

Le traitement constitutionnel de la responsabilité pénale des ministres et des parlementaires

Marc Verdussen

Citer ce document / Cite this document :

Verdussen Marc. Le traitement constitutionnel de la responsabilité pénale des ministres et des parlementaires. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 25-2009, 2010. Le juge constitutionnel et la proportionnalité - Juge constitutionnel et droit pénal. pp. 481-503;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2010.1992>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2010_num_25_2009_1992

Fichier pdf généré le 11/07/2018

LE TRAITEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA RÉPRESSION PÉNALE DU CHEF DE L'ÉTAT, DES MINISTRES ET DES PARLEMENTAIRES DANS UNE PERSPECTIVE COMPARATIVE *

par Marc VERDUSSEN **,
Professeur à l'Université catholique de Louvain

La question du traitement constitutionnel de la répression pénale des autorités politiques se rattache à la problématique du contrôle juridictionnel de la fonction politique. Paul Martens distingue opportunément deux formes de contrôle juridictionnel de la fonction politique : le contrôle juridictionnel sur les acteurs politiques et le contrôle juridictionnel sur la production juridique de ces mêmes acteurs⁶⁴. Seule la première forme de contrôle est abordée ici. On examine, plus particulièrement, la manière dont la responsabilité pénale du chef de l'État (I), des ministres (II) et des parlementaires (III) peut être mise en cause au regard du droit constitutionnel⁶⁵.

* V. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 497-626 ; « La problématique », in *La responsabilité pénale des ministres fédéraux, communautaires et régionaux* (dir. F. DELPÉRÉE et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 13-27 ; « Une inviolabilité parlementaire tempérée », *Journal des tribunaux*, 1997, pp. 673-679 ; « Les droits de la défense et la mise en accusation des ministres en Belgique », in *Les droits de la défense devant les parlements exerçant des prérogatives juridictionnelles*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 1998, pp. 57-68 ; « La faute civile de l'administration, du ministre et de son cabinet » (avec B. LOMBAERT), in *La faute dans différentes branches du droit*, Actes de la journée d'étude organisée à Louvain-la-Neuve le 10 juin 1999, pp. 77-123 ; « Le politique et la justice », *Rev. gén.*, 1999, pp. 53-63 ; « La répression pénale des ministres et des parlementaires en Belgique », *Rev. sc. crim.*, 2001, pp. 771-779 ; « Les perquisitions et les saisies dans les locaux parlementaires en Belgique », in *Parlement & pouvoir judiciaire* (dir. N. IGOT, A. REZSÖHÁZY et M. VAN DER HULST), Bruxelles, 2008, pp. 79-87 ; « La justiciabilité des parlementaires et des ministres », in *Justice et politique : je t'aime, moi non plus...*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 9-40

** Marc Verdussen dirige le Centre de recherche sur l'État et la Constitution. Le présent texte est un résumé très synthétique du séminaire dispensé, le 3 septembre 2009, à l'Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille III, dans le cadre du XXI^e Cours international de justice constitutionnelle organisé par le Groupe international d'études et de recherche sur la justice constitutionnelle (GERJC). Les notes rédigées pour ce séminaire s'étendent sur une centaine de pages. La nécessité de ramener ces notes à de justes proportions, à des fins de publication, nous a contraint à renoncer à plusieurs développements, illustrations et références.

64 P. MARTENS, « De quelques contrôles juridictionnels sur les acteurs politiques », *Revue de droit de l'ULB*, 1997, p. 287.

65 V. les Actes de la XVII^e Table ronde internationale de justice constitutionnelle des 21 et 22 septembre 2001 sur le thème « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction », *AJIC*, XVII-2001, Paris, Economica-PUAM, 2002, pp. 103-348 (ci-après : *AJIC*, XVII-2001), avec les rapports de Xavier Philippe (Afrique du Sud), Willy Zimmer (Allemagne), Otto Pfersmann (Autriche), Francis Delpérée, Anne Rasson et Marc Verdussen (Belgique), Dircêo Torrecillas Ramos (Brésil), M. Caamano Dominguez (Espagne), Guy Scoffoni (États-Unis), Bruno Genevois (France), Séverine Nicot et Dionysia Sidirokastriti (Grèce), Elena Libone et Alessandro Pizzorusso (Italie), Mamiko Ueno (Japon), Eivind Smith (Norvège), Leszek Garlicki (Pologne), Jorge Miranda (Portugal) et Blaise Knapp (Suisse). Les rapports précités ont constitué de solides sources pour la préparation du séminaire et la rédaction du présent texte. De très nombreuses autres sources, tant jurisprudentielles que doctrinales, ont également été utilisées, que nous ne pouvons malheureusement pas citer, pour la raison indiquée à la fin de la note infrapaginale **.

La question est délicate. La Constitution doit combiner, en ce domaine, deux données : d'une part, les poursuites et le jugement d'un responsable politique rejaillissent inévitablement sur la gestion de la chose publique ; d'autre part, personne – fût-il en charge de responsabilités politiques – ne peut, en principe, se dérober à l'obligation de répondre personnellement des conséquences de ses méfaits – fussent-elles pénales –. Comme l'écrit très bien Bruno Genevois, il s'agit « d'assurer la protection de la fonction éminente conférée à son titulaire ou à laquelle il concourt, sans pour autant devenir un privilège injustifié qui heurterait le sentiment de justice » (*AIJC*, XVII-2001, p. 225).

Trois questions préliminaires doivent préalablement être abordées.

Quels liens le sujet présente-t-il avec la justice constitutionnelle ? On avance ici plusieurs éléments de réponse. Tout d'abord, la notion de justice constitutionnelle est une notion polysémique. Au sens large, elle recouvre l'ensemble des litiges qui peuvent naître de l'application de la Constitution, c'est-à-dire l'ensemble des litiges dont l'enjeu est le respect de l'ordre constitutionnel de l'État, quelles que soient les juridictions compétentes pour trancher ces litiges. En ce sens, tout procès fait à un chef d'État, à un ministre ou à un parlementaire, à tout le moins pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions, relève de la justice constitutionnelle. Ensuite, dans certains États du modèle kelsénien de justice constitutionnelle, la juridiction constitutionnelle elle-même est compétente pour juger pénalement le chef de l'État et/ou les ministres. Elle fait alors office de juridiction pénale. Enfin, la jurisprudence constitutionnelle contribue à éclairer la portée et le contenu des dispositions constitutionnelles et législatives relatives à la répression pénale du chef de l'État, des ministres et des parlementaires. Mieux encore, il arrive qu'elle provoque une modification de ces dispositions. Par ailleurs, la juridiction constitutionnelle est parfois amenée à devoir vérifier la constitutionnalité des dispositions législatives relatives à la répression pénale du chef de l'État, des ministres et des parlementaires. En revanche, les juges constitutionnels sont généralement impuissants à contrôler les dispositions constitutionnelles elles-mêmes, par exemple au regard du principe d'égalité et de non-discrimination.

Pour quelles raisons ce sujet mérite-t-il d'être abordé aujourd'hui ? On assiste, aujourd'hui plus que jamais, en cette matière, à un double problème de frontières : un problème relatif à la frontière entre la responsabilité pénale et la responsabilité politique des pouvoirs publics ; un problème relatif aux frontières entre les traitements constitutionnels réservés à la répression pénale respectivement du chef de l'État, des ministres et des parlementaires. Dans certains États, on assiste à un estompement de ces frontières, avec les risques d'amalgame que cela comporte. S'y ajoute un troisième problème, qui n'est pas abordé dans ce texte et qui est d'ailleurs plus large : une relativisation de la frontière entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile.

Quelle est la signification de l'expression « traitement constitutionnel » ? Le terme très neutre de « traitement » permet de recouvrir des réalités parfois très différentes, ce que reflète la diversité des concepts utilisés : irresponsabilité, immunité, inviolabilité, exemption, dérogation, privilège, etc. Si l'on veut tenter de mettre de l'ordre dans ce chaos conceptuel, il est tentant d'établir une distinction entre deux grandes options. On parle d'« irresponsabilité » (absolue ou relative) lorsque c'est le principe même de la responsabilité pénale qui est en

cause. On parle, en revanche, de « régime dérogatoire » quand c'est l'aménagement procédural de la responsabilité pénale qui est en cause. Cependant, à la réflexion, on peut s'interroger sur la pertinence d'une telle distinction. Tout d'abord, l'irresponsabilité est en soi une fiction. Dire, par exemple, d'un monarque qu'il est irresponsable, ce n'est pas constater qu'il l'est, mais c'est faire comme s'il l'était, en rendant impossible toutes poursuites dans son chef. Pour dire les choses clairement, est-on bien sûr que l'irresponsabilité est une règle matérielle ? N'est-elle pas plutôt une règle procédurale ? Ensuite, l'évolution du droit rend intenable cette distinction. Par exemple, si l'on admet l'idée que l'irresponsabilité est une règle matérielle, en ce qu'elle supprime la qualification pénale des faits susceptibles d'être imputés, comment expliquer qu'en vertu du Statut de Rome, les chefs d'États ou de gouvernement, les membres d'un gouvernement ou d'un Parlement, les représentants élus ou agents d'un État, ne peuvent en aucun cas être exonérés de la responsabilité pénale ? Le traitement envisagé est « constitutionnel ». En effet, dans la plupart des États, la matière fait l'objet de normes de rang constitutionnel, ces normes étant prolongées par des dispositifs législatifs plus complets et précis. Il y a, toutefois, des exceptions. Ainsi, en Suisse, les immunités parlementaires sont ignorées par la Constitution, étant entièrement réglées par le législateur.

I - LA RÉPRESSION PÉNALE DU CHEF DE L'ÉTAT

Une distinction s'impose entre les régimes monarchiques et les régimes présidentiels. Le traitement constitutionnel de la répression pénale est fondamentalement différent de part et d'autre, les intérêts en jeu n'étant pas les mêmes. En effet, peut-on « comparer les régimes parlementaires dans lesquels le chef de l'État est un monarque sans réel pouvoir, à ceux dans lesquels le Président de la République exerce des prérogatives réelles » ⁶⁶ ?

A - Dans les régimes monarchiques : une irresponsabilité absolue

En Belgique l'article 88 de la Constitution dispose que « la personne du Roi est inviolable ». Il consacre ainsi une véritable irresponsabilité. Comme l'a écrit Adhémar Esmein, « la responsabilité personnelle d'un Roi ne peut être mise en jeu que par une révolution » ⁶⁷. L'irresponsabilité du monarque plonge ses racines dans une fiction : « *the King can do no wrong* ». Cet adage se comprend par la vocation qu'a toute monarchie d'assurer la permanence et la stabilité du chef de l'État. Admettre que le Roi puisse mal agir, c'est reconnaître qu'il puisse être responsable et donc destituable. *Ratione personae*, seule se justifie une protection du titulaire de la fonction royale, à l'exclusion des membres de sa famille. *Ratione materiae*, l'immunité est complète, couvrant les actes de la vie publique et ceux de la vie privée, et absolue, aucune exception ou tempérament n'étant prévu. *Ratione temporis*, l'immunité est perpétuelle, le Roi ne pouvant être poursuivi après son abdication pour des faits commis alors qu'il était sur le trône. Dans les autres monarchies européennes, l'irresponsabilité pénale du Roi est conçue et organisée de manière comparable à la Belgique. On renvoie ici à l'article 56-3 de la Constitution espagnole, à l'article 4 de la Constitution luxembourgeoise, à l'article 42-2 de la

⁶⁶ D. CHAGNOLLAUD, « Justice politique », in *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. CADIET), Paris, PUF, 2004, p. 791.

⁶⁷ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e éd., Paris, Sirey, 1914, p. 141.

Constitution néerlandaise, à l'article 5 de la Constitution norvégienne, ou encore à l'article 7 du chapitre V de la Constitution suédoise.

B - Dans les régimes présidentiels : une responsabilité relative

Le traitement constitutionnel réservé à la répression pénale du chef de l'État dans les régimes présidentiels n'obéit pas à la même logique que dans les régimes monarchiques. Ici, les préoccupations sont davantage liées au principe de la séparation des pouvoirs (exécutif-judiciaire) et au principe de la continuité de l'État (fonctionnement régulier des institutions étatiques). Par ailleurs, si les régimes monarchiques se caractérisent par une irresponsabilité absolue du chef de l'État, les régimes présidentiels se distinguent, en revanche, par une responsabilité relative de celui-ci. C'est une responsabilité. En principe, le Président est pénalement responsable des actes qu'il pose. On ne saurait s'en étonner : le passage de la monarchie à la république est marqué notamment par la reconnaissance d'une responsabilité personnelle du chef de l'État, même s'il s'agit surtout d'une responsabilité d'ordre politique. C'est une responsabilité qui n'est pas absolue, mais relative. La relativité de la responsabilité pénale du Président se situe à deux niveaux : toutes les infractions qu'il commet ne sont pas punissables, ni punissables à tous moments et en tous lieux ; par ailleurs, lorsqu'elles sont punissables, les poursuites auxquelles elles donnent lieu n'obéissent pas aux mêmes règles que celles applicables à l'ensemble des citoyens. Un arrêt de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1998 – dans l'affaire *President of the Republic of South Africa and Others v. South African Rugby Football Union and Others* – montre qu'une responsabilité pénale absolue du Président est illusoire.

1) La définition des infractions punissables

La détermination des infractions punissables dépend de trois critères : matériel, temporel et territorial.

a) *Ratione materiae*

Les infractions commises hors l'exercice des fonctions présidentielles ne sont pas considérées comme matériellement non punissables, ce qui est sans préjudice à l'application de certaines règles dérogatoires (v. *infra*).

Les infractions commises dans l'exercice des fonctions présidentielles sont soumises à un sort différent. Ici, le principe de la responsabilité est renversé et remplacé par un principe d'immunité. Seules sont punissables des catégories déterminées d'infractions. Les infractions punissables correspondent parfois, mais pas nécessairement, à des incriminations reprises dans la législation pénale. Les solutions sont, à cet égard, très variables d'un État à l'autre. Il serait plus exact de dire qu'elles englobent plusieurs types de ces infractions, sans qu'il soit toujours facile d'établir avec certitude quelles infractions sont englobées. En réalité, ce sont des catégories constitutionnelles d'infractions qu'on ne peut spécifier qu'à la lumière des devoirs et responsabilités liés à la fonction présidentielle. La nature de l'infraction est donc ambivalente : pénale et politique à la fois. Les catégories d'infractions punissables sont généralement définies de manière très vague. Ainsi, le concept de « haute trahison » revient de manière récurrente. Ce n'est pas sans poser question par rapport au principe de la légalité des incriminations (« *Nullum crimen sine lege* »). En Italie,

par exemple, de nombreuses discussions ont eu lieu en doctrine autour de l'indétermination des infractions présidentielles.

Si l'on a égard au degré de précision qui s'attache à chaque catégorie d'infractions punissables, on peut distinguer trois types de définitions.

1. Est incriminée la violation d'une ou plusieurs normes (par action ou par omission). L'article 61-1 de la Loi fondamentale allemande, par exemple, parle de « violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale ». Un premier élément constitutif de l'infraction est exigé. Il est matériel : la violation de la Loi fondamentale – en ce compris la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale – ou d'une loi fédérale. Le Président étant un organe fédéral, il ne peut être mis en accusation pour avoir violé une norme constitutionnelle ou législative d'un Land. Il ne peut, par ailleurs, être mis en accusation pour violation d'une norme réglementaire, quelle qu'elle soit. Un second élément constitutif de l'infraction est exigé. Il est moral : l'acte doit avoir été commis avec la conscience de violer la Loi fondamentale ou une loi fédérale. Il s'ensuit qu'une simple négligence n'est pas punissable. L'article 142-2 de la Constitution autrichienne, autre exemple, parle plutôt de « violation de la Constitution fédérale ». Aucun élément constitutif moral ne semble ici exigé : sont punissables les actes intentionnels et les négligences, qu'elles soient graves ou légères. En revanche, est exigé un élément constitutif matériel : la violation de la Constitution. Otto Pfersmann relève très justement qu'« une violation coupable de la Constitution suppose que celle-ci ordonne des comportements de nature suffisamment déterminée pour qu'un acte qui ne répond pas à une telle prescription puisse constituer une infraction. [...] La transformation des devoirs constitutionnels en normes pénalement sanctionnées exige l'exacte délimitation entre les obligations dont la violation met effectivement en cause la responsabilité constitutionnelle et les attributions dont l'exercice est laissé à la libre appréciation du Président fédéral » (AIJC, XVII-2001, p. 146). Est ainsi considéré comme une violation de la Constitution le refus de révoquer le gouvernement à la suite d'un vote parlementaire de méfiance. On ajoutera que le Président ne tombe pas sous le coup de l'article 142-2 pour la violation d'une norme fédérale infra-constitutionnelle, ni pour la violation d'une norme d'un Land. Une difficulté supplémentaire résulte du texte constitutionnel autrichien. L'article 143 de la Constitution envisage, en effet, une autre hypothèse, distincte de l'article 142-2 : « Les personnes énumérés à l'article 142 peuvent également être mises en accusation pour actes passibles de poursuites pénales lorsque ceux-ci sont en rapport avec l'exercice de leurs fonctions ». C'est l'hypothèse d'infractions à la législation pénale qui présentent un lien avec l'exercice des fonctions présidentielles.

2. Ce qui est incriminé, c'est un comportement répréhensible défini en des termes particulièrement vagues. L'article 68 de la Constitution française parlait, avant la révision de février 2007, de « haute trahison » et parle, depuis cette révision, de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». L'article II, § 4, de la Constitution des États-Unis se réfère aussi au concept de « haute trahison » : « *treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors* » (trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs).

3. On se situe dans une zone intermédiaire, entre les deux premiers types. On citera ici, comme exemples, l'article 90 de la Constitution italienne (« haute trahison » ou « attentat à la Constitution »), l'article 49-1 de la Constitution grecque (« haute trahison » ou « violation délibérée de la Constitution ») ou encore l'article 113 de la Constitution finlandaise (« haute trahison » ou « crime contre l'humanité »).

b) Ratione temporis

S'agissant des infractions commises hors l'exercice des fonctions ministérielles (que ce soit avant ou pendant le mandat), plusieurs solutions se rencontrent. Dans certains États, ces infractions sont punissables à tout moment, que ce soit pendant le mandat présidentiel ou après l'échéance de celui-ci. C'est le cas en Italie, même si des discussions existent à ce sujet en doctrine. Dans d'autres États, elles ne sont punissables qu'après l'échéance du mandat présidentiel, et ce devant les juridictions pénales de droit commun et selon les règles ordinaires de procédure pénale. C'est le cas au Portugal (article 130-4 de la Constitution) et en Grèce (article 49-1 de la Constitution), par exemple. C'est également le cas en France (article 67, alinéa 3, de la Constitution), avec une précision toutefois : les poursuites ne peuvent intervenir qu'« à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions ». Dans un autre État encore – l'Autriche (article 63 de la Constitution) –, les infractions commises hors l'exercice des fonctions ministérielles sont punissables soit après l'échéance du mandat présidentiel, soit pendant le mandat présidentiel si l'Assemblée fédérale y consent préalablement.

S'agissant des infractions commises dans l'exercice des fonctions ministérielles, il n'est pas contestable que, dès le moment où elles sont punissables (v. *supra*), elles peuvent être poursuivies pendant l'exercice du mandat présidentiel. En revanche, qu'en est-il après l'échéance du mandat présidentiel ? Les infractions restent-elles punissables et, si oui, restent-elles soumises à un traitement procédural spécifique ? Il est difficile d'avoir une vue claire de la situation tant les données tirées des différents systèmes constitutionnels sont disparates. Quatre solutions très distinctes paraissent envisageables lorsque le Président quitte son mandat sans avoir été jugé pendant l'exercice de son mandat : le Président continue à être soumis au traitement procédural spécifique prévu pour ce type d'infractions, ce qui est, selon nous, la solution la plus logique ; le Président est jugé par les juridictions pénales de droit commun selon les règles ordinaires de la procédure pénale, ce qui se comprend dans les États où le traitement procédural réservé au Président se veut plus politique que pénal, ne débouchant d'ailleurs que sur la destitution ; le Président continue à être soumis à ce traitement procédural, mais uniquement pendant un certain délai après l'expiration du mandat, étant entendu qu'au-delà de ce délai il est traité comme n'importe quel justiciable ; le Président ne peut plus être jugé, ce qui revient à considérer que sa démission suffit à empêcher les poursuites.

c) Ratione loci

En vertu de l'article 27-1 du Statut de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998, « 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 ». De nombreuses Constitutions ont été révisées afin de mettre l'ordre juridique interne en conformité avec les obligations nouvelles tirées de l'article 27. Ainsi en est-il de l'article 53-2 de la Constitution française. À l'inverse, certains États, comme la Belgique, sont restés en défaut de le faire.

2 - L'aménagement procédural des infractions punissables

En ce qui concerne les infractions commises hors l'exercice des fonctions présidentielles, on se limite à préciser ici que deux solutions sont envisageables. Soit on les soumet au même traitement que les infractions commises dans l'exercice des fonctions présidentielles. Soit elles sont jugées par les juridictions pénales de droit commun selon les règles ordinaires de la procédure pénale. C'est généralement la seconde solution qui est privilégiée. Cela paraît normal lorsque ces infractions sont poursuivies après l'échéance du mandat présidentiel. Ce l'est peut-être un peu moins lorsqu'elles peuvent être poursuivies pendant l'exercice du mandat présidentiel, comme en Italie ou – si l'Assemblée fédérale y consent – en Autriche.

En ce qui concerne les infractions commises dans l'exercice des fonctions présidentielles, on distingue les deux phases principales de la procédure pénale : la mise en accusation et le jugement. Cet aspect de la répression pénale du Président est généralement réglé par le législateur, le plus souvent dans une loi dite « organique » ou « constitutionnelle », et complété par les règlements des assemblées parlementaires. Seules les dispositions proprement constitutionnelles sont citées ici.

a) La mise en accusation

Un constat général s'impose : la plupart des États optent pour la mise en place d'un filtre parlementaire, en confiant la mise en accusation du Président à l'assemblée parlementaire, comme en Finlande (article 113 de la Constitution) ou au Portugal (article 130-2 de la Constitution), à l'une des assemblées parlementaires, comme aux États-Unis (article II, § 4, de la Constitution) ou en Grèce (article 49-2 de la Constitution), ou aux deux assemblées parlementaires, siégeant séparément, comme en Allemagne (article 61-1 de la Loi fondamentale) ou en séance conjointement, comme en Autriche (article 63 de la Constitution), en France (article 68, alinéa 2, de la Constitution) ou en Italie (article 90 de la Constitution). D'autres constats viennent compléter le premier. Le plus souvent, le filtre est double, en ce sens que la mise en accusation se fait en deux temps : d'abord, une proposition de mise en accusation et, ensuite, la décision proprement dite de mise en accusation. Les majorités requises dans les deux cas sont généralement différentes. Pour la mise en accusation, la majorité requise va de la majorité absolue à une majorité des trois quarts. Le plus souvent aussi, le vote sur la mise en accusation doit être secret, puisqu'il s'agit d'une question de personnes. Généralement, la mise en accusation prend la forme juridique d'une résolution. Il est en tout cas exclu que l'acte doive être signé par le Président lui-même. En revanche, sur le caractère automatiquement ou non suspensif de la mise en accusation, les solutions sont diverses.

b) Le jugement

Quatre solutions sont rencontrées.

1. Dans certains États, le rang politique élevé du justiciable et les conséquences politiques du procès et, *a fortiori*, de la condamnation ont conduit à investir la juridiction constitutionnelle de cette compétence. C'est le cas en Allemagne (article 61-1 et 2 de la Loi fondamentale). C'est le cas également en Autriche, où le jugement par la Cour constitutionnelle est obligatoire dans l'hypothèse de l'article 142 (violation de la Constitution) et facultative dans

l'hypothèse de l'article 143 (infractions à la législation pénale présentant un lien avec l'exercice des fonctions présidentielles). Dans ce dernier cas, c'est à l'Assemblée fédérale de décider si elle met en accusation devant la Cour constitutionnelle ou si elle autorise les poursuites devant les juridictions pénales de droit commun. C'est le cas enfin en Italie (articles 90 et 135 de la Constitution), où la Cour constitutionnelle siège alors en composition élargie : « Aux procès relatifs à la mise en accusation du président de la République participent, en plus des juges ordinaires de la Cour, seize membres tirés au sort sur une liste de citoyens remplissant les conditions requises pour être élus sénateurs, que le Parlement établit tous les neuf ans au moyen d'une élection qui respecte les modalités établies pour la nomination des juges ordinaires ».

2. D'autres États ont opté pour la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. Au Portugal, le Président est jugé par le Tribunal suprême de justice (article 130-1 de la Constitution). Il y a eu, notamment dans la doctrine portugaise, un débat sur l'opportunité de confier au Tribunal constitutionnel le jugement du Président. Cette solution a été écartée, la volonté du Constituant étant d'aménager une véritable responsabilité pénale et non une responsabilité constitutionnelle, voire politique.

3. Dans d'autres États encore, le Président est jugé par une juridiction *ad hoc*. C'est le cas en Grèce et en Finlande. On y reviendra à propos du jugement des ministres.

4. Une quatrième et dernière catégorie d'États confie le jugement du Président à une assemblée parlementaire. Aux États-Unis, le Président est jugé par le Sénat, à la majorité des deux tiers des membres et sous la présidence du *Chief Justice* de la Cour suprême (article II, § 4, de la Constitution). C'est la procédure dite d'« *impeachment* ». Toute condamnation est punie de la peine de la destitution. Ultérieurement, il appartient alors aux juridictions ordinaires d'infliger d'autres peines, conformément au droit commun. Au cours de l'histoire des États-Unis, il y eu quelques tentatives de déclenchement de la procédure d'*impeachment* à l'encontre du Président, sous la forme de propositions de résolution déposées par des membres de la Chambre des représentants. Peu ont abouti. Trois cas méritent d'être relevés. En 1868, le Président Andrew Johnson a été mis en accusation par la Chambre des représentants pour avoir révoqué illégalement un membre de son cabinet, le Secrétaire à la Guerre, mais il fût acquitté par le Sénat (à une voix près). En 1974, dans le cadre du scandale du Watergate, le Président Richard Nixon a démissionné sans laisser le temps à la Chambre des représentants de voter sur sa mise en accusation, qui était imminente. En 1998-1999, le Président Bill Clinton a été mis en accusation par la Chambre des représentants pour parjure et obstruction à la justice dans le cadre de l'affaire *Lewinski*, mais le Sénat l'acquitta des deux chefs d'accusation. En France, le Président est jugé par le Parlement constitué en Haute Cour – on ne parle plus de Haute Cour « de justice » depuis la révision constitutionnelle de février 2007 –, à la majorité des deux tiers des membres et sous la présidence du Président de l'Assemblée nationale (article 68 de la Constitution). C'est une procédure inspirée de l'*impeachment* américain. Là aussi, toute condamnation est punie de la peine de la destitution.

3 - Responsabilité pénale ou responsabilité politique ?

Dans un arrêt rendu le 10 décembre 2003, la Cour constitutionnelle d'Ukraine se prononce en ces termes : « Dans le système constitutionnel, la mise en accusation du Président est, juridiquement, une procédure constitutionnelle extra-juridictionnelle dont le but est de permettre au parlement de destituer le Président

s'il commet un crime, et de mettre ainsi fin à ses pouvoirs. La procédure de mise en accusation instituée par la Constitution est la seule façon d'engager la responsabilité constitutionnelle du Président. La nature juridique de cette procédure ne s'apparente pas à celle de poursuites pénales engagées contre un individu en vertu du Code de procédure pénale ». Cette opinion pourrait s'appliquer à d'autres États que l'Ukraine. On pense notamment aux États-Unis et à la France, où l'idée d'une responsabilité constitutionnelle est corroborée par l'absence de toute responsabilité politique du Président devant les assemblées. En revanche, il appelle de sensibles nuances s'agissant des États dont la Constitution a opté, en tout ou en partie, pour un mode plus juridictionnalisé de traitement des infractions présidentielles.

II - LA RÉPRESSION PÉNALE DES MINISTRES

La Belgique, la France et l'Italie ont en commun d'avoir modifié le traitement constitutionnel de la répression pénale des ministres par des révisions constitutionnelles adoptées ces dernières années. La comparaison entre ces trois États permet de dégager des préoccupations communes, alors même que les solutions ne sont pas nécessairement similaires.

A - La répression pénale des ministres en Belgique

Si l'on fait abstraction de la très cocasse affaire *Chazal*, qui en 1865 a donné lieu à la condamnation par la Cour de cassation du ministre de la Guerre (Cass., 12 juillet 1865, *Pasicrisie*, 1865, I, p. 258), aucun autre ministre n'a été jugé pénalement par cette même Cour de cassation jusqu'en 1996. Deux affaires ont alors défrayé la chronique. Dans l'affaire *Inusop*, un ancien ministre du Gouvernement fédéral, Guy Coëme, est mis en accusation devant la Cour de cassation pour avoir, lorsqu'il était ministre, commis certaines malversations dans le cadre de l'attribution de marchés publics. Un problème surgit immédiatement. À l'époque, et depuis 1831, la Constitution belge prévoyait qu'un ministre ne pouvait être poursuivi que par la Chambre des représentants et n'être jugé que par la Cour de cassation, mais, pour le surplus, elle préférait renvoyer à une loi le soin de régler les autres aspects de la question et, spécialement, la procédure de mise en accusation et la procédure de jugement. C'est là précisément que se trouvait le problème : cent soixante cinq ans après l'entrée en vigueur de la Constitution, cette loi n'avait pas encore été adoptée. Pourtant, ni la Chambre des représentants ni la Cour de cassation ne se sont embarrassées de l'absence de loi, ce qui a contraint l'une et l'autre à des improvisations procédurales fort insécurisantes. Le 5 avril 1996, Guy Coëme est condamné par la Cour de cassation à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis et à une déchéance de ses droits politiques pour une période de cinq ans (Cass., 5 avril 1996, *Pasicrisie*, 1996, I, p. 283). L'attitude des autorités belges dans cette affaire vaudra à la Belgique une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, le 22 juin 2000, en raison de l'absence de règles de procédure préalablement établies par une loi, ce qui a privé le ministre Coëme d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cour eur. dr. h., arrêt *Coëme et autres c. Belgique* du 22 juin 2000). Le même scénario se produit en 1998. La Cour de cassation est saisie de poursuites à l'encontre de deux anciens ministres du Gouvernement fédéral : Guy Coëme et Willy Claes, ce dernier étant obligé par le fait même de démissionner de ses fonctions de Secrétaire général de l'OTAN. C'est l'affaire *Agusta-Dassault*. Il s'agissait d'infractions pénales commises à l'occasion de l'attribution de marchés militaires. Le 23 décembre 1998,

les deux anciens ministres sont condamnés par la Cour de cassation à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis et à une déchéance de leurs droits politiques pour une période de cinq ans (Cass., 23 décembre 1998, *Pasicrisie*, 1998, I, p. 1256). Certains considérants de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 décembre 1998 sont d'ailleurs implacables. La Cour souligne ainsi qu'« en démocratie, les citoyens sont en droit d'attendre que les hommes politiques qui les représentent ou les hauts fonctionnaires qui les administrent ne sacrifient pas les intérêts de la société à leur intérêt personnel ou à ceux de leur parti », car ces personnes « doivent être d'une probité insoupçonnable », et ce, « en raison des fonctions supérieures qu'elles exercent dans l'État ». Saisie d'un recours ici aussi, la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 2 juin 2005, ne tient plus pour fondé le grief retenu dans la première affaire (Cour eur. dr. h., arrêt *Claes et autres c. Belgique* du 2 juin 2005). Selon elle, les décisions procédurales adoptées par la Cour de cassation dans la seconde affaire « ont, de toute évidence, constitué un précédent judiciaire et, du fait du déroulement antérieur du procès *Inusop*, qui avait fait l'objet d'une ample couverture médiatique et de nombreuses analyses doctrinales, la défense du procès *Agusta-Dassaul* connaissait l'essentiel des modalités de la procédure qui serait suivie » (§ 35).

Les difficultés rencontrées dans ces deux affaires ont provoqué, en 1998, une profonde réforme du système de répression pénale des ministres. Les dispositions constitutionnelles relatives à la responsabilité pénale des ministres – l'article 103, applicable aux ministres fédéraux, et l'article 125, applicable aux ministres communautaires et régionaux – ont été modifiées les 12 et 17 juin 1998. Des lois d'application ont été adoptées à la suite de ces révisions constitutionnelles. La réforme est fondée sur deux axes essentiels. Le premier axe de la réforme concerne le jugement des ministres. Jusqu'en 1998, le jugement des ministres était réservé à la Cour de cassation, juridiction située au degré le plus élevé de la hiérarchie judiciaire, ce qui n'était pas sans présenter certains inconvénients : le ministre était privé à la fois d'un second degré de juridiction et d'un pourvoi en cassation, la Cour de cassation statuant en premier et en dernier ressort ; la vocation de la Cour de cassation n'a jamais été de juger du fond des affaires ; compte tenu de la menace constante de l'arriéré judiciaire, il était quelque peu irrationnel d'imposer à la Cour de cassation, lorsqu'elle devait juger un ministre, de siéger en chambres réunies, ce qui l'obligeait à mobiliser au minimum onze de ses membres pour une seule affaire. Depuis 1998, c'est à la cour d'appel – à une des cinq cours d'appel que compte le pays – qu'il revient de statuer sur toute action publique déclenchée contre un ministre. Le second axe de la réforme concerne les poursuites des ministres. Jusqu'en 1998, c'est la Chambre des représentants qui exerçait elle-même l'action publique : elle prenait l'initiative des actes de poursuites et définissait les chefs d'inculpation justifiant des sanctions pénales. Cette compétence exorbitante de la Chambre des représentants posait de très épineux problèmes. En effet, dans la mesure où l'action publique était mise en mouvement par une majorité politique, dont le gouvernement était une émanation, l'assemblée, dans sa fonction d'autorité poursuivante, n'offrait pas, selon la formule consacrée, « des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité ». Dès lors, le risque était non négligeable que l'assemblée commette des faux-pas, que ce soit au bénéfice ou au détriment du ministre mis en cause. Au demeurant, peut-on réellement considérer que les membres d'une assemblée parlementaire ont la capacité requise pour s'acquitter d'une tâche qui exige une formation et des aptitudes particulières ? On pouvait sérieusement en douter. La fonction de poursuivre, comme la fonction de juger, réclame des vertus spécifiques, qui sont très éloignées des exigences propres à

la gestion des affaires politiques. Depuis 1998, les poursuites sont réservées au procureur général près la cour d'appel. Quant à la Chambre des représentants, elle est désormais invitée à jouer un rôle de filtrage. Elle est, en effet, cantonnée à un rôle, non plus de déclenchement, mais d'autorisation des poursuites. Sur la signification exacte de cette autorisation, la Constitution n'en dit pas plus. Au niveau des collectivités fédérées, ce sont les Parlements de communauté ou de région qui assument ce rôle. Dans ses deux axes – celui du jugement et celui des poursuites –, la réforme perpétue la distinction, traditionnelle mais épineuse, entre les infractions commises dans l'exercice des fonctions ministérielles et celles commises en dehors de l'exercice de ces fonctions. Cette distinction a des incidences sur le champ d'application *ratione temporis* du régime dérogatoire, mais également sur d'autres points, telle que la détermination de la cour d'appel compétente. Aucun membre du Gouvernement fédéral n'a été poursuivi ou jugé pénalement sous l'empire du nouveau régime.

B - La répression pénale des ministres en France

Au cours de la V^e République, il a fallu attendre 1987 pour qu'une première mise en accusation soit votée par l'Assemblée nationale et le Sénat, à charge de Christian Nucci, ancien ministre de la Coopération et du Développement, dans le cadre de l'affaire dite du « Carrefour du développement ». Cette mise en accusation a révélé un profond malaise, de telle sorte que, dans le rapport qu'il a remis en 1993, à l'instigation du Président François Mitterrand, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par Georges Vedel, a suggéré de modifier le régime constitutionnel de répression pénale des ministres.

Le 27 juillet 1993, deux nouveaux articles ont été adoptés. Il s'agit des articles 68-1 et 68-2, qui, à la différence de la Belgique, concernent uniquement les infractions commises dans l'exercice des fonctions ministérielles. Cette révision constitutionnelle a été complétée par l'adoption, la même année, d'une nouvelle loi organique. Désormais, les ministres ne sont plus jugés par la Haute Cour de justice, qui était composée exclusivement de parlementaires, mais par la Cour de justice de la République, composée partiellement, quoique majoritairement, de parlementaires et présidée par un magistrat. Toute personne qui se prétend victime d'une infraction commise par un ministre dans l'exercice de ses fonctions est autorisée à porter plainte. Une commission des requêtes est chargée d'examiner les plaintes déposées afin d'assurer que les faits reprochés au ministre sont bien pénalement répréhensibles. Elle joue donc un rôle de filtrage. La commission des requêtes est composée de trois conseillers à la Cour de cassation, de deux conseillers d'État et de deux conseillers maîtres à la Cour des comptes, tous élus par leur juridiction d'origine. C'est le procureur général près la Cour de cassation qui fait office de ministère public. Il déclenche et mène l'action publique. Une commission d'instruction est chargée collégialement de l'instruction et peut, à ce titre, prendre tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité, conformément aux règles du Code de procédure pénale. Elle est composée de trois conseillers à la Cour de cassation, tous élus par celle-ci. La décision de la Cour de justice de la République peut faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Plusieurs affaires sont intervenues postérieurement à cette réforme. Le 9 mars 1999, dans la célèbre affaire dite « du sang contaminé », la Cour de justice de la République, d'une part, a déclaré non établis, à la charge de Laurent Fabius (ancien Premier ministre) et Georgina Dufoix (ancienne ministre des Affaires sociales et de la Solidarité), les délits d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique des personnes et,

d'autre part, a déclaré coupable Edmond Hervé (ancien secrétaire d'État à la Santé) des délits d'atteintes involontaires à la vie et d'atteinte involontaire à l'intégrité physique. Le 16 mai 2000, poursuivie pour diffamation, Ségolène Royal, ministre de l'Enseignement, a été acquittée. Le 7 juillet 2004, Michel Gillibert, ancien secrétaire d'État aux Personnes handicapées, a été condamné, pour escroquerie au préjudice de l'État, à une peine de trois ans de prison avec sursis, à 20 000 euros d'amende et à cinq ans d'interdiction de vote et d'éligibilité. Le 30 avril 2010, Charles Pasqua, ancien ministre de l'Intérieur, a été condamné à un an de prison avec sursis, pour détournement de fonds.

C - La répression pénale des ministres en Italie

En ce qui concerne les poursuites des ministres, à l'origine, ils ne pouvaient être mis en accusation, pour les infractions commises dans l'exercice des fonctions, que par le Parlement, réuni en séance commune. De 1977 à 1979, dans le cadre de l'affaire dite « *Lockheed* », deux anciens ministres de la Défense ont été poursuivis, pour corruption et escroquerie à l'occasion de l'adjudication de marchés de fourniture d'avions militaires. L'un fut condamné, l'autre acquitté. Le premier faisait partie d'un parti politique ayant peu de poids sur la scène politique, tandis que le second était membre de la Démocratie chrétienne. À la suite de l'affaire *Lockheed*, des critiques se sont élevées, notamment contre l'organisation de la phase parlementaire de mise en accusation, jugée trop politique. Ces critiques ont abouti à l'adoption de la Loi constitutionnelle n° 1 du 16 janvier 1989, qui modifie notamment l'article 96 de la Constitution et, pour le reste, organise une nouvelle procédure de mise en accusation. Aujourd'hui, les ministres sont mis en accusation, pour les infractions commises dans l'exercice des fonctions, après autorisation préalable de la Chambre des députés ou du Sénat de la République. Il reste que les assemblées conservent un considérable pouvoir d'appréciation. En effet, l'autorisation peut être refusée si l'assemblée estime que le ministre « a agi pour protéger un intérêt de l'État ou un intérêt public prééminent dans l'exercice de ses fonctions ». Par ailleurs, les ministres ne sont pas soumis exactement au même traitement que les autres citoyens, singulièrement en ce qui concerne l'instruction : celle-ci est confiée à un collège juridictionnel *ad hoc* composé de trois magistrats de l'ordre judiciaire, tirés aux sorts parmi les magistrats du district ayant au moins cinq années d'ancienneté, ce qui offre trois avantages : la collégialité ; la désignation des magistrats par tirage au sort ; leur ancienneté.

En ce qui concerne le jugement des ministres, à l'origine, c'est la Cour constitutionnelle qui en était chargée. À cette fin, sa composition était spécialement aménagée, à l'instar de ce qui est prévu pour le Président (v. *supra*). Ce procès a provoqué un accroissement considérable de la charge de travail des juges constitutionnels, au point de paralyser les activités de la Cour pendant deux ans. Ici encore, on doit à la Loi constitutionnelle n° 1 d'avoir sauvé la mise. Le nouvel article 96 de la Constitution réserve à la compétence exclusive des juridictions ordinaires le pouvoir de juger pénalement les ministres.

D - Un double noeud

L'analyse de la répression pénale des ministres impose qu'on fasse une distinction entre les infractions commises dans et hors l'exercice des fonctions ministérielles.

1) Les infractions commises dans l'exercice des fonctions ministérielles

La répression pénale des ministres suscite de nombreux points d'interrogation.

Les règles dérogatoires concernent-elles les seuls ministres ? En Belgique, elles concernent les secrétaires d'État, qui font partie intégrante du Gouvernement fédéral. C'est la même solution en France. Dans d'autres États, elles ne concernent pas les secrétaires d'État, mais ceux-ci n'ont pas nécessairement le même statut qu'en Belgique ou en France. Et puis, on trouve çà et là des sous-secrétaires d'État, des ministres-suppléants, des ministres délégués, des ministres d'État... sans que ces termes ne recouvrent partout les mêmes réalités.

La responsabilité pénale matérielle des ministres est-elle identique à celle des citoyens ? Par exemple, en Grèce, l'article 86 de la Constitution dispose expressément qu'« il est interdit de prévoir des délits particuliers pour les ministres ». En Belgique, l'article 103 de la Constitution, avant sa modification en 1998, habilitait le législateur à définir les cas particuliers de responsabilité dont seuls les ministres pouvaient se rendre coupable. Aucune loi d'application de l'article 103 n'ayant été adoptée (v. *supra*), cette disposition est restée lettre morte. En 1998, elle n'a pas été reprise dans le nouvel article 103.

Les complices suivent-ils le sort du ministre ? Si c'est l'autorité poursuivante qui le décide, que se passe-t-il lorsqu'elle ne met pas les complices en accusation avec le ministre ? Ce problème s'est posé avant 2001 en Grèce, où deux thèses ont été défendues : soit les complices peuvent être poursuivis devant les juridictions ordinaires, avec le risque de décisions contradictoires que cela comporte ; soit ils ne peuvent plus être poursuivis, l'action publique étant éteinte à leur égard. La jurisprudence et la doctrine grecques penchaient majoritairement en faveur de la première solution, mais des décisions en sens inverse ont été rendues. La controverse a été tranchée par le Constituant en 2001 : « En cas de renvoi d'une personne qui est ou a été membre du gouvernement ou secrétaire d'État devant la Cour spéciale, sont également renvoyées les personnes éventuellement impliquées, ainsi qu'il est prévu par la loi » (article 86-4, alinéa 4, de la Constitution).

Il reste que, dans tous les États, deux questions essentielles dominent le débat : quelles poursuites et quel jugement ?

a) Quelles poursuites ?

Depuis longtemps, l'idée prévaut que l'opportunité d'introduire une action publique contre un ministre doit être appréciée par une assemblée parlementaire, donc par une autorité politique. Originellement, dans les trois États examinés ci-dessus, la mise en accusation était déclenchée par une assemblée parlementaire, voire par les assemblées parlementaires. Si la France a désormais abandonné cette voie, la Belgique et l'Italie y restent attachées, les parlementaires étant dorénavant investis, non plus d'une compétence de décision, mais d'une compétence d'autorisation. Ces trois États ne sont pas les seuls à avoir emprunté une telle voie. En Grèce, c'est à la Chambre des députés que revient le pouvoir de mettre les ministres en accusation, pour des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions (article 86-1 de la Constitution). Au Portugal, « 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 » (article 196 de la Constitution). En Espagne, une distinction s'impose. Si le fait reproché au ministre est constitutif de

« trahison » ou de « tout autre délit contre la sûreté de l'État », l'action pénale devant le Tribunal suprême ne peut être exercée que « sur l'initiative du quart des membres du Congrès et avec l'approbation de la majorité absolue de celui-ci » (article 102-2 de la Constitution). Dans tous les autres cas, c'est l'autorité judiciaire compétente qui saisit le Tribunal suprême. Ce sont là trois illustrations supplémentaires. Certes, on assiste, dans la période la plus récente, à une plus ou moins grande juridictionnalisation des poursuites menées à l'encontre des ministres. Mais, en règle générale, il ne s'agit pas d'abandonner totalement l'intervention des parlementaires. Deux problèmes se posent cependant : la capacité et, surtout, l'impartialité des parlementaires pour mettre un ministre en accusation.

b) Quel jugement ?

L'évidence impose de rappeler que, dès le moment où il y va d'une instance décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale, les garanties organiques (indépendance et impartialité) et procédurales (procès équitable) de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme doivent être observées. Au-delà de ce constat, plusieurs solutions sont pratiquées dans le choix de l'instance chargée de juger pénalement les ministres. Elles ne sont pas toujours en tous points compatibles avec les exigences de l'article 6 précité.

1. Une assemblée parlementaire. C'était la solution retenue en France avant 1993 (v. *supra*). Elle présente l'avantage de réserver le jugement des ministres à des personnes dont l'expérience politique doit contribuer à un jugement mieux éclairé. Il reste qu'une assemblée parlementaire n'offre pas les garanties requises par l'exigence d'impartialité objective.

2. La plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. C'était la solution retenue en Belgique avant 1998 (v. *supra*). C'est la solution retenue aux Pays-Bas (la Cour suprême) et en Espagne (le Tribunal suprême). L'impartialité objective de l'organe est incontestable. Mais, le plus souvent, il n'a pas vocation à statuer en fait. Par ailleurs, le ministre, et ceux qui sont jugés avec lui, sont privés du droit à un double degré de juridiction.

3. La juridiction constitutionnelle. C'était la solution italienne avant 1989 (v. *supra*). C'est la solution adoptée en Autriche, à l'instar de ce qui est prévu pour le Président (articles 142 et 143 de la Constitution). Elle procède d'une vision très large de la justice constitutionnelle. Cela n'est pas sans danger. Le risque existe que la juridiction constitutionnelle soit submergée par ce type de contentieux, de telle sorte qu'elle ne parvienne que difficilement à absorber le contentieux de constitutionnalité lui-même, dont il faut rappeler qu'il constitue l'essence de sa mission.

4. Une juridiction *ad hoc* mixte (judiciaire et politique). C'est la solution française depuis 1993 : la Cour de justice de la République (v. *supra*). C'est aussi la solution adoptée en Finlande : « 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 » (article 114 de la Constitution), celle-ci se composant « 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 » (article 101 de la Constitution). L'avantage procuré par une telle composition, qui tient essentiellement à l'expérience politique d'une fraction substantielle de l'autorité de jugement, est modique par rapport aux écueils

qu'elle est inévitablement vouée à rencontrer, à savoir qu'elle procède d'une confusion regrettable entre les responsabilités pénale et politique des ministres.

5. Une juridiction *ad hoc* exclusivement judiciaire. C'est la solution retenue en Grèce : « est compétente pour juger les affaires relatives en premier et dernier ressort, en tant que cour suprême, une Cour spéciale constituée pour chaque affaire de six membres du Conseil d'État et sept membres de la Cour de cassation » (article 86-4 de la Constitution).

6. Les juridictions ordinaires. C'est la solution privilégiée en Italie depuis 1989 et en Belgique depuis 1998 (v. *supra*). C'est également la solution allemande, où tous les ministres, y compris le Chancelier fédéral, sont soumis à la même responsabilité pénale que les fonctionnaires.

2) Les infractions commises hors l'exercice des fonctions ministérielles

Deux options sont possibles. Ou bien on ne souscrit pas à une logique fonctionnelle et ces infractions doivent alors relever de la compétence des juridictions pénales ordinaires. C'est l'option française. Ou bien on souscrit à une logique fonctionnelle et il se justifie alors que ces infractions soient soumises à un traitement procédural spécifique, qui n'est pas nécessairement le même que celui appliqué aux infractions commises dans l'exercice des fonctions ministérielles. C'est l'option belge. Dans les deux cas, il apparaît nécessaire de distinguer les deux catégories d'infractions. C'est une tâche passablement difficile. Et, même s'il est possible de dégager l'un ou l'autre critère de distinction, toute appréciation en cette matière s'opère nécessairement au cas par cas.

E - Responsabilité pénale ou politique ?

La responsabilité pénale des ministres a, depuis l'origine, été considérée comme une forme particulière de responsabilité politique, en ce sens qu'on a toujours associé à la répression pénale des ministres une finalité politique, d'une manière ou d'une autre. C'est ce qui a conduit Benjamin Constant à proposer un système fondé sur la compétence de la chambre populaire pour accuser les ministres et sur la compétence de la chambre haute pour les juger. Cette proposition était inspirée du modèle anglais de l'*impeachment*. Quoi qu'il en soit, c'est dans cette logique que la répression pénale des ministres a été conçue et pratiquée pendant longtemps dans de nombreux pays, en Europe, mais aussi parfois hors d'Europe. Le système repose sur trois piliers : des poursuites par une assemblée parlementaire ; un jugement par l'autre assemblée parlementaire ; des incriminations vagues. Cela étant, il faut reconnaître que certains États ont éprouvé un malaise évident à suivre complètement cette logique. Ainsi, la Belgique, en 1831, a refusé de confier le jugement des ministres au Sénat pour le réserver à la Cour de cassation, et ce, alors même que la rédaction de la Constitution de 1831 a été très marquée par les influences française et anglaise.

Quelle est la situation aujourd'hui ? Il y a manifestement une dynamique générale vers une autonomisation de la responsabilité pénale des ministres par rapport à leur responsabilité politique. Mais cette dynamique n'a pas la même force, ni la même configuration, dans tous les États. Par ailleurs, la répression pénale des ministres n'est pas, et ne sera jamais, totalement autonome. Et c'est heureux : « à supposer possible l'autonomisation d'un caractère proprement pénal de la responsabilité des ministres, elle conduit à la négation de l'autonomie de son caractère constitutionnel qui seul, pourtant, justifie d'envisager des procédures

spéciales de jugement des ministres »⁶⁸. Comment concrètement peut-on envisager les choses ? La question concerne au premier chef les infractions commises dans l'exercice des fonctions ministérielles. Si le comportement répréhensible du ministre ne tombe pas sous le coup d'une incrimination pénale, sa responsabilité sera exclusivement politique. Si, en revanche, il tombe sous le coup d'une incrimination pénale, sa responsabilité sera politique, mais aussi – l'une n'empêchant pas l'autre – pénale, donc juridique. Dans ce cas, le ministre ne doit pas pour autant être soumis au même traitement procédural que n'importe quel autre citoyen. Ce traitement procédural doit être aménagé de manière à éviter un double risque : d'une part, des ingérences excessives, voire arbitraires, du pouvoir judiciaire dans la gestion ministérielle de la chose publique ; d'autre part, l'utilisation de la répression pénale comme substitut à une responsabilité politique individuelle défaillante. Le premier risque vise les magistrats. Le second risque vise les parlementaires, voire les citoyens. Pour rencontrer le premier risque, il faut faire intervenir les parlementaires dans la procédure de mise en accusation. Mais, si l'on veut tenir compte du second risque, il faut se limiter à instaurer un filtre parlementaire, sans laisser aux parlementaires le soin de décider eux-mêmes de la mise en accusation. On le voit, le problème ne concerne pas tant la phase de jugement que la phase des poursuites. Pour ce qui concerne le jugement, dès le moment où il s'agit de statuer sur la culpabilité pénale d'une personne, il paraît naturel de réserver cette tâche, non pas à des parlementaires, mais à des juges. Sans doute pas n'importe quels juges, mais des juges. C'est une question de légalité (impartialité objective de l'autorité de jugement). C'est également une question de légitimité (confiance citoyenne plus grande dans l'autorité de jugement).

III - LA RÉPRESSION PÉNALE DES PARLEMENTAIRES

De manière traditionnelle, les immunités parlementaires se déclinent en irresponsabilité, d'une part, et inviolabilité, d'autre part ⁶⁹.

A - L'irresponsabilité parlementaire

L'irresponsabilité parlementaire est une règle qui, bien que se déclinant largement sur un même thème, connaît des variations et suscite des questions.

1) *L'irresponsabilité parlementaire : un même thème*

De solides convergences existent entre les États. Elles concernent tant la raison d'être de l'irresponsabilité parlementaire que son objet. Il est d'ailleurs frappant de constater la similitude des libellés constitutionnels sur ce point. On renvoie notamment à l'article 46-1 de la Loi fondamentale allemande, aux articles 57-1 et 58 de la Constitution autrichienne, à l'article 58 de la Constitution belge, à l'article 71-1 de la Constitution espagnole, à l'article I-6 de la Constitution des États-Unis, à l'article 30 de la Constitution finlandaise, à l'article 26, alinéa 1^{er}, de la Constitution française, à l'article 61-1 de la Constitution grecque, à l'article 68 de la Constitution italienne, à l'article 68 de la Constitution luxembourgeoise, à l'article 71 de la Constitution néerlandaise, à l'article 66 de la Constitution norvégienne, à

68 P. LAUVAUX, « L'incertaine frontière entre le pénal et le politique », in Association française pour l'histoire de la justice, *Les ministres devant la justice*, Arles, Actes Sud, 1997, p. 250.

69 G. DE VERGOTTINI : *Diritto costituzionale comparato*, 7^e éd., vol. I^{er}, Padoue, Cedam, 2007, p. 513.

l'article 157-1 de la Constitution portugaise, à l'article 8, alinéa 1^{er}, du chapitre IV de la Constitution suédoise, ou encore à l'article 162-1 de la Constitution suisse. Dans les États fédéraux, des dispositions comparables existent pour les membres des Parlements fédérés.

a) La raison d'être de l'irresponsabilité parlementaire

L'irresponsabilité parlementaire est tenue pour inhérente au système parlementaire lui-même. Comme l'a écrit le procureur général Hayoit de Termicourt dans la mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 15 septembre 1955, en Belgique, le Congrès national « a considéré la nécessité de pareille disposition comme si évidente qu'il a jugé superflu de la justifier ». L'irresponsabilité parlementaire a été conçue pour protéger la liberté d'expression des élus de la Nation. N'est-ce pas, en effet, la Nation elle-même qui s'exprime à travers les opinions de ses représentants ? Pourquoi protéger la liberté d'expression des élus de la Nation ? La préoccupation qui justifie l'irresponsabilité parlementaire a bien été cernée par Pierre Wigny : « Voilà apparemment un étonnant privilège, écrit-il : celui de faire le mal avec impunité. Mais où commence le mal et où finit le bien et, surtout, qui en jugera ? C'est ici que se dessine le danger. On redoute la pression qu'exercerait le gouvernement par l'intermédiaire des ministères publics sur les membres de l'opposition. Trop facilement on considère une critique comme une calomnie et une opposition comme une injure. Il faut que l'exercice de la fonction parlementaire soit absolument libre »⁷⁰. Ce souci de préserver l'indépendance des membres du Parlement et l'intégrité du processus législatif, par rapport au pouvoir exécutif mais aussi par rapport au pouvoir judiciaire, se retrouve dans tous les États. On comprend que l'irresponsabilité parlementaire jouisse d'une forte légitimité historique. Elle a d'ailleurs des racines qui remontent au *Bill of Rights* britannique de 1689 : « la liberté de la parole, des débats et des procédures dans le Parlement ne pourrait être l'objet d'une poursuite ou être mise en question devant aucune cour ou dans aucun lieu en dehors du Parlement ». En Angleterre, du XIV^e au XVI^e siècle, il était usuel qu'à l'initiative des monarques successifs, des poursuites soient dirigées contre des membres de la Chambre des communes.

b) L'objet de l'irresponsabilité parlementaire

Sont généralement couverts les votes et les opinions, qu'elles soient exprimées oralement ou par écrit, voire par des gestes. Par ailleurs, ce qui est protégé, c'est le mandat parlementaire, et non la fonction politique. On trouve cette distinction dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour constitutionnelle italienne, par exemple. Mais, comment doit-on cerner les activités qui relèvent du mandat parlementaire ? Certaines Constitutions disposent que, pour être couverte, l'opinion doit être émise dans l'exercice des fonctions parlementaires, ce qui est une formulation trop large. D'autres Constitutions disposent que l'opinion doit être émise dans l'enceinte du Parlement, ce qui n'est pas tout à fait exact. En effet, d'une part, il arrive qu'un organe parlementaire tienne une réunion en dehors de l'enceinte du Parlement – on pense notamment aux commissions d'enquête parlementaire – et, d'autre part, il est des opinions émises dans l'enceinte du Parlement qui ne sauraient être couvertes par l'irresponsabilité. Il paraît préférable

70 P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 483.

de dire que les opinions doivent être émises dans le cadre d'une réunion d'un organe parlementaire institué par la Constitution, par une loi ou par un règlement parlementaire (assemblée plénière, bureau, commission, groupe politique...) ou dans le cadre de documents officiels publiés par l'assemblée parlementaire (proposition de loi, amendement, rapport de commission, question écrite...). On s'accorde généralement pour considérer qu'un meeting, une conférence de presse, une interview ou une communication sur un site internet sortent du champ des activités couvertes par l'irresponsabilité parlementaire, peu importe le lieu où ces activités sont menées. En revanche, lorsque le parlementaire se limite à reproduire des propos couverts par l'irresponsabilité parlementaire, il continue à être exempté de toute responsabilité. L'irresponsabilité parlementaire débute généralement au moment de la prestation de serment du parlementaire, acte par lequel il accepte solennellement d'exercer les fonctions qui lui ont été conférées par élection. Elle est perpétuelle, se prolongeant au-delà de l'expiration du mandat parlementaire pour les actes commis pendant celui-ci.

2) *L'irresponsabilité parlementaire : des variations sur un même thème*

Il faut distinguer les variations qui sont imputables à la Constitution elle-même et celles qui relèvent des règlements des assemblées parlementaires. Seules les premières sont examinées ici.

a) *La possibilité d'une levée d'immunité parlementaire*

L'irresponsabilité parlementaire est absolue, ne pouvant en principe être levée par l'assemblée parlementaire. Ce principe souffre, dans certains États, d'une exception. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 30 de la Constitution finlandaise, un député « ne peut être poursuivi ni privé de sa liberté en raison des opinions émises par lui au Parlement ou de son comportement pendant les débats, si ce n'est en vertu d'une décision du Parlement prise à la majorité des cinq sixièmes au moins des suffrages exprimés ». On retrouve une règle comparable à l'article 8, alinéa 1^{er}, du chapitre IV de la Constitution suédoise.

b) *L'exclusion de catégories d'infractions*

En Allemagne, l'article 46-1, *in fine*, de la Loi fondamentale prévoit que l'irresponsabilité parlementaire des membres du Bundestag « ne s'applique pas aux injures diffamatoires ». Dans le même sens, l'article 61-2 de la Constitution grecque parle de diffamation calomnieuse. En Norvège, selon l'article 66 de la Constitution, si les parlementaires ne peuvent pas être poursuivis pour les opinions qu'ils ont exprimées au sein du Storting, il reste que « chacun est tenu de se conformer au règlement adopté par cette assemblée », qui interdit les paroles « inconvenantes ou insultantes », étant précisé que celui qui ne respecte pas ce règlement encourt le risque de se voir infliger une peine d'amende par la Haute Cour de justice.

c) *La possibilité de poursuites devant l'assemblée elle-même*

En Autriche, selon les articles 57-1 et 58 de la Constitution, les membres du Conseil national et du Conseil fédéral ne peuvent jamais être mis en cause en raison d'un vote émis dans l'exercice de leurs fonctions, sauf devant leur assemblée en raison d'une déclaration verbale ou écrite faite dans l'exercice de leurs fonctions. Une mise

en cause est donc possible, mais uniquement devant l'assemblée elle-même, qui, le cas échéant, pourra, à travers la personne de celui ou celle qui la préside, prononcer des mesures tels que le rappel à l'ordre ou la privation de parole pour la durée d'un débat. La jurisprudence autrichienne considère qu'on est en dehors du champ de la répression pénale ou disciplinaire. En réalité, la variation doit ici être relativisée : dans la plupart des assemblées parlementaires, de telles mesures sont prévues par les règlements parlementaires. Ce qui est original en Autriche, c'est que la Constitution elle-même y fait référence.

3) L'irresponsabilité parlementaire : des questions sur un même thème

L'irresponsabilité parlementaire n'est pas sans poser de sérieuses questions. Ce n'est pas tant le principe même de l'irresponsabilité qui est en cause que son caractère absolu. Aujourd'hui plus que jamais, celui-ci suscite un très palpable malaise, que Paul Martens exprime en ces termes : « [...] la faculté de tout dire dans le débat politique n'est-elle pas parfois l'objet d'un détournement de liberté ? Que des politiciens s'invectivent, c'est le jeu auquel ils se soumettent dans un élan de tolérance mutuel. Mais méritent-ils la même protection quand ils s'en prennent à des tiers qui, n'ayant pas la parole dans les assemblées, ne peuvent la prendre au prétoire ? »⁷¹. Sans doute y aurait-il lieu de trouver un meilleur équilibre entre les intérêts que l'irresponsabilité parlementaire entend sauvegarder et d'autres exigences qui méritent tout autant d'être rencontrées. On pense tout spécialement aux impératifs liés au respect des droits fondamentaux, même si la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas l'entendre de cette oreille. Selon la Cour, « le fait pour les États d'accorder généralement une immunité plus ou moins étendue aux membres du Parlement constitue une pratique de longue date, qui vise à permettre la libre expression des représentants du peuple et à empêcher que des poursuites partisans puissent porter atteinte à la fonction parlementaire », les buts légitimes de l'irresponsabilité parlementaire étant la protection du libre débat parlementaire et le maintien de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire » (Cour eur. dr. h., arrêts *CGIL et Cofferati c. Italie* du 24 février 2009 et *CGIL et Cofferati n° 2 c. Italie* du 6 avril 2010 : jurisprudence constante). On pense aussi, en lien avec les droits fondamentaux, à l'impérieuse nécessité pour nos démocraties de lutter contre les actes, mais aussi les propos, racistes. L'entrée de partis politiques extrémistes dans les assemblées parlementaires renforce cette nécessité. N'est-il pas insupportable pour un démocrate de voir que la liberté de tribune inhérente à l'irresponsabilité parlementaire peut être impunément utilisée par certains élus pour vociférer des propos haineux, et ce au cœur même de l'enceinte parlementaire, lieu symbolique de la démocratie représentative ? L'irresponsabilité parlementaire n'a pas été créée pour cela. Aujourd'hui plus que jamais, on doit pouvoir le dire sans essuyer le reproche de sombrer dans l'antiparlementarisme.

B - L'inviolabilité parlementaire

L'inviolabilité parlementaire entend garantir le libre fonctionnement du régime parlementaire. À la différence de l'irresponsabilité parlementaire, l'inviolabilité parlementaire a une justification fonctionnelle. Tandis que l'enjeu de

71 P. MARTENS, « Le juge et l'élu », in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2007, p. 945.

l'irresponsabilité réside dans la liberté d'expression de l'élu, s'agissant de l'inviolabilité, il y va de la liberté individuelle de celui-ci.

1) *L'inviolabilité parlementaire : des symétries*

On trouve entre les États un certain nombre de tendances communes.

1. Comme l'irresponsabilité parlementaire, l'inviolabilité parlementaire débute généralement au moment de la prestation de serment du parlementaire. À la différence de l'irresponsabilité parlementaire, elle n'est pas perpétuelle, ne se prolongeant pas au-delà de l'expiration du mandat parlementaire.

2. Le système de la levée de l'immunité parlementaire (autorisation, consentement, agrément... de l'assemblée dont fait partie l'élu) est fortement généralisé. Les variations concernent les actes soumis ou non à cette levée d'immunité. Partout, l'arrestation judiciaire d'un parlementaire ne peut être ordonnée qu'après la levée de son immunité. Ne sont pas visées les arrestations administratives, ni les arrestations judiciaires ordonnées en exécution d'une décision de condamnation. Partout également, la saisine de la juridiction compétente suppose la levée préalable de l'immunité parlementaire. Parfois, le système est inversé : les actes de poursuites sont possibles, sauf suspension par l'assemblée parlementaire. C'est le cas au Portugal, par exemple, où la procédure de suspension est tantôt facultative, tantôt obligatoire ; d'après le Statut des députés de l'Assemblée de la République, cette dernière fixe la durée de la suspension de la manière qu'elle juge la plus adéquate, en fonction à la fois de l'exercice par le député de son mandat parlementaire et du déroulement du procès pénal. Par ailleurs, le flagrant délit est souvent érigé en exception au principe de la levée de l'immunité parlementaire.

3. Les conditions de la levée d'immunité parlementaire ne sont pas toujours définies dans les mêmes termes, mais, au-delà de la diversité sémantique, on constate que ces conditions renvoient aux justifications mêmes de l'inviolabilité parlementaire. Les demandes de levée d'immunité sont généralement instruites par une commission parlementaire : soit une commission spéciale instituée pour la demande à l'examen, soit une commission permanente commission des immunités parlementaires, commission électorale, commission du règlement, commission de la justice...).

4. Les recours contre les décisions de levée ou de refus de levée d'immunité parlementaire, notamment devant la juridiction constitutionnelle, sont rarement possibles et lorsqu'ils le sont, la juridiction se limite généralement à un contrôle marginal. En Espagne, par exemple, le Tribunal constitutionnel a déjà été saisi de recours d'*amparo* contre des décisions refusant la levée de l'immunité parlementaire.

5. En règle générale, toutes les infractions (crimes, délits et contraventions) sont soumises au même traitement. On constate toutefois, çà et là, des exceptions. Elles prennent souvent la forme de seuils de gravité : en deçà du seuil, la protection tombe, tandis qu'au-delà elle s'applique.

6. Le traitement constitutionnel spécifique lié à l'inviolabilité parlementaire ne concerne que très rarement l'institution de jugement. Font ici figure d'exception les Pays-Bas, où, en vertu de l'article 119 de la Constitution, les membres des États généraux (Première chambre et Seconde chambre) sont jugés, en cas de forfaiture, par la Cour suprême, aucune inviolabilité n'étant prévue par ailleurs.

7. Lorsque des réformes constitutionnelles interviennent en cette matière, elles visent toujours à réduire la protection liée à l'inviolabilité parlementaire.

2) L'inviolabilité parlementaire : des dissymétries

Au-delà de ces tendances communes, c'est le règne des disparités. La principale d'entre elles concerne les actes couverts par l'inviolabilité. Certes, un consensus existe sur la nécessité d'une levée d'immunité pour l'arrestation judiciaire et pour la saisine de la juridiction de jugement. En revanche, les solutions sont diverses sur la possibilité d'inculper un parlementaire avec ou sans levée d'immunité. Cela étant, la notion d'« inculpation » n'a pas nécessairement la même signification dans tous les États, ce qui rend les comparaisons délicates. Les solutions sont diverses aussi sur la possibilité d'ordonner à l'égard du parlementaire des mesures d'instruction, telle une perquisition à son domicile. Ici, il y a deux options qui sont généralement envisagées : soit ces mesures nécessitent une levée d'immunité, comme en Italie, soit elles ne nécessitent pas une levée d'immunité, mais leur accomplissement suppose quelques garanties, comme en Belgique.

On trouve aussi de réelles originalités. C'est ainsi qu'en Autriche, parmi les infractions qui échappent au régime de l'irresponsabilité, la Constitution distingue deux catégories d'infractions. Il y a, tout d'abord, les infractions qui, sans être couvertes par l'irresponsabilité, ont un rapport manifeste avec l'activité politique de l'élu. La poursuite de telles infractions nécessite l'autorisation de l'assemblée. Un refus de celle-ci – ce qui semble être, en pratique, le cas – emporte interdiction de poursuites à l'encontre du parlementaire jusqu'à la fin du mandat. Il y a, ensuite, les infractions qui n'ont pas un tel rapport et qui peuvent être poursuivies librement. On citera, par exemple, une infraction au code de la route. Cela étant, c'est à l'assemblée elle-même de décider de l'existence d'un tel lien, notamment à la demande du parlementaire concerné. En clair, si l'autorité compétente poursuit le parlementaire, estimant que l'infraction n'a pas de rapport manifeste avec son activité politique, ce dernier peut saisir l'assemblée afin qu'elle reconnaisse l'existence d'un tel rapport.

*

Qu'il s'agisse des chefs d'État, des ministres ou des parlementaires, une question se pose de manière récurrente : comment garantir le respect de leur présomption d'innocence ? Cette question renvoie à une problématique plus large, qui intéresse la généralité des citoyens, à savoir la conciliation entre l'administration de la justice pénale et le respect des droits fondamentaux du justiciable. Aucun motif légitime ne permet de priver un chef d'État, un ministre ou un parlementaire de telles garanties, quels que soient les enjeux politiques et sociaux de l'enquête ou du procès dont ils font l'objet. Ils y ont droit. Ni plus ni moins.

DISCUSSION

Rainer Arnold s'interroge sur la mention faite de l'article 61 de la Loi Fondamentale allemande. Il s'agit en effet d'une norme autorisant la destitution du Président fédéral par la Cour constitutionnelle fédérale. Quels sont les critères permettant de savoir s'il s'agit là d'une sanction pénale ou institutionnelle ? Il ne s'agit pas là, selon lui, d'un système seulement « pénal », mais d'un système que l'on pourrait qualifier de « quasi-pénal ». Dans ce cas, quelles sont les garanties applicables, telles que le principe de *ne bis in idem*, le droit d'être entendu dans des délais raisonnables... ? La Convention européenne des droits de l'homme pourrait-elle s'appliquer dans ce cadre ?

Marc Verdussen considère qu'il n'existe pas de critère permettant de distinguer nettement la responsabilité pénale et la responsabilité politique ou « institutionnelle ». Il y a un système purement « institutionnel », celui des États-Unis : poursuite par la Chambre devant le Sénat avec une destitution du Président. L'enjeu est ici seulement politique. Mais une fois que le Président est destitué, il peut être condamné pénalement par les juridictions ordinaires. Les États gravitent autour de ce pôle, de ce modèle. Le système français s'inspire étroitement de ce modèle. Les autres États s'éloignent plus ou moins de ce pôle d'influence. Plus sont introduits des éléments juridictionnels, comme en Allemagne où c'est la Cour constitutionnelle qui juge, plus on s'éloigne de ce modèle de base. Cependant, il n'y a pas de critère décisif. Le meilleur système serait celui s'inscrivant vers une autonomisation des deux systèmes de responsabilité, que ce soit pour le Chef d'État, mais aussi pour les ministres. Il y a une responsabilité qui doit être assumée sur le plan politique devant les assemblées parlementaires. Il y a une responsabilité qui doit être assumée devant les juridictions et celle-là est pénale. Plus on ira vers une démarcation claire de ces deux formes de responsabilité, mieux ce sera. Cette idée se heurte toutefois à des particularités ou à des traditions qui sont propres à certains pays et qui la rendent moins pertinente.

Anne-Marie Boisvert commente cette discussion en expliquant qu'au Canada, la Constitution écrite est muette sur le sujet. C'est dans la Constitution non écrite que l'on peut trouver des éléments, et qui est constituée de principes organisateurs et de conventions constitutionnelles. Par exemple, c'est par convention que les ministres sont nommés. Au regard de la Charte, toute personne a droit à toutes les garanties possibles : il n'y a aucune raison pour laquelle un ministre ou un député ne bénéficierait pas de ces garanties du fait de son statut. Il n'y a aucune immunité pour les parlementaires car « nul n'est au-dessus de la loi ». Le Roi se soumet à la suprématie de la loi même s'il siège aussi au Parlement. La question des immunités ne se pose pas. En *Common Law*, le principe de légalité empêche toute discussion sur les infractions à la Constitution, c'est une « non-idée ». La distinction entre infractions commises à l'intérieur des fonctions ou à l'extérieur des fonctions, est conceptuellement impossible car on ne peut concevoir que l'exercice des fonctions permette la commission d'infractions. Le Premier Ministre exerce des fonctions étatiques qui ne peuvent comprendre la commission d'infractions sinon c'est un citoyen ordinaire. Le contrôle politique est non-écrit mais, il existe sûrement des conventions qui prévoient la démission en cas de commission d'infractions. Par exemple, un ministre à Québec a été pris en flagrant délit de vol à l'étalage, il a démissionné le jour même et a été condamné par une juridiction ordinaire.

Quant à la responsabilité du monarque, comme Elisabeth II : Le Roi n'est pas au-dessus des lois dans son royaume. Quand le Canada a ratifié le Statut de Rome, la question de la modification de la Constitution ne s'est même pas posée car, on ne peut imaginer que le cadre des fonctions permette la commission de crime contre l'humanité, c'est antinomique. Ceci est propre au modèle britannique d'organisation des institutions. Il est intéressant de dire que la séparation des pouvoirs empêche que le judiciaire se mêle des affaires politiques car, au Canada, la séparation des pouvoirs rend impensable que l'appareil politique se mêle d'une affaire judiciaire. La vision est complètement inversée.

Marc Verdussen considère que la procédure d'*impeachment* aux États-Unis est une procédure de *common law* qui est particulièrement perméable puisque plusieurs États européens ont été influencés par cette procédure.

Anne-Marie Boisvert considère que le système de mise en accusation de *Common Law* nord-américain est spécifique par rapport au système de *Common Law* d'autres pays. La différence des États-Unis par rapport au Canada ou à l'Australie se manifeste dans leur passé révolutionnaire et leur rupture avec la monarchie et dans l'instauration d'un système présidentiel et d'une organisation un peu différente de l'appareil étatique. Mais les principes gouvernant de la responsabilité sont essentiellement des principes de *Common Law*.

Marc Verdussen ajoute que le rôle de la « tradition » dans le cadre de la mise en jeu de la responsabilité des ministres ou du Président est incontournable. De plus, quand on parle d'irresponsabilité, on marque bien qu'aucune poursuite n'est envisageable. La distinction qu'on fait pour les parlementaires entre inviolabilité et irresponsabilité est significative. L'irresponsabilité aboutit à un système d'impunité totale, le parlementaire ne peut pas du tout être poursuivi. Dans le cas de l'invocabilité, les poursuites sont possibles à certaines conditions.

William Benessiano, s'interroge sur la question de la responsabilité pénale du Roi en Belgique ou dans d'autres États. De plus, existe-t-il un décalage entre l'immunité de juridiction du Chef de l'État, et la possibilité qu'il a de s'insérer dans le cadre d'une procédure pénale en tant que partie civile ? La différence de nature entre la partie civile et la défense peut-elle justifier qu'il y ait ce décalage ?

Marc Verdussen répond que concernant la responsabilité pénale du Roi, on a une impunité totale. Sur le plan civil, c'est plus nuancé. Pour le deuxième point, la frontière entre la responsabilité civile et pénale déborde trop largement le cadre de la discussion.