

Cour de justice de la République : pour qui sonne le glas ?

A lors qu'on envisageait encore récemment la suppression de la Cour de Justice de la République, l'affaire dite de Karachi¹, après celle du très contesté arbitrage en faveur de Bernard Tapie, a eu pour effet de la remettre au cœur du débat public. Vingt ans après la création critiquée de la juridiction², son actualité incite à en dresser le bilan. Certes, le récent projet de loi constitutionnelle relatif à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du gouvernement³, qui préconise notamment la disparition de la Cour de Justice de la République (C. J. R.), ne semble guère susceptible d'aboutir dans l'immédiat. Rares sont pourtant les parlementaires ou les membres de la doctrine enclins à s'opposer à cette réforme probablement souhaitable.⁴ Mais il s'agit surtout ici d'éviter un parallélisme des formes qui pourrait se révéler hasardeux : la C. J. R. ayant déjà été créée dans la précipitation pour faire face à la tragédie du sang contaminé, tentons au moins d'en évaluer l'action avant de penser son éventuelle suppression.

L'exercice s'impose d'autant plus que, passée l'affaire du sang contaminé, la juridiction n'a plus guère suscité d'intérêt. Ce relatif silence doctrinal n'est probablement pas fortuit. Il s'explique non seulement par le nombre restreint d'arrêts rendus par la formation de

¹ Il s'agit en l'espèce de la responsabilité d'Edouard Balladur et de François Léotard, respectivement premier ministre et ministre de la défense, dans un système de financement politique occulte. Celui-ci aurait eu pour origine des ventes de matériel militaire à l'Arabie Saoudite et au Pakistan, réalisées entre 1993 et 1995, sous l'égide de la direction des constructions navales. Le 6 février 2014, les juges d'instruction ont transmis au procureur général près la Cour de cassation une ordonnance d'incompétence, aux fins de saisine de la commission des requêtes de la Cour de justice de la République.

² Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993.

³ AN, *doc. parl.* n°816, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013.

⁴ Rares sont même les voix qui se prononcent sur cet aspect du projet de révision constitutionnelle, pourtant défendu par François Hollande dès février 2012 pendant sa campagne présidentielle, puis soumis à l'examen de la commission Jospin. Cf. *Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique*, « Pour un renouveau démocratique », nov. 2012, p. 78 et s. Citons néanmoins, contre ladite suppression, Louis Gondre et Jean Pradel, « La Cour de justice de la République : à conserver et à améliorer », *La Semaine Juridique, Edition Générale* n°19, 7 mai 2012, p. 566 et s. ; Jean Pradel, « Disparition d'une juridiction d'exception au profit d'une procédure d'exception », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 15, 8 Avril 2013, p. 403; ou encore les positions de Jean-Philippe Derosier, Guillaume Larrivé et Marie-Françoise Bechtel lors de la table ronde organisée à l'Assemblée nationale par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale, le jeudi 11 avril 2013. En faveur de ladite suppression, voir Guy Carcassonne, « Cour de Justice de la République : renoncer au salmigondis à la française », *La Semaine Juridique, Edition Générale* n°14, 2 av. 2012, p. 395 et s., ainsi que les interventions de Julie Benetti et Ariane Vidal-Naquet lors de la table ronde sus citée.

jugement⁵, mais aussi et surtout par la difficulté à se les procurer. Contrairement aux autres hautes juridictions et commissions juridictionnelles qui figurent sur le site de la Cour de cassation, la C. J. R. ne dispose pas de site où sa jurisprudence pourrait être consultée. Les arrêts de sa commission des requêtes, de sa commission d'instruction ou encore de sa formation de jugement ne font par ailleurs l'objet d'aucune publication sur Légifrance. Pour les obtenir, il convient en conséquence de prendre directement contact avec la juridiction et, si possible, de se rendre dans l'hôtel particulier où elle siège, rue de Constantine à Paris. Si on y est très aimablement reçu⁶, un tel souci de discrétion s'agissant de décisions juridictionnelles mettant en cause des membres ou anciens membres du gouvernement pour des crimes ou des délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, n'en laisse pas moins songeur....

Juridiction propre aux membres du gouvernement, la C. J. R. permet à ces derniers de répondre, sur le fondement d'une responsabilité purement pénale, d'actes accomplis pendant l'exercice et dans le cadre de leurs fonctions ministérielles.⁷ Bien que les décisions de la C. J. R. soient extrêmement rares au regard des dizaines de plaintes déposées chaque année contre les ministres par leurs victimes supposées,⁸ l'abondance des moyens développés par les parties et le caractère récurrent des pourvois devant la Cour de cassation permettent aujourd'hui de préciser et d'apprécier le mode de fonctionnement de cette juridiction très particulière. À l'heure où l'existence même de la juridiction se trouve remise en cause, il ne suffit plus en effet de se prononcer sur sa légitimité. Il convient de se confronter à son activité qui, bien que modeste, n'en demeure pas moins riche d'enseignements sur l'intérêt d'une juridiction dont la création fut en son temps largement improvisée et dont la vie a été marquée par des bricolages successifs.

La C. J. R. est née de l'effet désastreux qu'ont eu sur l'opinion publique les décisions de non-lieu prises par la Haute Cour de Justice non seulement dans l'affaire dite « carrefour du développement »⁹, mais aussi et surtout dans celle du sang contaminé,¹⁰ les hommes

⁵ Quatre à ce jour : C. J. R., 9 mars 1999, *Fabius, Dufoix, Hervé* ; C. J. R., 16 mai 2000, *Royal* ; C. J. R., 7 juillet 2004, *Gillibert* ; C. J. R., 30 avril 2010, *Pasqua*.

⁶ L'auteur remercie à cet égard M. Soulier, secrétaire général de la C. J. R., pour son aide précieuse et la gentillesse de son accueil.

⁷ Olivier Beaud, *Le sang contaminé*, PUF. Coll. Béhémoth, 1999, p. 2.

⁸ A titre d'exemple, la commission des requêtes de la Cour a été saisie de 25 requêtes depuis le 1^{er} janvier 2012 ; cf. A. N., *doc. parl.* n° 251 annexe 36, *Rapport de M. Jérôme Chartier sur le projet de loi de finances pour 2013*.

⁹ Le 4 avril 1990, la commission d'instruction de la Haute Cour de Justice avait en effet déclaré l'action publique éteinte en raison de l'amnistie des crimes de complicité de soustraction et de recel de fonds publics par la loi n°90-55 du 15 janvier 1990 sur le financement des partis politiques. Était en cause Christian Nucci, ministre de la coopération du 8 novembre 1982 au 20 mars 1986.

¹⁰ Saisie par les ministres eux-mêmes, soucieux de pouvoir se défendre en justice, la commission d'instruction de la Haute Cour de Justice prononça un nouveau non-lieu, le 5 février 1993 : les délits poursuivis - non-assistance à personne en danger - étaient prescrits, les parlementaires ayant trop longtemps tergiversé avant de voter la mise en accusation des ministres.

politiques étant alors accusés d'utiliser la lourdeur de la procédure¹¹ pour assurer leur impunité de fait.¹² François Mitterrand, Président de la République, ayant entre temps reconnu le caractère « *boiteux, bâtarde et mal fichu* » du mécanisme,¹³ le Comité Vedel fut notamment chargé de proposer une réforme de la Haute Cour de Justice. Il préconisa la création d'une Cour de Justice, distincte de la Haute Cour qui resterait compétente pour juger du seul Président de la République en cas de haute trahison.¹⁴ Il s'agissait de mettre en place une juridiction de compromis, « *proche des juridictions ordinaires mais néanmoins spécifique* »¹⁵ qui serait à la fois de nature à dissiper le sentiment d'impunité de fait des membres du gouvernement et à éviter le risque de paralysie de l'action gouvernementale inhérent à la soumission pure et simple des ministres au droit commun.¹⁶

Un projet de révision constitutionnelle s'inspirant des travaux du comité consultatif fut donc déposé, le 11 mars 1993, sur le bureau du Sénat. Le gouvernement de cohabitation, issu des élections législatives des 21 et 28 mars, décida la poursuite de la révision constitutionnelle, visant notamment la création d'une nouvelle juridiction, compétente pour juger des crimes et délits commis par les membres du gouvernement, dans l'exercice de leurs fonctions.¹⁷ Après de vives discussions entre Assemblée nationale et Sénat, qui transcendèrent assez largement les clivages partisans,¹⁸ la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 est adoptée, par le parlement

¹¹ Les conditions prévues par l'ancien article 68 de la Constitution et l'ordonnance n°59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice rendaient en effet quasiment impossible le jugement d'un ministre par la Haute Cour de justice. Il supposait non seulement une saisine par les parlementaires, votée par les deux assemblées en termes identiques et à la majorité des membres les composant, mais aussi une instruction par une commission de magistrats professionnels qui, statuant sans recours, prononçaient non-lieu ou renvoi devant la Haute Cour.

¹² Parmi les critiques doctrinales de la Haute Cour, voir notamment W. Jeandidier, « L'irresponsabilité d'un ministre », *La Semaine Juridique, Edition Générale*, 1987, I, p. 3276 ; G. Vedel, Haute Cour et déficits juridiques, *Le Monde*, 31 octobre 1992 ; B. Mathieu, La responsabilité pénale des ministres ou l'« urgente » réforme d'une institution fantôme, *RFDC* 1993, n°14, p. 307 ou encore D. Turpin, « Parfaire l'Etat de droit en réformant ou en supprimant la Haute Cour de Justice », *LPA*, 13 janv. 1993, n° 6 p. 40.

¹³ Intervention télévisée du 9 novembre 1992, *Le Monde* daté du 11 nov. 1992.

¹⁴ Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen Georges Vedel, « *Propositions pour une révision de la Constitution* », *Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993*, p. 35 à 38. Dorénavant rapport Vedel.

¹⁵ *Idem.* p. 36

¹⁶ Rappelant l'existence d'un « *fort courant favorable à la soumission des ministres au pur et simple régime de droit commun des juridictions ordinaires* », le comité soulignait toutefois qu'une « *banalisation totale comporterait (...) le risque de paralyser le fonctionnement de l'État par l'utilisation des procédures à des fins partisans, notamment par l'usage abusif des constitutions de partie civile* ». *ibid.*

¹⁷ Sur ce « *premier symptôme d'une cohabitation courtoise* » mais aussi sur la « *crainte qu'une saisine de la Haute Cour sur de nouvelles bases n'aboutisse, à nouveau, à une impasse* », cf. Henri-Claude Le Gall, Cour de Justice de la République, *Jurisclasseur procédure pénale*, Fasc 20, 15 Mai 2007, n°13.

¹⁸ De manière assez inhabituelle, les divergences les plus vives n'opposèrent pas la majorité de droite à l'opposition de gauche, mais furent internes à la majorité, entre gouvernement, Sénat et Assemblée nationale. Les députés étaient généralement favorables à la création d'une juridiction proche du droit commun, tandis que les sénateurs souhaitaient en accentuer le caractère politique. Quant au gouvernement, il s'efforça d'obtenir des concessions de part et d'autre afin d'aboutir à une solution de compromis. Sur ces divergences et négociations, cf. Joseph Pierre Effa, *La responsabilité pénale des ministres sous la V^e République*, L'Harmattan, 2011, p. 79 et 82 et B. Mathieu, T. S. Renoux et A. Roux, *La Cour de justice de la République*, PUF, 1995, p. 61.

réuni en Congrès, à une très large majorité.¹⁹ Elle opère une dissociation entre le statut juridique du Président de la République et celui des membres du gouvernement, en instituant pour traiter du cas de ces derniers la C. J. R (article 68-1 de la Constitution²⁰). L'article 68-2 prévoit quant à lui la participation de douze parlementaires et de trois magistrats à cette juridiction spéciale, ainsi que sa saisine via un organe original, la commission des requêtes.²¹ Il s'agit donc, dans sa conception même, d'une juridiction de compromis masquant des intentions contradictoires, rapprochant des logiques contraires, et s'efforçant de concilier justice et politique.²² Enfin, signe que la C. J. R. est bien la « *filie naturelle de l'affaire du sang contaminé* »²³ l'article 68-3 prévoit de manière très curieuse que les dispositions instituant la C. J. R. sont applicables aux faits commis avant son entrée en vigueur. L'adoption de la loi organique du 23 novembre 1993²⁴ qui vient compléter le dispositif est beaucoup moins débattue²⁵, un peu comme si l'actualité brûlante du sang contaminé exigeait qu'on en finisse.²⁶

¹⁹ 833 voix pour, 34 contre et 19 abstentions. Congrès du Parlement, 19 juillet 1993, compte rendu intégral reproduit p. 793 à 813, in Tristan Mage, *De la Réforme adoptée de la constitution : dispositions relatives au Conseil constitutionnel, à la magistrature, à la Haute Cour de Justice et à la responsabilité pénale des membres du gouvernement*, 5 vol., T. Mage édition, 1993.

²⁰ C. art. 68-1 :

« Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis.

Ils sont jugés par la Cour de justice de la République.

La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi. »

²¹ C. Art. 68-2 :

« La Cour de justice de la République comprend quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour de justice de la République.

Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes.

Cette commission ordonne soit le classement de la procédure, soit sa transmission au procureur général près la Cour de cassation aux fins de saisine de la Cour de justice de la République.

Le procureur général près la Cour de cassation peut aussi saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

²² Sur cette démarche consistant à concilier des logiques politique et juridique opposées, cf. J. P. Effa, *op. cit.* p. 84-87. L'auteur cite notamment (en note, p. 86) les propos de P. Méhaignerie, alors Garde des sceaux, déclarant que « le gouvernement (...) souscrit (...) pour l'essentiel (...) au système proposé, qui combine les exigences d'ordre judiciaire et de nature politique » (Sénat, *CR débats*, 27 mai 1993, p. 476). Une préoccupation identique transparaît des documents parlementaires qui nourrissaient à l'époque les débats. Cf., à titre d'exemple Sénat, doc. n°395, 29 juin 1993, E. Dailly, H. Haenel, C. Jolibois, *Rapport fait au nom de la commission des lois*, dont l'une des sections s'intitule « *La recherche d'un équilibre entre le judiciaire et le parlementaire* ».

²³ O. Beaud, *op. cit.*, p. 53.

²⁴ Déclarée conforme à la Constitution par la décision n°93-327 DC du 19 novembre 1993.

²⁵ Les débats les plus intéressants sur le projet de loi organique se sont tenus devant l'Assemblée nationale lors la 1^{ère} et de la 2^{ème} séances du 6 octobre 1993. Cf. AN, *CR débats*, 6 oct 93, p 3943-3980. Ils furent essentiellement centrés sur le mode de désignation des juges parlementaires. Cf. *infra*, III B 3 (en note).

²⁶ En ce sens, H.-C. Le Gall, *op. cit.*, n°15.

Symptôme pour certains d'une substitution contestable de la responsabilité pénale à la responsabilité politique lors de l'affaire du sang contaminé²⁷, la C. J. R. bénéficie d'un statut juridique qui, pour avoir été prévu par la loi organique du 23 novembre 1993²⁸, n'en n'a pas moins été largement improvisé au gré des solutions d'espèces et demeure à bien des égards contestable (I). Cette juridiction spéciale pose dès lors des problèmes récurrents que les décisions Gillibert, Royal et surtout Pasqua sont venues confirmer (II). Mais faut-il pour autant, ainsi que l'envisage le projet de révision constitutionnelle, tirer un trait sur ladite juridiction et engager la responsabilité pénale des ministres dans des conditions qui relèvent quasi entièrement du droit commun ? (III)

I. Une affaire mal engagée

En créant la C. J. R., la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 s'est efforcée de rapprocher le régime juridique des actes délictueux ou criminels, commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions, du droit commun : application du droit pénal et de la procédure pénale, exclusion des parlementaires de la commission des requêtes comme de la commission d'instruction, présence de trois magistrats de l'ordre judiciaire aux côtés des douze parlementaires au sein de la juridiction de jugement, pouvoir de déclencher les poursuites dévolu au Procureur général près la Cour de cassation ou encore possibilité de pourvoi en cassation devant l'assemblée plénière de cette même Cour. La jurisprudence intervenue cette dernière décennie n'en continue pas moins de témoigner du caractère résolument atypique de l'institution et de susciter de multiples interrogations. La première d'entre elles porte sur la compétence même de la C. J. R. (A), tandis que la seconde renvoie à la difficulté à déterminer la nature juridique de chacune de ses composantes (B).

A) Une compétence à géométrie variable

L'attitude du politique confronté à une procédure judiciaire est souvent pour le juriste source de surprise, sinon d'inquiétude. Alors que ni l'article 68-1 de la Constitution, ni la loi organique du 23 novembre 1993 ne dérogent au principe selon lequel il revient au juge d'apprécier la portée de sa propre compétence²⁹, on a ainsi pu voir, à plusieurs reprises, des

²⁷ Voir sur ce point les travaux d'Olivier Beaud, *op. cit* ou encore « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité des ministres et sur la criminalisation du droit constitutionnel », *Revue du droit public*, juil. 1997, p. 1001 et s. Voir également, Philippe Lauvaux, « L'incertaine frontière entre le pénal et le politique », in *Les ministres devant la justice*, AFHJ, Acte sud, 1997, p. 163 et s.

²⁸ L. O. n°93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République.

²⁹ Voir en ce sens, Cass. Crim, *Carignon*, 26 juin 1995 n°95-82333, précisant que déterminer si un ministre a agi dans l'exercice de ses fonctions ne constitue pas une question préjudicielle devant être posée à la commission des requêtes de la C. J. R.

ministres revendiquer la compétence de la C. J. R. ou au contraire s'enorgueillir d'y renoncer au risque d'ailleurs de corroborer le soupçon de partialité qui pèse sur l'institution³⁰. Au-delà de la stratégie d'affichage de l'homme politique, comment expliquer par exemple que la C. J. R. ait été saisie de l'affaire Pasqua, alors qu'elle n'a eu à traiter ni du cas de Roland Dumas dans l'affaire Elf³¹, ni, plus récemment, de celui de Dominique de Villepin, dans l'affaire *Clearstream*³²? Ce traitement différencié s'explique en réalité par les conditions posées par l'article 68-1 de la Constitution : relèvent de la compétence exclusive de la C. J. R.³³ les seuls crimes et délits qui satisfont à la fois un critère organique tiré de la qualité, actuelle ou passée, de membre du gouvernement et un critère matériel, en vertu duquel les infractions doivent avoir été commises dans l'exercice des fonctions gouvernementales.³⁴ L'étroitesse de la compétence personnelle de la C. J. R. (1) s'accompagne dès lors d'une relative imprécision de sa compétence matérielle (2).

1. L'étroitesse de la compétence personnelle

Alors que l'alinéa 2 l'article 68 de la Constitution incluait jadis, dans la compétence de la Haute Cour de justice les « *complices* » des membres du Gouvernement en cas de « *complot contre la sûreté de l'État* », ni la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, ni la loi organique du 23 novembre 1993 ne font mention des coauteurs ou complices de l'infraction reprochée au ministre. Les constituants de 1993 ont en effet limité la compétence de la C. J. R. aux seuls membres du gouvernement (Premier ministre, ministres d'État, ministres, ministres délégués, secrétaires d'État), anciens ou actuels. Une telle limitation ne peut que surprendre au regard du rôle croissant qu'exercent certains directeurs de cabinet ou conseillers ministériels.³⁵ Ne pouvant être mis en examen par la commission d'instruction de la C. J. R., coauteurs et complices sont donc jugés par les juridictions de droit commun³⁶. Cette exception délibérée³⁷ au principe de l'indivisibilité des poursuites n'est pas sans poser de sérieux problèmes.

³⁰ Voir sur ce point Pierre-Olivier Caille, Cour de Justice de la République, *Jurisclasser administratif*, Fasc 40, 31 mars 2011, n° 71. On pourrait citer les cas de M. Noir J. Toubon et R. Dumas pour illustrer la première propension et celui de D. de Villepin (affaire *Clearstream*) pour la seconde.

³¹ Pour les faits de l'espèce, voir *infra*, I A 2.

³² *Idem*.

³³ sous réserve bien entendu, depuis la révision du 8 juillet 1999, de la compétence complémentaire de la Cour pénale internationale prévue par l'article 53-2 de la Constitution. Voir sur ce point P.-O. Caille, *op. cit.* n° 31.

³⁴ Pour une analyse précise de chacun de ces critères, cf. *idem.*, n° 25 à 30.

³⁵ Cf., à titre d'illustration, le rôle que semble avoir joué M. Richard, directeur de cabinet de C. Lagarde dans l'affaire de l'arbitrage en faveur de B. Tapie. *Le Monde* du 19 juin 2013, p. 8.

³⁶ Ainsi, dans l'affaire de Karachi, les principaux collaborateurs des ministres mis en cause – Renaud Donnedieu de Vabres, Nicolas Bazire et Thierry Gaubert – ont été mis en examen et sont désormais sous la menace d'un renvoi devant le tribunal correctionnel.

³⁷ Cette incompétence de la C. J. R. à l'égard des complices ou coauteurs la distingue fondamentalement de la Haute Cour de Justice. Aux termes de l'ancien article 68 alinéa 2 de la Constitution, cette dernière était en effet compétente, « *dans le cas de complot contre la sûreté de l'Etat* » à l'égard des « *complices* » des membres du

Le premier réside dans la difficulté pour la C. J. R. à entendre comme témoins des coauteurs ou complices, poursuivis pour les mêmes faits devant une juridiction de droit commun. Afin d'éviter de porter atteinte à l'équité du procès en les contraignant à s'auto-incriminer, la Cour a accepté, dès l'affaire du sang contaminé, de les dispenser de serment et de les autoriser à déposer en présence de leur avocat. Ce faisant, elle leur a permis de bénéficier des facilités offertes au témoin assisté, sans pour autant leur en reconnaître le statut³⁸. La différence de traitement qui en découle entre les personnes entendues n'en est pas moins susceptible de nuire à la qualité et à la cohérence des débats.³⁹

De manière plus problématique encore, il en résulte parfois une situation où deux juridictions distinctes sont amenées à juger pénalement des mêmes faits, la première se consacrant aux faits reprochés au ministre, l'autre à ceux commis par les coauteurs ou complices, au risque d'aboutir à des contradictions de jurisprudence. L'illustration la plus flagrante réside dans le traitement réservé par la C. J. R. à l'affaire du casino d'Annemasse mettant en cause Charles Pasqua. Ce volant de l'affaire posait la question de l'existence d'un pacte de corruption du fait des conditions anormales dans lesquelles l'autorisation d'exploiter ledit casino avait été délivrée à Robert Feliciaggi et Michel Tomi, deux proches de celui qui était alors ministre de l'intérieur. L'accord avait en effet été donné, alors qu'il avait préalablement fait l'objet d'un refus par deux ministres de l'intérieur successifs⁴⁰ et souffrait de trois avis défavorables de la Commission supérieure des jeux⁴¹. Cinq ans plus tard, Marthe Mondoloni, fille de Michel Tomi et candidate placée en position non éligible sur la liste de Ch. Pasqua aux élections européennes, apportait à la campagne une somme considérable représentant près de 60 % des fonds versés par l'ensemble des candidats de la liste. La C. J. R., dans son arrêt du 30 avril 2010, tout en reconnaissant qu'il « *est certain qu'en accordant son autorisation, Charles Pasqua (...) a voulu favoriser un ami de longue date* » et que ce dernier a voulu « *l'aider financièrement (...) par l'intermédiaire de sa fille* », considère qu'il « *n'est pas établi que le service rendu à cette occasion ait conditionné l'autorisation accordée en 1994 par le ministre* ». En conséquence, l'ancien ministre est relaxé du chef du

gouvernement. Selon H.-C. Le Gall (*op. cit.*, n° 27), le silence de la Constitution modifiée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 et celui de la loi organique du 23 novembre 1993 « *n'est pas dû à une inadvertance du législateur* ». Il rappelle en effet que le rapport de présentation à l'Assemblée nationale du projet de loi organique précisait que « *dans le cas où l'instruction révélerait la participation de personnes non justiciables de la Cour de justice de la République au crime ou au délit dont la commission est saisie, celle-ci ne pourrait que se conformer à l'obligation qui s'impose à elle (...) de saisir le Ministère public près la juridiction compétente* ». (Doc. AN 1993, Rapport de M. André Fanton, au nom de la commission des lois, n° 550).

³⁸ Un problème identique s'est posé dans l'affaire Gillibert. Passant curieusement outre l'obligation de véricité, la Cour a décidé d'entendre tous les témoins sous serment quitte à les autoriser à s'abstenir de répondre aux questions susceptibles de porter atteinte à leurs intérêts dans les procédures connexes de droit commun. Voir sur ce point, H.-C. Le Gall, *op. cit.*, n° 96.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Refus du ministre Ph. Marchand en 1991 puis de Paul Quilès un an plus tard.

⁴¹ Avis des 13 novembre 1991, 30 sept. 1992 et 27 janvier 1994 reposant essentiellement sur des doutes quant à l'honorabilité des postulants.

délict de corruption passive qui lui était reproché. Or, six mois auparavant, dans le volet non ministériel de l'affaire du casino d'Annemasse, la Cour d'appel de Paris⁴² avait condamné Ch. Pasqua à 18 mois de prison avec sursis pour financement illégal de sa campagne aux élections européennes de 1999. Était ainsi confirmée la peine prononcée par le tribunal correctionnel « *en raison de la multiplicité et de la gravité des infractions commises dont certaines portent atteinte aux principes démocratiques, et de l'intérêt personnel que le prévenu en a retiré* ». Parallèlement, Michel Tomi et sa fille se voyaient infliger par la même Cour des peines de prison pour délict de corruption active à l'encontre de Ch. Pasqua. Or, comme le souligne d'ailleurs le Premier avocat général se prononçant en faveur de la cassation de l'arrêt de la C. J. R, si l'agent a été corrupteur, le ministre est nécessairement corrompu. Il s'agit là « *d'un couple dont la culpabilité est indissociable* »⁴³. Pourtant, tandis que la juridiction de droit commun établit l'existence d'un pacte de corruption, la juridiction d'exception qui se prononce quelques mois plus tard sur les mêmes faits n'hésite pas à en nier la réalité...

Compliquant l'administration de la preuve et mettant en péril la cohérence d'ensemble des décisions juridictionnelles, l'étroitesse de la compétence personnelle de la C. J. R. a également pour effet de fragiliser la légitimité de ses décisions, tout en accroissant les risques de contestation des décisions prises par les juridictions de droit commun. Ainsi, dans l'affaire Pasqua, les motivations contradictoires de la C. J. R. et de la Cour d'appel de Paris furent à l'origine du premier pourvoi en cassation initié par le procureur général à l'encontre d'un arrêt de la C. J. R.⁴⁴. De surcroît, la thèse de l'inexistence du pacte de corruption soutenue par la C. J. R. n'a pas échappé à Michel Tomi qui a déposé une demande de révision de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 septembre 2009, motif pris du doute sur sa culpabilité engendré par l'arrêt de la CJR du 30 avril 2010⁴⁵. La demande a néanmoins été

⁴² Arrêt du 18 septembre 2009 n°08/03960 devenu entre-temps définitif.

⁴³Cf. Ch. Raysséguier, « Avis sur Cass., ass. plén., 23 juil. 2010, Pasqua et Procureur général près la Cour de cassation », *Bull. inf. C. cass.*, n° 729, 15 oct. 2010, p. 30. La contradiction entre l'arrêt de la C. J. R. et celui de la CA de Paris est tellement flagrante que l'avis du Premier avocat général mérite d'être cité de manière un peu extensive :

« *Il est reproché à l'arrêt attaqué de ne pas s'être expliqué, dans la motivation relative à la corruption passive reprochée au ministre, sur l'incompatibilité logique existant entre un pacte établi avec l'autorité de la chose jugée à l'égard du corrupteur et la constatation qu'il pouvait ne pas l'être à l'égard du corrompu.*

Ainsi, selon le moyen, l'arrêt attaqué n'a pas suffisamment motivé sur les éléments constitutifs visés dans la prévention contre le ministre et retenus dans la décision définitive du 18 septembre 2009 rendue par la Cour d'appel de Paris contre le corrupteur et versée aux débats devant la Cour de justice de la République.

En omettant de s'expliquer sur les circonstances de fait retenues pour déclarer établi le délict de corruption active, dont tous les éléments constitutifs s'appliquent pour les mêmes faits au corrompu, tant il est vrai que l'agent public et son partenaire forme in couple dont la culpabilité est indissociable, l'arrêt attaqué n'a pas justifié sa décision de relaxe. »

⁴⁴ Sur son rejet par l'assemblée plénière, cf. *infra* II B.

⁴⁵ *Commission de révision des condamnations pénales*, 6 juin 2011, OREV097 : « Attendu que M. Michel X... fait valoir au soutien de sa requête que la décision de relaxe prononcée le 30 avril 2010 par la Cour de justice de la République au bénéfice de M. Charles Y... du chef de corruption passive constitue un élément nouveau, au sens de l'article 622 4° du code de procédure pénale, de nature à faire naître un doute sur sa culpabilité telle que retenue par l'arrêt susvisé en date du 18 septembre 2009 qui l'a condamné, *en ce que les motifs de ces deux*

rejetée le 6 juin 2011 par la commission de révision des condamnations pénales. Sacrifiant la logique sur l'autel de la rigueur juridique, celle-ci s'est en effet retranchée derrière l'absence d'identité des délits (corruption active devant la Cour d'appel de Paris ; corruption passive devant la C. J. R.) pour estimer que les faits de corruption pouvaient légitimement faire l'objet d'une appréciation différente par chacune des juridictions.⁴⁶

Si la compétence *rationae personae* de la C. J. R. apparait de la sorte clairement - sinon excessivement - circonscrite, les contours de sa compétence matérielle demeurent en revanche plus difficiles à cerner.

2. L'imprécision de la compétence matérielle

Bien que la création de la C. J. R. ait eu vocation à faciliter l'engagement de la responsabilité des ministres sans pour autant soumettre purement et simplement l'action publique au droit commun⁴⁷, la compétence matérielle de ladite Cour a été très vite limitée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Du temps de la Haute cour de justice, le ministre bénéficiait en effet d'un privilège de juridiction absolu, puisque tout acte accompli *pendant* l'exercice de ses fonctions était considéré comme ayant été accompli *dans* l'exercice de ses fonctions⁴⁸. Loin de ce critère temporel, la Cour de cassation a précisé que les actes justiciables de la C. J. R. en vertu de l'article 68-1 de la Constitution sont ceux qui ont « *un lien direct* »⁴⁹ ou encore « *un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État* »⁵⁰. C'est donc dorénavant un critère matériel qui prévaut: la compétence de la C. J. R. ne saurait s'étendre aux actes dont la commission est seulement concomitante à l'exercice d'une

décisions sont en totale contradiction, celle rendue par la Cour de justice de la République excluant l'existence d'un pacte de corruption entre M. X... et M. Y... et celle rendue par la cour d'appel de Paris retenant l'existence d'une telle convention ; » Italiques ajoutées par nos soins.

⁴⁶ *Idem* : « Attendu que la corruption suppose, par sa nature même, deux faits principaux dont l'un ne saurait être l'accessoire de l'autre ; qu'il suit de là que la corruption passive prévue par l'article 432-11 du code pénal constitue un délit distinct, dans ses éléments constitutifs, de celui de corruption active prévu par l'article 433-1 du même code ; que ces faits de corruption sont susceptibles d'une appréciation différente, au regard des éléments constitutifs, par chacune des juridictions qui les ont examinés ; Que dès lors, la circonstance que la Cour de justice de la République a jugé, le 30 avril 2010, "qu'il n'est pas établi que le service rendu lors du financement de la campagne électorale en 1999 [par M. X...] ait conditionné l'autorisation accordée en 1994 [par M. Y...]" et que le délit de corruption passive n'était pas caractérisé à l'encontre de M. Y..., n'est pas de nature à remettre en cause la décision de culpabilité du chef de corruption active prise à l'encontre de M. X... par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 18 septembre 2009, les deux juridictions ayant souverainement apprécié différemment les éléments constitutifs des infractions poursuivies à l'encontre de chacun des protagonistes ; Qu'il y a lieu en conséquence de rejeter la requête ; »

⁴⁷ Cf. JOAN, CR, 6 octobre 1993, p. 3953.

⁴⁸ L'adoption de ce critère temporel remonte à l'arrêt Frey rendu par la chambre criminelle le 14 mars 1963 (n° 62-92.785) et été par la suite systématiquement confirmé. Pour la jurisprudence en la matière, voir P.-O. Caille, *op. cit.*, n° 4.

⁴⁹ Cass. Crim., Toubon, 13 déc. 2000, n°2000-007735.

⁵⁰ Cass. Crim., Carignon, 26 juin 1995, n°1995-002036.

fonction ministérielle ou aux actes qui ne sont commis par des ministres qu'à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.⁵¹

L'application de ce critère est souvent relativement simple. Ainsi, dans l'hypothèse où Éric Woerth⁵² se serait livré à une prise illégale d'intérêt dans le cadre de la vente du golf et de l'hippodrome de Compiègne, c'est en tant que ministre du budget et autorité de tutelle de France Domaine chargé de l'estimation de la parcelle litigieuse qu'il aurait agi⁵³. Un constat identique pourrait être fait à propos de Christine Lagarde : ce n'est que par la C. J. R. qu'elle pouvait être entendue à propos de la sentence arbitrale largement favorable à Bernard Tapie⁵⁴. Il lui est en effet reproché de s'être abstenue d'intenter un recours à l'encontre de cette dernière, alors qu'elle était ministre de l'économie et autorité de tutelle de l'Établissement public de financement et de restructuration (EPFR), détenteur à 100 % du Consortium de réalisation du Crédit lyonnais (CDR) - une des parties à l'arbitrage controversé.

Il arrive toutefois que la compétence de la C. J. R. n'aille pas de soi. Ainsi, il y a quelques années, il fut reproché à Roland Dumas de s'être rendu coupable et complice d'abus de biens sociaux pour avoir notamment incité la société Elf Aquitaine à recruter sa maîtresse, alors qu'il était ministre des affaires étrangères. En raison de l'incidence qu'avait probablement eu le statut ministériel du mis en cause sur la décision d'Elf, il aurait pu être soutenu que l'affaire ressortissait de la compétence de la C. J. R. Ce raisonnement fut d'ailleurs au fondement d'un pourvoi exercé contre l'arrêt de la chambre d'accusation qui avait écarté l'exception d'incompétence des juridictions de droit commun. La Cour de cassation a néanmoins rejeté le pourvoi, au motif que la chambre d'accusation avait fait une exacte application des articles 20 et 68-1 de la Constitution, en considérant que « *les chefs d'accusation de Roland Dumas, qui n'avait pas dans ses attributions la tutelle des sociétés Elf, n'ont aucun lien direct avec la détermination et la conduite de la politique de la Nation et les affaires de l'État* »⁵⁵. La commission de ces faits ayant été concomitante à l'exercice d'une activité ministérielle, c'est donc une interprétation pour le moins restrictive de cette notion de « lien direct » qui permet le rejet du pourvoi⁵⁶.

⁵¹ Cass. Crim., *Noir*, 6 fév. 1997, n° 1997-000531.

⁵² Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique du gouvernement de François Fillon du 18 mai 2007 au 22 mars 2010.

⁵³ Sur la dépendance statutaire de France Domaine à l'égard du ministre du budget dans le cadre de cette affaire, voir l'analyse de Ph. Yolka, Compiègne : retour aux courses, *AJDA* 2013, p. 73.

⁵⁴ Audition en tant que témoin assisté des 23 et 24 mai 2013, après saisine de la commission d'instruction de la C.J.R. par la commission des requêtes le 4 août 2011.

⁵⁵ Cass. Crim., *Dumas*, 16 fév. 2000, n° 99-86.307 ; note V. Bück, *Recueil Dalloz*, 2001 ; J. F. Renucci, *Revue de science criminelle* 2000 p. 840.

⁵⁶ R. Dumas a finalement été relaxé des poursuites engagées à son encontre dans l'affaire Elf par la Cour d'appel de Paris, le 29 janvier 2003.

Plus récemment, ce sont à nouveau les actes imputés à un ministre des affaires étrangères qui ont remis la question de l'exacte portée de la compétence matérielle de la C. J. R. sur le devant de la scène. Dans l'affaire *Clearstream*, l'absence de dessaisissement des juges du tribunal correctionnel a en effet pu surprendre. Il était reproché à Dominique de Villepin son absence de réaction – juridiquement, une « complicité par abstention » des plus fragiles – alors qu'il aurait eu connaissance, en sa qualité de ministre, à la fois de l'existence et de la fausseté des listings établis par l'institution financière étrangère impliquée dans cette nébuleuse affaire⁵⁷. L'absence de saisine de la C. J. R. en l'espèce montre bien combien la relative indétermination de sa compétence est susceptible d'ouvrir la voie aux stratégies contentieuses. Ni la principale partie civile – devenue entre-temps Président de la République – ni le mis en cause n'avaient en effet intérêt à voir la C. J. R. se saisir de l'affaire. Pour Nicolas Sarkozy, l'impossibilité de se porter partie civile devant la C. J. R. minorait très largement l'intérêt d'une plainte devant la commission des requêtes. Le Parquet aurait certes pu saisir d'office la C. J. R., mais bien évidemment ni son statut constitutionnel, ni le contexte de l'affaire ne l'incitaient à le faire. Quant à Dominique de Villepin, sans doute avait-il plus à craindre d'une juridiction politique dont les membres appartenaient pour l'essentiel à la majorité parlementaire désignée au lendemain de l'élection présidentielle que d'une juridiction de droit commun composée de juges professionnels. Sa relaxe fut d'ailleurs confirmée par la Cour d'appel de Paris le 14 septembre 2011.⁵⁸

Juridiction spéciale dont la compétence se limite aux seuls membres du gouvernement, la C. J. R. se singularise également par une compétence matérielle qui évolue assez largement au gré des espèces. Signe que cette relative indétermination est l'une des caractéristiques de l'institution, on la retrouve dans un tout autre domaine : à travers la difficulté qu'il y a à qualifier la nature juridique exacte de chacune de ses composantes.

B) Une juridiction tripartite atypique

L'organisation de la C.J.R apparaît *a priori* d'un grand classicisme : trois organes distincts – commission des requêtes, commission d'instruction et formation de jugement –

⁵⁷ Les faits de l'espèce sont en effet particulièrement complexes. Un juge d'instruction, dans le cadre d'un dossier relatif à des commissions versées lors de la vente de frégates à Taïwan, avait en effet reçu des listes de noms de personnalités – dont celui de Nicolas Sarkozy – censées posséder des comptes dans une chambre de compensation nommée *Clearstream*. A ce dossier pénal, dans lequel N. Sarkozy s'est finalement constitué partie civile est d'ailleurs venu s'ajouter un volet administratif, le Président Sarkozy ayant pris un décret destiné à prolonger dans ses fonctions l'un des juges chargés de l'instruction du dossier. D. de Villepin, invoquant l'existence d'un détournement de pouvoir et une atteinte au principe de l'égalité des armes prévue par la Convention européenne des droits de l'homme, en contesta en vain la légalité, le Conseil d'Etat considérant que le décret avait été motivé par un souci de bonne administration de la justice : CE, 5 juin 2009, *M. de Villepin*, n°322283 ; ccl De Silva, *RFDA* 2009 p. 803.

⁵⁸ CA de Paris, pole 5, chambre 12, n° rg 10/8316, 14 sept. 2011.

chargés d'exercer les trois fonctions traditionnellement assignées à une juridiction : saisine, instruction et jugement. Se substituant au système tant contesté de la mise en accusation des ministres par les deux assemblées qui prévalait du temps de la Haute Cour, la commission des requêtes apparaît ici comme la clé de voute du système (1). Le particularisme problématique qui la caractérise se retrouve au sein de la commission d'instruction (2), comme de la formation de jugement (3).

1. Le rôle décisif de la commission des requêtes

Originale, la commission des requêtes l'est avant tout par sa composition: aux trois magistrats du siège à la Cour de cassation viennent s'ajouter deux conseillers d'État et deux conseillers maîtres à la Cour des comptes. L'idée de conjuguer magistrats judiciaires et familiers de l'action administrative et financière de l'État, afin de favoriser une juste appréciation des conditions d'exercice de l'action gouvernementale, a d'ailleurs fait florès, puisque c'est très précisément cette composition qu'entend reprendre le projet de loi constitutionnelle⁵⁹. Ni autorité de poursuites, ni juridiction, la commission des requêtes est difficile à qualifier juridiquement. L'objet des développements qui suivent est précisément d'en déterminer la nature juridique.

« Instance essentielle dans le processus de saisine de la Cour de justice »⁶⁰, la commission des requêtes a pour fonction d'opérer un tri parmi les plaintes déposées à l'encontre des ministres. L'article 68-2 de la Constitution autorise en effet particuliers et personnes morales à porter plainte auprès de la commission des requêtes. Si elle estime la plainte fondée, cette dernière transmet la procédure au procureur général près la Cour de cassation qui est alors tenu de saisir la commission d'instruction.⁶¹ C'est ainsi que naquit l'affaire Royal⁶². Le procureur général peut également agir d'office, sur avis conforme de la commission des requêtes⁶³ – procédure qui fut à l'origine des affaires Gillibert⁶⁴ ou Woerth⁶⁵ – ou encore sur le fondement d'ordonnances prises par un juge d'instruction confronté, comme dans l'affaire Pasqua⁶⁶, ou dans l'affaire Karachi⁶⁷, à des faits commis par un ministre dans

⁵⁹ Cf. *infra* III A.

⁶⁰ Projet de loi organique sur la C. J. R. déposé à l'assemblée nationale le 10 sept. 1993 (texte n° 504).

⁶¹ Le comité Vedel voyait dans cette obligation faite au Procureur général près la Cour de cassation de saisir la commission d'instruction une contrepartie de l'exclusion des parties civiles : *op. cit.*, p. 35-36.

⁶² C. J. R., 16 mai 2000.

⁶³ C. art. 68-2, alinéa 4 : « Le procureur général près la Cour de cassation peut aussi saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes. »

⁶⁴ C. J. R., 7 juillet 2004.

⁶⁵ Le 13 janvier 2011 fut en effet confiée à la commission d'instruction de la C.J.R., une enquête sur l'ancien ministre du budget, pour prise illégale d'intérêts dans le cadre de la vente en mars 2010 d'une parcelle de la forêt de Compiègne comprenant un hippodrome et un golf.

⁶⁶ C. J. R., 30 avril 2010.

⁶⁷ Ordonnance d'incompétence des juges R. Van Ruymbeke et R. Le Loire du 6 février 2014.

l'exercice de ses fonctions. La commission des requêtes exerce ainsi un rôle central au sein du dispositif, puisqu'elle demeure seul juge de l'opportunité des poursuites et de la qualification des faits poursuivis.⁶⁸ L'ouverture de la procédure aux particuliers reste en effet partielle : la constitution de partie civile étant exclue devant la C. J. R.,⁶⁹ le plaignant est incapable de déclencher à lui seul la mise en mouvement de l'action publique et de demander réparation du préjudice subi. En conséquence, les décisions de la commission des requêtes échappent à tout recours.⁷⁰

La Cour de cassation a été amenée, dans le cadre de l'affaire Royal, à préciser la nature juridique de cette institution⁷¹. Ministre déléguée auprès du ministre de l'éducation nationale, Ségolène Royal avait été renvoyée devant la C. J. R. pour complicité de diffamation publique envers des fonctionnaires publics⁷². L'espèce est doublement curieuse. On peut tout d'abord s'étonner de voir que le processus n'a pas été arrêté au niveau de la commission des requêtes et qu'il a fallu en conséquence réunir la C. J. R. pour des faits aussi bénins. Ensuite, il est peut-être plus surprenant encore de constater que cette procédure en diffamation est allée à son terme, alors que le réquisitoire introductif du procureur général n'est intervenu qu'une fois le délai d'action en matière de délit de presse écoulé.⁷³ La ministre estimait d'ailleurs que la prescription de l'action publique avait été acquise, du fait de l'inaction de la commission des requêtes et s'était en conséquence pourvue en cassation contre l'arrêt de la commission d'instruction ordonnant le renvoi de l'affaire devant la C. J. R.⁷⁴ Pour déterminer si la prescription était en effet acquise ou, au contraire, avait été suspendue, il convenait, au préalable, de définir la nature juridique de la commission des requêtes. Fait-elle ou non partie intégrante du ministère public ? Dans l'affirmative, l'action publique se trouvait

⁶⁸ Aux termes de l'article 14 de la LO, « *la commission des requêtes apprécie la suite à donner aux plaintes qu'elle reçoit. Elle avise le plaignant de la suite réservée à sa plainte. Les actes de la commission des requêtes ne sont susceptibles d'aucun recours* ». L'absence de recours juridictionnel contre les décisions de la commission des requêtes a été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 93-327 DC, *L.O. sur la C. J. R.*, du 19 nov. 1993 : « *Considérant que l'article 14 dispose que la commission des requêtes apprécie souverainement et sans que ses actes soient soumis à recours les suites qu'elle entend donner aux plaintes en se bornant à informer les plaignants ; que la latitude qui lui est ainsi laissée est conforme à l'article 68-2 de la Constitution, qui en prévoyant la possibilité d'un classement des poursuites l'a rendue juge de l'opportunité de ces dernières ; que dès lors l'article 14 n'est pas contraire à la Constitution* ».

⁶⁹ *L. O. sur la C. J. R.* n°93-1252 du 23 nov. 1993, art. 13, déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°93-327 DC du 19 novembre 1993 au motif que si l'article « exclut toute constitution de partie civile devant la Cour de justice de la République, il garantit la possibilité d'exercer des actions en réparation de dommages susceptibles de résulter de crimes et délits commis par des membres du Gouvernement devant les juridictions de droit commun, qu'ainsi il préserve pour les intéressés l'exercice de recours ».

⁷⁰ *Idem.*, art. 14, al. 3.

⁷¹ Cass. ass., 23 déc. 1999, n° 99-86298.

⁷² Répondant à des journalistes, elle avait reproché à des enseignants, aisément identifiables, d'avoir permis la commission d'actes de bizutage particulièrement dégradants au sein d'une classe préparatoire du lycée Thiers à Marseille.

⁷³ Trois mois à compter du jour où les faits reprochés ont été commis.

⁷⁴ Commission d'instruction, arrêt du 1^{er} oct. 1999.

nécessairement prescrite, le ministère public étant dans l'impossibilité d'arguer de l'inertie de l'une de ses propres composantes pour conclure à la suspension du délai de prescription. Dans l'hypothèse inverse qui consistait à distinguer la commission des requêtes du ministère public, la prescription était suspendue par l'obstacle de droit que constituait la saisine préalable de la commission des requêtes. Signe de la nature juridique fondamentalement indéterminée de la commission des requêtes, la première thèse - celle de l'indivisibilité du ministère public - fut soutenue avec des arguments relativement forts par le Procureur général près la Cour de cassation⁷⁵. Si certains étaient tirés des débats parlementaires de 1993 qui insistaient sur le fait que « *la mission dévolue à la commission des requêtes s'apparente à celle exercée par le Parquet* »⁷⁶, d'autres découlaient de la Constitution elle-même. Dans la mesure où, en vertu de l'article 68-2, les décisions de classement ou de transmission prises par la commission des requêtes lient le Procureur général près la Cour de cassation, il apparaissait en effet difficile de ne pas adhérer à la thèse de l'indissociabilité des deux composantes. La Cour de cassation⁷⁷ préféra néanmoins endosser le raisonnement de son conseiller rapporteur qui insistait sur l'originalité de la commission pour mieux rejeter l'hypothèse de la prescription.⁷⁸ Ni véritablement juridiction – puisqu'insusceptible de recours – ni parquet à proprement parler – faute d'initiative des poursuites - la commission des requêtes demeure une instance *sui generis*, chargée d'un rôle de filtre. Ne faisant pas partie intégrante du ministère public, sa nécessaire intervention constitue une sorte de parenthèse juridique qui entrave l'action des autres parties et qui, en conséquence, suspend le délai de prescription. Si la règle est heureuse pour la justiciabilité des actes ministériels, elle est évidemment dommageable du point de vue de la célérité de la justice, l'éventuelle inertie de la commission des requêtes demeurant dépourvue de sanction : d'où la nécessité pour certains de faire évoluer la procédure de saisine afin d'éviter que la formation de jugement soit confrontée à des faits dont l'ancienneté favorise les différences d'appréciation.⁷⁹

Une fois passé le filtre de cette commission des requêtes très particulière, il revient à une commission d'instruction tout aussi singulière de prendre en charge le dossier.

2. *La spécificité de la commission d'instruction*

Non mentionnée par la Constitution, mais prévue par la loi organique du 23 novembre 1993, la commission d'instruction est un organe collégial exclusivement formé de

⁷⁵ Ccl. Ph. Chemithe, *Bull. inf. C. cass.*, n° 509, 1^{er} mars 2000, p. 11-15.

⁷⁶ AN, CR débats, 1^{ere} séance du 6 octobre 1993, p. 3947.

⁷⁷ *Cass.*, ass. plén., 23 déc. 1999, *Royal* : 1999-004737 ; *Bull. inf. C. cass.* 1^{er} mars 2000, p. 2 ; *Bull. crim.*, n° 312, p. 967 ; *Gaz. Pal.* 16-17 févr. 2000, p. 15, note J.-F. Burgelin.

⁷⁸ Rapport et note Ch. Chanet, *op. cit.*, p. 22-24.

⁷⁹ Voir en ce sens la position de Marie-Anne Montchamp, alors sénatrice UMP du Val-de-Marne et juge à la C. J. R., reproduite in « *Faut-il supprimer la Cour de Justice de la République?* », Violette Robinet, *L'Express.fr*, 3 mai 2010.

magistrats du siège à la Cour de cassation. Les caractéristiques les plus saillantes de sa procédure laissent à penser que la Haute Cour a pu ici servir de repoussoir. Ainsi, contrairement à la pratique de sa devancière, « *la commission d'instruction de la C. J. R. doit toujours agir collégalement* ». ⁸⁰ De même, il lui est loisible, en vertu de l'article 20 de la loi organique, de « *requalifier les faits soumis à son appréciation* ». En effet, au début de l'affaire du sang contaminé, la commission d'instruction de la Haute Cour, faute de disposer d'un tel pouvoir, avait été contrainte de constater l'extinction de l'action publique. ⁸¹ Une fois instituée, la commission d'instruction de la C. J. R. ne s'est d'ailleurs pas privée d'user de cette faculté puisque, saisie de faits qualifiés d'administration de substances nuisibles à la santé, elle les a requalifiés successivement de complicité d'empoisonnement, puis d'homicide involontaire, interprétant ce faisant de manière extensive l'article 68-1 de la Constitution pour inclure dans son champ d'application les fautes de négligence et d'imprudence des ministres ⁸². Enfin, alors que la commission d'instruction de la Haute Cour était souveraine, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet d'un pourvoi. ⁸³ Ce dernier étant porté devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, la juridiction de renvoi, en cas de cassation, « *doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci* ». ⁸⁴

L'existence de cette commission d'instruction ouvre la voie à deux séries de critiques.

La première tient à sa propension, dès lors qu'elle est saisie, à refaire intégralement les instructions qui, dans certains cas, ont déjà été menées à bien par le juge d'instruction ordinaire. Tel fut le cas dans le cadre de l'affaire Pasqua. Lorsqu'en juin 2003, Philippe Courroye, alors juge d'instruction au pôle financier de Paris, décide de se dessaisir du volet ministériel de l'affaire des commissions occultes au profit de la C. J. R., l'état d'avancement de ses dossiers est tel que la commission d'instruction est rapidement en mesure de signifier à l'ancien ministre sa triple mise en examen. ⁸⁵ De l'aveu de M. Le Gall, ⁸⁶ alors Président de la

⁸⁰ JOAN, CR, 6 octobre 1993, p. 3962. Cette caractéristique découle de la suppression, après un vif débat, d'une disposition du projet de loi organique qui autorisait la commission d'instruction à recourir aux commissions individuelles. En pratique, celles-ci sont néanmoins utilisées pour l'audition des témoins non ministres.

⁸¹ *Comm. Instr. Haute Cour de justice*, 5 fév. 1993. Voir sur ce point, H.-C. Le Gall, *op. cit.*, n° 69.

⁸² Pour une critique de cette « *conception maximaliste des crimes et délits pouvant engager la responsabilité des gouvernants* », cf. O. Beaud, *Le sang contaminé*, PUF. Coll. Béhémoth, 1999, p. 86 à 106 (la formule figure p. 89). Les ministres ont finalement été jugés pour atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité physique des personnes. Cf. C. J. R., 9 mars 1999, *Fabius, Dufoix, Hervé*, n° 99-001.

⁸³ *L. O. sur la C. J. R.* du 23 nov. 1993, art. 24 : « *Dans les conditions et formes déterminées par le titre Ier du livre III du code de procédure pénale, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation* ».

⁸⁴ En vertu du renvoi, par l'article 25 de la L.O., à l'article L. 431-4 du Code de l'organisation judiciaire.

⁸⁵ Mises en examen en date du 8 octobre 2004 pour « *corruption passive* » et « *complicité et recel d'abus de biens sociaux* » (affaires d'Annemasse, d'Alsthom et de la Sofrémi).

⁸⁶ Interrogé par F. Lhomme in « *Comment les dossiers Pasqua ont été enterrés* », *mediapart.fr*, 2 juillet 2008.

C.J.R, les trois membres de la commission d'instruction « *auraient pu renvoyer les dossiers en l'état* ». Mais « *s'agissant d'un ancien ministre, on prend forcément beaucoup de précautions... Cela a pris beaucoup de temps car la commission d'instruction a voulu tout reprendre plutôt que de se contenter du travail fait par M. Courroye. Ils ont estimé qu'ils devaient tout révérifier.* »⁸⁷ Or, « *quand vous réentendez les gens, ils ne disent jamais exactement la même chose. Ça donne des contradictions, qui nécessitent des confrontations, etc. En plus, on connaît les méthodes de M. Courroye : il "secoue" un peu les gens et après ils parlent. Or, je sais que devant la commission d'instruction, des témoins se sont rétractés.* »⁸⁸ Il est en effet probable que le confort de la rue de Constantine incite moins à la confiance que 48 heures de garde à vue dans les locaux vétustes de la brigade financière...⁸⁹ En conséquence, ce n'est qu'en 2008⁹⁰ que la commission d'instruction de la C. J. R. fut en mesure de transmettre au parquet général les trois dossiers relatifs à la période 1993-1995 dont elle avait pourtant été saisie... 5 ans auparavant⁹¹.

La seconde série de critiques est plus technique. Elle découle d'une particularité propre à la commission d'instruction qui réside dans la possibilité qui lui est offerte de statuer sur la régularité de ses propres actes d'information. En 2003, Michel Gillibert, ancien secrétaire d'État aux handicapés renvoyé devant la C. J. R. du chef d'escroquerie⁹², s'est en effet pourvu en cassation contre deux arrêts de la Commission d'instruction⁹³, au motif que cette règle, prévue par l'article 23 de la loi organique, méconnaîtrait les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La Cour de cassation a toutefois considéré que le droit à un procès équitable n'est pas méconnu dès lors que la commission d'instruction se « *prononce sous le contrôle de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation* » qui a « *en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit* »⁹⁴. Par cet énoncé au caractère éminemment performatif, la haute juridiction semble considérer que sa seule intervention suffit à couvrir l'ensemble des vices procéduraux susceptibles d'affecter la commission d'instruction. Il est vrai que s'agissant du contentieux des nullités de l'information, la Cour de cassation exerce un contrôle dont la portée est loin d'être négligeable : elle est pleinement compétente pour examiner *in concreto* l'ensemble des pièces

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Cf. F. Lhomme, *art. cit.*

⁹⁰ Transmission pour règlement en date des 6, 11 et 20 avril 2008.

⁹¹ Ce qui, bien évidemment incite à s'interroger sur la compatibilité d'une telle procédure avec le délai raisonnable prévu à l'article 6 alinéa 1^{er} de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁹² Était en cause l'utilisation d'associations dont le secrétaire d'État suscitait la création et assurait le contrôle. Destinées en apparence au financement d'actions de solidarité, via l'attribution de subventions publiques, elles avaient en réalité servi à rémunérer certains de ses collaborateurs et à payer des dépenses qui lui étaient personnelles. Cf. Y. Monnet, *Gaz. Pal.*, 22 juin 2004 n° 174, p. 5.

⁹³ Arrêt du 12 octobre 2001 rejetant une action en annulation d'actes de la procédure et arrêt du 23 janvier 2003 le renvoyant devant la formation de jugement de la C. J. R.

⁹⁴ Cass. Ass. plén., 6 juin 2003, *Michel Gillibert* n° 01-87.092 et 03-80.734.

de la procédure⁹⁵. De plus, dès le début des années 2000, la jurisprudence conventionnelle était revenue à une conception plus souple du principe d'impartialité⁹⁶, tolérant par exemple l'exercice successif de fonctions d'instruction⁹⁷, afin d'éviter que l'exigence d'une stricte séparation n'aboutisse à un blocage de la juridiction concernée. La tentation était donc forte de conclure à la conventionalité du système. Demeure néanmoins l'impression qu'un tel raisonnement élude largement la question de l'impartialité fonctionnelle de la commission⁹⁸. Sans entrer ici dans la délicate question de l'applicabilité de l'article 6, § 1 de la CEDH au contentieux de l'annulation dans la phase préparatoire du procès pénal⁹⁹, notons en effet combien il peut sembler anormal qu'une même formation juridictionnelle soit à la fois appelée à accomplir des actes d'information et à statuer sur la contestation de la régularité de ces actes, quand bien même ces derniers ne préjugeraient pas de la culpabilité du mis en examen¹⁰⁰. La double attribution de la commission d'instruction reste en conséquence problématique, comme en témoigne d'ailleurs l'article 25 de la loi organique du 23 novembre 1993 qui prévoit qu'en cas d'annulation d'un arrêt de la commission d'instruction, la Cour de cassation renvoie l'affaire devant ladite commission autrement composée.¹⁰¹

Si la commission d'instruction, par son existence même et son particularisme marqué, pose de la sorte un certain nombre de difficultés, il n'en va pas autrement de la formation de jugement.

3. Le caractère composite de la formation de jugement

La C. J. R. au sens strict est une juridiction complexe. À sa composition hybride, âprement débattue lors de la révision constitutionnelle¹⁰², vient s'ajouter une procédure mixte, qui s'inspire à la fois des règles applicables en matière correctionnelle et criminelle. Le

⁹⁵ Voir en ce sens l'avis du Premier avocat général Régis de Gouttes, *Bull. info. Cour Cass.*, 1^{er} août 2003, p. 7.

⁹⁶ Alors que pendant longtemps « *un simple doute aussi peu justifié soit-il* » suffisait à conclure au défaut d'impartialité, nombreux sont aujourd'hui les arrêts qui exigent que les appréhensions du requérant soient objectivement justifiées. Cf. not. CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, n° 34130/96, § 42 ; *D.P. c. France*, n° 53971/00, § 33, 2004 ; CEDH, 9 nov. 2006, *Société Sacilor-Lormines c/ France*, n° 65411/01 § 63.

⁹⁶ *Sacilor*, précité, § 60

⁹⁷ CEDH, *Stephanelli c. République de Saint Marin*, 1^{er} juin 1999, req. n°35396/97 : Décision d'irrecevabilité du grief tenant à l'exercice de l'instruction par un même magistrat en 1^{ère} instance comme en appel. Décision sur le fond devenue définitive le 8 mai 2000 (violation de l'article 6 § 1 de la Convention, la cause de la requérante n'ayant pas été entendue publiquement par les juridictions saisies de son affaire).

⁹⁸ P.-O. Caille, *op. cit.*, n° 45 citant D. Roets, Chron., *Annuaire de droit européen*, vol I, 2003, p. 757.

⁹⁹ A l'appui de son grief, le demandeur fait mention de plusieurs arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, loin de se contenter d'appliquer l'article 6 de la CEDH aux seules juridictions appelées à se prononcer sur le « bien-fondé de l'accusation », en font application dès le stade de l'instruction des affaires pénales. Voir sur ce point De Gouttes, *op. cit.*

¹⁰⁰ En ce sens, Y. Monnet, *précité*, p. 6.

¹⁰¹ L. O. du 23 nov. 1993, art. 25 « *Lorsque la Cour de cassation annule un arrêt rendu par la commission d'instruction, elle renvoie l'affaire devant celle-ci, composée de membres titulaires ou suppléants autres que ceux qui ont rendu l'arrêt annulé* ».

¹⁰² Cf. H.-C. Le Gall, *op. cit.*, n° 73-74.

ministère public même est source de complexité, dès lors qu'un arrêt de la commission d'instruction ou de la juridiction de jugement fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

Aux termes de l'article 68-2 de la Constitution, la formation de jugement de la C. J. R. est échevinale : elle comprend trois magistrats du siège à la Cour de cassation et 12 parlementaires. L'influence du comité Vedel est ici clairement perceptible, puisque celui-ci préconisait la création d'une juridiction dont la composition évoquerait « *celle des cours d'assises, mais avec la particularité de comprendre huit "jurés" parlementaires, siégeant aux côtés de trois magistrats issus de la Cour de cassation, dont l'un présiderait la juridiction* »¹⁰³. Ce maintien de la présence des parlementaires à côté des magistrats professionnels traduit probablement « *l'idée selon laquelle la responsabilité pénale des ministres est le prolongement du contrôle politique que le Parlement exerce sur l'Exécutif* »¹⁰⁴. Il aboutit surtout à un système foncièrement insatisfaisant, qui pose le principe de la responsabilité pénale des ministres tout en le faisant sanctionner par une juridiction spéciale.¹⁰⁵ L'accroissement du nombre de juges parlementaires témoigne d'une double préoccupation : éviter que le rôle dominant au sein de la formation de jugement soit assuré par des magistrats professionnels¹⁰⁶, favoriser le pluralisme, c'est-à-dire la représentation de la configuration politique des assemblées en son sein.¹⁰⁷ Les douze juges parlementaires sont élus au scrutin majoritaire et en nombre égal par leur assemblée respective, avec le souci de reproduire la composition politique des chambres.¹⁰⁸ Comme dans toute juridiction

¹⁰³ Rapport Vedel, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁴ J. P. Effa, *op. cit.* p. 85. Il s'agit d'ailleurs là d'une conception éminemment contestable du lien qu'entretiennent responsabilité pénale et responsabilité politique. Elle est historiquement fautive, puisque c'est la responsabilité politique des gouvernants qui s'est progressivement substituée à une responsabilité de type pénal et qu'il est dès lors curieux de voir les institutions parcourir soudain le chemin inverse. Elle est également conceptuellement réductrice, en ce qu'elle revient à situer responsabilité pénale et responsabilité politique sur un même plan alors qu'elles sont marquées par une profonde hétérogénéité. Elles diffèrent en effet par leur fondement, par le degré de détermination de la faute que leur engagement suppose (détermination formelle et préalable par la loi pénale v. indétermination des erreurs politiquement sanctionnables), par leur nature (responsabilité personnelle v. responsabilité pour autrui) et par leur sanction (juridictionnelle v. politique). Sur tous ces points, voir not. O. Beaud, *Le sang contaminé*, précité, p. 105-119.

¹⁰⁵ O. Beaud, « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité des ministres et sur la criminalisation du droit constitutionnel », *art. cit.*, p. 1012.

¹⁰⁶ Voir en ce sens, Sénat, doc. n°316, 19 mai 1993, E. Dailly, H. Haenel, C. Jolibois, *Rapport fait au nom de la commission des lois*, p. 172-173, prônant une formation de jugement composée de dix parlementaires et deux magistrats du siège à la Cour de cassation, alors que le texte gouvernemental reprenait la composition préconisée par le comité Vedel.

¹⁰⁷ Ce souci fut particulièrement présent lors des débats parlementaires relatifs à la loi organique sur la C. J.R. Les députés communistes allèrent même jusqu'à regretter que la Loi constitutionnelle n'ait pas maintenue « à vingt-quatre le nombre des jurés parlementaires pour assurer le pluralisme ». AN, CR débats, 1ère séance du 6 oct. 1993, p. 3943 à 3980 (citation p. 3951).

¹⁰⁸ Article 1^{er} de la L. O. du 23 novembre 1993. Le projet de L. O. proposait l'élection des juges parlementaires au scrutin proportionnel au plus fort reste. Ce choix s'expliquait par les difficultés qu'avait eues la Haute Cour de Justice à désigner ses membres au scrutin majoritaire. Le maintien de ce dernier fut finalement décidé, sur proposition de la commission des lois de l'Assemblée nationale. Les députés le considéraient en effet comme étant le plus apte à renforcer la légitimité des juges parlementaires à la C. J. R. Afin d'éviter les blocages, il suffit

politique¹⁰⁹, c'est bien évidemment la présence de ces derniers qui crée des difficultés. Problème de nature tout d'abord, puisqu'à l'instar des assesseurs à la cour d'assises, les juges parlementaires siègent en robe mais qu'à l'image des jurés, ils ne peuvent s'adresser au prévenu que par l'intermédiaire du président de la C. J. R., magistrat professionnel de son état. Problème de désignation ensuite car ce statut mal défini renvoie lui-même à un oxymore : le juge-parlementaire. À cet égard, il convient de citer les propos d'un ancien magistrat et ancien député, fin connaisseur de l'institution pour y avoir lui-même siégé : François Colcombet. Voilà ce qu'il en disait, à l'occasion du verdict Pasqua : « *La CJR est une juridiction faite par des élus pour des élus. On puise dans un vivier beaucoup trop petit pour la constituer: les parlementaires connaissent l'homme qu'ils jugent; ils ne peuvent pas ne pas en tenir compte. Je ne veux pas dire que c'est une juridiction de connivence, mais c'est l'équivalent d'un tribunal de commerce de petite ville, où les commerçants se connaissent tous et se jugent entre eux, avec tous les dangers que cela représente, notamment celui d'être exagérément bienveillant* ». ¹¹⁰ Cette bienveillance excessive, inhérente à la dimension corporatiste de ce type d'institution, puise en réalité à deux sources : à la bienveillance de pure connivence vient s'ajouter une bienveillance d'identification. C'est l'idée, poursuit F. Colcombet, que « *si on condamne, et que dans les années à venir on fait quelque chose de comparable, on y a droit !* » ¹¹¹. En conséquence, « *de droite comme de gauche, les gens ont tendance à être moins sévères, parce qu'ils s'identifient tout à fait* » ¹¹². Or, si le fait de revêtir la robe n'interdit pas une bienveillance excessive, il n'y a aucune raison pour qu'il fasse obstacle au risque de sévérité partisane. Il faut néanmoins reconnaître que les garanties procédurales qu'offre malgré tout la C. J. R. sont parvenues jusqu'ici à éviter les injustices les plus criantes. En témoignent par exemple la relaxe de L. Fabius¹¹³ ou celle de S. Royal.¹¹⁴ Il n'en demeure pas moins que « *la garantie que la CJR n'offre pas, c'est celle de l'indépendance réelle des juges...* » ¹¹⁵ ou, plus exactement, de la grande majorité d'entre eux.

Cette mixité caractéristique de la composition de la formation de jugement est également manifeste sur le plan procédural. L'article 26 de la loi organique pose pourtant le

néanmoins, pour être élu, d'obtenir le vote de la majorité absolue des suffrages exprimés et non des membres composant l'Assemblée ou le Sénat. Quant au souci de reproduire, au sein de la formation de jugement de la C. J. R., la configuration politique des chambres, il s'inspire de la règle qui prévaut pour l'élection du Bureau de chacune des assemblées (Cf. RAN, art. 10, al. 2). *Idem.*, p. 3944, 3948, 3952, 3955 et 3956.

¹⁰⁹ Sur la nature politique de la formation de jugement de la C. J. R., cf. B. Matthieu, T. S. Renoux et A. Roux, *La Cour de justice de la République*, PUF, 1995, p. 80-81.

¹¹⁰ Cour de justice de la République: «La classe politique se protège elle-même» mar, 04/05/2010 - 14:54 | Par Mathilde Mathieu - *Mediapart.fr*; propos réitérés en substance par son auteur lors du séminaire sur la C. J. R. organisé par la revue *Jus Politicum*, le 24 avril 2013 (*podcast* à paraître sur le site *juspoliticum.fr*).

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ C. J. R., 9 mars 1999, *Fabius, Dufoix, Hervé*.

¹¹⁴ C. J. R., 16 mai 2000, *Royal*.

¹¹⁵ F. Colcombet, *op. cit.*

principe selon lequel les règles auxquels obéissent débats et jugements en matière correctionnelle sont applicables devant la C. J. R. (récusation pour cause déterminée, débats publics, jugements motivés¹¹⁶, etc.). Nombreuses sont toutefois les dérogations au principe posé par l'article 26. Tel est le cas par exemple des règles de délibération. En effet, les parlementaires craignant que l'application au délibéré des règles prévues en matière correctionnelle réduise de manière excessive l'influence des juges parlementaires par rapport à celle des magistrats de profession¹¹⁷, les règles de délibération devant la C. J. R. sont celles en vigueur devant la cour d'assises : vote par bulletin secret et à la majorité absolue sur chaque chef d'accusation.¹¹⁸ De la même manière, le principe selon lequel un arrêt ne peut être valablement rendu que par des juges qui ont assisté à l'ensemble des audiences apparente encore un peu plus la C. J. R. à une cour d'assises. Les juges suppléants de la C. J. R. sont en effet tenus d'assister à l'intégralité des débats, sauf à accentuer la fragilité d'une institution qui est incapable de juger une affaire lorsqu'un titulaire et son suppléant sont tous deux empêchés. On imagine sans peine la lourdeur du processus dès lors qu'il s'agit de mobiliser pas moins de vingt-quatre parlementaires, parfois plusieurs jours d'affilée.

Au caractère douteux de l'impartialité objective de la juridiction et au syncrétisme procédural plus ou moins heureux qui prévaut en son sein, viennent s'ajouter les difficultés liées à la composition du ministère public. Devant la C. J. R., celui-ci est exercé par le Procureur général près la Cour de cassation assisté de trois avocats généraux.¹¹⁹ La position hiérarchique élevée de ces parquetiers est censée être un gage de sérénité, de sagesse et d'indépendance.¹²⁰ Ce ministère public, analogue à celui qui existait auprès de la Haute cour de justice pose néanmoins problème dès lors que les arrêts de la C. J. R. peuvent faire l'objet de recours en cassation. C'est en effet ce même Procureur général, ou ceux qui procèdent de lui, qui est chargé de veiller à l'application correcte de la loi lors des audiences de la Cour de cassation. De plus cette identité organique se combine à un dédoublement fonctionnel : devant la C. J. R. le Procureur général joue un rôle d'accusateur, est une partie au procès, tandis que devant la Cour de cassation, Procureur général et avocats généraux sont des « conseillers de la Cour » qui donnent à leurs collègues, en toute liberté, les conclusions que le droit leur paraît dicter. Liberté réelle que celle du procureur général près la Cour de cassation qui, dans l'affaire Royal, a en effet défendu une thèse diamétralement opposée à celle de son collègue

¹¹⁶ A l'origine, une disposition de la L. O. reprenait les dispositions régissant le délibéré de la cour d'assises ce qui à l'époque permettait de dispenser la C. J. R. de l'obligation de motiver. Elle fut censurée par le Conseil constitutionnel au motif que parmi les règles de droit commun de la procédure pénale figure le principe en vertu duquel les jugements doivent être motivés. Cf. Cons. Const, 19 nov. 1993, *L. O. sur la C. J. R.*, 93-327 DC, cons. 17.

¹¹⁷ J.O.A.N., C.R., 6 oct. 1993, p. 3969.

¹¹⁸ *L. O. sur la C. J. R.* du 23 nov. 1993, art. 32.

¹¹⁹ *Idem.* art. 8.

¹²⁰ P.-O. Caille, *op. cit.* n°22.

avocat général près la C. J. R.¹²¹ Quand bien même ces fonctions seraient systématiquement confiées à des magistrats différents¹²², il n'en demeure pas moins étrange et peu convaincant au regard de la théorie des apparences qu'un même organe puisse être partie poursuivante devant la juridiction de fond et partie intégrante de celle de cassation.¹²³

Étroitesse de la compétence personnelle de la C. J. R., tendance à l'appropriation ministérielle d'une compétence matérielle mal définie, organisation tripartite dont les fondamentaux semblent avoir été improvisés dans l'urgence, nombreux sont les facteurs qui sont a priori susceptible de fragiliser la légitimité des décisions de la C. J. R. Fragilisation d'autant plus préoccupante que, sur le fond, nombreuses sont les décisions effectivement critiquables et qui pourtant ne font l'objet que d'un contrôle très lâche exercé par la Cour de cassation.

II. Des résultats peu probants

L'article 68-1 de la Constitution précise que la C. J. R. est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi. Nonobstant cette subordination affichée au principe de légalité des peines et délits, la C. J. R. ne semble guère s'écarter de la tradition des juridictions politiques qui tendent à se ranger derrière une thèse plus constitutionnaliste que pénaliste en considérant que les ministres bénéficient d'une responsabilité pénale exorbitante du droit pénal¹²⁴ (A). On constate en effet une autonomie des arrêts rendus tant à l'égard des peines généralement appliquées à des faits délictueux ou criminels du même type, mais sans lien avec des fonctions ministérielles, qu'au regard des décisions prises par les juridictions ordinaires dans le volet non ministériel de l'affaire. Jusqu'ici, la Cour de cassation a toujours refusé de sanctionner ces affirmations récurrentes d'autonomie (B).

A) Des verdicts très politiques

Juridiction dans laquelle les hommes politiques sont largement majoritaires, la C. J. R. ne peut qu'être a priori soupçonnée de faire preuve d'une clémence coupable. L'intuition n'a rien d'original : Barthélémy et Duez expliquaient déjà l'existence traditionnelle d'une

¹²¹ Conclusion Chemithe sous Cass. Ass. 23 déc. 1999 *Royal*, Bull. inf. C. cass., 1^{er} mars 2000, p. 6 et s.

¹²² Voir sur ce point P.-O. Caille, *op. cit.* n°22.

¹²³ *Contra*, ccl Chemithe *précit.* p. 6.

¹²⁴ La distinction entre *thèse du droit pénal commun* et *thèse constitutionnaliste* a été conceptualisée de manière particulièrement éclairante par Joseph Barthélémy et Paul Duez. Seule la thèse constitutionnaliste leur paraît correspondre à la réalité constitutionnelle et permet d'apporter aux fautes ministérielles qui échappent à l'emprise du droit pénal une sanction *ad hoc* lorsque la destitution est impraticable ou insuffisante. Cf. *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1926, p. 682-683.

juridiction particulière en matière politique par l'intérêt des gouvernants qui auraient davantage à craindre des tribunaux ordinaires¹²⁵. La rareté des décisions jusqu'ici rendues par la C. J. R., l'existence de condamnations comme de relaxes n'autorisent certes pas les conclusions définitives sur ce point. Mais la lecture des arrêts montre à l'évidence que l'appréciation politique l'emporte parfois très largement sur les considérations juridiques.

En témoigne tout d'abord la présence récurrente de jugements de valeur sur la politique menée par le mis en cause. Ainsi, la relaxe de Laurent Fabius dans l'affaire du sang contaminé se double d'une sorte de satisfecit selon lequel « *il apparaît dans ces conditions, compte tenu des connaissances de l'époque, que l'action de Laurent Fabius a contribué à accélérer les processus décisionnels* »¹²⁶. À l'inverse, dans l'arrêt Gillibert, la C. J. R. n'hésite pas à stigmatiser un comportement qui, « *émanant d'un ministre de la République, est particulièrement condamnable* »¹²⁷. De manière similaire, la décision Pasqua ne se prive pas de souligner que « *les faits commis par Charles Pasqua présentent une gravité certaine car ils ont été commis par un ministre d'État, dépositaire de l'autorité publique, dans l'exercice de ses fonctions* »¹²⁸.

Ces vives condamnations ne sont toutefois guère suivies d'effet. On a bien souvent le sentiment que la C. J. R. préfère la prise de distance inhérente à la condamnation morale, à la prise de risque et de responsabilité liée à la condamnation pénale. La seconde se fait donc d'autant plus douce que la première est forte.

Ainsi Michel Gillibert est certes reconnu coupable d'escroquerie, mais il n'est condamné qu'à trois ans d'emprisonnement avec sursis assorti d'une amende de 20 000 euros. Même si on tient compte du lourd handicap dont souffrait l'ancien ministre, on n'en demeure pas moins loin des cinq ans de prison ferme et 375 000 euros d'amende alors encourus. L'arrêt Pasqua est à cet égard plus choquant encore : relaxé par la C. J. R. dans l'affaire du casino d'Annemasse comme dans celle relative au transfert du siège social d'Alstom¹²⁹, l'ancien ministre est certes condamné à une peine d'un an d'emprisonnement pour complicité d'abus de bien social au préjudice de la SOFREMI. Toutefois, cette peine est, d'une part, assortie du sursis « *compte tenu de son passé au service de la France* » et, d'autre part, confondue avec celle de 18 mois de prison avec sursis prononcé par la Cour d'appel de Paris, le 18 septembre 2009, pour des faits de faux, d'abus de confiance et de financement illégal de campagne

¹²⁵ *Idem.* p. 671.

¹²⁶ Cf. C. J. R., 9 mars 1999, *Fabius, Dufoix, Hervé*, p. 19.

¹²⁷ C. J. R., 7 juillet 2004, *Gillibert*, p. 9.

¹²⁸ C. J. R., 30 avril 2010, *Pasqua*, p. 18.

¹²⁹ La société Alstom, dont le nom renvoyait à l'origine à la contraction d'Alsacienne de Construction Mécanique et de Thomson a pris en 1998 le nom d'Alstom (sans h), plus facile à prononcer à l'étranger. Nous conserverons dans la suite de l'article l'orthographe initiale, les faits qui nous intéressent étant antérieurs à la modification.

électorale. En d'autres termes, la C. J. R. n'hésite pas à passer sous silence la décision prise à l'encontre du prévenu dans le volet non ministériel de l'affaire, dès lors qu'une telle référence aurait pu l'inciter à prononcer une condamnation dans l'affaire du casino d'Annemasse. En revanche, ladite décision fait son apparition à partir du moment où son dispositif lui permet d'ordonner la confusion des peines et donc d'alléger la condamnation. On voit combien la prétendue indépendance des procédures - qui sera pourtant soulignée par la Cour de cassation¹³⁰ se prononçant sur l'arrêt de la C. J. R. comme par la commission de révision¹³¹ ultérieurement saisie par Michel Tomi – est en réalité à géométrie variable...

Sans surprise au regard du caractère déjà éminemment contestable de cette prise en compte asymétrique de la décision du juge ordinaire, c'est à l'occasion de la décision Pasqua que la Cour de cassation fut saisie pour la première fois d'un pourvoi contre une décision de la formation de jugement de la C. J. R.

B) Un contrôle édulcoré

Conformément aux préconisations du rapport Vedel et à l'instar des arrêts de la commission d'instruction, ceux de la formation de jugement de la C. J. R. peuvent, en vertu de l'article 33 de la loi organique, faire l'objet d'un pourvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Cette innovation suscita de vifs débats¹³², nombre de parlementaires craignant alors que la possibilité de pourvoi fasse de la C. J. R. une juridiction pénale d'exception et non une juridiction politique. Crainte des plus infondées, tant apparaît lénifiant le contrôle exercé par l'assemblée plénière sur la décision Pasqua¹³³. Si les moyens développés par le ministère public, demandeur au pourvoi, sont apparus suffisamment solides pour décider le Premier avocat général à se prononcer en faveur de la cassation,¹³⁴ ils ne suffirent pas néanmoins à emporter l'adhésion de l'assemblée plénière.

Contestant tout d'abord la relaxe intervenue dans l'affaire du casino d'Annemasse, le Premier avocat général reprend en effet à son compte les deux branches du moyen développé par le ministère public. La première consiste à souligner que la C. J. R. aurait dû déduire de la chronologie des opérations (autorisation d'exploitation, vente du casino, participation financière à la campagne électorale...) l'existence d'un lien caractéristique d'un pacte de

¹³⁰ Voir ci-dessous.

¹³¹ Cf. *supra* I A

¹³² JOAN, CR, 6 oct. 1993, p. 3946.

¹³³ Cass. ass. plén., 23 juill. 2010, *Pasqua*, n°10-85.505.

¹³⁴ Ch. Raysséguier, « avis sur Cass., ass. plén., 23 juil. 2010, Pasqua et Procureur général près la Cour de cassation », *Bull. inf. C. cass.*, n° 729, 15 oct. 2010, pp. 29-31. Particulièrement riche et intéressant pour notre propos, l'avis sera largement cité dans les notes qui suivent.

corruption entre l'autorisation d'exploitation et le financement ultérieur de la campagne¹³⁵. Le raisonnement est toutefois rapidement écarté par l'assemblée plénière qui se contente de reprendre à son compte l'argument de la C. J. R. selon lequel il n'est pas établi que le financement politique ait conditionné l'autorisation d'exploiter le casino. En d'autres termes, plutôt que de sanctionner l'insuffisance de motivation comme elle en a le droit, l'assemblée plénière se retranche derrière l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond sur laquelle elle n'a pas à exercer de contrôle. La seconde branche du moyen défendu par le ministère public consiste à souligner que la Cour ne pouvait nier l'existence du délit de corruption passive reproché à Ch. Pasqua, sans expliquer comment cette position pouvait se concilier avec le raisonnement inverse retenu par la Cour d'appel de Paris le 18 septembre 2009¹³⁶ et établissant, pour ces mêmes faits, un délit de corruption active¹³⁷. Face à cette contradiction de motifs, l'assemblée plénière se contente de rappeler que la C. J. R. « *n'était pas tenue par les termes de l'arrêt, désormais définitif, du 18 septembre 2009* ». Si la référence à cet argument-prétexte est juridiquement inattaquable en raison de l'absence d'identité de parties, son usage n'en reste pas moins symptomatique de la faiblesse du contrôle exercé.

¹³⁵ « - la première branche expose que la "cour ne pouvait, sans se contredire, dire qu'il n'était pas établi que le financement de la campagne électorale de 1999 ait été conditionné par la délivrance de l'agrément en 1994".

Il est reproché à la Cour de Justice de la République de s'être contredite en considérant qu'un pacte de corruption n'était pas établi entre C... X... et M... X..., alors qu'elle avait retenu d'une part, que C... X... en accordant l'exploitation du casino, "avait voulu favoriser un ami de longue date" et d'autre part, que ce dernier avait voulu plus tard aider financièrement C... X... en apportant par l'intermédiaire de sa fille, une somme de 7, 5 MF pour le financement de sa campagne électorale.

Selon le moyen, la Cour de Justice aurait dû déduire de ces constatations que le service rendu à cette occasion avait conditionné l'autorisation accordée par le ministre en 1994 et que, dès lors, l'existence de ce lien entre l'agrément de la sollicitation (le versement de 7, 5 MF pour financer la campagne électorale) et l'acte sollicité (l'autorisation d'exploitation du casino) avait pour conséquence logique la caractérisation de l'existence du pacte de corruption.

Il sera observé que la chronologie des opérations concernées (autorisation d'exploitation, vente du casino, participation à la campagne électorale...) et des mouvements financiers afférents est parfaitement édifiante quant à l'existence dudit pacte. » Ch. Raysséguier, avis précité, nous soulignons.

¹³⁶ Arrêt cité *supra*.

¹³⁷ « - La deuxième branche expose que la cour ne pouvait sans insuffisance écarter la prévention de corruption passive reprochée à C... X... sans expliquer comment cette absence de lien entre la proposition, l'accord et le versement pouvait s'articuler avec le raisonnement totalement inverse tiré de la décision définitive établissant, pour ces mêmes faits, le délit de corruption active à l'encontre de M... Y...

Il est reproché à l'arrêt attaqué de ne pas s'être expliqué, dans la motivation relative à la corruption passive reprochée au ministre, sur l'incompatibilité logique existant entre un pacte établi avec l'autorité de la chose jugée à l'égard du corrupteur et la constatation qu'il pouvait ne pas l'être à l'égard du corrompu.

Ainsi, selon le moyen, *l'arrêt attaqué n'a pas suffisamment motivé sur les éléments constitutifs visés dans la prévention contre le ministre et retenus dans la décision définitive du 18 septembre 2009 rendue par la Cour d'appel de Paris contre le corrupteur et versée aux débats devant la Cour de justice de la République.*

En omettant de s'expliquer sur les circonstances de fait retenues pour déclarer établi le délit de corruption active, dont tous les éléments constitutifs s'appliquent pour les mêmes faits au corrompu, tant il est vrai que l'agent public corrompu et son partenaire corrupteur forment un couple dont la culpabilité est indissociable, l'arrêt attaqué n'a pas justifié sa décision de relaxe. » *Idem*, nous soulignons.

Cette impression est d'ailleurs confirmée par l'aval qu'offre la Cour de cassation à la relaxe accordée par la C. J. R. à l'ancien ministre des faits de recel et d'abus de biens sociaux dans l'affaire du transfert à Saint Ouen du siège de la société Alsthom. En l'espèce, l'autorisation de la DATAR au transfert avait été subordonnée au versement d'une commission occulte qui transita par la Suisse puis une société écran, avant de se retrouver sur le compte de Pierre Philippe Pasqua, fils de Charles. Le processus d'autorisation avait par ailleurs été pour le moins peu conforme aux habitudes en la matière : autorisation accordée avec une célérité inaccoutumée, précédée d'un tout aussi inhabituel courrier du ministre au président de la société Alsthom lui faisant part de son accord personnel au transfert du siège social. Mais là encore, c'est en vain que parquet et Premier avocat général réclamèrent la cassation de l'arrêt de la C. J. R. pour contradiction de motifs, la C. J. R. ayant à la fois souligné l'existence de la lettre et affirmé que l'intervention du ministre n'était pas établie.¹³⁸ Cette absence de cassation est d'autant plus critiquable que, de surcroît, le raisonnement de la C. J. R. pour relaxer Ch. Pasqua dans le dossier Alsthom contredit, de manière flagrante, celui tenu pour retenir sa culpabilité dans l'affaire de la SOFREMI.¹³⁹ Cette dernière concernait un système de commissions et rétro commissions, mis en place par cette société d'armement civil - placée sous le contrôle du ministère de l'intérieur - et bénéficiant à des proches du ministre dont Messieurs Falcone et Pasqua fils. Pour justifier la condamnation de l'ancien ministre à 18 mois d'emprisonnement avec sursis, la C. J. R. souligne alors qu'« *ayant mis en place ce système, Charles Pasqua lui a apporté sa caution et l'a sciemment laissé perdurer* » tandis que « *sa proximité avec les divers auteurs des abus de biens sociaux ainsi que leurs bénéficiaires ne laisse pas de doute sur son implication dans le processus mis en place* ». Comme le soutenait l'avocat général, convaincu ici aussi par les arguments du Parquet en faveur de la cassation, on pouvait reprocher à l'arrêt de ne pas avoir tenu le même raisonnement pour retenir une condamnation dans l'affaire Alsthom, puisque là encore les bénéficiaires des commissions occultes étaient pour le moins des proches du ministre... Mais là encore, la Cour de cassation se contente de soutenir, de manière aussi contestable qu'expéditive, que « *le moyen, qui ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ne peut être admis* ».

¹³⁸ « - la première branche [du second moyen relatif à la Société Alsthom] reproche à la Cour de justice de s'être contredite en affirmant d'une part, que C... X... n'avait pas eu connaissance de la commission réclamée pour obtenir l'agrément de la DATAR et que son intervention personnelle n'était pas établie et d'autre part, en relevant qu'il avait signé une lettre (...) adressée au président de la société Gec Alsthom pour lui faire part de son accord personnel au transfert sollicité, formalité inhabituelle et non nécessaire. » *Ibid.*

¹³⁹ Ainsi que le souligne Ch. Raysséguier, dans l'avis précité, « Cette contradiction [entre la signature de la lettre et l'ignorance de la commission] apparaît d'autant plus critiquable que suivant le même raisonnement, consistant à relier l'implication avérée du ministre dans un processus administratif relevant de ses fonctions ayant conduit au versement de commissions illicites à l'existence tout autant avérée de liens étroits entre le ministre, les auteurs des malversations et les bénéficiaires, les juges en ont, à juste titre, déduit la culpabilité de C... X... dans les faits reprochés concernant la société Sofremi, mais ne l'ont pas fait pour ce qui est de la société Gec Alsthom. »

En réalité, les constatations de fait des juges du fond n'étant souveraines qu'à condition de ne pas être contradictoires, les motifs de cassation, on le voit, ne manquaient pas. C'est pourtant avec l'aval de la plus haute juridiction judiciaire qu'une cour composée majoritairement d'élus a opté pour des relaxes au prix d'arguments contradictoires et s'est montrée beaucoup moins sévère à l'égard de l'un des siens que des magistrats professionnels ont pu l'être dans le volet non ministériel.

L'affaire Pasqua a ainsi révélé les profonds dysfonctionnements d'une juridiction dont nous nous sommes efforcés de souligner les faiblesses : imprécision de sa compétence, atypisme de ses organes constitutifs, résurgence régulière d'une justice fondamentalement politique, contrôle pratiquement inexistant de la juridiction de cassation. Cette juridiction spéciale qui avait pourtant vocation à rapprocher le régime juridique des actes criminels ou délictuels du droit commun, semble ainsi avoir tenu bien peu de ses promesses. La lecture contemporaine du principe d'égalité portant en elle la revendication d'un strict assujettissement des autorités politiques au droit commun et au respect des principes de l'État de droit,¹⁴⁰ il n'est guère étonnant de constater qu'ait récemment pu être envisagée la suppression pure et simple de la C. J. R.

III. Une suppression sujette à caution

Inspiré des travaux de la commission Jospin¹⁴¹, le projet de loi constitutionnelle déposé le 14 mars 2013 sur le bureau de l'Assemblée nationale¹⁴² prévoit notamment la suppression de la C.J. R. Les faiblesses de ce texte qui, une fois passé le filtre de la commission des requêtes, entend soumettre les ministres au droit commun de la procédure pénale (A) incitent à examiner un certain nombre d'alternatives (B).

A) Les limites du projet de loi constitutionnelle

S'il devait être adopté, le projet de loi constitutionnelle modifierait de manière substantielle l'article 68-1 de la Constitution. Sous réserve de l'autorisation de la commission des requêtes, les poursuites à l'encontre des ministres, pour les actes accomplis dans

¹⁴⁰ Sur cette tendance de l'opinion publique à assimiler toute dérogation au principe d'égalité devant la loi à un véritable privilège, nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage, C. Guérin-Bargues, *Immunités parlementaires et régime représentatif : l'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, Etats-Unis)* Paris, L. G. D. J., 2011, p. 3-4.

¹⁴¹ *Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique*, « Pour un renouveau démocratique », nov. 2012, p. 78 et s.

¹⁴² AN, doc. parl. n° 816, *Projet de loi constitutionnelle relatif à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du gouvernement*, 14 mars 2013.

l'exercice de leurs fonctions, seraient engagées « *selon le droit commun, devant les juridictions de Paris compétentes, qui sont alors composées d'au moins trois juges* ». ¹⁴³

Le projet prévoit le maintien de la commission des requêtes qui sera appelée à se prononcer dans les six mois de sa saisine par le ministère public, la juridiction d'instruction ou par la personne qui se prétend lésée. Ce délai est heureux car il est susceptible d'interdire une inertie qui, du fait de la suspension des délais de prescription demeurerait jusqu'ici dépourvue de sanction ¹⁴⁴. Toutefois, si l'on en croit les travaux de la commission Jospin – plus explicites sur ce point que le projet de loi constitutionnelle ¹⁴⁵ - le rôle de filtre ainsi assuré par cette survivance de la commission des requêtes restera minimal. Il s'agira « *d'écarter les plaintes et procédures abusives ou manifestement infondées et d'orienter vers la procédure pénale adaptée (...) les seules plaintes et procédures qui se rapportent effectivement à des actes commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions* » ¹⁴⁶. En d'autres termes, la commission des requêtes aura pour fonction de classer sans suite les plaintes sans fondement, d'orienter vers les tribunaux ordinaires celles qui ne relèvent pas des fonctions gouvernementales et de transmettre aux juridictions parisiennes celles qui y sont liées.

Cette extension de la compétence des juridictions judiciaires aux actes relatifs à l'exercice des fonctions ministérielles n'est pas sans poser problème. Dans la mesure où l'action du gouvernant consiste précisément à trancher entre des intérêts opposés, « *le dommage est quasiment consubstantiel à la décision politique* » ¹⁴⁷. La frontière entre ce qui relève de l'incompétence et ce qui est pénalement répréhensible ne peut en conséquence qu'être évanescence. Imaginons par exemple une plainte pour mise en danger d'autrui contre le ministre de l'intérieur à l'issue d'une manifestation qui a dégénéré. On voit bien combien l'éventuelle responsabilité pénale du ministre est ici liée à son action politique. Ne doit-on craindre qu'en incitant la justice à se prononcer au sein des débats partisans qui ne manqueront pas d'éclater, il soit porté atteinte au peu qui lui reste de sérénité ? ¹⁴⁸ Peut-on laisser le juge de droit commun évaluer la diligence du ministre et s'immiscer de la sorte dans l'action de l'administration tout en respectant le principe de séparation des pouvoirs ? ¹⁴⁹ Or à

¹⁴³ *Idem.* p. 4.

¹⁴⁴ Cf. *supra* I A 2.

¹⁴⁵ Celui-ci se contente de préciser, dans son exposé des motifs, que « *pour éviter les mises en causes abusives, la procédure sera aménagée* ».

¹⁴⁶ Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *op. cit.*, p. 78 et s.

¹⁴⁷ Cf. G. Giudicelli-Delage, « La Justice du politique », *Justices*, n° 3, 1996, p.120.

¹⁴⁸ L'objection est suffisamment ancienne pour qu'on lui accorde de l'attention. J. Barthélémy et P. Duez soulignaient déjà que « *l'intérêt de la magistrature, le légitime souci de prestige, demandent qu'on ne la mêle pas aux luttes politiques* ». Cf. *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 672.

¹⁴⁹ Voir en ce sens Michel Degoffe, « Pour la Cour de Justice de la République », *Revue du droit public*, n°2, 1997, p. 415.

une époque où l'effet cathartique de la mise en cause de la responsabilité passe essentiellement par la voie pénale, il est peu probable qu'une commission des requêtes composée exclusivement de hauts magistrats¹⁵⁰ soit portée à faire un usage extensif du classement sans suite. Quand bien même l'actuelle commission des requêtes aurait « *rempli son office de manière satisfaisante* »¹⁵¹, il est fort possible qu'elle se montre moins exigeante une fois que le constituant, en supprimant la C. J. R., se sera prononcé en faveur de la soumission pleine et entière des actes ministériels aux tribunaux judiciaires.

Nombre de plaintes aboutiront donc à ces derniers. Si les actes concernés ont été commis dans l'exercice des fonctions, les ministres seront poursuivis « *devant les juridictions de Paris compétentes, qui sont alors composées d'au moins trois juges* ». ¹⁵² Ainsi réécrit l'article 68-1 de la Constitution pourrait avoir l'avantage d'éviter l'actuel éclatement des procédures juridictionnelles, à condition toutefois qu'une loi vienne prévoir la compétence systématique des mêmes juridictions parisiennes pour les coauteurs ou complices des ministres ainsi que pour les auteurs d'infractions connexes.¹⁵³ Quant au principe de l'instruction préparatoire collégiale, il s'impose en effet pour permettre une juste appréciation des chaînes de responsabilité et des attributions ministérielles qui sont parfois d'une grande complexité. Il ne s'agit là toutefois que d'une reprise partielle de la composition de l'actuelle commission d'instruction de la C. J. R. qui est composée de hauts magistrats.¹⁵⁴ Le maintien du principe de collégialité s'accompagne en effet d'un abandon de l'exigence hiérarchique : il n'est plus question ici d'une instruction par des magistrats du siège situés hors hiérarchie à la Cour de cassation, au risque d'ailleurs de voir le « juge de base », même conforté par son appartenance à une instance collégiale, être dépassé par l'importance ou la dimension médiatique de l'affaire.¹⁵⁵

Le projet de loi constitutionnelle pose enfin problème du point de vue de l'action publique. Devant la C. J. R., celle-ci est exercée par le procureur général près la Cour de cassation et trois avocats généraux, ce qui d'ailleurs entraîne des difficultés en cas de pourvoi

¹⁵⁰ Le projet de loi constitutionnelle maintient en effet la commission des requêtes dans sa composition actuelle : trois magistrats du siège hors hiérarchie à la Cour de cassation, deux conseillers d'Etat et deux conseillers maîtres à la Cour des Comptes.

¹⁵¹ Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *op. cit.*, p. 78.

¹⁵² AN, doc. parl. n° 816 *précit.*, p. 4.

¹⁵³ Sur cette lacune du projet de loi constitutionnelle, cf. Jean Pradel, « Disparition d'une juridiction d'exception au profit d'une procédure d'exception », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 15, 8 Avril 2013, p. 405.

¹⁵⁴ En vertu de la l'article 11 de la *L. O. sur la C. J. R.* du 23 nov. 1993 : « *La commission d'instruction se compose de trois membres titulaires et de trois membres suppléants désignés pour trois ans parmi les magistrats du siège hors hiérarchie à la Cour de cassation par l'ensemble de ces magistrats.*

Son président est choisi dans la même forme parmi les membres titulaires. »

¹⁵⁵ Voir en ce sens les propos de F. Colcombet, reproduits in Cour de justice de la République: «La classe politique se protège elle-même» mar, 04/05/2010 - 14:54 | Par Mathilde Mathieu - *Mediapart.fr*

devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.¹⁵⁶ Il n'est pas certain toutefois que le remède qui consiste à confier l'action publique au Procureur de la République près le tribunal de Paris ne soit pas pire que le mal. S'il n'est plus à craindre comme sous les Républiques précédentes que les magistrats du siège « *se montrent timides et hésitants en présence d'hommes politiques qui ont le pouvoir, l'ont détenu ou peuvent le conquérir* »,¹⁵⁷ on ne saurait en effet minorer la portée de l'article 30 du code de procédure pénale en vertu duquel un procureur doit suivre les instructions du ministre de la justice, qu'il s'agisse d'instructions générales ou d'instructions individuelles écrites et versées au dossier. Si la loi constitutionnelle devait être adoptée, l'action publique serait donc exercée, dans les affaires éminemment politiques qui nous préoccupent, par un magistrat du parquet dont le rang hiérarchique ne garantit plus l'indépendance et qui, en l'absence de révision de l'article 65 de la Constitution, reste subordonné au Garde des Sceaux.¹⁵⁸ Avec le projet de loi constitutionnelle à l'inverse, la justice politique, chassée par la déparlementarisation de la procédure, risque de réapparaître par un renforcement de l'emprise du pouvoir exécutif sur l'autorité de poursuite.

Le projet de loi constitutionnelle comprend néanmoins un début d'antidote à cette dépendance du Parquet puisque la soumission des actes des ministres au droit commun de la procédure pénale implique qu'il soit mis un terme à l'interdiction de se constituer partie civile. Cette règle traditionnelle¹⁵⁹ qui continue curieusement de prévaloir devant la C. J. R.¹⁶⁰ a fait l'objet de vives critiques¹⁶¹ : dans l'affaire du sang contaminé, elle a interdit aux parties de se substituer à un Parquet peu convaincu du bien-fondé de la procédure,¹⁶² tandis que dans l'affaire Royal, elle a largement amoindri l'intérêt moral et médiatique de la plainte, tout en compliquant la procédure d'échange de preuve et de contre preuve quant à la véracité du fait diffamatoire.¹⁶³ L'introduction de parties civiles pourrait à l'inverse interdire aux juridictions de trop biaiser, les parties étant alors appelées à déposer des conclusions auxquelles il faut bien répondre. Quant au risque d'acharnement procédurier, on peut l'imaginer minimal, dans la mesure où subsiste le filtre de la commission des requêtes¹⁶⁴. Cette admission des parties

¹⁵⁶ Cf. *supra*, I B 3.

¹⁵⁷ J. Barthélémy et P. Duez, *op. cit.*, p. 671.

¹⁵⁸ Pour le comité Vedel, il était d'ailleurs « indispensable de conférer la mise en œuvre des poursuites à des magistrats indépendants » ce qui justifiait qu'elles soient confiées au seul Procureur Général près la Cour de cassation. *Rapport Vedel*, p. 36.

¹⁵⁹ Elle remonte aux hautes cours et était destinée à leur permettre de se concentrer sur l'accusation politique, sans se soucier des intérêts particuliers. Voir en ce sens Michel Degoffe, *art. cit.*, p. 418.

¹⁶⁰ *L. O. sur la C. J. R.* du 23 nov. 1993, art. 13. Voir également C. J. R., arrêt incident du 15 mai 2000, *Royal et Cass. plen.* 12 juill. 2000, n°00-83.577 affirmant la conventionalité de l'interdiction.

¹⁶¹ Pour un exemple récent, cf. Louis Gondre et Jean Pradel, « La Cour de justice de la République : à conserver et à améliorer », *La Semaine Juridique, Edition Générale* n°19, 7 mai 2012, p. 568.

¹⁶² Cf. not. M. Degoffe, *art. cit.*, p. 418.

¹⁶³ Voir en ce sens, ccl Chemithe sous Cass. ass. 12 juillet 2000, *Bull. inf. C. cass.*, 15 nov. 2000, p. 24-25 et note Mazar, *idem.*, p. 34-35.

¹⁶⁴ Voir en ce sens, P.-O. Caille, *op. cit.*, n°78.

civiles n'en demeure pas moins un palliatif partiel et indirect au statut problématique du ministère public.

De la commission des requêtes au juge du fond, la procédure envisagée se caractérise donc par l'absence, sauf heureux hasard, d'hommes et de femmes susceptibles d'avoir fait l'expérience des contraintes et de la complexité de l'activité ministérielle. Hauts magistrats et juges ordinaires sont-ils dès lors les mieux placés pour déterminer quand l'action ministérielle bascule dans le pénalement répréhensible ? Par ailleurs, le projet ne peut que surprendre du point de vue du degré de protection accordé aux différents types de « gouvernants ». Autant peut-on s'étonner de constater que les ministres - autorités nommées - sont, grâce au privilège de juridiction devant la C. J. R., davantage protégés que des parlementaires, autant arriverait-on, avec l'adoption du projet, à une configuration radicalement inverse. Les parlementaires continueraient de bénéficier d'une irresponsabilité perpétuelle et absolue pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions¹⁶⁵, tandis que, pour le même type d'actes, les membres du gouvernement ne seraient plus protégés que par une immunité de poursuite susceptible d'être levée à tout moment. Même si la capacité d'action du ministre - et en conséquence la probabilité qu'il commette des actes pénalement répréhensibles dans l'exercice de ses fonctions - est, sous la Vème République, sans commune mesure avec celle du parlementaire, ce déséquilibre justifie-t-il une telle différence de traitement ? Ne risque-t-on pas d'assister tôt ou tard à ce que Philippe Lauvaux appelle un « retour insidieux du procès politique, qui ferait de l'autorité judiciaire l'instrument d'une responsabilité politique sans fondement légitime »¹⁶⁶ ? Cette crainte exprimée lors de la création de la C. J. R. ne peut que gagner en acuité au moment où on envisage de parachever l'alignement du régime juridique des actes des ministres sur le droit commun. Elle contraint à chercher ailleurs le difficile équilibre entre justiciabilité et prise en compte de la spécificité des fonctions exercées.

B) Les alternatives possibles

Pour tenter d'y voir plus clair, reprenons l'un des grands classiques de la théorie constitutionnelle : le cours de politique constitutionnelle de Benjamin Constant. Dans un chapitre intitulé « *De la responsabilité des ministres* », le chef de file des Indépendants considère que seul le mauvais usage d'un pouvoir légal est susceptible d'être soustrait aux tribunaux ordinaires. Il ne saurait en aller de même de l'usage illégal d'un pouvoir légal et a fortiori d'un pouvoir illégal¹⁶⁷.

¹⁶⁵ C. Art. 26 al. 1^{er}.

¹⁶⁶ Philippe Lauvaux, « L'incertaine frontière entre le pénal et le politique », in *Les ministres devant la justice*, AFHJ, Acte sud, 1997, p. 170.

¹⁶⁷ B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, t. 1, Paris, Didier, 1836 ; p. 428 à 431.

La réhabilitation d'une telle conception aurait pour effet de réduire sensiblement la compétence d'un éventuel privilège de juridiction. En effet, parmi les affaires que la C. J. R. a eu à juger jusqu'ici, il n'y a guère que dans le dossier du sang contaminé que les ministres ont pu légitimement soutenir avoir tout au plus mal usé du pouvoir qui leur avait été légalement conféré. Les dossiers Gillibert (escroquerie), Pasqua (abus de bien social) ou même Royal (diffamation) devraient au contraire être attirés devant les juridictions ordinaires. Il en irait évidemment de même des actes illégaux qui consistent à faire prévaloir la raison d'État sur l'État de droit, sans que le ministre n'en retire – du moins dans l'immédiat – d'avantage personnel. Peut-être avons-nous là d'ailleurs l'une des clefs qui expliquent les dysfonctionnements récurrents de la C. J. R. : juridiction *ad hoc*, elle a été conçue pour vider l'abcès d'un cas précis de maladministration aux conséquences dramatiques et n'a su s'adapter aux délits de droit commun. En eux, elle a vu la spécificité de l'auteur, quitte à faire bien peu cas de la banalité du mal.

Dès lors, deux options peuvent être envisagées. La première consiste à conserver la C.J.R. tout en la réformant ; la seconde à opter pour sa suppression quitte à envisager un mécanisme qui lui serait au moins en partie substitué.

La première hypothèse reviendrait à s'inspirer de Constant pour plaider en faveur d'une limitation drastique de la portée du privilège de juridiction.¹⁶⁸ Celle-ci serait réduite aux actes entièrement effectués dans l'exercice du pouvoir exécutif, mais dont les conséquences se sont révélées suffisamment dommageables pour que les actes en question tombent sous le coup du droit pénal. On pense notamment ici, à l'image de la commission Jospin, aux « *poursuites pénales qui pourraient être engagées à l'encontre de ministres chargés de la santé, de l'environnement ou de la défense pour des délits non intentionnels (homicides ou blessures involontaires par exemple)* »¹⁶⁹. Mais, à l'inverse de ce que préconise ladite commission, on s'attacherait à améliorer l'existant pour que l'effet cathartique de la mise en cause de la responsabilité pénale puisse fonctionner pleinement : possibilité de se constituer partie civile et extension de la compétence personnelle de la C. J. R. aux complices et coauteurs.¹⁷⁰ Cela reviendrait toutefois à étendre la compétence d'une juridiction dont l'impartialité objective reste juridiquement douteuse¹⁷¹ et à continuer de faire confiance à une juridiction qui, ayant été élaborée dans la précipitation, n'a guère mieux géré l'affaire du sang contaminé que la majorité des dossiers qui, par la suite, lui ont été confiés.

¹⁶⁸ Il s'agit là d'une utilisation toute personnelle de la pensée de Constant. Le texte est en effet assez ambigu et il est difficile de déterminer si la sanction du « *mauvais usage d'un pouvoir légal* » relève pour l'auteur de la responsabilité politique ou d'un privilège de juridiction. De plus, le droit pénal du XXI^e siècle n'a évidemment plus grand chose en commun avec le droit pénal du XIX^e.

¹⁶⁹ Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *op. cit.*, p. 78.

¹⁷⁰ Cela leur permettrait de bénéficier notamment des droits de la défense devant la commission d'instruction.

¹⁷¹ P.-O. Caille, *op. cit.*, n°77.

La seconde hypothèse est peut-être plus séduisante. Il s'agirait de retenir du projet de loi constitutionnelle la suppression de la C. J. R. et le maintien d'une commission des requêtes. Toutefois, on s'attacherait en même temps à circonscrire aussi précisément que possible la compétence des tribunaux ordinaires. Couvrant d'ores et déjà les actes délictueux ou criminels extérieurs aux fonctions (fraude fiscale par exemple), elle s'étendrait dorénavant aux seuls actes volontaires commis dans l'exercice des fonctions ministérielles (diffamation, atteinte à la vie privée, prise illégale d'intérêt...) ou à l'occasion de celles-ci (complicité d'escroquerie, abus de confiance, recel d'abus de biens sociaux, etc.). Parmi les trois éléments – matériel, légal et moral - constitutifs de la définition classique de la faute, la conscience qu'avait le ministre de ses agissements serait donc l'élément déclencheur de la compétence de la juridiction judiciaire de droit commun pour les actes extérieurs aux fonctions.¹⁷² Il reviendrait à la commission des requêtes d'examiner les plaintes ainsi que les effets de l'acte incriminé, afin d'identifier le caractère intentionnel ou non de l'infraction.¹⁷³ Les délits non intentionnels, ceux commis par négligence, imprudence, mauvaise appréciation des intérêts de l'État, c'est-à-dire tout ce qui renvoie aux insuffisances professionnelles du ministre, relèveraient en revanche de sa seule responsabilité politique devant le Parlement. Selon le cas, la commission des requêtes orientera la plainte suffisamment fondée vers les juridictions répressives ou l'autorité parlementaire.

La question de la composition de la commission des requêtes se poserait alors avec beaucoup plus d'acuité qu'en cas d'adoption pure et simple du projet de loi constitutionnelle. Dans ce dernier cas, l'enjeu serait en effet minime, puisqu'il s'agira tout au plus de reconnaître la compétence des juridictions judiciaires parisiennes. Dans notre hypothèse en revanche, il serait souhaitable d'adjoindre à la composition actuelle un nombre égal de députés. Dans la mesure où la commission des requêtes aura notamment pour fonction de choisir entre responsabilité pénale et responsabilité politique, il y aurait en effet quelque cohérence à voir des députés plutôt que des sénateurs siéger en son sein. Leur présence légitimerait la décision aux yeux de l'Assemblée nationale et l'inciterait, en cas d'aiguillage sur la voie parlementaire, à se saisir du problème. Partant du constat bien connu de la déshérence du principe de responsabilité politique et de la difficulté à la mettre en œuvre dès lors que le ministre a quitté ses fonctions, Guy Carcassonne proposait un mécanisme propre à rendre celle-ci effective.¹⁷⁴ La décision prise par la commission des requêtes de mettre en jeu la seule responsabilité politique du ministre ou de l'ancien ministre entraînerait la création de droit et sans délai d'une commission d'enquête parlementaire. Celle-ci, après établissement

¹⁷² Nous nous inspirons ici très largement du raisonnement de P.O. Caille in *op. cit.*, n°76. Celui-ci le tient néanmoins dans un but qui diffère du notre puisqu'il plaide ce faisant pour une limitation drastique de la compétence de la C. J. R.

¹⁷³ *Idem.*

¹⁷⁴ Guy Carcassonne, « Rationaliser la responsabilité politique » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, *Mélanges Pactet*, Dalloz 2003, p. 543 à 549.

d'un rapport public, proposerait une sanction appropriée : blâme, destitution, interdiction d'exercer des fonctions gouvernementales, voire inéligibilité. Un débat sur ledit rapport et la sanction proposée, au cours duquel la personne mise en cause pourrait s'exprimer, serait alors inscrit de droit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale, contraignant cette dernière, par un vote, à offrir son quitus ou au contraire à imposer une sanction au gouvernant incriminé.

L'intention est noble, le mécanisme est judicieux, mais combien est encore long le chemin qui mène à une telle rationalisation de la responsabilité politique ! D'une part, l'attribution d'un tel pouvoir répressif général à l'Assemblée nationale ne va pas de soi. Pour qu'il puisse figurer au sein de son règlement, encore faudrait-il qu'il passe en amont l'obstacle du contrôle obligatoire du conseil constitutionnel et en aval celui du recours à la CEDH que ne manquera pas de faire le premier sanctionné.¹⁷⁵ D'autre part, le mécanisme suppose, pour être efficace, d'élargir encore les moyens d'investigation et de contrainte des commissions d'enquêtes parlementaires¹⁷⁶. Si elles disposent déjà d'un droit de citation directe et d'audition sous serment lourdement sanctionnés¹⁷⁷ aucune poursuite n'a jamais été engagée sous la V^e République à l'encontre de ceux qui s'y sont soustraits¹⁷⁸. Surtout, l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires empêche les commissions, au nom de la séparation des pouvoirs, d'enquêter sur "*des faits ayant donné lieu à des poursuites judiciaires, aussi longtemps que ces poursuites sont en cours*". Or cette interdiction constitue une limite de fond au caractère opératoire de notre proposition. Tout d'abord parce qu'elle interdit d'imaginer qu'une infraction intentionnelle commise dans l'exercice des fonctions ministérielles puisse engager à la fois la responsabilité pénale et la responsabilité politique du ministre dans deux procédures distinctes. Ensuite parce qu'elle ouvre la voie aux stratégies d'évitement, le Garde des sceaux pouvant éventuellement prendre le risque de diligenter une information judiciaire dans le but d'interrompre la mise en cause de la responsabilité politique d'un ministre qui s'avérerait trop gênante pour son gouvernement. Il est donc regrettable que le constituant de 2008 n'ait pas adhéré à la proposition faite par le comité Balladur de supprimer cette

¹⁷⁵ L'évolution du droit des Etats parties à la CEDH irait plutôt en sens inverse. Certes, dans l'affaire *Demicoli c. Malte* n°13057/87 du 27 août 1991, la CEDH a implicitement reconnu aux Etats contractants la possibilité d'attribuer un pouvoir de répression pénal aux assemblées parlementaires. Toutefois, la Chambre maltaise des Représentants fut en l'espèce condamnée sur le fondement de l'article 6 (1) de la Convention. Quant au parlement britannique, qui dispose lui aussi d'un pouvoir répressif très général en cas d'atteinte aux privilèges du Parlement (*contempt of Parliament*), il s'est engagée depuis longtemps à limiter le plus possible l'usage de son pouvoir de *contempt* (H. C. Deb., vol. 943, col. 1198 (6 fév. 1978)). Sur ces points, cf. C. Guérin-Bargues, *op. cit.*, p. 213-214.

¹⁷⁶ Prévues à l'article 51-2 de la constitution depuis la révision du 23 juillet 2008, les commissions d'enquêtes parlementaires ont vu leurs moyens d'action s'accroître régulièrement depuis 1991, tandis que la révision du règlement du 27 mai 2009 a renforcé le pluralisme en leur sein.

¹⁷⁷ Cf. article 6-III de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

¹⁷⁸ Gicquel J. et J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 24^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2010, p. 313.

interdiction prévue par l'article 6 de l'ordonnance de 1958.¹⁷⁹ Inconnue de la plupart de nos partenaires européens,¹⁸⁰ cette interdiction offre trop souvent en France, un paravent indigne mais commode à celui qui refuse obstinément de rendre des comptes, au risque de porter atteinte à l'image de l'institution parlementaire tout entière.¹⁸¹

Juridiction spéciale réservée aux membres et anciens membres du gouvernement pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, la C. J. R., en vingt ans d'existence, n'est pas parvenue à se construire une légitimité suffisante pour s'inscrire de manière durable dans le paysage institutionnel français. Aux faiblesses d'un statut juridique plus souvent improvisé que véritablement pensé est venu s'ajouter une jurisprudence des plus contestables. Cette dernière témoigne, s'il en était encore besoin, de la difficulté qu'il y a à juger des hommes politiques. Elle rappelle également, à l'heure où le projet de révision constitutionnelle semble renvoyé *sine die*, la nécessité de réintroduire la compétence des tribunaux ordinaires pour juger des actes volontaires, délictueux ou criminels, commis par les ministres, dans l'exercice de leurs fonctions ou, plus fréquemment, à l'occasion de celles-ci.

Cécile Guérin-Bargues

Professeur de droit public à l'Université d'Orléans

Centre de recherches juridiques Pothier, Institut Michel Villey

¹⁷⁹ Voir la proposition n° 40 du *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République*, « Une Vème République plus démocratique », Documentation française, Paris, 2008, pp. 51 et 117.

¹⁸⁰ Si le Royaume Uni connaît la « *sub judice rule* », l'article 82 de la Constitution italienne précise au contraire que « *la commission d'enquête procède aux investigations et aux examens avec les mêmes pouvoirs et les mêmes limites que l'autorité judiciaire.* ». De la même manière, en Belgique, les pouvoirs attribués à celles-ci sont identiques à ceux du juge d'instruction et les auditionnés soumis aux mêmes obligations (cf. Article 40 de la Constitution belge, article 145 du règlement de la Chambre des représentants et articles 1 à 5 de la loi du 3 mai 1880). L'article 44 de la Loi fondamentale allemande précise quant à lui que « *les tribunaux et les autorités administratives sont tenus à l'entraide judiciaire et administrative* » envers les commissions d'enquêtes parlementaires.

¹⁸¹ L'exemple le plus flagrant en la matière a été bien entendu été fourni par l'audition de J. Cahuzac, le 26 juin 2013, devant la commission d'enquête parlementaire censée faire la lumière sur le rôle de l'Etat dans l'affaire de son compte bancaire en Suisse.