainsi un témoignage peut révéler des faits constitutifs de la commission d'une infraction par le témoin lui-même, et ce d'autant plus qu'en droit français, le témoin, contrairement au mis en cause, n'a pas le droit de garder le silence – précisément parce que le témoignage n'a pas pour objet d'engager sa responsabilité pénale et que s'il appert que le témoignage est susceptible d'incriminer le témoin, le statut de témoin assisté peut être mis en œuvre. En droit constitutionnel

strict, une telle auto-incrimination de l'ancien président de la République n'aurait *aucune conséquence* puisque son irresponsabilité pénale ferait obstacle à ce qu'il soit mis sous statut de témoin assisté ou *a fortiori* mis en examen (sous la réserve, bien entendu que les faits révélés par le témoignage aient bien été accomplis en qualité de président de la République). Pierre Égée a tout à fait raison de souligner qu'au plan des principes du procès pénal, obliger quelqu'un à s'auto-incriminer sans qu'il puisse bénéficier d'un statut protecteur (témoin assisté, mis en examen) a de quoi choquer, quand bien même cela n'entraîne aucune conséquence. De surcroît, un tel témoignage est peu propice à la manifestation de la vérité : rien n'empêcherait le président, fort de son irresponsabilité, de « prendre sur lui » tout ou partie des charges formulées, par exemple, à l'encontre de ses anciens collaborateurs, rendant ainsi délicat le départ des responsabilités réelles des uns des autres. Il demeure qu'au plan du droit constitutionnel, cette situation fâcheuse, pour être *causée* par l'irresponsabilité pénale du Président, ne lui est cependant pas *contraire*.

Reste donc l'hypothèse selon laquelle un tel témoignage, qui n'engage pas la responsabilité pénale du président ou de l'ancien président, serait néanmoins contraire à sa responsabilité *politique* : il amènerait en réalité le président à rendre des comptes de son action devant les juges. Il y a lieu d'en douter. La responsabilité politique, on l'a vu, se définit par l'obligation, voire la possibilité, de rendre des comptes de son action politique. Cette définition en tant que telle est excessivement vaste. Prise dans son extension la plus large, elle impliquerait l'impossibilité pour le président de la République de s'exprimer sur son action politique à l'occasion d'une interview, d'une allocution ou par une déclaration au cours d'une conférence de presse. Certes, il y a une tension – nous y reviendrons brièvement en conclusion – entre l'irresponsabilité politique du président de la République, et la réalité du pouvoir qu'il exerce – qui exige précisément que son titulaire en assume la responsabilité. Mais en tout état de cause, on peut admettre que la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le président défende publiquement son action.

Pour apprécier précisément la portée de l'irresponsabilité politique du président de la République, il faut se pencher sur le type d'organe susceptible de mettre en cause cette responsabilité. Ainsi, il faut interpréter l'article 67 al. 1 comme interdisant au Président de rendre des comptes de son action *devant d'autres organes politiques* – et que ces derniers n'aient pas le droit de mettre en cause la responsabilité du président. La seule exception ici est la Haute Cour, qui, comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel, n'est pas une juridiction¹⁷. Même si la saisine de la Haute Cour suppose la commission d'une faute par le président de la République (un manquement à ses devoirs...), la Haute Cour demeure un organe politique et la

¹⁷ Décision n° 2014-703 DC précitée.

responsabilité susceptible d'être engagée devant la Haute Cour peut être qualifiée de responsabilité politique exceptionnelle, et non de responsabilité pénale.

Qu'entendre donc par « organe politique »? La question est périlleuse, tant on échappe ici aux définitions du droit positif. Il ne saurait être question ici de définir cette notion de manière purement négative, par exemple en distinguant « à l'américaine » les « branches politiques du gouvernement » et la « branche juridictionnelle », ce qui nous ferait encourir le risque d'une pétition de principe (ou à tout le moins d'un raisonnement circulaire). De surcroît, prétendre que l'office du juge (fût-il pénal), se mouvant dans la pure sphère du Droit, serait par essence dénué de toute dimension politique serait faire preuve d'une forme assez suspecte d'idéalisme. Kelsen lui-même ne reconnaissait-il pas qu'entre « le caractère politique de la législation et celui de la justice, il n'y a qu'une différence quantitative et non qualitative¹⁸ »?

Par organe politique *stricto sensu* ici, il faut donc entendre tout organe constitutionnel qui concourt à la détermination de la politique (gouvernementale et législative) de la Nation et qui est susceptible d'effectuer un contrôle politique d'autres organes politiques. Cette définition est sans doute peu satisfaisante – le *definiendum* « politique » revient à plusieurs reprises dans la définition, de sorte que la circularité n'est pas complètement évitée – mais elle permet de rendre compte de la manière dont la responsabilité politique s'est historiquement insérée dans l'exercice, par les organes concernés, de leurs fonctions politiques. Ainsi – pour faire vite – c'est la volonté du Parlement britannique d'exercer pleinement ses prérogatives législatives qui l'a amené à exercer un contrôle sur les ministres du roi, à défaut de pouvoir le faire sur le roi co-législateur irresponsable, de sorte que les ministres deviennent la « créature » du Parlement (même si, pour employer la formule de Bagehot, on peut dire que la créature a pris l'ascendant sur le créateur) – et il en va de même, en régime parlementaire dualiste, de la responsabilité du gouvernement devant le chef de l'État, généralement doté d'un certain pouvoir de détermination de la politique gouvernementale et législative. Autrement dit, en matière de responsabilité, un organe politique est un organe qui a en principe son mot à dire sur la politique législative ou gouvernementale et qui, pour ce faire, utilise la responsabilité comme un outil de contrôle de la manière dont les autres organes concourent à la détermination de cette politique.

Dire, par conséquent, que le président de la République est irresponsable, c'est affirmer que sa responsabilité ne peut être mise en cause devant aucun organe politique. C'est ce qui explique selon nous qu'il ne puisse – même de son propre chef – témoigner sur des faits accomplis en qualité de Président devant une

¹⁸ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, trad. S. BAUME, Michel Houdiard Éditeur, 2006, p. 76.

commission d'enquête parlementaire. Certes, le refus de comparaître, le silence ou le faux témoignage ne sauraient avoir ici pour conséquence des poursuites pénales comme c'est le cas normalement¹⁹, en raison bien entendu de l'irresponsabilité pénale du président de la République : le refus du Président – du moins du Président en exercice – de s'exprimer devant une commission d'enquête sur des faits accomplis en qualité est lui-même un acte accompli en qualité, qui ne peut faire l'objet d'aucune poursuite. Cependant, c'est bien l'irresponsabilité *politique* du Président qui fait obstacle à ce qu'il s'exprime devant une commission d'enquête²⁰.

Par contraste, une juridiction pénale n'est pas un organe politique (quelle que soit par ailleurs la dimension politique – et les conséquences politiques – d'un procès pénal). C'est pourquoi, alors même que le témoignage du Président ou de l'ancien Président pourrait le placer dans une situation politique difficile, il ne saurait engager sa responsabilité. D'un point de vue constitutionnel, que le Président s'exprime sur des faits accomplis en qualité à l'occasion d'un témoignage au cours d'un procès ou bien à l'occasion d'une interview télévisée ne fait guère de différence (si ce n'est, certes, que le témoin a prêté serment et est réputé dire la vérité). Il ne saurait s'agir ici d'une reddition de compte, dès lors que l'organe devant lequel il s'exprime n'est pas un organe politique et n'est précisément pas habilité à demander des comptes au président de la République. Lorsqu'il témoigne au cours d'un procès pénal ou d'une interview menée par un journaliste un peu pugnace, ce n'est pas en effet au juge ou à l'intervieweur que le Président, dont les propos sont dans les deux cas publics et médiatisés, « rend des comptes », mais bien à l'*opinion publique*. Qu'un tel témoignage mette le cas échéant le Président en difficulté devant l'opinion publique n'est guère problématique – à moins qu'il ne se déduise de l'irresponsabilité présidentielle une interdiction faite aux médias de mener tout travail d'investigation sur la présidence de la République. Je ne suis pas certain que la commission Avril retrouverait les siens dans ce scénario à la nord-coréenne.

Un dernier mot pour conclure sur ce point. La question se pose de savoir si l'*ancien* président de la République peut véritablement jouir de l'irresponsabilité politique qui s'attache à la fonction présidentielle. C'est selon moi une question ouverte, en dépit de la position exprimée de manière fameuse par François Mitterrand

¹⁹ Article 6-III de l'Ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. L'impossibilité de garder le silence est très problématique ici, notamment au regard du droit de la CEDH.

²⁰ Ceci ne vaut naturellement pas pour la commission d'instruction de la haute cour, qui est dotée de pouvoirs identiques à ceux d'une commission d'enquête (article 6 de la Loi organique du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution) puisque la Haute Cour a précisément pour fonction d'engager la responsabilité du chef de l'État. Cependant, l'inviolabilité du chef de l'État fait bien obstacle, on l'a vu, à ce qu'il soit *requis* (par la contrainte) de témoigner devant la commission d'instruction, et *a fortiori* devant une commission d'enquête parlementaire.

en 1984²¹. Quant à l'irresponsabilité pénale, il ne fait pas de doute qu'elle perdure après l'échéance du mandat, précisément parce qu'il s'agit d'une immunité fonctionnelle – sous les réserves exprimées dans la première section. Le propre d'une immunité fonctionnelle est bien de perdurer après la fin des fonctions, puisque c'est la fonction et non son titulaire qu'elle protège. En va-t-il de même de l'irresponsabilité politique? Il est certain que la *responsabilité politique* du gouvernement prend fin après la cessation des fonctions de celui-ci – on ne va pas aujourd'hui voter aujourd'hui une motion de censure contre le gouvernement d'Édith Cresson. Il en va de même d'ailleurs de la responsabilité du président de la République devant la Haute Cour : dès lors que la seule conséquence de l'engagement de cette responsabilité est la destitution²², il ne ferait aucun sens de réunir la Haute Cour après l'échéance du mandat présidentiel, quand bien même les faits susceptibles de constituer un manquement n'ont été révélés que postérieurement. Si la responsabilité politique prend fin après l'échéance du mandat, n'en va-t-il pas de même de l'irresponsabilité? Certes, on y a suffisamment insisté plus haut, la responsabilité elle-même et les conditions de sa mise en cause se distinguent des conséquences qui y sont attachées; dès lors que l'irresponsabilité empêche de toute façon que les actes du président soient suivis de telles conséquences, la cessation du mandat présidentiel ne change rien. Il y aurait donc une asymétrie entre la responsabilité et l'irresponsabilité de ce point de vue. Cependant on peut se demander ce qui justifie – si l'irresponsabilité politique perdure bien après l'échéance du mandat présidentiel – que, tel Valéry Giscard d'Estaing en 1984, l'ancien Président ne puisse, par exemple, s'exprimer devant une commission d'enquête parlementaire; si, comme le rappelle Pierre Égée dans sa contribution, l'irresponsabilité politique se justifie – notamment en régime républicain – par des considérations de séparation des pouvoirs (et non par exemple par le caractère inviolable et sacré de la personne du Roi), on peut se demander si la séparation des pouvoirs a réellement pour fonction de protéger ceux qui n'exercent plus le pouvoir.

²¹ « La responsabilité du président de la République ne peut être mise en cause devant le Parlement. Cette immunité s'applique au président de la République non seulement pendant toute la durée de ses fonctions, mais également au-delà pour les faits qui se sont produits pendant qu'il les exerçait » (Lettre adressée par M. François Mitterrand, président de la République à M. Valéry Giscard d'Estaing, ancien président de la République, au sujet de la convocation de ce dernier par la commission d'enquête parlementaire sur les « avions renifleurs », Paris, le 29 août 1984).

²² La situation est différente par exemple aux États-Unis, où un ancien président peut faire l'objet d'une procédure d'*impeachment*, dès lors que la sanction susceptible d'être prononcée par le Sénat ne se résume pas à la seule destitution mais peut également comporter une peine d'inéligibilité.

III. – ...ET L'IRRESPONSABILITÉ FINANCIÈRE ?

La question de la responsabilité financière du président de la République est moins explorée que celle de son irresponsabilité pénale et politique. Elle n'est cependant pas sans intérêt. Le budget de l'Élysée fait bien entendu l'objet d'une importante littérature. Son opacité originelle, largement décriée par la doctrine et une partie de la classe politique, a laissé la place à une gestion beaucoup plus transparente, qui tient à un rapatriement du budget de l'Élysée dans le droit commun budgétaire. Ainsi le budget de la présidence est voté au sein de la dotation « Pouvoirs publics », qui certes déroge au modèle de présentation des missions du budget général fixé par la Loi organique relative aux lois de finances – les programmes budgétaires de cette mission correspondant ici chacun à une institution et non à une affectation matérielle. Ce budget fait l'objet d'un projet annuel de performance et d'un rapport annuel de performance annexés respectivement au projet de loi de finances et au projet de loi de règlement. Il fait également l'objet depuis 2009 d'un rapport annuel de la Cour des comptes. Enfin l'Élysée s'est dotée en 2016 d'un règlement budgétaire et comptable, modifié en 2019²³.

Un aspect a cependant moins retenu l'attention : le statut de gestionnaire public du président de la République au regard de son irresponsabilité. Le président de la République est bien chef de service de l'administration de l'Élysée, et à ce titre il est amené à prendre un certain nombre d'actes d'organisation du service – à commencer par l'arrêté par lequel il nomme ses collaborateurs. Cependant, de manière à la fois surprenante et logique, le Président n'est pas ordonnateur. L'article 11 du règlement budgétaire et comptable dispose en effet que le directeur de cabinet²⁴ reçoit délégation de signature du Président « pour tous les actes relatifs à la gestion administrative et budgétaire de la présidence » ; il dispose également que le directeur de cabinet est « ordonnateur des dépenses et des recettes ». On pourrait penser, à la lecture de ce texte, que le Président est l'ordonnateur principal, le directeur de cabinet, qui, après tout, reçoit délégation de signature, n'étant qu'ordonnateur délégué (ce qui permettrait notamment au président de la République de recouvrer à tout moment sa compétence). En réalité, il n'en est *de facto* (sinon *de jure*) rien. La délégation de signature est automatique et le directeur de cabinet est l'ordonnateur principal *de facto*. On en comprend aisément les raisons. Elles sont bien sûr d'ordre pratique – le Président n'ayant guère le temps de s'occuper de la gestion quotidienne des services de la présidence. Mais elles sont également d'ordre

²³ Décision du 29 novembre 2016 portant règlement budgétaire et comptable de la présidence de la République (modifiée par une décision du 29 mars 2019). Sauf erreur de ma part ces décisions n'ont pas été publiées au *Journal Officiel*, et sont uniquement disponibles sur le site internet de la présidence.

²⁴ De manière novatrice, ce même article, dans sa rédaction de 2019 dispose que le directeur de cabinet est nommé par décret du président de la République, ce qui n'a jamais été le cas à ma connaissance.

juridique : l'irresponsabilité du président de la République, y compris en matière financière, fait obstacle à ce qu'il soit soumis au régime de responsabilité des gestionnaires publics. C'est pourquoi la gestion administrative et budgétaire de la présidence est confiée à un tiers, en l'espèce le directeur de cabinet. Il en résulte en principe un déport de la responsabilité financière sur ce dernier.

Les choses ne sont cependant pas aussi simples. De fait les dispositions du décret GBCP²⁵ applicables aux opérations budgétaires et comptables de l'État ne trouvent en principe pas à s'appliquer à la présidence de la République (puisqu'elles ne concernent à peu près que le budget des ministères et des administrations déconcentrées), ainsi d'ailleurs qu'aux autres pouvoirs constitutionnels concernés par la mission « Pouvoirs publics » du budget général. Le règlement budgétaire et comptable de l'Élysée reprend certes une grande partie des dispositions du titre II du décret GBCP, mais il en diffère sur de nombreux points, qui permettent d'assurer l'autonomie du budget de l'Élysée : par exemple le comptable de la présidence n'est pas nommé, comme tous les autres comptables publics de l'État, par le ministre du budget mais par le président de la République lui-même (en réalité, on l'aura compris, par le directeur du cabinet). Cette autonomie opérationnelle du budget de la présidence de la République pose la question de savoir si les gestionnaires publics de l'Élysée, au premier chef desquels l'ordonnateur (le directeur de cabinet), sont soumis au même régime de responsabilité que les autres.

Ce régime vient de connaître de sérieux bouleversements sous l'effet de l'ordonnance du 23 mars 2022²⁶, dont les principales dispositions entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2023 : suppression de la Cour de discipline budgétaire et financière, régime de responsabilité presque identique pour les comptables et les ordonnateurs, retrait aux Chambres régionales et territoriales des comptes de leurs fonctions contentieuses, désormais centralisées par la Cour des comptes, création d'une Cour d'appel financière... Cependant, pour le point qui nous intéresse, ces modifications n'entraînent pas une grande modification des données du problème. Pour les ordonnateurs, en effet – sous la réserve du cas de la gestion de fait, dont le jugement a toujours été confié au juge des comptes – l'ordonnance du 22 mars 2022 se contente de reproduire devant la Cour des comptes – désormais seul juge de l'ensemble des gestionnaires – les conditions de justiciabilité qui avaient auparavant cours la Cour de discipline budgétaire et financière. Or ici, il est notable que ces conditions ne sont pas fixées au moyen d'une règle générale (« sont justiciables de la cour les ordonnateurs et les comptables de l'État, des collectivités territoriales etc. ») suivie d'une liste d'exceptions, mais de *deux listes*, l'une comportant les

²⁵ Décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

²⁶ Ordonnance du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics.

personnes justiciables et l'autre celles qui ne le sont pas. Or ces deux listes ne sont, de prime abord, pas conjointement exhaustives de l'ensemble des situations possibles. Il est à peu près certain que le directeur de cabinet du président de la République n'entre pas dans la liste des personnes non-justiciables, à savoir principalement les membres du gouvernement, et sauf pour un nombre déterminé d'infractions, les chefs d'exécutifs locaux, ainsi que les élus qui agissent sur délégation de ces derniers. Mais il n'est pas certain qu'il entre dans la liste des personnes justiciables, à savoir principalement les personnes appartenant au cabinet des personnes non-justiciables susmentionnées et les fonctionnaires. Certes, le directeur de cabinet du président de la République est le plus souvent un fonctionnaire – encore qu'il n'y ait là aucune nécessité –, mais on pourrait soutenir qu'il est détaché de son administration d'origine, et que ce n'est donc pas « en qualité de » fonctionnaire qu'il exerce les fonctions qui sont les siennes à l'Élysée²⁷.

Plusieurs éléments inclinent cependant à penser que le directeur de cabinet du président de la République est bien justiciable des juridictions financières, et ce pour l'ensemble des infractions définies par la Code des juridictions financières²⁸. Tout d'abord il est logique que si le directeur de cabinet d'un ministre lui-même injusticiable est passible des juridictions financières, le directeur de cabinet d'un président irresponsable (et donc injusticiable, même si c'est pour d'autres raisons que celles qui résultent des dispositions du Code des juridictions financières) doit l'être également. Ensuite, l'analogie avec l'irresponsabilité pénale du président de la République permet de soutenir que son irresponsabilité financière ne déteint pas sur ses collaborateurs. Enfin, si le directeur de cabinet du Président avait vocation à bénéficier de son irresponsabilité, on comprendrait mal pourquoi le règlement budgétaire et comptable de l'Élysée fait reposer sur lui l'intégralité de la gestion administrative et financière de la présidence de la République.

POUR CONCLURE

Le prétexte de cette contribution était la controverse amicale qui m'oppose à Pierre Égée sur la question du témoignage d'anciens présidents de la République lors de procès pénaux. J'ai cependant tenté de porter le propos à un degré supérieur de généralité, en m'interrogeant sur les limites conceptuelles de l'irresponsabilité présidentielle. Celle-ci recouvre en réalité plusieurs mécanismes, certains bien définis – telle l'irresponsabilité pénale, qui est une forme d'immunité fonctionnelle de

²⁷ Après tout un fonctionnaire peut être nommé ministre (même s'il est placé ici, depuis la loi organique du 11 octobre 2013, en position de disponibilité et non pas détachement), et il n'en est pas pour autant justiciable des juridictions financières (sauf en cas de gestion de fait).

²⁸ On laisse de côté ici le cas de la gestion de fait, pour lequel la justiciabilité ne nous semble faire aucun doute.

juridiction –, d'autres aux contours beaucoup plus mouvants – telle l'irresponsabilité politique. À l'heure où la « politisation des juges » fait l'objet de dénonciations nombreuses et vigoureuses, se pose la question de savoir s'il fait sens de parler de « responsabilité politique devant les juges ». J'ai tenté de montrer que cela était douteux, sans pour autant avancer de certitudes arrêtées.

Demeure une dernière zone d'ombre, qui porte sur les conséquences de l'irresponsabilité présidentielle. En réalité ce sont des aspects qui ont déjà été largement mis en lumière par la doctrine. Traditionnellement, en régime parlementaire²⁹, la responsabilité suit le pouvoir. C'est l'irresponsabilité du chef de l'État qui aboutit à ce que la responsabilité politique se déporte vers le gouvernement responsable³⁰ et à ce que le pouvoir exécutif soit, dans la pratique, exercé pleinement par ce dernier. L'irresponsabilité financière du président de la République – si l'interprétation que j'en donne est correcte – me semble en être un exemple assez frappant, puisque c'est l'irresponsabilité du président qui conduit, selon nous, à déporter la capacité d'action effective sur l'autorité responsable. Ce mécanisme vertueux fait défaut au volet politique (et même au volet pénal) de l'irresponsabilité présidentielle. Comme Olivier Beaud l'a justement souligné de longue date³¹, l'irresponsabilité présidentielle coexiste avec une concentration toujours plus grande des pouvoirs (réels si ce n'est formels) dans les mains du président de la République ; il en résulte mécaniquement une déresponsabilisation politique des ministres, puisqu'ils peuvent imputer la cause première de leur action à l'autorité irresponsable du président de la République. De la même manière l'irresponsabilité pénale du Président aboutit à un brouillage de la responsabilité pénale de ses collaborateurs, de sorte que l'imputation exacte des responsabilités aux uns et aux autres est rendue extrêmement difficile faute de pouvoir déterminer la part de responsabilité exacte qui revient au président de la République. En définitive, les difficultés que soulève encore aujourd'hui l'irresponsabilité du chef de l'État ne sont qu'une illustration des tensions profondes qui traversent l'édifice institutionnel de la V^e République.

²⁹ On pourrait soutenir qu'il en va de même d'ailleurs en régime présidentiel, même si la responsabilité politique de l'exécutif prend assurément d'autres formes.

³⁰ V. sur ce point D. BARANGER, *Parlementarisme des origines*, PUF, 1999.

³¹ O. BEAUD, « La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la V^e République », *RDP*, 1998, p. 1541.