

## **TITRE SECOND : UN PRÉSIDENT PEU CONTRÔLÉ**

Le président dispose d'attributions constitutionnelles plus ou moins importantes, et d'une liberté plus ou moins grande pour les exercer, selon qu'il s'agit d'une compétence liée, d'un pouvoir propre ou contresigné. On a vu que dans certains pays les circonstances du système politique peuvent aller dans le sens d'une augmentation de sa puissance. On sait aussi que le président de la République représente le peuple, et qu'il effectue dans le cadre de cette mission des tâches variées et parfois importantes (comme la signature des traités, ou la dissolution). Compte tenu de ces éléments, on peut penser que le président de la République répond de ses actes, qu'il est soumis à un contrôle. Cela peut se faire en deux temps : d'une part une responsabilité politique, et d'autre part une responsabilité pénale. Or, la lecture des Constitutions a mis en évidence le principe de l'irresponsabilité du président. Parfois son immunité est organisée. On peut s'étonner de cette irresponsabilité et remarquer qu'en pratique, il existe tout de même une responsabilité politique de fait devant les électeurs et en théorie une responsabilité pénale à laquelle veille la juridiction constitutionnelle, mais qui reste lettre morte. Le contrôle appliqué sur les actes du président de la République est faible surtout lorsqu'on le met en perspective avec les pouvoirs dont il est doté dans certaines constitutions et avec sa puissance dans certaines circonstances.

Chapitre premier : La responsabilité du président

Chapitre second : Le contrôle constitutionnel et le président

## CHAPITRE PREMIER

### LA RESPONSABILITÉ DU PRÉSIDENT

La responsabilité politique du président de la République s'apprécie dans la perspective d'une relation triangulaire dans laquelle entrent l'élection et la légitimité du président. Quel est le rapport entre l'élection, la légitimité et la responsabilité du président de la République ? De son élection démocratique au suffrage universel direct le président de la République tire une certaine légitimité, qu'il doit respecter au nom du contrat implicite qui le lie aux électeurs. Il doit remplir la tâche qui lui est confiée, par respect envers la Constitution et envers le pacte démocratique qui le lie à ses électeurs. La relation triangulaire entre ces trois concepts d'élection, de légitimité et de responsabilité, sous-tend toute l'organisation du régime parlementaire, dans lequel il existe un lien structurel entre responsabilité et nature du régime.

Lorsque les trois pointes du triangle sont reliées entre elles, la démocratie peut avoir raison du président de la République s'il commet des impairs. Mais les trois sommets ne sont effectivement réunis que rarement, ce qui limite la possibilité de contrôler les actes du président. Le contrôle politique des actes du président requiert donc des instruments efficaces et adaptés, auxquels le contrôle populaire pourra toujours se substituer en cas d'inefficacité<sup>817</sup>.

#### **Section 1. Efficacité des instruments, effectivité du droit, efficience de la démocratie**

La légitimité, l'élection et la responsabilité sont des instruments qui, mis à la disposition du peuple, permettent à la démocratie et à l'État de droit de perdurer et à une certaine sécurité juridique de garantir la stabilité des

---

<sup>817</sup> Pierre Pactet le rappelle : « Finalement il faut revenir à cette vérité d'évidence que la vie politique est faite de conflits incessants et de toutes sortes. Beaucoup d'entre eux se règlent tout naturellement soit par la négociation et la conciliation, soit en vertu des rapports de force existant à l'intérieur du parti ou de la coalition majoritaire ou entre la majorité et l'opposition, l'élément dominant faisant en principe prévaloir son point de vue. Mais certains conflits se règlent dans le cadre de procédures particulières prévues par la constitution et conférant le dernier mot, selon le cas, aux organes politiques, au juge constitutionnel ou au peuple. » « Brèves remarques sur le pouvoir de dernier mot en droit constitutionnel », in *De la Constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bale, Helbing et Lichtenhalm, 1996, page 78.

institutions. Ils ne sont donc pas négligeables et jouent un rôle déterminant dans la vie démocratique.

### **Paragraphe 1. Un président de la République démocratiquement élu, donc légitime et logiquement responsable**

#### **a) La légitimité du président de la République**

Un ordre juridique est-il légitime uniquement parce que les règles respectent leurs modalités d'énonciation formelle ? Il faut ajouter qu'il peut tirer sa légitimité de son efficacité, et de la confiance que lui accordent les citoyens. Il faut donc distinguer la légitimité de la légalité, ce qui conduit à sortir de la sphère juridique pour intégrer une dimension politique plus large qui correspond à l'essence de la démocratie : les valeurs partagées par un peuple.

Un tournant important dans la notion de légitimité peut s'illustrer à travers l'histoire constitutionnelle en France. Pierre Avril et Jean Gicquel expliquent dans leur *Lexique constitutionnel* que la légitimité désignait auparavant « la dynastie qui règne en vertu d'un droit traditionnel, par opposition aux princes qui règnent par les coups d'État ou la volonté populaire »<sup>818</sup>. Le concept de légitimité, d'essence monarchique, s'opposait à la *légalité républicaine*, fondée sur la loi, expression de la volonté générale. La légitimité renvoie à un gouvernement fondé qui a perduré. Puis, la notion réapparaît dans le vocabulaire contemporain pour désigner la qualité des autorités de la France libre, par opposition à la seule légalité formelle dont se prévalait en 1940 le régime de Vichy. Aujourd'hui le concept de légitimité ne correspond plus seulement à la dévolution du pouvoir opérée selon le seul principe incontestable qu'est le suffrage universel (sous ce rapport la légitimité coïncide avec la légalité), il s'attache plus particulièrement à la manière dont le pouvoir est exercé et désigné :

- la qualité du gouvernement exercé en accord avec la volonté populaire ;

---

<sup>818</sup> Repris du dictionnaire *Littre*.

- la capacité du gouvernement à assumer ses responsabilités essentielles, l'indépendance du pays et la sécurité des citoyens<sup>819</sup>.

Ce n'est pas uniquement dans la référence à une légalité formelle que se révèle la légitimité du gouvernement. La référence à des valeurs y participe aussi, ce qui est difficilement mesurable et quantifiable et ne dépend pas d'une technique constitutionnelle, mais de principes repris dans les Constitutions et auxquels adhèrent gouvernants et gouvernés. L'évolution des différentes acceptions du terme légitimité est retracée dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Au sens large, la légitimité est une qualité de conformité au critère normatif qui fixe les paramètres de valorisation de l'objet qu'il règle et par rapport auquel on prédit ou non la légitimité. Mais on note aussi que, au sens strict, la légitimité est la qualité qui, attribuée à un ordre juridico-politique, suppose sa « reconnaissance » comme domination, et la reconnaissance de sa capacité à dicter des ordres auxquels on doit obéir<sup>820</sup>. À ce titre elle est donc le problème central de tout ordre juridique politique, sa justification. Sur quelle légitimité le président de la République peut-il s'appuyer afin de justifier ses pouvoirs et sa puissance ?

Dans la Grèce antique elle n'existe pas, elle apparaît avec la justification du pouvoir par les Romains<sup>821</sup>. « La légitimité, c'est la reconnaissance du droit de gouverner », elle permet de « justifier simultanément le pouvoir politique et l'obéissance » à ce pouvoir<sup>822</sup>. Par la suite, chaque époque produit sa propre notion de la légitimité. Après les théories de droit divin, l'origine de la théorie moderne de la légitimité apparaît chez Bodin, dans la prétention de formuler uniquement le fondement juridique du pouvoir<sup>823</sup>. La rupture est consommée avec le processus de

<sup>819</sup> Pierre Avril, Jean Gicquel, *Lexique droit constitutionnel*, Paris, Puf, 2001, page 80.

<sup>820</sup> André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1983, pages 343 et suivantes.

<sup>821</sup> « L'idée de légitimité semble apparaître plus tardivement à la suite d'une convergence de préoccupations : recherche par les juristes romains d'une source ultime de l'autorité (*populus imprium et potestatem conferat* dit Ulpian) ; apparition, chez les chrétiens, surtout avec Grégoire le Grand, d'une théorie du droit divin ; coutumes germaniques enfin, au IX<sup>e</sup> siècle, dans lesquelles la coutume de la succession héréditaire s'assortit d'une élection par les grands et par le peuple. » Raymond Polin, in « Analyse philosophique de l'idée de légitimité, *Annales de philosophie politique*, n°7, L'idée de légitimité, Paris Puf, 1967, page 17.

<sup>822</sup> Jean-Marc Coicaud, *Légitimité et politique, contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris, Puf, 1997, collection questions, page 13.

<sup>823</sup> « Le principe de légitimité, cette règle transcendante, a d'abord été cherché dans la volonté divine. À Rome comme en Égypte, les empereurs acquièrent rapidement le statut de divinités ou d'envoyés

laïcisation et aboutit à un nouveau principe de légitimité : la souveraineté populaire. Ainsi pour Rousseau, l'État légitime est celui qui est régi par des lois qui sont des actes de la volonté générale. Ce nouveau principe de légitimité trouve aussi sa source dans la Révolution française, à l'origine de l'État de droit (par opposition à l'État légal) ce qui aboutit à terme à l'identification parfaite entre légalité et légitimité<sup>824</sup>. Et cela aboutit aussi à l'identification entre la légitimité et son résultat, c'est-à-dire l'efficacité de l'État moderne à pourvoir au bien être général<sup>825</sup>. Le principe de légitimité, ou légitimisme, surgit historiquement du Traité de Vienne (1814-1815), formulé par Talleyrand dans ses mémoires, pour soutenir l'objectif de la restauration monarchique face à la constitutionnalité. Il s'étend depuis la revendication française originaire à tous les souverains européens. C'est un principe de légitimité dynastique dont le fondement est la théorie divine du pouvoir. Carl Schmitt situe ce moment historique à la rupture entre légalité (dont l'expression est le code napoléon) et légitimité (celle de la dynastie restaurée). Le principe est ensuite valorisé par Bonald et de Maistre. Contre cette doctrine, les thèses de Weber universaliseront la notion de légitimité en la ramenant à la légalité propre de l'État libéral de droit. La dernière étape dans cette revue linéaire de la notion de légitimité est le versant sociologique de la domination. La légitimation renvoie à la sociologie politique et juridique<sup>826</sup>. La légitimation est la question de fait de l'acceptation ou du refus social d'une prétendue légitimité. Cela renvoi aux mécanismes qui maintiennent le pouvoir : les valeurs et

---

des Dieux. Dans la même logique, la doctrine catholique féodale fait également du pouvoir un attribut divin et dote le monarque de la qualité de thaumaturge. L'augustinisme politique, partant de la distinction entre la Cité terrestre et la Cité céleste, aboutit ainsi à renforcer le pouvoir civil car émanant de Dieu et, non sans une certaine perversion de la pensée de Saint Augustin, à le subordonner au pouvoir ecclésiastique. Saint Bernard, avec la théorie des deux glaives, donnera la formulation la plus achevée de ce rapport hiérarchique. La monarchie française complètera cet ensemble par le biais des lois fondamentales du royaume, qui borneront désormais les modalités de transmission et d'exercice du pouvoir royal. » Jean-Marc Février, « Sur l'idée de légitimité », in *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2002, n°1, page 372.

<sup>824</sup> En ce qui concerne la légitimité formelle, se référer à Max Weber ; et à l'éclairage offert par Jean-marc Coicaud dans son ouvrage précité, pages 23 à 28. Notamment : « La signification du mot « légitimité », dont l'emploi est relevé pour la première fois dans les textes médiévaux, conserve l'idée de conformité à la loi. Le caractère politique de la notion de légitimité est accentué par la réflexion de la justification du pouvoir. La légitimité est identifiée avec la qualité du titre à gouverner et présentée comme une activité politique validée légalement. À cet égard, le souverain ne fonde pas la loi, mais tient son autorité de celle-ci. Sa désignation est donc subordonnée à la loi, qui définit ses pouvoirs et détermine les conditions dans lesquelles sa volonté peut obliger. Après le déclin de la garantie divine, le développement du constitutionnalisme moderne et la rationalisation croissante du droit contribueront à accroître le rôle du droit positif et l'importance du critère de la légalité dans le processus de légitimité. À tel point que le positivisme juridique tendra à réduire la domination légitime à la domination légale. C'est ce dont témoignent les analyses de Max Weber. » page 25.

<sup>825</sup> Cf. Niklaas Luhmann.

<sup>826</sup> Et notamment à Talcott Parsons.

normes qui socialement possèdent une légitimité sont efficaces dans un groupe social, et rendent le pouvoir acceptable. Pour Parsons, la légitimation est un processus de médiation, de valorisation entre valeurs et action sociale. Chez Habermas, il en va de même : la légitimation est la réponse sociale aux exigences qui garantissent l'intégration sociale. La réciprocité et la reconnaissance par l'opinion d'un ordre établi, de règles de fonctionnement du groupe, donne sa force à la notion de légitimité. Pour beaucoup, Weber donne une théorie de la légitimité, mais il renvoie surtout aux critères qui donnent une réponse au « comment justifier ici et maintenant la domination ». Mais si on identifie la légitimité au seul respect de la norme supérieure, comme le prônent certains positivistes (à la suite de Kelsen), cela n'est valable que tant que l'ordre juridique interne conserve une cohérence. La légitimité s'identifie alors à la validité ce qui réduit l'expression de ce principe à la structure normative de l'ordre juridique interne. Chez Niklaas Luhmann, la légitimité consiste dans un rapprochement avec la notion d'efficacité à trouver une autojustification de la domination. Chez Habermas, on cherche à produire les conditions d'un dialogue rationnel (par la théorie de l'action communicative) qui permette de trouver la légitimité dans l'accord passé entre hommes égaux et libres. Mais en fournissant des normes critiques pour juger de la rationalité des normes et des actions et pour les justifier, il ne donne aucune indication concrète. Habermas se base sur le caractère idéal du consensus. A ce niveau on quitte le critère de la formalité légale et juridique pour tomber dans l'idée politique du consensus, dans ce que certains ont pu appeler avant l'heure « la confiance », ou « une idée morale supérieure au droit établi »<sup>827</sup>. La légitimité ne serait pas seulement une qualité intrinsèque de la structure gouvernante, mais elle est aussi une qualité extrinsèque<sup>828</sup>.

Le président de la République en régime parlementaire bireprésentatif, comme dans les autres types de régimes, peut se baser pour la légitimation de ses actes sur une légitimité interne et intrinsèque propre au régime politique. Alors il se rapproche

---

<sup>827</sup> Paul Bastid, « L'idée de légitimité », in *Les annales de philosophie politique*, n°7, 1967, pages 2 et 3 : « La légitimité est assurément la conformité à une certaine règle. Mais quelle position occupe cette règle à l'égard de celles qui sont effectivement obéies ? Il semble qu'elle les déborde (...). La légitimité se réclame alors d'une idée morale supérieure au droit établi. »

<sup>828</sup> On déborde de la simple légitimation du pouvoir dans un cercle interne (*i.e.* la société et le peuple représenté comme justification à l'appui de production de norme, dans un circuit fermé, cf. à ce sujet David Beetham, *The legitimation of power*, Londres, Mac Millan, 1991, page 72) pour atteindre une légitimation par rapport à une valeur externe qui prendra vie seulement si elle est relayée par un élément interne, le peuple, dépassant ainsi toutes les justifications jusqu'alors avancées.

d'une vision normativiste qui impose le respect de la norme valide comme référent légal. Mais il peut aussi s'appuyer sur une légitimité extrinsèque qui repose en fait sur la confiance témoignée par le peuple. N'y aurait-il finalement de légitimité que démocratique ? Elle a été détournée sous différents régimes pour servir de justification à l'abus de pouvoir, mais finalement la légitimité est aujourd'hui démocratique, et elle peut se manifester par l'élection directe et populaire du président de la République.

### **b) La légitimité du président de la République corollaire de l'élection démocratique.**

Finalement, après avoir emprunté différents chemins, après avoir été instrumentalisée au gré des pensées politiques et des régimes, la notion de légitimité se fixe sur la démocratie. Elle a un caractère idéologisé, et du fait qu'elle requiert l'accord massif du peuple consentant afin de prendre de la matière, elle implique logiquement la démocratie. De plus, les thèses contractualistes ont largement insisté sur le pouvoir politique comme produit et instrument social, et son corollaire est la légitimité donnée à la structure de pouvoir par l'intermédiaire de la manifestation massive d'approbation du peuple<sup>829</sup>. On a donc affaire à une notion qui s'inscrit dans un mouvement circulaire puisque pour prendre de l'épaisseur, elle se nourrit d'une adhésion massive, et que cet assentiment populaire la pousse à prendre une forme démocratique *in fine*<sup>830</sup>.

Le suffrage universel et le processus délibératif sont les mécanismes par lesquels s'exprime la démocratie. Un Parlement en fonctionnement et des parlementaires élus par le peuple et le représentant, tels que l'on en rencontre en

---

<sup>829</sup> Comme le dit simplement Jean Roy dans son article « Souveraineté et principes de légitimité », *in Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1983, n°4, page 193 : « Tout dépend donc de l'acceptation ».

<sup>830</sup> Voir à ce propos Jean-Marc Février, « Sur l'idée de légitimité », *in Revue de la recherche juridique et droit prospectif*, *op.cit.*, page 377 : « La légitimité ne remplit son rôle qu'à condition de rencontrer un écho dans la conscience collective. Pour y parvenir, l'alternative est simple : soit le principe de légitimité est en résonance avec l'idéologie dominante, soit il parvient à la moduler à son profit. » et plus loin : « Elle est en ce sens démocratique par nature. Si toute forme de régime politique peut être légitimée, la légitimité suppose l'adhésion plus ou moins explicite des sujets, ce qui est une manière d'admettre que tout pouvoir vient en définitive du peuple, conformément à l'aspiration démocratique. »

régime parlementaire, suffisent à dire que nous sommes en présence d'un régime démocratique. Mais une distorsion entre la confiance dont le peuple accompagne le régime et plus spécialement les organes de pouvoir, et ce que font ces derniers en pratique, peut mettre le pacte démocratique en danger. Ainsi la légitimité n'est pas une fin en soi. Elle est une condition nécessaire pour permettre aux gouvernants d'exister, mais elle n'est pas une condition suffisante pour justifier les actes des gouvernants. Ces derniers doivent la respecter pour que les institutions fonctionnent en harmonie. Le président de la République du régime parlementaire bireprésentatif est démocratiquement élu lorsque les procédures légales internes sont respectées (c'est-à-dire sans fraude à la loi électorale, lorsque tous les citoyens peuvent librement voter pour un candidat de leur choix parmi plusieurs candidats représentant des tendances diverses) et qu'il correspond effectivement au choix de la majorité. La condition de légitimité interne est remplie. Il est aussi légitime dès lors qu'il remplit le contrat qui le lie à ses électeurs, les citoyens de la nation<sup>831</sup>. Ainsi doit-il par exemple, veiller au respect de la Constitution, à la sauvegarde des institutions, à la protection de l'intégrité du territoire *etc.* Est-ce à dire qu'il peut concentrer en ses mains les pleins pouvoirs pour agir en cas d'urgence ; est-ce lui qui délivre une interprétation de la Constitution ? Les réponses ne sont pas toujours inscrites dans le texte constitutionnel et le président de la République s'improvise parfois régulateur suprême dans une large mesure. Par rapport au caractère extrinsèque de la légitimité, n'est-il pas à ce moment en train d'abuser de la confiance qu'a placée l'opinion dans la légitimité démocratique ? C'est par la responsabilité que l'on pourra observer si le président de la République élu au suffrage universel direct franchit les limites de sa légitimité. L'unité de mesure reste archaïque puisque l'on fait référence à la confiance, à l'opinion, et qu'il est difficile de cerner cela avec la certitude d'une science exacte. La discussion sur la légitimité n'est pas vaine, elle est toujours d'actualité.

« Ainsi partout dans les pays occidentaux apparaît le souci de limiter le pouvoir de l'État pour sauvegarder la liberté du citoyen. Cette limitation du pouvoir

---

<sup>831</sup> Georges Vedel va plus loin en parlant de principe démocratique : « C'est alors qu'intervient la notion de légitimité. C'est d'ailleurs une notion controversée et quelque peu obscure. Pour simplifier, disons seulement que beaucoup d'auteurs partagent avec le grand public ce sentiment qu'il ne suffit pas qu'un gouvernement soit installé et exerce son pouvoir dans les *formes* légales ; il faut encore que



politique n'a pu manquer de retenir sur la situation de l'exécutif, dont le pouvoir d'action devra être limité et contrôlé, de manière à sauvegarder la liberté des citoyens et à assurer la protection de leurs droits. C'est pourquoi face à ce « pouvoir d'action » détenu par l'exécutif, il a paru nécessaire en Occident d'aménager un « pouvoir de contrôle » qui vienne limiter l'exécutif et par là même en déterminer les contours.<sup>832</sup> » En effet, on ne saurait imaginer l'exercice du pouvoir sans contrôle. L'élection n'est pas un blanc-seing donné aux politiques pour accomplir ce que bon leur semble. L'élection consiste en un mandat de confiance, pour la réalisation des objectifs sur la base desquels le représentant est élu et pour la réalisation de laquelle il dispose de pouvoirs qui lui sont assignés par la Constitution. Ainsi la responsabilité et le contrôle auxquels l'élu est soumis sont autant de garanties de la meilleure exécution par lui de son obligation, dans le respect du droit. Il est dans la nature même du gouvernement constitutionnel d'être effectivement limité par des règles pré-établies. Pourtant, force est de constater que malgré cette pétition d'intention démocratique, la réalité reste souvent éloignée de cet idéal. En cela la responsabilité peut aider, elle implique que le gouvernant réponde de ses actes qui seront examinés à la lumière de la légitimité de son action.

### **c. De la légitimité démocratique découle la responsabilité du président**

La légitimité justifie le pouvoir de commander, ainsi qu'il a été évoqué plus haut. Elle sert de fondement au pouvoir qui tire sa justification d'autre chose que la force ou l'arbitraire. Pour autant, elle ne saurait être accordée *ad vitam eternam* à une structure gouvernante. Le gouvernement qui exerce le pouvoir pour l'ensemble de la communauté est au service du groupe qui attend de lui des résultats au regard de la mission qu'il lui a préalablement confiée<sup>833</sup>. Dès lors, quoi de plus logique que d'assortir la dévolution de la légitimité par le peuple à certains organes d'un contrôle, afin de vérifier que celui-ci reste toujours fidèle à la légitimité qu'il tire de

---

son existence soit en accord avec le principe qui, pour le pays et le temps considéré, fonde l'autorité. » *in Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, page 279.

<sup>832</sup> Paul-Marie Gaudemet, *L'exécutif dans les pays occidentaux*, Paris, Montchrestien, 1996, page 25.

<sup>833</sup> Ainsi que le fait observer finement Pierre Avril dans son article « Pouvoir et responsabilité », *in Mélanges offerts à Georges Burdeau, le pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 1977, page 9 : « l'essence de la responsabilité politique est ailleurs. Son objet n'est pas de punir ni d'assurer la réparation symbolique d'un dommage, il est de consacrer à travers le fonctionnement des pouvoirs publics l'idée que les gouvernants sont au service des gouvernés et leur doivent des comptes ».

l'assentiment populaire combiné à la légalité interne ? Le jugement de la légitimité présuppose comme condition première la valorisation de l'ordre politico-juridique. Ce jugement peut se faire en référence à l'identification du pouvoir et renvoie à des valeurs, à une éthique, basés sur le consensus rationnel<sup>834</sup>. L'identification du réel détenteur du pouvoir permet ensuite de faire jouer la responsabilité<sup>835</sup>. Le résultat de ce jugement est assorti d'une sanction<sup>836</sup>. En régime parlementaire classique « à l'anglaise », le gouvernement est le seul détenteur du pouvoir et il est pleinement responsable politiquement. En régime parlementaire bireprésentatif, il en va autrement. La Constitution affirme que le président de la République est irresponsable politiquement mais c'est une lacune juridique dans la mesure où il est aussi, à côté du Premier ministre, qui est responsable de ses actes devant le Parlement, et parfois constitutionnellement gratifié d'importantes attributions qui justifient à elles seules une responsabilité puisqu'elles font de lui un acteur central du jeu politique.

La responsabilité n'a pas toujours été de soi dans les régimes politiques, surtout dans les cas de concentration du pouvoir entre les mains d'un seul, roi ou empereur. L'origine historique de la responsabilité est liée à la naissance de la démocratie. Elle a rencontré de grandes difficultés d'implantation dans les régimes politiques non parlementaires. La responsabilité va de pair avec le respect du citoyen, avec la prise en compte des droits des individus face aux gouvernants, et avec l'obligation pour ces derniers de rendre des comptes puisqu'ils agissent au nom du Peuple. L'apparition de la notion de représentation a précipité le phénomène et placé sur le devant de la scène le Parlement comme principal représentant du Peuple

---

<sup>834</sup> L'identification du pouvoir renvoie au principe de souveraineté couplé à la représentation chez Montesquieu ; pour ce qui concerne l'éthique et le consensus rationnel, on songe aux écrits de François Ost.

<sup>835</sup> À ce propos voir Olivier Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », in *Pouvoirs*, n° 92, 2000, page 24. Si on le rejoint sur cette idée d'identification du centre du pouvoir pour faire jouer la responsabilité, il est difficile de partager son analyse des effets de la cohabitation en France qui selon lui « aggravent cette tendance à l'irresponsabilité ». Si l'on se réfère aux développements *supra*, le détenteur du pouvoir redevient le gouvernement, comme il est logique qu'il le soit en régime parlementaire, mais il est gêné dans ses actions par un président de la République omniprésent qui use de toutes ses prérogatives pour entraver son action.

<sup>836</sup> « La démocratie suppose un système politique dans lequel des représentants de la nation veulent pour le peuple mais sous le contrôle de celui-ci. Ce contrôle est opéré par l'intermédiaire d'élections régulièrement espacées et libres. La liberté de l'électeur se défend non seulement à l'occasion des élections mais encore en cours de législature. » Patrick Auvret, « La revanche du régime parlementaire », in *R.D.P.*, 1997, page 1234.

souverain (le pouvoir de faire la loi, expression de la volonté générale). Parallèlement, un acteur connexe, le gouvernement, pourvu du pouvoir exécutif, est obligé devant le Parlement. En tant que mécanisme interne, la responsabilité s'est installée progressivement. Elle est désormais bien admise concernant le gouvernement ; mais elle a plus de mal à être cernée pour ce qui concerne les présidents de la République élus au suffrage universel direct. Par contre, la responsabilité pour le respect du pacte démocratique tacite passé entre les citoyens et le président de la République ne s'exprime que rarement et confusément (au moment des élections, et en cas de procédure de révocation populaire, procédure qui n'est pas prévue dans toutes les Constitutions).

Historiquement la responsabilité du Roi n'existe pas. L'adage « *King can do no wrong* » signifie que le Roi ne peut mal faire, car il ne peut plus rien faire. À l'origine, cet adage a justifié le despotisme monarchique. Puis il a été adapté par les avancées du Parlement anglais. Petit à petit, le Parlement a gagné du terrain sur le Roi. Ayant dépassé les périodes d'opposition frontale qui ont abouti tantôt à une victoire du Parlement au détriment de la dynastie en place, tantôt à une victoire du Roi (dissolvant le Parlement et imposant le remplacement des élus rétifs), le Parlement est parvenu à repousser le pouvoir royal jusque dans les retranchements d'une position simplement symbolique. Dès lors, l'irresponsabilité du Roi est évidemment la contrepartie d'une absence totale de pouvoir. Elle n'expose la démocratie à aucun danger de rechute monarchiste<sup>837</sup>. Pour que la démocratie puisse s'installer pleinement et confortablement il faut donc que les monarques renoncent à gouverner. Cela limite la monarchie (qui n'est plus divine, ni absolue, mais peut être parlementaire), cédant la place au Parlement, représentant du Peuple souverain. C'est la raison pour laquelle une « république » dans laquelle le monarque ou le président de la République représenterait le peuple souverain, au même titre que le Parlement,

---

<sup>837</sup> Se référer à ce propos à l'analyse introductive historique de Christian Bidégaray et Claude Emeri dans leur ouvrage intitulé *La responsabilité politique*, Paris, Dalloz, 1998, pages 10 et 11. Cette lente évolution aboutit au « retrait progressif de l'exercice du pouvoir par le monarque parlementaire dont la sanction naturelle, la contrepartie évidente est le renforcement de l'irresponsabilité du souverain : ne gouvernant plus, il ne peut mal faire, et s'il incarne désormais la légitimité de l'État, c'est à titre symbolique ; il est porteur des signes extérieurs de la souveraineté mais mis hors d'état d'en faire usage. Ainsi en est-il d'abord des descendants de Guillaume III dont les pouvoirs s'effilochent irrémédiablement en un siècle et demi ; le règne de Victoria marque le terme de l'évolution ; désormais, la Reine se situe à côté des instruments du pouvoir gouvernemental mis hors de sa portée. Il lui est demandé d'incarner la toute puissance impériale, la grandeur et la majesté de la Couronne (...) ».

ne peut fonctionner démocratiquement<sup>838</sup>. Pourtant, certains présidents de la République offrent encore des résistances, ce qui est préjudiciable à la démocratie parlementaire. Contrairement à leur origine historique et aux idées reçues, on peut affirmer que les monarchies parlementaires européennes sont plus démocratiques que certaines républiques parlementaires du même continent! L'évolution historique de la responsabilité conduit à examiner l'utilité du contreseing apposé par le ministre compétent (comme *visa* et prise en charge de la responsabilité en lieu et place du monarque -ou du président de la République selon la formule du régime choisi) et aussi à envisager « la règle de l'accompagnement »<sup>839</sup>. C'est-à-dire que le monarque n'est plus maître de ses actes, il ne décide pas de leur contenu, il ne se montre pas seul en public, l'exécutif étant réservé pour sa part active au gouvernement, sous la direction du Premier ministre. Lorsque l'on tente d'appliquer cette règle aux régimes parlementaires bireprésentatifs, l'analogie échoue. En effet, alors que « le meilleur candidat à la présidence de la République est celui dont l'aptitude où le goût à gouverner sont les plus faibles », il se trouve que dans certains pays observés c'est souvent l'inverse qui se produit (ainsi en Russie, en Ukraine, en Croatie, en France, on a pu voir à certains moments de l'évolution du système politique que la politique nationale n'était plus dirigée par le Premier ministre mais par le président de la République)<sup>840</sup>. Doit-on attribuer cette occurrence à la seule élection au suffrage universel direct ? Cette seule condition ne semble pas suffisante, et ainsi qu'il a déjà été souligné, d'autres facteurs entrent en ligne de compte<sup>841</sup>. Connaissant tous ces éléments, il est facile d'avancer qu'il est constitutionnellement incohérent de déclarer irresponsable un président de la République élu au suffrage universel direct et bénéficiant d'attributions constitutionnelles conséquentes, et d'aménager par ailleurs

---

<sup>838</sup> Comme le précisent Christian Bidégaray et Claude Emeri dans leur ouvrage intitulé *La responsabilité politique*, Paris, Dalloz, 1998, page 12, concernant l'histoire de France et la douloureuse et longue mise en place de la démocratie parlementaire, « La Constituante a manifestement voulu reprendre à son compte ce double travail de l'électif et de l'héréditaire en accrochant l'hérédité du monarque à la souveraineté de la nation que Louis XVI représente désormais au même titre que l'assemblée législative. C'est l'échec de cette fiction qui est la cause principale de l'insuccès de la « monarchie républicaine » de 1791, qu'expriment la condamnation à mort et l'exécution de Louis Capet. »

<sup>839</sup> Selon les termes de Christian Bidégaray et Claude Emeri, *Idem*, page 13.

<sup>840</sup> *Ibidem*, page 14.

<sup>841</sup> Voir *supra*, partie II, chapitre premier, concernant l'influence de certains facteurs tels le charisme du président de la République, le mode de scrutin appliqué aux élections, la majorité politique, la cohabitation.

une responsabilité pénale qui ne sera jamais mise en œuvre<sup>842</sup>. Il serait plus logique que la responsabilité soit réhabilitée puisque le Parlement, principal contre pouvoir dans la balance de l'équilibre, souffre parfois d'un renforcement de l'exécutif, (ministres ou président)<sup>843</sup>. Le Parlement devrait être restauré dans ses attributions dans tous les domaines, afin d'exercer un contrôle certain sur l'exécutif, tant au niveau pénal (en procédant à la mise en accusation du président de la République) qu'au niveau politique en prenant l'initiative d'une révocation populaire (approuvée par référendum), afin que la sécurité démocratique soit préservée<sup>844</sup>.

## Paragraphe 2 : Sécurité démocratique et juridique

« Les génies invisibles de la cité<sup>845</sup> », les acteurs politiques investis de pouvoir, ne peuvent être livrés à eux-mêmes car ils peuvent évoluer à leur guise au risque de se transformer en mauvais génies, ce qui aurait des conséquences désastreuses sur la démocratie. Le pouvoir personnel qui n'est jamais affirmé constitutionnellement en démocratie, cherche sa justification dans la légitimité<sup>846</sup>. La réponse préventive aux débordements intempestifs de l'exécutif réside dans

---

<sup>842</sup> C'est ce que dénoncent les auteurs au sujet de la France et que l'on peut parfaitement appliquer à ses coreligionnaires européens. Cf. *op.cit.*, page 18 : « Ne peut-on avancer qu'il est aujourd'hui inconcevable de rassembler dans une même construction constitutionnelle l'irresponsabilité de ce principe du chef de l'État et son élection populaire –comme c'est le cas à la lecture des articles 68 C. d'une part et 6 et 7 C. d'autre part, en France aujourd'hui ? ».

<sup>843</sup> Roger-Gérard Schwartzberg, *Politique comparée, les grands systèmes politiques contemporains*, Paris, Les cours de droit, fascicule II, 1979-80, page 616 : « Logiquement, cette fonction devrait devenir la fonction capitale. Puisque le Parlement n'investit plus les gouvernants, puisqu'il ne détermine plus la politique nationale, puisqu'il n'est pas la seule instance de représentation, puisqu'il légifère moins qu'il entérine, il devrait se « reconvertir » et promouvoir une activité trop peu développée jusque-là, la fonction de contrôle. »

<sup>844</sup> Un bilan sur les dysfonctionnements français, applicables aux autres pays étudiés, met en exergue le déficit de responsabilité du président et l'échec du Parlement à remplir son rôle. Armel le Divellec diagnostique le mal de la V<sup>e</sup> République en distinguant trois grands problèmes : « le caractère illisible du système de gouvernement, le déficit généralisé de responsabilité politique, et enfin la faiblesse (il faudrait plutôt dire : la langueur) du Parlement. »<sup>844</sup> Ce diagnostic alarmant n'est pas valable pour l'ensemble des régimes étudiés. On peut d'emblée mettre de côté les pays du Nord de l'Europe occidentale (Irlande, Islande, Finlande) dont le régime parlementaire fonctionne réellement en système parlementaire. Par contre cette réflexion peut être étendue aux autres pays étudiés puisqu'elle se fait l'écho des écueils apparents dans la vie de ces systèmes. Partout en effet la personnalité du président, combinée au mode de scrutin, brouille les cartes. Partout la responsabilité politique tend à se muer en vœu pieu, malgré les affaires, les désaccords politiques sur certains dossiers.

<sup>845</sup> Expression directement inspirée par le bel ouvrage de Guglielmo Ferrero, *Pouvoirs, les génies invisibles de la cité*, Paris, L.G.D.J., 1988, 315 pages.

<sup>846</sup> À titre d'exemple historique funeste on peut citer l'attitude du Maréchal Pétain en France, sous Vichy. Cf. « Le pouvoir personnel du Maréchal Pétain trouve son fondement dans une doctrine de la

l'établissement d'un État de droit, par lequel passe la sécurité démocratique, ce qui permet à terme, d'assurer une certaine stabilité des institutions par la sécurité juridique.

### **a) Le contrôle du président de la République élu, une sécurité démocratique**

Le régime parlementaire bireprésentatif peut faire douter de la sécurité démocratique dans un pays. En effet, deux critiques peuvent être formulées face à l'état de la « sécurité démocratique ». L'objectif de sécurité juridique doit être atteint, entre autres, grâce à la responsabilité qui renvoie dans un rapport circulaire la légitimité à l'élection. Mais on observe souvent un décalage entre ce que l'on peut attendre de la responsabilité (un contrôle réel) et la réalité de cette responsabilité, puisque dans les faits, elle ne joue que rarement<sup>847</sup>. N'aboutit-elle que rarement parce que le président de la République ne s'écarte jamais du pacte initial, ou bien s'inscrit-elle dans un dysfonctionnement ? Un autre point d'achoppement à la critique est la proportionnalité du contrôle appliqué au président de la République. En effet, par rapport à la quantité et à l'importance des pouvoirs détenus par certains présidents on ne peut que s'étonner de l'irresponsabilité qui les entoure. Face à un pouvoir d'action fort, le citoyen est en droit d'attendre un pouvoir de contrôle équivalent. Or, comme en Russie, en Ukraine, en Croatie, en France où les pouvoirs du président de la République sont importants constitutionnellement et sa puissance parfois déterminante, rien n'est prévu pour contrôler son action, ni mécanisme de révocation populaire, ni contrôle constitutionnel. Pourtant, le principe démocratique impose qu'un contrôle s'applique<sup>848</sup>. La sécurité démocratique laisse à désirer et certains

---

légitimité », Georges Vedel, in *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, page 262.

<sup>847</sup> Lire à ce propos l'article d'Olivier Beaud rapportant les propos d'Armel le Divellec : « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », in *Pouvoirs*, n° 92, 2000, page 17.

<sup>848</sup> On puise à nouveau dans l'article de Pierre Avril consacré au pouvoir et à la responsabilité (*op. cit.*) pour étayer cette affirmation : « la question est donc de savoir s'il est permis d'invoquer directement la responsabilité lorsque les textes n'en aménagent pas l'application d'une manière satisfaisante. Il nous semble que oui, parce que le principe est inhérent au constitutionnalisme démocratique et résulte impérativement des exigences de ce type d'organisation politique : le pouvoir d'un organe implique nécessairement la responsabilité de cet organe. Il s'ensuit une obligation générale de comportement qui s'impose au chef de l'État à la mesure de l'autorité qu'il détient effectivement », in *Mélanges offerts à Georges Burdeau, le pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 1977, page 14.

régimes, qui n'ont pas prévu de verrous constitutionnels solides, cèdent sous la pratique du système politique.

### **b) Le contrôle du président par rapport au texte, une sécurité juridique**

Sur le texte fondateur, (la Constitution), est projetée la légitimité de l'accord donné par le peuple aux structures gouvernantes pour être administré selon un mode démocratique. Le texte, expression de la volonté constituante, demeure toujours la référence suprême. C'est par le rapprochement entre le comportement des gouvernants et le sens du texte que l'on peut assurer une certaine sécurité juridique. C'est « une sécurité *par* le droit ». Mais ne devrait-on pas tenter d'atteindre une « sécurité *du* droit », plus optimale<sup>849</sup>? La sécurité, tout comme la légitimité dont le peuple investit le président de la République lorsqu'il l'élit au suffrage universel direct, est une valeur. C'est une valeur sociale qui vise l'équilibre dans les rapports entre les personnes. La sécurité du droit assure un système harmonieux, fonctionnant sans heurt. Logiquement, elle suppose en conséquence de renforcer le contrôle que pourront pratiquer les cours par exemple, ou les autres organes avec lesquels le président de la République collabore ou auxquels il est soumis dans les régimes parlementaires bireprésentatifs. Mais pourtant cette idéal est difficile à imposer par le droit car le droit n'est pas lui-même absolument parfait et stable. L'idéal de sécurité juridique doit être relativisé, mais peut demeurer une source d'inspiration constante pour le constituant lors de la rédaction de la Constitution. Les règles les plus claires et générales possibles seront donc produites. Malgré la faillibilité des textes, en pays de droit écrit, ils restent avant tout le fondement du contrôle qui sera pratiqué<sup>850</sup>.

---

<sup>849</sup> Référence directe à l'article de François Tulken, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990, n°24, page 28 qui cite à ce propos G. Radbruch, « Le but du droit », in *Annuaire international de philosophie du droit et de la sociologie juridique*, Paris, 1938, pp. 53 et 54.

<sup>850</sup> Il découle des mots de Chaïm Perelman que l'idéal de sécurité juridique structure toute société démocratique et que cet idéal est corrélé avec l'énonciation de règles de droit internes, générales, afin que le juge puisse les mobiliser efficacement, par exemple dans le cadre de la responsabilité du président de la République : « Plus que le moraliste ou l'homme politique, le juriste est préoccupé, et à juste titre, par la sécurité juridique. Dans un ordre social caractérisé par la sécurité juridique où chacun est censé connaître ses droits et obligations, d'où sont éliminés les controverses et les conflits résultant de l'ambiguïté et de l'indétermination de la loi, se manifestent les valeurs qui, dans l'esprit de beaucoup de juristes, s'identifient à la justice : la prévisibilité, l'impartialité, l'égalité devant la loi, l'absence d'arbitraire des administrateurs et des juges. (...) Tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant

Ainsi, un système juridique fonctionnant en toute sécurité est-il clos, et les règles, clairement énoncées, suivent un ordonnancement logique, se conformant à la norme supérieure dont elles découlent (que l'on place au sommet de l'institution la Constitution)<sup>851</sup>. Mais bien entendu, de cette norme, découlent un usage, et une interprétation. En cas de conflit concernant l'application de la norme, le texte seul ne donne pas une réponse, ceux qui le mobilisent et l'organe chargé de juger (en l'occurrence, en ce qui concerne le président de la République la plupart du temps il s'agit d'une Haute cour de Justice ou de la juridiction constitutionnelle) lui donnent vie<sup>852</sup>. À la lecture des diverses Constitutions, on observe que la sécurité juridique n'est pas inscrite dans les textes, mais perceptiblement c'est une notion qui va de pair avec l'État de droit car elle impose des caractéristiques telles que : la non rétroactivité des lois, la clarté des textes, la garantie des droits fondamentaux<sup>853</sup>. Finalement lui donne corps, c'est pour beaucoup la jurisprudence des juridictions nationales ordinaires ou constitutionnelles. La doctrine elle aussi joue un rôle important. Mais c'est surtout à travers la jurisprudence des cours que ce principe se

---

que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de préciser dans chaque cas d'espèce. » *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, pages 788 et 790.

<sup>851</sup> « Le principe de sécurité juridique doit donc être entendu non pas comme un impératif de stabilité générale et absolue, mais comme l'exigence de stabilité relative de la règle de production (modification, destruction) de la règle : une règle ne peut être changée qu'en vertu d'une autre règle qu'il est plus difficile de modifier que celle-là. » Otto Pfersmann, « Constitution et sécurité juridique en Autriche », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1999, page 110.

<sup>852</sup> « Dans cette situation de tension et d'incertitude, où selon le mot de Pierre Bourdieu « il n'est plus possible de s'en remettre à l'habitus mais où il faut s'en remettre au code », tous les intervenants ont donc un intérêt évident, pour fonder en droit leurs prises de position, à affirmer la supériorité du texte et à lui conférer ainsi sa force obligatoire. L'effectivité de la norme ne résulte donc pas « de la présence magique du texte », mais de l'utilisation qu'en font les associés rivaux pour définir et étendre leur pouvoir au détriment les uns des autres. » Yves Poirmeur, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, Puf, 1989, page 244.

<sup>853</sup> « Le concept de sécurité juridique est consubstantiel à une évolution de l'État de droit d'un système formel à un système contenant des exigences matérielles. Liée à l'affaiblissement du principe du principe de démocratie majoritaire et au renforcement du système des droits fondamentaux, cette évolution tend à dépasser la vision d'un système uniquement fondé sur le respect de la hiérarchie des normes juridiques pour s'intéresser au contenu de ces normes. L'État de droit est alors un système d'organisation politique et juridique finalisé par la protection des droits fondamentaux. Ainsi des principes comme la séparation des pouvoirs, le principe de légalité, le principe de proportionnalité et la sécurité juridique correspondent aux exigences matérielles de l'État de droit conçu comme la qualité d'un système juridique propre à garantir les droits fondamentaux. La sécurité juridique exprime alors un certain nombre d'exigences matérielles auxquelles doit répondre le droit en tant qu'instrument. » Bertrand Mathieu, « Constitution et sécurité juridique en France », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1999, page 156.



développe, se perpétue et contribue à la constante démocratisation du système juridique<sup>854</sup>.

La sécurité juridique passe par l'effectivité de la règle de droit (c'est-à-dire que la règle de droit soit appliquée). Il semble plus adapté de parler d'effectivité que d'efficacité d'ailleurs, pour prendre la mesure de l'écart qui existe (ou non) entre règle et pratique<sup>855</sup>. La concurrence entre les divers intervenants sur la scène politique et juridique, leurs rapports conflictuels ou pacifiques rendent compte de l'effectivité du droit, de son application, et renvoient au fait que la contextualisation du texte permet de porter un regard critique sur le respect du texte. Cela se vérifie par exemple si l'on se réfère à la polémique à propos de l'article 68 de la Constitution française concernant la responsabilité du président de la République. C'est le point

---

<sup>854</sup> Ainsi au Portugal : « La Constitution portugaise de 1976 ne consacre pas d'une façon directe et textuelle le principe de sécurité juridique quand elle énonce dans son article 2 les fondements de l'État de droit démocratique. Cependant, la doctrine comme la jurisprudence constitutionnelle soulignent que le principe de sécurité juridique découle nécessairement de l'idée de l'État de droit et le considèrent ainsi consacré par la Constitution. (...) dans la jurisprudence constitutionnelle, la Commission Constitutionnelle a reconnu le principe de sécurité juridique en tant que conséquence nécessaire à l'État de droit dans son Arrêt n° 87 du 16 février 1978, où il est fait référence à la « certitude et sécurité des rapports juridiques » et à la « certitude et sécurité des droits des citoyens et de tous les organismes publics et privés », car « la sécurité est aussi une des valeurs servies par le droit ». (...) Cette jurisprudence a été entièrement suivie par le Tribunal Constitutionnel dès ses Arrêts n°11/83 et n°20/83, et a été très clairement précisée en l'Arrêt n°666/94, où il est dit que la « sécurité des citoyens (et leur confiance subséquente en l'ordre juridique) est une valeur essentielle de l'État de droit qui tourne autour de la dignité de la personne humaine –personne qui est à l'origine et à la finalité du pouvoir et des institutions ». Luis Nunes De Almeida, « Constitution et sécurité juridique au Portugal », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1999, pages 249 et 250.

Et concernant la France, voir Bertrand Mathieu, dans la même revue, page 155 : « Le concept de sécurité juridique est aujourd'hui largement utilisé tant dans le champ du droit que dans celui du discours politique. Paradoxalement sa reconnaissance textuelle est faible, voire inexistante en droit constitutionnel. »

Et aussi en Pologne, où, selon Leszek Garlicki, dans la même revue, page 239 : « La sécurité juridique, telle qu'elle est conçue en Pologne, est l'œuvre de la jurisprudence qui a évolué sur la base de trois ordres constitutionnels successifs : 1) celui d'avant 1989, où était en vigueur la Constitution de 1952, reflétant le régime communiste ; 2) de la période 1989-1997, où étaient en vigueur des règles constitutionnelles provisoires (...) 3) et enfin celui d'après 1997, où est entrée en vigueur la Constitution d'avril 1997, renouant du reste largement avec l'acquis des huit années précédentes. (...) En 1986, le Tribunal Constitutionnel a commencé son activité, et, dès sa première décision (28 mai 1986, U 1/86), il a « retrouvé » dans la Constitution le principe de non-rétroactivité des lois. (...) aussi bien le Tribunal constitutionnel et la Cour Suprême que la Haute cour administrative ont commencé à considérer le principe de l'État de droit comme une sorte d'ouverture de la Constitution sur un système des valeurs plus général, typique de l'État de droit démocratique contemporain ».

<sup>855</sup> Se reporter à ce propos à l'article de François Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », publié dans l'ouvrage *Les usages sociaux du droit*, Paris, puf, 1989, page 127 qui distingue entre effectivité, efficacité et efficience : « L'effectivité, qui mesure les écarts entre le droit et son application, tend alors à se confondre avec l'efficacité, qui permet d'évaluer les résultats et les effets sociaux du droit, et avec l'efficience, qui consiste à vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteint au meilleur coût. »

de vue que défendent certains auteurs et l'on ne saurait rester indifférent à cela lorsque l'on observe comment le droit « fonctionne » en réalité<sup>856</sup>.

Le renforcement de la « juridicité » qui découle de l'encadrement de la puissance de l'État par le droit pour la limiter a contribué à apporter une certaine sécurité juridique, tout en concentrant l'attention sur le texte constitutionnel. L'État de droit commun à tous les États européens étudiés, présent dans toutes les Constitutions sans pour autant être expressément mentionné, se manifeste par l'ordre juridique<sup>857</sup>. L'élection au suffrage universel direct (appliquée notamment pour le président de la République) est un des piliers de l'expression démocratique au sein de l'État de droit. L'expansion de l'État de droit, son grand succès, témoigne de l'existence d'un « patrimoine commun de démocraties »<sup>858</sup>. Le constitutionnalisme, courant fondateur et structurel de la démocratie européenne, participe donc de la sécurité juridique. Il a largement été exploité, exporté et adapté<sup>859</sup>. Mais pour autant le positivisme juridique et le constitutionnalisme ne sont pas les seuls outils pour

---

<sup>856</sup> « L'effectivité du droit ne peut donc être appréhendée que dans une perspective concurrentielle. Ainsi tout le mouvement qui vise à accréditer l'idée que la constitution s'applique bien et que ce serait cet « ensemble de normes » qui gouvernerait les pratiques politiques, ne peut s'imposer qu'au prix d'un aveuglement sur ce qu'est la norme juridique et sur les conditions de son effectivité. » *Idem*, page 245.

Et aussi : « En réalité, la règle de droit général, et la norme constitutionnelle en particulier, n'est acceptée et efficace que si elle repose précisément sur un rapport de forces entre les acteurs du système politique, dont il n'est nullement besoin de supposer qu'ils participent de façon communiale au même idéal politique et social. » Jean-Louis Seurin, *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Économica, 1984, page 42.

<sup>857</sup> On peut le formuler à propos d'un pays, mais cette remarque peut être ramenée à un niveau général et vaut pour les autres. « La sécurité au sens général retenue ici peut être considérée comme synonyme du principe de l'État de droit tel qu'il est traité par la doctrine et la jurisprudence constitutionnelle autrichienne. » Otto Pfersmann, *op. cit.* page 113.

<sup>858</sup> *Les constitutions des États de l'Union européenne*, textes présentés et rassemblés par Constance Grewe et Henri Oberdoff, Paris, la Documentation Française, 1999, page 16.

<sup>859</sup> « Le thème de l'État de droit s'est ainsi mondialisé, en gagnant progressivement l'ensemble des systèmes politiques. L'État de droit se présente ainsi comme une contrainte axiologique, dont dépend la légitimité politique. (...) On peut y voir la preuve que le modèle libéral s'impose désormais comme le seul modèle de référence du fait de l'implosion des systèmes socialistes et de la crise des pays en développement : c'est ainsi que pour F. Fukuyama, la démocratie libérale ferait l'objet d'un consensus mondial, en apparaissant comme le seul régime politique légitime ; aucun modèle alternatif n'étant plus concevable, elle constituerait le point final de l'évolution idéologique de l'humanité. (...) Ou bien, l'écart subsistant entre les proclamations solennelles et les pratiques politiques effectives montrerait que la promotion du thème de l'État de droit n'est que l'expression d'un mimétisme purement formel : la référence à l'État de droit serait artificielle à l'Est et au Suffrage universel direct, faute de garanties appropriées et en l'absence de culture juridique et politique adéquate. (...) Ou bien, on peut encore mettre l'accent sur les inflexions de la logique de l'État de droit, qui aboutissent à des configurations institutionnelles spécifiques. L'importation de modèles d'organisation politique s'accompagne en effet toujours d'un processus de réappropriation. » Jacques Chevallier, « L'importation de l'État de droit », in *L'État de droit et la sécurité juridique*, Michel Lesage et Janusz Letowski (dir.), Paris-Varsovie, C.N.R.S., 1996, pages 33 et 34.

appréhender la Constitution, son application, ainsi que la place du président de la République, ses attributions et son pouvoir. D'autres éléments entrent en ligne de compte pour l'évaluation de l'application de la règle.

Pourtant, l'effectivité de la règle ne se mesure pas systématiquement dans son formalisme, ni dans son application, mais au contraire dans sa non application. Le mouvement libéral défend une adaptation régulière de la Constitution aux évolutions de la société, prône une atténuation du formalisme constitutionnel, reprenant à leur compte la critique marxiste du formalisme constitutionnel<sup>860</sup>. Or ce que critique le marxisme ce n'est pas tant l'excès de formalisme constitutionnel qui permet au contraire de s'assurer que la volonté initiale est bien respectée, mais l'hypocrisie qui consiste à déclarer une séparation des pouvoirs qui en réalité n'existe pas, un équilibre des pouvoirs que l'on ne retrouve nullement dans le jeu des institutions (on parle à ce propos de « mystification »). Ce déphasage entre texte et pratique, dénoncé par la critique marxiste, dénonce la faille dans laquelle peut s'insinuer par exemple un président de régime parlementaire bireprésentatif, espace dans lequel il échappe à tout contrôle. La réponse se trouve-t-elle dans une approche constitutionnelle plus libérale afin que le système parvienne à un équilibre ou bien faut-il au contraire s'acheminer vers davantage de contrôle et de formalisme pour assurer la sécurité juridique? Certes, on peut revenir sur la critique marxiste en prétendant que ce hiatus entre théorie et *praxis* se retrouve de façon flagrante dans le cruel décalage qu'ont connu les républiques soviétiques entre le texte de la Constitution de 1977 et son application concrète. Toutefois cette violente contradiction à la source de laquelle se trouve le comportement de dirigeants politiques usant de leur puissance pour poursuivre des desseins totalitaires, n'efface pas la pertinence de la remarque marxiste. Ce que l'étude souligne c'est justement que les déclarations d'intention enfermées dans les textes constitutionnels ne peuvent rester lettre morte. Certes, la critique marxiste vise à terme l'anéantissement du texte qui ne rendrait et ne pourrait rendre compte de la réalité sociologique des rapports dans une société capitaliste. Le texte ne serait d'ailleurs qu'un instrument d'oppression d'une classe sur l'autre. Or, objectivement, il est évident que le texte constitutionnel d'une démocratie ne peut être réduit à un instrument d'oppression. Mais pour ne pas rester lettre morte, pour ne

---

<sup>860</sup> Jean-Louis Seurin, *op.cit.*, page 46.

pas être contredit par la pratique politique, il faut que ce texte soit respecté par tous de façon égale, d'où l'utilité incontestable, du contrôle. Comme la Constitution offre des garanties aux citoyens au nombre desquelles on compte celle de vivre librement dans le respect des règles démocratiques, il faut la protéger prioritairement. Tout le problème réside dans méthode retenue pour protéger l'État de droit, et de quelles menaces le prévenir.

S'agissant du contrôle appliqué au président élu directement pour assurer la sécurité juridique, le texte est à considérer, mais pas uniquement. En effet, la Constitution n'est pas le seul point d'appui pour appréhender la responsabilité du président de la République. On peut aussi se référer à l'intention des rédacteurs de la Constitution et à l'évolution de la pratique du texte pour sanctionner le président. François Ost dénonce l'imposture positiviste qui consiste à faire croire que l'instrument juridique, la simple rencontre des volontés manifestées dans l'*instrumentum* suffit à faire naître le droit, sans considération pour ce qui était avant ni ce qui viendra après<sup>861</sup>. Le contrôle des gouvernants s'opère sur la base du droit positif, grâce aux techniques juridiques propres à l'État de droit, mais il est alimenté par l'éclairage historique pour la lecture des règles. La démocratie n'est pas que, dans son acception classique selon l'étymologie platonicienne, le pouvoir du peuple, elle est aussi, dans son usage commun, synonyme pour la majorité d'entre nous de gouvernement juste. Que faire d'un gouvernement majoritaire qui représenterait le peuple trop nombreux pour gouverner lui-même, mais qui ne serait pas juste ? Ou bien d'un gouvernant qui ne respecterait pas lui-même les règles préalables d'organisation de la structure politique posées par le Peuple tout entier ? Henry David Thoreau s'est posé cette question du pouvoir démocratique dans son pamphlet sur la désobéissance civile<sup>862</sup>. S'il y répond en des termes radicaux, qui vont dans le sens de la démocratie directe et de l'anarchie, sa réflexion place le citoyen au cœur du système. Ce dernier est juge et partie<sup>863</sup>. Cette affirmation plaquée au président élu directement en régime parlementaire bireprésentatif permet notamment de

---

<sup>861</sup> François Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, page 192.

<sup>862</sup> Henry David Thoreau, *La désobéissance civile*, Turin, Mille et une nuits, 2000, 63 pages.

<sup>863</sup> « Le citoyen doit-il un seul instant, dans quelque mesure que ce soit, abandonner sa conscience au législateur ? Pourquoi, alors, chacun aurait-il une conscience ? Je pense que nous devons d'abord être des hommes, des sujets ensuite. Le respect de la loi vient après celui du droit. La seule obligation que j'aie le droit d'adopter, c'est d'agir à tout moment selon ce qui me paraît juste. » Henry David Thoreau, *La désobéissance civile*, Turin, Mille et une Nuits, 2000, page 12.

recentrer le débat sur la légitimité d'attributions constitutionnelles fortes, sur la responsabilité (ou plutôt l'irresponsabilité de ce président), et sur l'ouverture de la saisine des hautes cours de justice constitutionnelle aux citoyens pour un contrôle plus direct par exemple.

Le président de la République a été élu pour accomplir une tâche, précise et délimitée par la Constitution, et le peuple qui le choisit et qui a en réalité lui-même décidé des pouvoirs du président puisque c'est lui le souverain, et l'inspirateur de la Constitution, devrait rester le contrôleur suprême. Celui qui sort de son rôle devrait pouvoir être sanctionné soit directement par le Peuple (en rapport avec des valeurs communes), soit indirectement par une Cour qui rendra un jugement (en rapport avec le droit positif).

## **Section 2. Le contrôle politique populaire**

Le contrôle politique populaire sur le président de la République en régime parlementaire bireprésentatif peut s'exercer selon deux modalités. L'une est commune à toutes les démocraties c'est le contrôle politique en fin de mandat. C'est-à-dire que le mandat politique de l'élu sortant sera ou non reconduit. S'il n'est pas réélu, il tirera les leçons politiques de cette désaffection. Pour cela il suffit que l'électeur, au terme normal du mandat, donne sa voix à un autre candidat. L'autre moyen est moins répandu car il n'est pas toujours prévu par la Constitution : il s'agit de la révocation populaire. C'est-à-dire que le peuple dispose de la possibilité constitutionnelle de démettre lui-même le président de la République, en dehors de la période du terme du mandat et des élections officielles. Ce moyen n'est finalement que l'officialisation du droit de résistance à l'oppression développé par John Locke dans son *Traité du gouvernement civil*<sup>864</sup>. Il permet au peuple de décider de changer

---

<sup>864</sup> « ...lorsqu'un peuple a été rendu misérable, et se voit exposé aux effets funestes du pouvoir arbitraire, il est aussi disposé à se soulever, dès que l'occasion se présentera, que puisse être un autre qui vit sous certaines lois, qu'il ne veut pas souffrir qu'on les viole. Qu'on élève les Rois autant que l'on voudra ; qu'on leur donne tous les titres magnifiques et pompeux qu'on a coutume de leur donner ; qu'on dise mille belles choses de leurs personnes sacrées ; qu'on parle d'eux comme d'hommes divins descendus du ciel et dépendants de Dieu seul : un peuple généralement maltraité contre tout droit n'a garde de laisser passer une occasion dans laquelle il peut se délivrer de ses misères, et secouer le pesant joug qu'on lui a imposé avec tant d'injustice. (...) Les révolutions dont il s'agit, n'arrivent pas dans un état pour de légères fautes commises dans l'exercice des affaires

de forme de gouvernement et de gouvernant avant terme<sup>865</sup>. Il est une des manifestations de l'organisation du régime parlementaire bireprésentatif qui intègre des techniques juridiques pour assurer le contrôle et l'équilibre des pouvoirs.

En régime parlementaire, le président de la République jouit de façon générique d'une irresponsabilité de fait et de droit. Cela impliquerait logiquement qu'il n'ait pas d'attributions conséquentes. S'il ne peut influencer sur le jeu des institutions car il est dénué de pouvoir, on peut penser qu'il est inutile de prévoir un contrôle. Pourtant, considérant les pouvoirs dont le président de la République élu directement dispose en droit dans certains régimes parlementaires bireprésentatifs, la logique démocratique devrait imposer une responsabilité politique. Or ce n'est pas le cas. L'irresponsabilité est d'autant plus surprenante lorsque le président de la République agit effectivement, sans être habilité pour cela, et que son action est significative. Par exemple, ainsi qu'il a été dit plus haut, le phénomène majoritaire influe sur la position du président dans le système. « Quand l'exécutif est à la tête d'une majorité, la discipline partisane annihile les techniques juridiques de mise en cause de la responsabilité politique »<sup>866</sup>. C'est le Premier ministre et non le président de la République qui endosse vraiment la responsabilité de ce que le président de la République peut parfois faire lui-même (pour certains pays dans lesquels, s'appuyant sur ses attributions constitutionnelle ainsi que sur sa puissance, il s'improvise chef de

---

publiques. Le peuple en supporte de grandes, il tolère certaines lois injustes et fâcheuses, il souffre généralement tout ce que la fragilité humaine fait pratiquer de mauvais à des Princes qui, d'ailleurs, n'ont pas de mauvais desseins. Mais si une longue suite d'abus, de prévarications, et d'artifices, qui tendent à une même fin, donnent à entendre manifestement à un peuple, et lui font sentir qu'on a formé des desseins funestes contre lui, et qu'il est exposé aux plus grands dangers, alors, il ne faut point s'étonner qu'il se soulève, et qu'il s'efforce de remettre les rênes du gouvernement entre les mains qui puissent le mettre en sûreté, conformément aux fins pour lesquelles le gouvernement a été établi, et sans lesquelles, quelques beaux noms qu'on donne aux sociétés politiques, et quelque considérables que paraissent être leurs formes, bien loin d'être préférables à d'autres qui sont gouvernées selon ces fins, elles ne valent pas l'état de nature, ou une pure anarchie ; les inconvénients se trouvant aussi grands des deux côtés ; mais le remède à ces inconvénients étant beaucoup plus facile à trouver dans l'état de nature ou dans l'anarchie ». John Locke, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1992, pages 309 et 310.

<sup>865</sup> « « Locke présage une grande partie de la vie du constitutionnalisme lorsqu'il énonce, à la dernière phrase du second traité, que « si {le peuple} a prescrit certaines limites à la durée à la durée de la puissance législative, et a voulu que le pouvoir suprême résidât dans une seule personne ou dans une assemblée, pour un certain temps seulement » ou bien que ces autorités ont « par leur mauvaise conduite, perdu leur pouvoir ou leur droit (...) » ledit peuple a le droit « d'ériger une nouvelle forme de gouvernement » », Denis Baranger, « Temps et constitution », in *Droits*, n° 30, 1999, page 51.

<sup>866</sup> On peut par analogie transposer les remarques de Christian Bidégaray sur le gouvernement au président de la République. Cf. « Le principe de responsabilité, fondement de la démocratie, petite promenade dans les allées du « jardin des délices démocratiques » », in *Pouvoirs*, n°92, 2000, page 11.

l'exécutif. Ainsi en France, en Ukraine, en Russie). Le soutien populaire peut aussi permettre de passer outre la responsabilité du président de la République. Ainsi le président B. Eltsine proposant un référendum quasi-plébiscitaire et électif, mais anticonstitutionnel.

La responsabilité politique du président en régime parlementaire bireprésentatif est-elle totalement inexistante? Non, car sinon cela reviendrait à vider de tout sens l'élection qui ne consiste pas uniquement en la désignation de gouvernant mais participe de l'alternance, et de la sanction d'une politique conduite par les gouvernants. Cela viderait aussi de sons sens la technique de la révocation populaire et la possibilité pour le peuple de se révolter contre ses représentants. Par contre, il existe un déséquilibre évident entre les attributions dont dispose le président de la République dans certains des pays étudiés, et le contrôle effectivement pratiqué sur ses actes. Naturellement la responsabilité politique du président de la République est amoindrie par le statut parlementaire classique qui lui est attribué, amoindrie par le fait que la responsabilité est rejetée sur le Gouvernement<sup>867</sup>. Bien souvent (trop souvent ?) les problèmes de responsabilité ne trouvent pas de solution et finalement ce sont les vaincus, et non les vainqueurs qui rendent des comptes<sup>868</sup>. On peut appliquer cette remarque à la réélection du président de la République français Jacques Chirac en 2002, à la réélection de Tudjman en 1992 et en 1997 en Croatie, à celle de Ion Iliescu en Roumanie, en 1990, 1992 et 2000, qui ont finalement abouti à couvrir des actes répréhensibles commis le temps de leur présidence. Il est évident qu'on ne peut assimiler F.Tudjman à J.Chirac la responsabilité, des actes qui leur sont reprochés n'entrant pas dans la même dynamique, politique, ou pénale. Mais le mécanisme d'impunité reste le même.

Les cas de responsabilité politique ne sont donc pas couramment envisagés puisque constitutionnellement le président de la République n'est pas politiquement responsable, hormis les rares cas de révocation populaire. En fait, cette responsabilité aménagée et peu usitée et verrouille d'autant plus l'irresponsabilité du président, qui

---

<sup>867</sup> Et l'on trouve cette parade politique dénoncée ainsi formulée par Christian Bidégaray « « Le Roi ne saurait mal faire »... le ministre, oui ! Vieille recette du bouc émissaire, la responsabilité politique ne serait-elle qu'une sinistre farce, une tragique mystification... ? », « Le principe de responsabilité fondement de la démocratie, petite promenade dans les allées du «jardin des délices démocratiques » », in *Pouvoirs*, n°92, 2000, page 5.

en cas d'identité de couleur politique, se décharge au sein de l'exécutif en transférant la responsabilité sur les ministres<sup>869</sup>. Pourtant, la définition à retenir de la responsabilité ne se limite pas à une acception juridiquement formaliste, car alors on ne pourrait même pas mentionner la responsabilité devant les électeurs du président de la République, ce dernier étant déclaré politiquement irresponsable dans la grande majorité des constitutions. Cette irresponsabilité de droit est une affirmation à tempérer puisqu'il est en fait responsable en fin de mandat devant l'électeur. On reste dans la logique du principe démocratique qui lie le gouvernant au peuple, l'obligeant à rendre des comptes et à respecter moralement le contrat implicite sur la base duquel il a été élu<sup>870</sup>. Au-delà du fonctionnement du système parlementaire majoritaire, au-delà des obligations constitutionnelles du régime politique, se trouve un comportement politique en lien avec une obligation quasi-morale, extra constitutionnelle<sup>871</sup>. Cette acception généreuse de la responsabilité n'est pas partagée par tous les auteurs. La notion de responsabilité présente cette ambivalence, qui la rend difficile à définir. Elle revêt à la fois un « caractère technico-juridique », et aussi elle peut « déborder du cadre de la règle constitutionnelle »<sup>872</sup>. Cela n'empêche pas

---

<sup>868</sup> *Idem*, page 11.

<sup>869</sup> Olivier Beaud condamne clairement cette protection privilégiée en des termes assez sévères que nous reprenons de son article « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », in *Pouvoirs*, n° 92, 2000, page 18.

<sup>870</sup> Ainsi que le fait observer de manière tout de même catégorique Roger-Gérard Schwartzberg à propos du régime parlementaire classique, on ne peut ignorer la voix du peuple à travers les élections. « En réalité, il n'y a de responsabilité véritable que devant l'électorat. La formation (ou la coalition) gouvernementale battue aux élections abandonne le pouvoir ; à l'inverse, celle qui sort vainqueur des élections forme le gouvernement. La responsabilité n'est plus devant le parlement, mais devant le pays, qui investit et désavoue directement ses gouvernants », in *Politique comparée, les grands systèmes politiques contemporains*, Paris, Les cours de droit, fascicule II, 1979-80, page 439.

<sup>871</sup> Voir en ce sens l'article « Responsabilité et *accountability* » de Pierre Avril publié dans l'ouvrage dirigé par Olivier Beaud et Jean-Michel Blanquer, *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes, 1999, page 87. En France, contrairement à l'Angleterre ne s'est pas développée la notion d'*accountability* en complément de celle de *responsability*, qui oblige les gouvernants à rendre des comptes en retour de la confiance que leur ont accordé les électeurs. On se place ici dans une perspective parlementaire où seul le gouvernement est concerné par ce mécanisme, puisqu'il est le seul à exercer réellement le pouvoir politique. Nul doute que cela s'appliquerait à un président de la République exerçant lui aussi un pouvoir réel. Mais en France, historiquement, le régime ne s'est pas développé ni implanté dans les mêmes conditions et le résultat en est donc différent.

<sup>872</sup> À ce propos l'article de Philippe Ségur : « Qu'est-ce que la responsabilité politique ? » publié à la *Revue du Droit Public* en 1999, pp. 1599 à 1623, est éloquent. Quelques passages reflètent les écarts de vue qu'il peut exister sur cette question : « Il y a, en effet, une contradiction flagrante entre l'affirmation implicite de sa nature technico-juridique et une certaine tendance à considérer qu'elle peut déborder le cadre de la règle constitutionnelle en fonction de la logique du jeu politique ». Et plus loin : « Cette ambivalence est particulièrement claire à propos de la responsabilité politique du Président de la République, thème prolifique qui n'est juridiquement fondé et s'avère démenti par les faits eux-mêmes. Il n'est pas négligeable que de nombreux auteurs considèrent que le chef de l'État connaît une responsabilité devant ses électeurs. Cela témoigne d'une certaine impuissance à fonder juridiquement la notion, puisque des éléments méta-juridiques sont invoqués pour redéfinir le statut



de la considérer globalement, dans ses deux dimensions, à la fois juridique et politique. Le droit ne peut tout prévoir et donc la stabilité du système politique découle à la fois de la rationalisation du régime, et de celle des comportements politiques<sup>873</sup>.

### **Paragraphe 1. Le vote sanction, la fin du mandat présidentiel et la démission**

C'est une simple révocation politique. Cette responsabilité n'est pas officiellement considérée comme une responsabilité constitutionnelle, puisqu'il s'agit seulement d'un rapport électoral que le droit constitutionnel ne prend pas en compte. Pourtant elle existe cette puisque les électeurs sanctionnent ainsi le président de la République qui aura mal honoré son contrat en ne le reconduisant pas dans son poste. Mais elle ne vaut que par les leçons que ce dernier voudra bien tirer du vote sanction<sup>874</sup>. Cette responsabilité n'est pas provoquée (comme celle dont il est question *infra*), et le président de la République est tout à fait libre de se représenter ou non, ce qui lui permettra d'éviter d'avoir à subir l'affront d'une désapprobation du corps électoral. De plus elle ne vaut vraiment que si le mandat n'excède pas une durée trop longue, afin que ces consultations aient un impact réel sur la responsabilité<sup>875</sup>. En effet, la durée du mandat présidentiel influe sur la responsabilité politique du Président<sup>876</sup>. Plus le mandat est long, moins la responsabilité est vivace.

---

du Président au-delà –et parfois à l'encontre- de la Constitution. On va parler de légitimité, de confiance populaire, de contrat moral ou de responsabilité morale. » Cf. page 1601.

<sup>873</sup> C'est un point de vue déjà développé dans le mémoire de mastère en théorie du droit soutenu dans le cadre d'une année d'étude effectuée à l'Académie européenne de théorie du droit, dirigé par Michel Troper et consacré à la notion de parlementarisme rationalisé. Céline Amar, « La notion de parlementarisme rationalisé », mémoire, Bruxelles, 2000, 111 pages.

<sup>874</sup> Ainsi que le fait observer Philippe Ségur dans l'article « Qu'est-ce que la responsabilité politique ? », in *Revue du Droit Public*, 199, page 1619 : « Par ailleurs *il n'y a pas de responsabilité politique du président de la République devant le suffrage*. Dans les faits, il est clair que la responsabilité électorale du chef de l'État ne relève que de la seule appréciation de ce dernier ».

<sup>875</sup> Roger-Gérard Schwartzberg, *Politique comparée, les grands systèmes politiques contemporains*, Paris, Les cours de droit, 1979-80, page 442.

<sup>876</sup> Ainsi on a pu dire, à propos du quinquennat, à l'occasion de la réforme constitutionnelle française de 2001 : « le quinquennat conduit à consulter plus fréquemment le peuple, ce qui normalement renforce la démocratie. » (Jean-Michel Blanquer) ; « il renforce le caractère démocratique de la V<sup>o</sup> République en ce qu'il limite les pouvoirs du Président dans le temps et accroît le contrôle du Peuple sur cette institution, et cela tandis qu'il n'augmente absolument pas les compétences du Président. Ainsi, il atténue le déséquilibre entre pouvoirs, légitimité et responsabilité présidentiels. » (Marie-Anne Cohendet) ; « en qualité de membre du Souverain, on ne peut qu'accueillir favorablement l'idée d'une participation accrue à la désignation du Président de la République en vue de favoriser la

Les différentes constitutions étudiées prévoient le plus souvent des mandats courts et l'on remarque que seuls les pays pratiquant un régime parlementaire bireprésentatif classique dans un système parlementariste prévoient encore une magistrature longue (6 ans en Autriche, 7 ans en Irlande, et 6 ans en Finlande).

La responsabilité du président devant la Nation qui l'a fait président n'existe pas en théorie. Mais en pratique il peut démissionner si le peuple ne lui manifeste plus la même confiance qu'au moment de son élection, ou s'il estime avoir commis une faute grave, ou bien encore s'il est « mis en minorité » par les institutions de son pays. Par exemple en France, le général de Gaulle a démissionné après le référendum à l'issue négative, sur la réforme du Sénat, en 1969. Rien ne l'y obligeait juridiquement, il s'est obligé lui-même en interprétant le référendum de façon plébiscitaire<sup>877</sup>. En Irlande en 1976, le président Cearbball O' Dalaigh a démissionné devant le tollé politique qu'a provoqué le renvoi par lui d'un texte devant la Cour suprême pour l'examen de sa constitutionnalité. En Russie en 1999, Boris Eltsine fait le constat de ses échecs, prenant à témoin un peuple fatigué de ses incohérences et d'une opinion internationale lassée de son manque de rigueur et s'efface devant Vladimir Poutine. Les cas de démission restent rares. Soit cela signifie que les institutions sont stables et fonctionnent démocratiquement. Soit cela signifie que l'appréciation discrétionnaire de sa responsabilité par le président lui-même, œuvre dans le sens de sa permanence au pouvoir. Le *distingo* entre ces deux situations se fait nettement en fonction des pays, et selon des critères extra juridiques comme par exemple la personnalité du président, ou son soutien politique majoritaire... La durée du mandat ne peut en aucun cas être présentée comme une garantie univoque de

---

*vitalité du débat démocratique.* » (Jean Gicquel) in *Revue du Droit Public*, 2000, n° 4, pages 959, 977, et 995.

<sup>877</sup> D'autres cas historiques de démission du président de la République peuvent être cités en exemple. Ainsi en 1887 sous la III<sup>e</sup> République, l'affaire du trafic de légions d'honneur dont le gendre du président de la République Grévy, alors député, avait tiré profit éclate au grand jour par voie de presse. Le président du Conseil tenta d'étouffer l'affaire, en vain. Une instruction fut ouverte par le Ministre de la Justice, sur commande de Clémenceau. Le président de la République démissionna. Mais les deux démissions qui ont le plus marqué l'histoire française sont celle de Mac Mahon le 3<sup>e</sup> janvier 1879 qui finalement se démet face à la Chambre républicaine, après avoir tenu tête et abusé anti-démocratiquement de ses fonctions ; puis celle de Millerand après les élections du 11 mai 1924, la gauche refusant systématiquement d'accorder la confiance aux gouvernements formés par lui. Voir l'introduction de l'ouvrage de Christiane Bigaut qui retrace en parallèle l'évolution historique de la responsabilité des ministres et celle du président de la République, *La responsabilité pénale des hommes politiques*, Paris, L.G.D.J., 1996, pages 13, 15 et 16.

démocratie, mais elle contribue au fonctionnement démocratique des institutions<sup>878</sup>. La fin du mandat est automatique et la responsabilité politique joue à ce moment, mais pour le reste, la responsabilité politique n'est pas automatique, elle dépend même le plus souvent de la propre volonté du chef de l'État, ce qui compromet le principe de l'équilibre des pouvoirs de contrainte entre les organes<sup>879</sup>. Il existe un cas exceptionnel cependant, constitutionnellement organisé de responsabilité : la révocation populaire.

## **Paragraphe 2 : La révocation populaire**

Il est parfois prévu par la Constitution que le président de la République pourra être sanctionné par une révocation populaire exprimant le mécontentement de la population ou sur un comportement précis comme par exemple la violation de la Constitution. Cette technique constitutionnelle est fort peu répandue. Par exemple, pour les régimes parlementaires bireprésentatifs européens, elle ne figure qu'en Autriche, en Islande et en Roumanie. La portée de l'utilité d'une telle procédure est restreinte dans deux de ces régimes, l'Autriche et l'Islande. Il faut ajouter que dans ces deux régimes le président de la République s'est globalement comporté dans le

---

<sup>878</sup> Certains auteurs restent sceptiques quant aux vertus d'un mandat court et affirment sans complexe leur préférence pour un usage plébiscitaire du référendum. Leurs réactions au projet de réforme du quinquennat français sont transposables aux autres pays étudiés. Ainsi que le soulignent Ferdinand Mélin-Soucrmien : « je ne pense pas que l'élection du Président de la République au suffrage universel direct puisse constituer à elle seule un gage suffisant du caractère démocratique du régime. Ensuite, l'augmentation de la fréquence des élections présidentielles ne change pas grand chose à l'affaire, que la « respiration démocratique » ait lieu tous les cinq ou sept ans nécessite de toute façon beaucoup de souffle. Je crois plutôt que c'est au cours du mandat présidentiel que le peuple souverain ou ses représentants doivent véritablement faire vivre la démocratie en contrôlant l'activité du chef de l'État. Particulièrement, il me paraît impérieux de revenir à la raison d'être des consultations référendaires ou encore à l'exercice du droit de dissolution, en un mot tirer les conséquences de la volonté populaire durant le mandat présidentiel » et Jacques Robert : « on donnerait la parole au peuple français tous les 5 ans (donc plus souvent) pour élire son président. C'est une « lapalissade ». Mais elle emporte une conséquence qui se retourne vite contre ses promoteurs. Si —élu pour sept ans— le Président peut éprouver, en cours de mandat, la nécessité de conforter sa légitimité par un retour devant le suffrage universel (à l'occasion par exemple, d'un référendum provoqué), il n'est plus hanté —élu pour 5 ans— par une pareille exigence. L'échéance présidentielle étant plus rapprochée, le référendum s'éloigne. Est-ce un progrès pour la démocratie ? » ; pages 1003 et 1020 de la même revue.

<sup>879</sup> Au sujet de la responsabilité, Jean-Marie Denquin affirme avec force qu'il s'agit, dès l'Empire en France, d'un « échafaudage, sciemment mystificateur ». Et l'on peut reprendre à notre compte cette réflexion : « Parce qu'elle n'est jamais automatique, la responsabilité peut souvent être éludée. Elle peut même devenir un moyen de pression efficace entre les mains de l'homme dont elle devrait, en théorie, limiter le pouvoir : en brandissant la menace de sa démission, le Chef de l'État peut obtenir du peuple ou des autres organes institués des concessions que ceux-ci n'étaient pas enclins à lui

respect du texte constitutionnel, voir en deçà des prérogatives qui étaient aménagées pour lui. Pour le troisième, elle aurait pu être appliquée à plusieurs reprises puisque le président a effectivement outrepassé ses pouvoirs, mais le peuple n'a jamais jugé opportun de l'enclencher.

Le référendum est l'outil de prédilection de la révocation populaire puisque c'est l'instrument typique de l'expression directe de la volonté nationale. Instrument de démocratie directe intégré à la démocratie représentative il transforme celle-ci en une démocratie « semi-directe ». Il permet de redonner la parole au peuple en dehors des temps électoraux. Cette expression particulière du peuple à laquelle sont attachées les démocraties européennes figure dans la plupart des Constitutions. Le texte rappelle l'attachement à ce mode d'expression démocratique<sup>880</sup>. Pourtant il n'est que rarement employé dans un sens plébiscitaire. Le plus souvent il permet d'organiser des modifications substantielles de la constitution ou de donner une impulsion à un projet de loi, ou de prendre le pouls de l'opinion, sans autre conséquence.

En Autriche, selon l'article 60 de la Constitution, le président fédéral peut être destitué par référendum avant l'expiration de son mandat<sup>881</sup>. L'Assemblée fédérale

---

accorder ». « Réflexions sur la durée du mandat présidentiel », in *Revue du Droit Public*, 1975, page 1368.

<sup>880</sup> Ainsi l'article 2-1 de la Constitution de la Roumanie : « La souveraineté nationale appartient au peuple roumain qui l'exerce par ses organes représentatifs et par le référendum », Cf. page 317 du volume d'annexes ; et l'article 1-2 de la Constitution de la République de Bulgarie du 12 juillet 1991 : « Tout le pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple exerce ce pouvoir directement et par l'intermédiaire des organes prévus par la présente Constitution », Cf. page 239 du volume d'annexes , qui font écho au texte de l'article 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », Cf. page 116 du volume d'annexes . En Pologne, le texte de l'article 4 de la Constitution du 2 avril 1997 est encore plus lapidaire : « Le pouvoir suprême appartient en République de Pologne à la Nation. La Nation exerce le pouvoir par ses représentants ou l'exerce directement », Cf. page 443 du volume d'annexes . En Russie aussi il est rappelé à l'article 3 de la Constitution du 12 décembre 1993 que « Le détenteur de la souveraineté et l'unique source de pouvoir dans la Fédération de Russie est son peuple multinational. Le peuple exerce son pouvoir directement, ainsi que par l'intermédiaire des organes du pouvoir d'État et des organes de l'auto-administration locale », Cf. page 391 du volume d'annexes . « En République de Croatie le pouvoir procède du peuple et appartient au peuple, en tant que communauté de citoyens libres et égaux en droit. Le peuple exerce le pouvoir par ses représentants élus et par voie de décision directe, précise l'article premier de la Constitution du 22 décembre 1990, Cf. page 216 du volume d'annexes .

<sup>881</sup> Article 60.6. de la loi constitutionnelle fédérale autrichienne du 1<sup>er</sup> octobre 1920 : « Avant l'expiration de son mandat, le président fédéral peut être destitué par référendum. Le référendum aura lieu sur demande de l'Assemblée fédérale. Le chancelier fédéral convoquera l'Assemblée fédérale à cette fin si le Conseil national a voté une telle demande. Ce vote du Conseil fédéral requiert la présence de ses membres et une majorité d'au moins deux tiers des voix exprimées. Une telle décision

peut organiser un référendum sur ce sujet, mais à la condition que le Conseil national ait préalablement adopté une telle proposition à la majorité qualifiée des deux tiers. En cas d'échec du référendum (c'est-à-dire de refus de destitution), la réélection présidentielle est automatiquement acquise et la chambre dissoute. Le fait d'avoir enclenché la procédure de révocation populaire entraîne l'élection présidentielle. Soit que la destitution échoue et le président est considéré comme réélu dans son poste, le référendum tient lieu d'élection, soit que la destitution touche au but et que le président déchu soit remplacé par un autre, suite à une nouvelle élection présidentielle. Dans tous les cas cela assure la légitimité du président de façon évidente car il est assuré de bénéficier d'une popularité fraîche et claire.

En Islande, l'article 11 prévoit, outre une responsabilité pénale du président de la République, une responsabilité politique, sanctionnée par un vote plébiscitaire (c'est l'exacte terminologie employée par le constituant)<sup>882</sup>. De prime abord l'irresponsabilité de principe du président est mentionnée, puis sa responsabilité pénale pour des faits criminels. Cette responsabilité est seulement soulevée avec l'accord de l'*Althingi* (la chambre unique du Parlement) qui le protège. Parallèlement, une responsabilité politique avant la fin du terme est aménagée. La procédure est simple : sur proposition de l'*Althingi* qui vote une résolution à la majorité des trois-quarts, un vote est organisé pour requérir l'opinion du peuple sur le Peuple. Ce vote a lieu dans les deux mois suivant l'adoption de la résolution. Dans l'attente du vote final, et pour rester fidèle à l'opinion exprimée par la chambre avant qu'elle soit confirmée ou infirmée par le peuple, les offices du président sont suspendus (afin qu'il n'agisse pas en s'émancipant de la légitimité qui sous-tend d'ordinaire son action). Si le plébiscite ne va pas dans le sens de la résolution

---

du Conseil national empêche le président de poursuivre l'exercice de ses fonctions. Le refus de destitution par référendum équivaut à une réélection et entraîne la dissolution du Conseil national. Dans ce cas aussi la durée totale du mandat du président fédéral ne pourra excéder douze ans » ; Cf. page 40 du volume d'annexes .

<sup>882</sup> Article 11 de la Constitution de la République d'Islande, du 17 juin 1944 amendée en 1984 et 1991 : « The President of the Republic is not responsible for executive acts. The same applies to those who exercise presidential authority. The President may be not prosecuted on a criminal charge except with the consent of Althingi. The President may be removed from office before his term expires if approved by a majority of vote in a plebiscite called pursuant to a resolution adopted by three-fourths of the Members of Althingi. This plebiscite shall be held within two months from the date of adoption by Althingi of the resolution. The President shall not perform his duties from the time the resolution is adopted by Althingi until the results of the plebiscite are known. If the resolution of Althingi is not approved in the plebiscite, Althingi shall be immediately dissolved and new elections called », Cf. page 107 du volume d'annexes .

adoptée au Parlement, alors c'est la chambre qui est dissoute, car elle n'est plus en adéquation avec les aspirations du peuple souverain. Le pouvoir du dernier mot revient donc au peuple qui vote à nouveau soit pour des élections législatives en cas de dissolution du Parlement, soit pour des élections présidentielles en cas de destitution du président de la République<sup>883</sup>.

Dans ces deux pays, on constate que la majorité requise pour la destitution est élevée. Cela garantit le premier magistrat contre toute tentative intempestive de renversement. Mais, si le président de la République n'a jamais été démis, c'est surtout parce que les conditions requises sont assez drastiques. En effet, on imagine mal comment dans des systèmes politiques habitués à la fragmentation de la représentation, une si forte majorité peut être réunie au Parlement. Il est vrai que les parlementaires sont, davantage que dans les systèmes majoritaires, accoutumés à la conciliation et au consensus sur des questions d'importance nationales, mais il faudrait que le président de la République ait commis un véritable impaire pour susciter une résolution parlementaire dans le sens de sa destitution, agrémenté d'un vote populaire au niveau national !

En Roumanie, la suspension du président de la République est présentée par un tiers de députés et de sénateurs puis elle est votée à la majorité des voix par la chambre basse et le sénat en séance commune après consultation de la Cour constitutionnelle ; il est démis de ses fonctions suite à un référendum organisé sous trente jours<sup>884</sup>. C'est donc le peuple qui tranche en dernier ressort, confirmant ou non la décision prise par le Parlement. La procédure mise en place prévoit deux échelons préalable au vote populaire. La présentation de la résolution par un nombre suffisant de parlementaires, l'adoption de la résolution et enfin le vote populaire. Par contre l'adoption de la

---

<sup>883</sup> Pierre Pactet, " Brèves remarques sur le pouvoir de dernier mot en droit constitutionnel", in *De la Constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1996, pp. 77 à 86.

<sup>884</sup> Article 95 de la Constitution de la Roumanie : « 1. S'il commet des faits graves, violant les dispositions de la Constitution, le Président de la Roumanie peut être suspendu de ses fonctions par la Chambre des députés et par le Sénat, en séance commune, à la majorité des voix des députés et des sénateurs, après consultation de la Cour constitutionnelle. Le Président peut donner au Parlement des explications au sujet des faits qu'on lui impute. 2. La proposition de suspension de la fonction peut être présentée par un tiers au moins du nombre des députés et des sénateurs et est communiquée immédiatement au Président. 3. Si la proposition de suspension de la fonction est approuvée dans un délai maximum de trente jours un référendum est organisé pour démettre le Président », Cf. page 330 du volume d'annexes.

résolution ne requiert pas de majorité qualifiée, ce qui facilite la procédure par rapport à ses prédécesseurs européens.

Chose suffisamment inhabituelle pour être soulignée, en Lituanie, la Constitution garantit « à tout citoyen (...) le droit de critiquer l'activité des institutions et des fonctionnaires de l'État, et d'intenter des recours contre leurs décisions »<sup>885</sup>. Le texte protège le citoyen de toute poursuite en cas de critique formulée et offre aux citoyens un droit de pétition pour parachever ces dispositifs de contrôle direct des institutions par les principaux intéressés. Ce processus peut être assimilé à une procédure de révocation du président de la République puisque la Constitution dote le citoyen de la capacité de formuler un contrôle sur les gouvernants en dehors des périodes électorales. Il s'agit davantage de prévention que de répression, à charge pour l'élu d'interpréter le signal de désaveu envoyé par le peuple à travers une critique. C'est une régulation plutôt qu'une sanction mais indéniablement on y décèle une amorce de responsabilité.

La responsabilité politique du président de la République peut donc parfois être mise en cause spontanément et directement par le Peuple. Mais en général elle n'est jamais mise en cause avant l'expiration de son mandat présidentiel, malgré les procédures prévues à cet effet et malgré des écarts blâmables dans le comportement présidentiel. Préférence est largement donnée à la responsabilité en fin de mandat, au moment de la réélection du président. On peut s'étonner de la désaffection dont souffrent les mécanismes de responsabilité en cours de mandat, d'autant plus lorsque le président de la République est investi de pouvoirs importants. Dans la plupart des pays, ce sont les ministres qui, par le biais du contreseing, endossent personnellement la responsabilité des actes à la place du président de la République<sup>886</sup>. Mais cette responsabilité n'est pas suffisante puisqu'il existe des présidents de la République qui bénéficient d'attributions conséquentes non soumises à contreseing. Le président de la République n'est pas responsable devant l'Assemblée, sauf dans les cas de

---

<sup>885</sup> Article 33 alinéas 2 et 3 de la Constitution de la République de Lituanie du 25 octobre 1992, Cf. page 370 du volume d'annexes.

<sup>886</sup> Il faut contredire Élisabeth Zoller sur ce point. Cf. *Droit constitutionnel*, Paris, Puf, 1999, page 454 : « Ce sont les ministres qui assument les conséquences politiques des actes signés par le chef de l'État ; ils sont pour ainsi dire responsables à sa place en sorte qu'il n'est nullement choquant que le chef de l'État puisse conserver le pouvoir (qui, dans son cas n'est plus que symbolique) soit

révocation populaire, où la chambre assure un certain contrôle de ses activités, préalable à la saisine d'une juridiction constitutionnelle ou au vote du peuple<sup>887</sup>. Le plus souvent la responsabilité est indirectement mise en cause, soit par les chambres basses, soit par les juridictions constitutionnelles, et toujours sur le motif de la violation de la Constitution, ou de faits graves portant atteinte aux intérêts du pays. S'agit-il alors d'une responsabilité politique ou pénale ?

### **Section 3. Responsabilité politique ou pénale ?**

On peut se poser la question de la nature de la responsabilité du président au regard de l'évolution que celle-ci connaît en général en régime démocratique. En effet il est possible d'observer aujourd'hui un phénomène de pénalisation plutôt que de politisation. En fonction de ce que les textes des Constitutions prévoient concernant la responsabilité du président de la République, ou plutôt son irresponsabilité, on remarque que finalement la responsabilité juridique communément envisagée est celle pour violation de la Constitution.

#### **Paragraphe 1. La tendance actuelle à la pénalisation de la responsabilité**

« C'est le respect du principe démocratique qui justifie l'instauration de mécanismes de responsabilité des personnes qui sont légitimées à exercer un pouvoir public. Mais la responsabilité a un double visage : ce peut être une responsabilité politique, qui s'apprécie subjectivement eu égard à des intérêts politiques, ou une responsabilité « juridique », qui s'apprécie quant à elle, objectivement, en fonction d'éventuelles violations de règles de droit (violation de la Constitution ou de la loi, infractions pénales...) »<sup>888</sup>. Il est difficile de distinguer entre les deux responsabilités, pénale et politique. Certains auteurs, comme Benjamin Constant ou Maurice

---

indéfiniment (c'est le cas du monarque constitutionnel), soit pour des mandats très longs (mandat de sept ans du Président français sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques). »

<sup>887</sup> En effet, il n'y a qu'en Autriche que le président fédéral est déclaré « responsable de l'exercice de ses fonctions devant l'Assemblée fédérale », et cela uniquement au titre de la responsabilité pour violation de la Constitution d'ailleurs (articles 68-1 et 142), Cf. pages 34 et 68 – 69 du volume d'annexes.



Hauriou, les confondent<sup>889</sup>. D'autres, par exemple Raymond Carré de Malberg, puis plus tard Olivier Beaud, Claude Emeri et Christian Bidégaray, s'attachent méthodiquement à les distinguer. Pour l'ensemble des régimes parlementaires bireprésentatifs on peut dire que les responsabilités ne sont pas effectives. On remarque même d'une manière générale aujourd'hui que pour l'ensemble des gouvernants, la responsabilité pénale se substitue à la responsabilité politique<sup>890</sup>.

Historiquement, la responsabilité pénale précède la responsabilité politique en régime parlementaire. Elle lui a cédé le pas du fait des agissements politiques de certains ministres britanniques qui ont pris l'habitude de démissionner alors qu'ils étaient menacés d'*impeachment*, responsabilité pénale par excellence. Pour autant, la responsabilité du chef de l'État n'a jamais été au centre des régimes parlementaires, elle n'a pas suivi la même évolution que celle des ministres. En effet, le principe élémentaire de la responsabilité est « la révocation du titulaire d'une fonction politique prononcée par l'organe qui l'a prononcée », mais pose problème pour la monarchie divine<sup>891</sup>. Le monarque en place est alors irrévocable<sup>892</sup>. La prégnance de cette tradition, malgré les révolutions, a abouti aux régimes d'irresponsabilité du président que l'on connaît actuellement. Dans un mouvement de rationalisation, la responsabilité politique, au sortir de l'Ancien régime s'est trouvée répartie entre les ministres plutôt que sur le chef de l'État qui reste en dehors du cercle d'action du pouvoir de gouverner, éloigné par méfiance des constituants<sup>893</sup>. Car la responsabilité accompagne le pouvoir. Il est aussi évident que la responsabilité de l'exécutif

<sup>888</sup> Sylvie Peyrou-Pistouley, « Les immunités du pouvoir exécutif en Autriche », in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 51, 2002, page 683.

<sup>889</sup> « La distinction pertinente aux yeux de Constant est celle entre l'usage légal du pouvoir –usage qui devra être soumis à la controverse politique– et l'usage illégal, où les ministres ne se comportent plus en tant que ministres mais comme des particuliers violant la loi. » Lucien Jaume, « Le concept de « responsabilité des ministres » chez Benjamin Constant », in *RFDC*, 2000, pp. 231-232.

Constant souhaite empêcher que les particuliers puissent se pourvoir contre des ministres dans une enceinte politique. Un mauvais usage du pouvoir, qui blesse l'intérêt collectif entraîne la mise en jeu de la responsabilité ; les actes ministériels qui blessent des intérêts individuels ont pour conséquence un procès d'individu à individu. Pourtant, il oublie que le mauvais usage du pouvoir peut aboutir à léser des intérêts particuliers ! Que faire alors ? (exemple de l'affaire du sang contaminé en France) On note les limites de cette présentation.

<sup>890</sup> Michel Troper, *La séparation constitutionnelle des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 85.

<sup>891</sup> Michel Bélanger, « Contribution à l'étude de la responsabilité politique du chef de l'État », in *Revue du Droit Public*, 1979, page 1266.

<sup>892</sup> « Cela est évident sous la Monarchie : rendre un monarque responsable d'un acte illégal ou funeste au pays, c'est le détrôner, c'est une révolution. » Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Université Panthéon-Assas, L.G.D.J., 1921, réédition, 2001, page 138.

<sup>893</sup> Il est même « logique » que les constituants tentent de répartir ainsi la responsabilité, Michel Bélanger, *op. cit.*, page 1270.

accompagne le régime démocratique tant il est vrai qu' « une condition essentielle de la liberté politique est, semble-t-il, la responsabilité du pouvoir exécutif »<sup>894</sup>. La responsabilité pénale s'est donc progressivement distinguée de la responsabilité politique. Pourtant certains s'avouent pessimistes quant à l'existence même d'une responsabilité politique. Pour Adhémar Esmein, « cette responsabilité paraît être une chimère »<sup>895</sup>. Pour Michel Bélanger, il « convient de souligner le caractère illusoire de la responsabilité du chef de l'État, qui cache difficilement une responsabilité de nature politico-morale »<sup>896</sup>. Actuellement on peut effectivement constater une désaffection pour la responsabilité politique. On observe même une tendance à la substitution d'une responsabilité par une autre, ce qui nuit finalement à la responsabilité politique. La tendance s'oriente vers la criminalisation des actions des dirigeants (pour détournement de fonds, pour financement illégal de parti politique...), mais cela ne se fait-il pas au détriment de leur responsabilité politique ? C'est la raison pour laquelle on trouve parfois au lieu de « responsabilité pénale », l'expression « responsabilité juridique », afin de bien les distinguer<sup>897</sup>. La responsabilité politique serait finalement moins souvent mise à l'épreuve, la responsabilité pénale prenant le pas sur elle. Mais, cette dernière, lorsqu'elle est mise en œuvre, « présente souvent une connotation politique marquée »<sup>898</sup>. Malgré le principe absolu de l'irresponsabilité propre au régime parlementaire, co-existent donc une responsabilité juridique ponctuelle aménagée spécialement et une responsabilité politique diffuse. Il faut toujours se souvenir, pour apprécier la pertinence de tel ou tel système de responsabilité que dans tous les cas « c'est le mandat qui est protégé, non son titulaire »<sup>899</sup>. Il n'existe donc *a priori* pas de passe-droit en démocratie, et l'irresponsabilité vise à protéger non la personne du président, mais sa fonction.

Cette criminalisation du politique nuit globalement à la démocratie, dans la mesure où elle sort le procès public et politique qui devrait être fait au dirigeant de

---

<sup>894</sup> Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Université Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2001, page 138.

<sup>895</sup> Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Université Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2001, page 138.

<sup>896</sup> Michel Bélanger, *op. cit.*, page 1271.

<sup>897</sup> Se reporter à l'ouvrage collectif *Droit constitutionnel*, de Louis Favoreu, et *alii*, Paris, Dalloz, 2002, page 547.

<sup>898</sup> *Idem*, page 548.

<sup>899</sup> Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2002, page 540.

l'arène politique et de la place publique. Non seulement on place la responsabilité sur un autre plan, mais surtout, le plus souvent, on l'éluide car elle est reportée sur d'autres têtes. Par exemple sur les hauts fonctionnaires, dans l'affaire du sang contaminé en France. Ou bien la responsabilité est rejetée en Russie sur les hommes d'affaires intéressés qui ont tiré profit de privatisations rapidement effectuées pour s'accaparer les chaînes de télévision nationales russes afin de camoufler des activités mafieuses (pourtant tolérées par le pouvoir qui en tire aussi un bénéfice) mais aussi de produire des critiques ce qui ne convenait pas au président Poutine (on ne mord pas la main qui nourrit). Dans ce pays, on a aussi vu le président reporter la responsabilité sur le Premier ministre des errements de ses propres incompétences plutôt que d'en tirer les leçons en se retirant lui-même. Finalement, c'est bien la responsabilité politique qui a joué puisque le président Eltsine a fini par anticiper la fin de son mandat, laissant la voie libre à Vladimir Poutine, président par intérim, puis président de la Fédération. L'allocution télévisée du président sortant du 31 décembre 1999 est assez éloquent quant aux échecs politiques dont il se sent responsable et qui justifient un tel départ : « À quoi bon s'accrocher six mois de plus au pouvoir alors que le pays dispose d'un homme fort, digne d'être président et avec lequel presque chacun d'entre vous associe désormais ses espoirs ? Pourquoi devrais-je l'embarrasser ? À quoi rimerait d'attendre encore six mois ? Non, cela ne me ressemblerait pas, ce n'est pas dans mon caractère !... (...) Je voudrais vous demander pardon... Nous nous sommes forgé un chemin vers l'avenir qui a été payé d'erreurs et d'échecs... Une nouvelle génération prend la relève. Soyez heureux, vous méritez le bonheur. Vous avez mérité le bonheur et la tranquillité »<sup>900</sup>. Cette auto-sanction de l'exécutif serait à rapprocher d'une responsabilité politique non strictement juridique. Elle entre dans le champ de la responsabilité personnelle des dirigeants chère à Olivier Beaud<sup>901</sup>. Mais ce genre de responsabilité ne joue que peu

---

<sup>900</sup> Boris Eltsine faisait « sauter les têtes » de ses Premier ministres, et notamment Viktor Tchernomyrdine, tels des fusibles, avant de tirer tardivement la leçon de son propre échec en se retirant au profit de celui qui deviendrait à son tour président. Cf. Patrice Gélard, « L'actualité constitutionnelle en Russie, dans les États de la CEI et de l'Europe de l'Est (novembre 1999- janvier 2000) », in *RFDC*, 2000, page 197.

<sup>901</sup> Se reporter à son article « La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la V<sup>e</sup> République », in *Revue du Droit Public*, 1998, page 1543, dans lequel il cite l'ouvrage de Max Weber, *Le savant et le politique* : « L'honneur du chef politique, par contre, celui de l'homme d'État dirigeant, consiste justement dans la responsabilité personnelle exclusive pour tout ce qu'il fait, responsabilité qu'il ne peut ni ne doit répudier ou rejeter sur un autre ». Son point de vue est clair : une irresponsabilité politique générale s'étend à toute la classe

et dépend davantage de facteurs endogènes (principalement la lucidité du président) sur lesquels le peuple a moins de poids qu'une responsabilité pénale mise en œuvre devant le juge.

La pénalisation cache-t-elle alors une obsolescence de la responsabilité politique ? Elle marque clairement un regain d'intérêt pour une autre forme de responsabilité que l'on pense plus efficace et que l'on substitue ainsi à la responsabilité politique, donnant aux victimes la possibilité de s'exprimer individuellement, et de désigner un individu coupable plutôt que de diffuser la responsabilité sur l'ensemble collectif qu'est le gouvernement. Il semble que la criminalisation soit une réponse de la société à la déficience de la responsabilité politique de nos gouvernants. De plus, la pénalisation fausse le rapport d'égalité entre citoyens et gouvernants, et creuse le fossé entre la classe politique et le peuple. Car elle quasi systématiquement accompagnée d'une juridiction spécialisée<sup>902</sup>. Quelle justification avancer pour un privilège de juridiction appliqué aux présidents de la République ? En Angleterre (le sempiternel modèle de référence en matière de régime parlementaire classique), il n'a jamais été fait de distinction concernant les juridictions compétentes pour gouvernants et gouvernés. Cette égalité de traitement a contribué à conserver toute sa signification à la responsabilité politique puisque les gouvernants doivent rendre des comptes aux gouvernés et ne bénéficient d'aucun traitement de faveur durant leur mandat, hormis une immunité les mettant à l'abri du

---

politique, d'autant plus lorsque le chef montre le mauvais exemple en se soustrayant à la responsabilité personnelle qu'il a des actes qu'il commet.

<sup>902</sup> « Le premier traité de Benjamin Constant, c'est-à-dire le manuscrit des Fragments, a pour originalité décisive de définir la nécessité d'un pouvoir neutre, également appelé « préservateur ». Ce dernier adjectif signifie qu'au-dessus des ministres et au-dessus d'un Directoire conçu à la façon de la Constitution de l'an III (les directeurs deviennent ici le pouvoir exécutif au sens propre), il faut placer un organe chargé de protéger les principes constitutifs du système représentatif, de garantir le bon fonctionnement des institutions. Le modèle est clairement judiciaire. », Lucien Jaume, « Le concept de « responsabilité des ministres » chez Benjamin Constant », *in RFDC*, 2000, page 234.

Plus loin, il est intéressant de constater que bien que Constant confie au monarque le pouvoir de renvoyer le ministère, (ce qui équivaldrait à une responsabilité devant le chef de l'État de nos jours, qui est prévue dans certains régimes dualistes comme le Portugal, l'Autriche, la Russie et l'Ukraine par exemple) et il envisage le pouvoir de mise en jeu de la responsabilité comme un pouvoir judiciaire pour lequel est requis un jugement impartial et d'équité. De nos jours, ce pouvoir serait plus naturellement confié à une haute cour constitutionnelle ou assemblée en formation spéciale. Il est intéressant de voir aussi qu'il double la responsabilité d'en bas (devant les chambres) d'une responsabilité par le haut car : « Si l'opinion est une force essentielle du gouvernement représentatif, elle ne constitue pas le seul facteur qui décide du « bon » ou du « mauvais usage du pouvoir ». C'est très consciemment que Constant donne au monarque un pouvoir de contrepoids, de juge en équité et en conscience. » *Idem*, page 239.

« délit d'opinion ». Le privilège de juridiction peut contribuer à renforcer la distorsion entre responsabilité politique et responsabilité pénale.

Pourtant, au delà de cette dichotomie, ainsi que le fait observer Paul Ricœur, c'est le citoyen qui doit rester le gardien de la cité, qui la protège par sa vigilance : « appelons citoyen cet homme capable actualisé par l'instance politique. Le cercle sur lequel nous voulons conclure consiste en ceci : que le pouvoir politique, en raison de la fragilité que révèlent les paradoxes du pouvoir, n'est « sauvé » que par la vigilance de ces mêmes citoyens que la cité a en quelque sorte engendrés »<sup>903</sup>. Il est ici question de la responsabilité politique directe devant le peuple et non d'une responsabilité par ricochet devant le Parlement, afin de redonner la parole et son rôle au citoyen de la démocratie<sup>904</sup>.

## **Paragraphe 2 : Le principe : l'immunité du président, et ses dérogations**

À ce propos, les Constitutions sont unanimes sur l'immunité du président de la République. C'est d'ailleurs la règle traditionnellement en régime parlementaire. Le président de la République ne peut être poursuivi pour des faits commis pendant ou avant l'exercice de ses fonctions durant son mandat. Dans certains pays l'immunité du président de la République figure en toutes lettres dans la Constitution:

- en Irlande où il est affirmé que « le président ne sera responsable, vis-à-vis d'aucune des chambres de l'*Oireachtas*, ni d'aucune cour, de l'exercice ou de l'accomplissement des pouvoirs et des fonctions de sa charges ou des faits et actes

---

Il ne fait donc pas entièrement confiance à la vigilance et aux capacités dont peuvent faire preuve les citoyens. La seule responsabilité politique ne suffit pas.

<sup>903</sup> Paul Ricœur, « Morale, éthique et politique », in *Pouvoirs*, n°65, 1993, page 17.

<sup>904</sup> La responsabilité devant la chambre est parfois mentionnée. Mais elle ne peut être retenue en régime parlementaire, le président de la République n'ayant pas de lien politique avec le Parlement, cette responsabilité échoue au Premier ministre. À titre d'illustration, on peut rappeler l'affaire française des « avions renifleurs » datant de 1984 au cours de laquelle le président Valéry Giscard d'Estaing, mis en cause, a invoqué son immunité mais craignait une commission d'enquête parlementaire. Demandant son avis à Mitterrand, celui-ci invoquait la longue tradition parlementaire française protégeant le chef de l'État. cf. Thierry Ablard, « Le statut pénal du chef de l'État », in *RFDC*, 2002, page 654.

faits ou envisagés par lui dans l'exercice et l'accomplissement desdits pouvoirs et fonctions »<sup>905</sup> ;

- en Macédoine, « le Président de la République bénéficie de l'immunité »<sup>906</sup> ;

- en Roumanie, « le Président de la Roumanie jouit de l'immunité »<sup>907</sup> ;

- en Bulgarie, où : « le Président et le vice-président de la République ne sont pas responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, à l'exception de la haute trahison et de la violation de la Constitution »<sup>908</sup> ;

- en Lituanie, « La personne du Président de la République est inviolable ; dans l'exercice de ses fonctions, il ne peut être arrêté ou poursuivi pour une infraction pénale ou administrative »<sup>909</sup> ;

- en Russie : « Le président de la Russie bénéficie de l'invulnérabilité »<sup>910</sup> ;

- en Ukraine : « The President of Ukraine enjoys the right of immunity during the term of his authority »<sup>911</sup> ;

- en Finlande : « Sauf les cas prévus ci-dessus (*ndlr* : cas de haute trahison ou de crime contre l'humanité), le président de la République ne peut être mis en accusation pour des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions »<sup>912</sup> ;

D'autres pays distinguent les actes exécutifs du président (pour lesquels il ne saurait être inquiété pour risque de délit d'opinion et aussi parce que « le Roi ne peut mal faire » étant donné que ce sont les ministres qui endossent normalement la responsabilité de ses actes), de la responsabilité pénale de droit commun, et de la responsabilité pénale pour violation de la Constitution. Ainsi en Islande : « Le Président ne peut être tenu responsable de ses actes exécutifs (...) Des poursuites pénales ne peuvent être engagées contre le Président qu'avec l'accord de l'*Althingi* »<sup>913</sup>. Le Parlement peut donc suspendre l'immunité du président de la République islandais pour une responsabilité de droit commun. Mais c'est la

<sup>905</sup> Article 13.8 de la Constitution irlandaise. Cf. page 82 du volume d'annexes.

<sup>906</sup> Formule laconique mais qui a le mérite d'être claire, article 83 de la Constitution macédonienne. Cf. page 301 du volume d'annexes.

<sup>907</sup> Article 84-2 de la Constitution roumaine. Cf. pages 328 – 29 du volume d'annexes.

<sup>908</sup> Article 103 de la Constitution bulgare. Cf. page 251 du volume d'annexes.

<sup>909</sup> Article 86 de la Constitution lituanienne. Cf. page 378 – 79 du volume d'annexes.

<sup>910</sup> Article 91 de la Constitution russe. Cf. page 398 du volume d'annexes.

<sup>911</sup> Article 105 de la Constitution ukrainienne que l'on pourrait traduire par « le président de l'Ukraine bénéficie d'une immunité durant son mandat ». Cf. page 424 du volume d'annexes.

<sup>912</sup> Article 113 de la Constitution finlandaise. Cf. page 561 du volume d'annexes.

chambre qui est la gardienne de l'immunité présidentielle. En Autriche, on retrouve ce cas de figure puisque « le président fédéral ne peut faire l'objet d'une poursuite par les autorités publiques qu'avec le consentement de l'Assemblée fédérale »<sup>914</sup>. Où l'on s'aperçoit par la suite que le président fédéral peut être inquiété pour violation de la Constitution fédérale, par la Cour constitutionnelle (article 142-1), et pour des actes passibles de poursuites pénales commis dans l'exercice de ses fonctions, par l'Assemblée fédérale ou le Conseil national (article 143 qui organise la mise en accusation du président de la République comme des membres du Gouvernement fédéral sur la base de la violation de la Constitution ou de la loi ou de tout acte passible de poursuite pénale en rapport avec l'exercice de leurs fonctions)<sup>915</sup>.

Dans certains pays, il apparaît que la responsabilité du président de la République peut être engagée juridiquement indistinctement pour des infractions aux lois de droit commun que pour une violation de la Constitution. Ainsi en Pologne<sup>916</sup>. L'absence de distinction entre ces deux types de responsabilité pénale, de droit commun ou pour faits graves atténue son immunité. Il est davantage responsable, mais bénéficie toujours d'un privilège de juridiction (le tribunal d'État est compétent). On a pu voir le président de la République polonaise poursuivi dans le cadre de la mise en jeu de sa responsabilité civile. En 1990 une procédure civile fut intentée contre Lech Walesa « en revendication d'exécution des promesses faites dans le cadre de la campagne électorale » ! Le tribunal a débouté le plaignant au motif que les promesses électorales ne sont pas assimilables à un engagement public au sens du Code civil<sup>917</sup>.

Au Portugal, la formulation de la Constitution laisse place à une responsabilité élargie du président de la République qui concernerait le crime de violation de la Constitution et les autres crimes commis durant son mandat mais toujours en rapport

---

<sup>913</sup> Article 11 de la Constitution islandaise : « The President of the Republic is not responsible for executive acts (...) The president may not be prosecuted on a criminal charge except with the consent of Althingi ». Cf. page 107 du volume d'annexes.

<sup>914</sup> Article 63-1 de la Constitution autrichienne. Cf. page 41 du volume d'annexes.

<sup>915</sup> Sur ces distinctions se référer à l'article de Sylvie Peyrou-Pistouley, « Les immunités du pouvoir exécutif en Autriche », in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 51, 2002, pages 695 à 697.

<sup>916</sup> L'article 145 de la Constitution polonaise précise que « Le Président de la République peut être poursuivi devant le Tribunal d'État pour avoir violé la Constitution et les lois ainsi que pour avoir commis une infraction. » Cf. page 494 du volume d'annexes.

<sup>917</sup> Leszek Garlicki, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction en Pologne », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2001, page 294.

avec l'exercice de ses fonctions. C'est dire que la responsabilité pénale ordinaire n'est plus concernée<sup>918</sup>.

En Macédoine, l'article 87 prévoit que « le Président de la République est responsable de la violation de la Constitution et des lois dans l'exercice de ses droits et obligations », ce qui brouille les pistes par rapport à l'immunité prévue pour le président à l'article 83 du même texte, immunité qui peut être levée par le Cour constitutionnelle. La responsabilité ne saurait être retenue que pour des actes commis pour l'exercice de ses fonctions, donc pour des actes exécutifs finalement.

La distinction entre faits commis avant l'exercice des fonctions et faits commis pendant l'exercice des fonctions n'est pas très pertinente puisque en général, le président de la République est protégé par une immunité totale ou un privilège de juridiction qui, combiné l'un à l'autre, aboutissent à ce que finalement il ne soit jamais inquiété<sup>919</sup>. Il faut distinguer selon que l'on parle de responsabilité pour des faits liés ou non à l'exercice de ses fonctions. Il est extrêmement rare que la responsabilité du président de la République soit engagée durant son mandat pour des faits sans lien avec l'exercice du pouvoir (comme en Islande et en Pologne). La plupart du temps, pour ce qui concerne la responsabilité en cours de mandat pour des faits commis à l'occasion de l'exercice des fonctions, n'est prévue que la mise en jeu de la responsabilité pour violation de la Constitution. Ainsi en France l'article 68 précise que « le président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison »<sup>920</sup>. Parfois, la

---

<sup>918</sup> Article 133 de la Constitution portugaise : « Le président de la République répond des crimes qu'il commettrait dans l'exercice de ses fonctions devant le Tribunal suprême de Justice ». Cf. page 180 du volume d'annexes.

<sup>919</sup> Par exemple en Pologne, la seule fois où le président de la République fut inquiété par un procès civil, pour atteinte à l'honneur d'un député lors d'un discours présidentiel, la défense a plaidé l'empêchement du comparaître et le renvoi de l'affaire au terme du mandat. » Leszek Garlicki, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction en Pologne », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2001, page 294.

<sup>920</sup> Cette affirmation qui provoqua de nombreuses interprétations par la doctrine a contribué à geler le système de la responsabilité du président de la République : « au point de vue politique, le Président « ne peut être destitué avant l'expiration du terme normal de son mandat ». La pratique ou la jurisprudence ont poussé plus avant les implications de l'irresponsabilité. » Cf. Bruno Genevois, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridictions en France », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2001 page 198.

Et surtout la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999, puis par l'arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 2001, dégagent un régime dérogatoire favorable au président de la République française puisque celui-ci est irresponsable durant l'exercice de son mandat, sauf cas de haute trahison et il est protégé par une immunité particulière puisque pour les faits commis pendant ses fonctions, il ne sera poursuivi que par la Haute cour, et ne répondra des faits commis avant son mandat, qu'une fois libéré de ses charges. La polémique n'a pas cessé avec ces deux jurisprudences, elle se poursuit



responsabilité des présidents de la République peut être engagée pour violation de la Constitution à l'occasion de l'exercice du pouvoir exécutif et aussi pour violation de toute autre loi. Cette responsabilité, plus complète, est pourtant moins répandue (on la trouve en Macédoine et en Slovaquie et au Portugal).

En dehors de ces considérations concernant la qualification des faits reprochés au président de la République, il existe dans toutes les Constitutions une responsabilité dans tous les pays : le cas de violation de la Constitution qui est la cause principale d'engagement de la responsabilité pénale du président de la République. Dans tous les pays, les rédacteurs de la Constitution ont tenté de concilier le respect du texte supérieur par le président de la République, avec le caractère solennel de leur charge<sup>921</sup>. Bien entendu la protection est plus ou moins étendue, plus ou moins transparente, ce qui en renseigne sur l'état démocratique des institutions<sup>922</sup>. Parfois les immunités et privilèges aménagés dans les Constitutions à destination des dirigeants sont justifiées par la volonté de garantir de la séparation des pouvoirs<sup>923</sup>. A

---

dans la doctrine. La commission de réflexion sur la nécessité de réformer l'article 68, « commission Avril » et les réactions de certains professeurs publiées à la *R.D.P.* cette année dans le cadre d'un dossier spécialement consacré à la responsabilité du président en témoignent (« Le statut pénal du chef de l'État », in *R.D.P.*, 2003, pp. 53 à 108). On retiendra le dernier mot de Dominique Turpin, en faveur de la révision de l'article 68 afin de « combler une lacune et de moderniser sa rédaction », page 105.

<sup>921</sup> L'un des arguments des partisans de l'immunité présidentielle durant le mandat consiste justement à défendre l'institution présidentielle à l'honneur de laquelle on porterait atteinte en ayant accès à une procédure de mise en accusation directe du président de la République durant l'exercice de ses fonctions. Mais il est bien évident que cette protection honorifique, se doit d'être maintenue dans certaines proportions eu égard à la démocratie. Ainsi que le fait observer Robert Badinter en conclusion d'une démonstration en faveur de l'immunité présidentielle totale en France durant le mandat présidentiel, « Dans la République, le président, élu par le peuple, parce qu'il incarne la Nation, appelle une protection particulière. Doit-on pour autant le doter d'une armure ? », « La responsabilité pénale du président de la République sous la V<sup>e</sup> République », in *Mélanges en l'honneur de Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, page 159.

<sup>922</sup> « Dans la plupart des cas, les titulaires de fonctions suprêmes sont placés sous un régime spécifique soumettant poursuites et sanctions à des conditions renforcées par rapport à celles qui valent pour le destinataire ordinaire des normes pénales, disciplinaires et parfois même civiles. Plus ces obstacles sont malaisés à franchir, plus il sera difficile d'interrompre l'exercice de la charge, plus la liberté d'action du titulaire sera accrue. Le renforcement des statuts spécifiques répond alors à une maxime d'efficacité. À l'inverse, plus le régime spécifique se rapproche du droit commun, plus il sera en principe facile de faire respecter l'ensemble des normes directement assorties de sanction par les personnes investies de « pouvoir » et il sera par conséquent plus facile de les gêner dans l'exercice de leurs fonctions ». Otto Pfersmann, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction en Autriche », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2001, page 143.

<sup>923</sup> On peut citer ces quelques phrases concernant le Portugal qui peuvent s'appliquer aux autres pays étudiés : « La doctrine et la jurisprudence portugaises ont depuis toujours soutenu la fonction instrumentale et institutionnelle des immunités, dans la mesure où celles-ci ont pour but d'assurer la séparation des pouvoirs –aussi bien en période de normalité constitutionnelle qu'en situation d'état de nécessité- et de permettre aux titulaires des charges politiques le plein exercice de ces dernières. Les immunités ne sont pas des privilèges, lesquels sont inadmissibles face aux principes constitutionnels.

chaque situation correspond un régime applicable, dont le but vise la préservation de l'équilibre démocratique<sup>924</sup>.

### **Paragraphe 3 : La responsabilité du président pour violation de la Constitution**

C'est une des exceptions le plus souvent consenties à l'immunité quasi totale dont jouit le président de la République du régime parlementaire bireprésentatif. Elle est plus ou moins clairement exprimée selon les Constitutions. La responsabilité s'installe paradoxalement dans la mesure où, suite à la déclaration d'immunité, on mentionne une responsabilité de président de la République dans les cas de haute trahison ou de violation de la Constitution. L'exception est conséquente. Il s'agit de faits très graves aux conséquences importantes pour le pays. Si le président de la République est reconnu coupable par la cour constitutionnelle, il est remercié. Il en va de même dans toutes les Constitutions soumises à la présente étude. Mais, bien que répandu, le crime de haute trahison ou de violation grave de la Constitution est rarement défini<sup>925</sup>. Certaines Constitutions ne prévoient d'ailleurs que ce type de responsabilité présidentielle sans faire allusion à aucune autre responsabilité juridique ?

---

Elles ne s'incorporent pas dans la sphère juridique des titulaires de charges politiques en tant que droits subjectifs amis possèdent par contre une structure de situation fonctionnelle –raison pour laquelle les titulaires ne peuvent y renoncer et ont le devoir d'exiger que celles-ci soient respectées ; en revanche, si les immunités ne sont pas de mises au service des compétences des différents organes, leur invocation devient abusive. » Jorge Miranda, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction au Portugal », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, page 303.

<sup>924</sup> « Le régime des immunités constitutionnelles se résume en une problématique simple : l'immunité doit être un moyen d'assurer la protection de la fonction éminente conférée à son titulaire ou à laquelle il concourt, sans pour autant devenir un privilège injustifié qui heurterait volontiers le sentiment de justice ». Lorsque Bruno Genevois écrit ces quelques phrases au sujet de la France, page 225 de *l'Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, année 2001, dans l'article consacré aux « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridictions en France », on se remémore qu'à l'occasion de la citation à comparaître comme témoin dans une affaire concernant le financement occulte de son parti avant son mandat présidentiel, le président de la République avait soulevé la polémique en refusant « l'invitation » du juge au motif cela irait contre le principe de séparation des pouvoirs (cf. exemple portugais). Une voix dans la doctrine s'était élevée pour justifier cela par la protection de la noble fonction de président de la République... Or on peut se demander ce qui porte davantage de discrédit à la fonction de président de la République : d'éluder les responsabilités et de laisser planer le doute, ou bien d'assumer ses responsabilités en toute transparence citoyenne ?

<sup>925</sup> L'exemple français est criant à ce propos, au plus fort de la polémique les auteurs de doctrine ont souligné l'envie les difficultés à venir qui sortiront de cette boîte de Pandore de l'interprétation de la notion de haute trahison. Lire en ce sens Dominique Chagnollaud, « Le Président et la doctrine : à propos de la responsabilité pénale du Chef de l'État », in *Revue du Droit Public*, 1999, page 1677 : « la notion de haute trahison étant indéfinie, elle absorbe en quelque sorte tous les crimes et délits, du vol

Ainsi en Croatie, où « le Président est responsable des atteintes à la Constitution commises par lui dans l'exercice de ses fonctions »<sup>926</sup>. En France, « le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison »<sup>927</sup>.

En Lituanie: « le Président de la République ne peut être destitué avant l'expiration de son mandat que dans le cas d'une violation manifeste de la Constitution ou de la trahison de son serment, ainsi que de la commission d'un acte délictueux » (la globalité de cette formulation peut être interprétée à la lumière des actes commis dans l'exercice de ses fonctions<sup>928</sup>).

En Irlande, il est question de « mauvaise conduite spécifiée » concernant la responsabilité pénale du président de la République mise en cause par les chambres au titre de la violation de la Constitution<sup>929</sup>.

La procédure de mise en œuvre de la responsabilité est commune à tous les pays étudiés. Généralement on met en jeu de la responsabilité par le dépôt d'une motion laissée à l'initiative des acteurs institutionnels « classiques » (type députés de la Chambre basse, ou membres du gouvernement). Puis la motion est adoptée par la chambre. Ensuite, la Cour constitutionnelle engage une procédure de destitution et/ou de contrôle. À l'immunité partielle s'ajoute donc un privilège de juridiction. La Cour constitutionnelle est en général compétente pour juger du respect de la Constitution par le président de la République lui-même, mais pas toujours, car il arrive que le texte aménage la compétence d'une juridiction spéciale<sup>930</sup>.

---

de voiture à la chasse au perdreau en dehors des périodes autorisées, à l'assassinat ou à la complicité avec l'ennemi qui justifie ainsi la compétence exclusive de la Haute Cour... »

<sup>926</sup> Article 105 de la Constitution croate. Cf. page 228 du volume d'annexes.

<sup>927</sup> Article 68 de la Constitution française. Cf. page 133 du volume d'annexes.

<sup>928</sup> Article 86 alinéa 2 de la Constitution lituanienne. Pour ne pas entrer en contradiction avec l'alinéa 1 de cet article, il faut interpréter « acte délictueux » dans le sens de délit d'offense à la Constitution dans le cadre de l'exercice de son pouvoir exécutif uniquement puisque le président de la République « ne peut être arrêté ni poursuivi pour une infraction pénale ou administrative ». On peut reprocher à la rédaction de l'article de ne pas favoriser la compréhension en matière de responsabilité présidentielle. Cf. page 378 – 79 du volume d'annexes.

<sup>929</sup> Article 10.2° de la Constitution irlandaise. Cf. page 80 du volume d'annexes.

<sup>930</sup> Ainsi en France avec la Haute Cour de Justice compétente pour les crimes de haute trahison du président de la République. Cf. Antide Moreau, « La haute trahison du président de la République sous la Ve République », *in Revue du Droit Public*, 1987, pp. 1541 à 1602.

Globalement la procédure se dédouble en deux temps. Le premier est celui de la mise en accusation et le second celui de l'accusation qui entraîne révocation. Parfois une troisième étape est ajoutée, pour limiter les mises en accusation abusives. La mise en accusation est le fruit d'une proposition, puis du vote de l'assemblée, à une majorité qualifiée qui varie selon les pays et enfin de la confirmation de ce vote par une instance de contrôle. Pour l'adoption de la motion de mise en accusation du président de la République, la majorité des deux tiers est requise dans la *quasi* totalité des pays d'Europe centrale et orientale (tous hormis la Lituanie qui opte pour une majorité à l'ancienne, les trois cinquième). Ainsi en Croatie, en Macédoine, en Bulgarie (où les députés doivent représenter un quart pour prétendre présenter une mise en accusation au Parlement), en Roumanie, en Pologne, en Ukraine, en Russie, et en Slovénie. Dans les États d'Europe occidentale, les majorités sont parfois plus exigeantes et *a priori* moins faciles à réunir. Il semble en effet que les jeunes États aient voulu se prémunir contre les abus présidentiels en proposant une majorité plus facile à réunir. En Europe occidentale, la majorité des trois quarts pour l'enclenchement de la procédure est préférée par la Finlande (à noter la particularité finlandaise : des acteurs extérieurs au Parlement tels le chancelier de justice, le médiateur ou le gouvernement peuvent l'informer s'ils considèrent que le président de la République s'est rendu coupable de crime contre l'humanité ou de haute trahison), et l'Islande. Dans les autres pays, on opte pour la majorité des deux tiers, la même que celle retenue par les pays émergents de la dislocation de l'empire soviétique. Avec cette différence que lorsque la majorité des deux tiers est retenue c'est qu'au préalable des conditions s'imposent quant à la mise en œuvre de la procédure. En Autriche, la mise en accusation est votée en présence de plus de la moitié des membres présents et adoptée à la majorité des deux tiers. En Irlande aussi il y a une exigence pour la mise en accusation : qu'elle soit écrite et signée par au moins 30 membres, puis adoptée à la majorité des deux tiers. Au Portugal, sur proposition des trois cinquième des députés la mise en accusation est présentée et ensuite adoptée à la majorité des deux tiers.

Parfois, il est précisé que le président de la République ne pourra exercer ses pouvoirs durant le temps d'instruction de la procédure. Cela pour préserver l'impartialité de la procédure et éviter la confusion dans la conduite des affaires de l'État dans la mesure où l'engagement de la responsabilité porte atteinte à la

crédibilité du chef de l'État et met en cause sa légitimité. En Islande, il est demandé au président de la République de suspendre ses activités le temps de l'instruction de la demande. En Finlande aussi il doit « s'abstenir d'exercer ses fonctions ». En Slovénie « après que la Cour constitutionnelle a reçu la résolution de mise en accusation par l'Assemblée nationale, elle peut décider que le Président de la République, jusqu'à une décision sur sa mise en accusation, ne peut provisoirement exercer ses fonctions ». Mais ça n'est pas toujours le cas. Ainsi au Portugal, la suspension de l'exercice des fonctions du Président n'est pas prévue.

Pour finir, la destitution est soit le fait de l'assemblée (en Irlande, c'est l'autre chambre de l'Oireachtas ; en Islande ; en Lituanie ; en Ukraine, après l'examen de la Cour constitutionnelle ; en Russie, où c'est la chambre haute, le Conseil de la fédération qui destitue le président) ; soit le fait de la cour constitutionnelle (en Autriche ; au Portugal c'est le Tribunal suprême de justice ; en Bulgarie ; en Croatie ; en Macédoine ; en Roumanie ; en Slovénie ; en Pologne c'est le Tribunal d'État qui décide de l'adoption de la résolution de la mise en accusation qui a pour effet de suspendre le président de la République) ; soit le fait d'une juridiction spéciale (en Finlande la mise en accusation se poursuit devant la Haute Cour de Justice ; tout comme en France).

Il est rare de voir une procédure de révocation aboutir. La responsabilité du président de la République reste une arme politique secondaire<sup>931</sup>. Mais l'enclenchement d'un tel procédé n'est pas impossible et l'avis de la Cour constitutionnelle peut influencer sur l'issue du procédé. Ainsi par exemple en Roumanie en juillet 1994, sur fond de situation politique tendue entre le Parlement et le Président, la procédure de l'article 144.f a été enclenchée par des députés et des sénateurs. Les parlementaires ont estimé qu'ayant déclaré dans plusieurs réunions publiques que certaines décisions judiciaires constituaient une incursion dans le domaine législatif, le président de la République violait les dispositions de la

---

<sup>931</sup> « Une arme politique secondaire », expression empruntée à Antide Moreau qui l'applique la France, mais qui peut être étendue à tous les pays étudiés, cf. « La haute trahison du président de la République sous la Ve République », *op.cit.*, page 1582. En France, « le seul précédent de mise en accusation pour haute trahison concerne Louis-Napoléon Bonaparte qui, après le coup d'État du 2 décembre 1851, fit l'objet d'un décret de l'Assemblée nationale, prononçant sa déchéance et le renvoyant devant la haute Cour. Nul besoin de préciser qu'aucun procès ne suivit... », Éric Dezeuze,

Constitution. Mais la Cour a estimé qu'on ne pouvait parler de violation de la Constitution, les faits reprochés pouvant être subsumé sous une disposition législative. Le Parlement s'est finalement rangé à cet avis et n'a pas poursuivi la mise en jeu de la responsabilité<sup>932</sup>.

La Russie aussi s'est illustrée par des révocations présidentielles avortées, ainsi au printemps 1999 la Douma a-t-elle rejeté la procédure *d'impeachment* qu'elle avait pourtant elle-même enclenchée<sup>933</sup>.

Sinon, la responsabilité du président de la République et des organes supérieurs de l'État peut être mise en œuvre devant la Cour constitutionnelle, le privilège de juridiction vaut pour toutes les affaires pour lesquelles le président pourrait être inquiété. Dès lors la Cour, en connaissant ces contentieux, sortirait de sa compétence strictement constitutionnelle et serait entraînée sur un terrain, plus glissant teinté de politique, ce qui est dangereux<sup>934</sup>. En effet, la cour se permettrait à ce moment de juger des actes du gouvernement et généralement cette compétence est mise de côté en démocratie. Mais il semble que cette analyse soit trompeuse car la constitution autrichienne précise bien à l'article 142 que « la Cour constitutionnelle juge les organes suprêmes de la Fédération et des Länder qui en raison de leur responsabilité constitutionnelle sont mis en accusation pour violation fautive du droit dans l'exercice de leurs fonctions ». Donc, il existe pas de compétence constitutionnelle des cours à juger du respect du droit par les organes de l'État et il semble peu crédible de s'abriter derrière les fameux actes de gouvernement pour éviter de contrôler les gouvernants.

---

« Un éclairage nouveau sur le statut pénal du président de la République », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, juill-sept 1999, page 502.

<sup>932</sup> Voir en ce sens l'article de Florin Vasilescu, « La justice constitutionnelle en Roumanie », in *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Marc Verdussen (dir.), Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1997, page 141.

<sup>933</sup> Jean-Robert Raviot, « Russie, l'État disqualifié », in *Les pays de la CEI*, Roberte Berton-Hogge et Marie-Agnès Crosnier (dir.), Paris, La documentation Française, 1997, page 99.

<sup>934</sup> Notamment pour Louis Favoreu (et alii), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, page 224 : « Un certain nombre de Constitutions des pays d'Europe centrale et orientale ont donné cette mission aux cours constitutionnelles ; mais ceci ne nous semble pas être une bonne chose car cela revient à mélanger les deux types de justice –la justice constitutionnelle et le justice politique- qui doivent être exercées séparément. »

#### **Paragraphe 4 : Une criminalisation maximale avec la Cour Pénale Européenne**

La Convention de Rome du 17 juillet 1998 a créé la Cour Pénale Internationale qui est compétente pour juger des crimes graves tels que le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et d'agression. Les 89 pays signataires ont vu prêter serment les juges le mardi 11 mars 2003. La Cour est entrée en fonction à ce moment. La compétence de la cour est reconnue pour juger les chefs d'État qui se seraient rendus coupables de telles atrocités<sup>935</sup>. Mais il ne s'agit pas d'une responsabilité courante. Elle ne concerne pas tous les chefs d'État, c'est là son avantage et son inconvénient aussi. En effet, s'il est réjouissant de savoir que nul chef d'État ne sera à l'abri des juridictions pour répondre des crimes perpétrés sous sa présidence, il n'en demeure pas moins que cette responsabilité concerne le volet international et non national, ce qui limite la portée de la responsabilité pour le pays lui-même. À ce jour, peu de pays ont signé cette Convention. La ratification a été l'occasion d'un débat animé en France par exemple, où elle est entrée en vigueur le 6 juin 2002 après révision de la Constitution en juillet 1999. Elle a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de rappeler dans une décision du 18 janvier 1999 que l'immunité du président de la République reste d'actualité, et il a précisé l'article 68 de la Constitution en étendant le privilège de juridiction du président de la République. Celui-ci ne peut être poursuivi pour des faits commis avant l'exercice de ses fonctions et de plus il ne peut être inquiété en fonction que devant la Haute Cour de Justice.

---

<sup>935</sup> À l'article 27-1 de la Convention, on lit : « Le présent statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef de l'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine ».

## RESPONSABILITÉ DU PRÉSIDENT

<b>PAYS</b>	<b>RÉVOCATION POPULAIRE</b>	<b>RESPONSABILITÉ PÉNALE ORDINAIRE</b>	<b>RESPONSABILITÉ VIOLATION DE LA CONSTITUTION POUR</b>
<b>AUTRICHE</b>	Oui (article 60-6)	Oui	Oui (articles 63-2 et 142)
<b>IRLANDE</b>			Oui (article 10.2°) « mauvaise conduite spécifiée »
<b>ISLANDE</b>	Oui (article 11)	Oui après levée de l'immunité par la Chambre (article 11)	
<b>FRANCE</b>			Oui (article 68)
<b>PORTUGAL</b>		Oui, crimes commis dans l'exercice de ses fonctions (article 133)	Oui (article 133)
<b>CROATIE</b>			Oui (article 105)
<b>BULGARIE</b>			Oui (article 103)
<b>MACÉDOINE</b>		Oui en cas de viol de la loi dans l'exercice de ses attributions (article 83 )	Oui (article 87)
<b>ROUMANIE</b>	Oui		Oui (article 95)
<b>SLOVÉNIE</b>		Oui, dans l'exercice de ses attributions, en cas de viol grave de la loi (article 109)	Oui (article 109)
<b>LITUANIE</b>			Oui (article 86)
<b>RUSSIE</b>			Oui (article 93)
<b>UKRAINE</b>			Oui ( <i>impeachment</i> article 111)
<b>POLOGNE</b>		Oui (article 145)	Oui (article 145)
<b>FINLANDE</b>			Oui (article 113)



## CHAPITRE SECOND

### LE JUGE CONSTITUTIONNEL ET LE PRÉSIDENT

Ce contrôle constitutionnel, garde fou de la démocratie, est né de la vague constitutionnaliste qui a déferlé sur le continent européen, relayée par un mouvement de « rejuridiciarisation » du droit constitutionnel et des cours constitutionnelles<sup>936</sup>. Ce double mouvement en faveur de la promotion des Constitutions et de la justice constitutionnelle rend homogène et renforce la sécurité juridique en Europe.

On a pu parler d'âge d'or des constitutions, ou d'âge d'or du constitutionnalisme. La diffusion du droit constitutionnel classique s'est en effet réalisée à travers trois vagues historiques successives, ainsi que le fait observer Jean Gicquel qui recense la guerre d'indépendance américaine et la Révolution française au XVIII<sup>ème</sup>, puis les révolutions françaises de 1830 et 1875 au XIX<sup>ème</sup> siècle et l'après guerre mondiale faisant suite à la Révolution russe de 1917<sup>937</sup>. Louis Favoreu fait observer que cet âge d'or « n'est pas derrière nous mais devant nous. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale on assiste en Europe à une extraordinaire valorisation de la notion de Constitution à travers l'intervention de la Justice constitutionnelle dont le développement constitue l'un des phénomènes les plus importants de ces dernières années »<sup>938</sup>. Effectivement on remarque que tous les pays d'Europe centrale et orientale dotés d'une nouvelle Constitution se sont dans cet élan dotés d'une cour de justice constitutionnelle. Ce sont les « vagues contemporaines de la constitutionnalisation »<sup>939</sup>. Pourtant on ne reconnaît pas à la cour constitutionnelle une compétence absolue dans tous les domaines<sup>940</sup>. Le contrôle des actes des gouvernants par exemple est rarement envisagé comme une compétence de la

---

<sup>936</sup> « Rejuridiciarisation » : néologisme que l'on peut attribuer à Louis Favoreu.

<sup>937</sup> Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2002, page 39 et suivantes, qui dénombre « au prix d'une simplification » ces « trois vagues initiales de la constitutionnalisation ».

<sup>938</sup> Louis Favoreu, *in Le constitutionnalisme aujourd'hui*, sous la direction de Jean-Louis Seurin, Paris, Economica, 1984, page 23.

<sup>939</sup> Jean Gicquel, *op. cit.*, page 41 : « En dehors de l'élimination des régimes autoritaires en Europe méridionale, au cours de la décennie 1970, le constitutionnalisme moderne s'abreuve aux sources de la décolonisation et, présentement, de la démocratisation. »

<sup>940</sup> Jean Gicquel parle à ce propos de « prodigieux élan » (*idem* page 41), mais le départ en fanfare sera-t-il suivi de l'endurance nécessaire pour faire une bonne course ?

juridiction constitutionnelle. Ce peut être compréhensible pour les parlementaires, dans la mesure où ceux-ci sont responsables devant le Parlement, qu'ils sont soumis au contrôle de la juridiction suprême à travers le contrôle de constitutionnalité des lois, et qu'ils subissent un contrôle populaire régulier au moment des élections (la durée du mandat est en général plutôt courte). Mais le président de la République est rarement concerné par ce type de contrôle. En effet, il n'est pas déclaré irresponsable dans les Constitutions, le contrôle de ces actes n'est que très rarement prévu, et les mandats populaires, on l'a déjà vu, ne sont qu'un faible moyen d'effectuer un contrôle. De plus, on imagine mal comment un organe non élu, la juridiction supérieure pourrait se permettre de passer en revue les actes des gouvernants démocratiquement élus (c'est la sempiternelle critique de la légitimité du contrôle de constitutionnalité). Toutefois, on pourrait imaginer un contrôle plus étendu des actes du président de la République car actuellement il est quasi inexistant, réduit à la portion congrue. En effet, sur les pouvoirs sans contreseing du président, sur la légalité de l'emploi du référendum, par exemple, on pourrait imaginer un contrôle constitutionnel plus présent, de la même manière qu'il existe sur les lois. Le doyen Louis Favoreu décrit le phénomène de la « rejuridicisation » du droit constitutionnel depuis les années 80, mais ce phénomène n'est finalement effectif que pour certains aspects du droit constitutionnel (notamment le contentieux électoral ou celui des libertés). La responsabilité du président de la République, elle, reste de côté, en France, comme dans la plupart des autres constitutions étudiées<sup>941</sup>.

La présence de cours constitutionnelles dans quasiment tous les pays étudiés, témoigne de la volonté des rédacteurs de la Constitution d'affirmer le principe de constitutionnalité, surtout dans les pays de l'Europe centrale et orientale, à peine émancipés du joug soviétique. Ces juridictions sont principalement chargées d'assurer l'application de la norme juridique constitutionnelle. Il existe bien une justice constitutionnelle en Europe, mais qui ne concerne le président de la République que de loin et ouvre le débat sur l'interprétation de la Constitution qui reste d'actualité quant à l'étendue des pouvoirs du président de la République face au droit de la démocratie et au peuple souverain<sup>942</sup>.

---

<sup>941</sup> Louis Favoreu, *op. cit.*, page 24.

<sup>942</sup> En France, la discussion s'est ouverte à l'occasion du débat sur la réforme de la V<sup>ème</sup> République. Et l'on a vu des auteurs, *a priori* en désaccord sur l'idée d'une VI<sup>ème</sup> République se rejoindre sur la

## Section 1. Le président de la République et le contrôle constitutionnel

Le modèle d'organisation de la justice constitutionnelle au sein d'un pays permet de mieux appréhender la place du président par rapport à ce type de contrôle. En Europe, le paysage de la justice constitutionnelle se compose de deux formes famille. Une famille regroupe les pays nordiques, dont trois sont concernés par l'étude: l'Islande, l'Irlande et la Finlande. Une autre famille comprend tous les autres pays, dans la lignée du contrôle de constitutionnalité « à l'autrichienne ». Ce clivage en deux groupes se superpose à celui qui oppose les pays de *common law* des pays de *civil law*<sup>943</sup>. Dans l'évolution historique de la justice constitutionnelle en Europe, on distingue trois grandes étapes. On peut parler de trois générations de rationalisation : après la première guerre mondiale (en Autriche, Allemagne, Tchécoslovaquie et en Irlande qui s'émancipe du modèle anglo-saxon dominant en soumettant la loi à la constitution) ; après la seconde guerre mondiale, (pour tous les pays d'Europe occidentale) ; et enfin après la chute du communisme (pour les pays d'Europe centrale et orientale)<sup>944</sup>.

### Paragraphe 1 : L'isolement du modèle nordique européen

---

nécessité de repenser la responsabilité politique et vivifier le contrôle de constitutionnalité. Tant Jean Rosetto que Armel le Divellec avancent ces réponses pour aider la V<sup>e</sup> République à évoluer vers un régime plus démocratique et plus équilibré cf. R.D.P., numéro spécial, *La VI<sup>e</sup> République*, 2002, pages 166 et s. et 218 et s. Ces remarques peuvent être étendu au régime parlementaire bireprésentatif souffrant d'une déformation du système en faveur du président de la République.

<sup>943</sup> Ainsi que le font observer Constance Grewe et Henri Oberdoff dans leur ouvrage *Les constitutions des pays de l'Union européenne*, Paris, la Documentation française, 1999, page 14 : « Plus important mais aussi plus diffus est le clivage concernant l'idée même de droit, lequel continue d'opposer les ordres juridiques rationalistes influencés par le droit anglo-saxon aux ordres continentaux qui se présentent comme plus volontaristes. Cette différence de conception entraîne de multiples conséquences et notamment le rôle et la place du droit non écrit par opposition à la codification. Ainsi, dans tous les États d'Europe du Nord, le droit non écrit détient encore aujourd'hui une place plus importante que sur le continent européen ».

<sup>944</sup> Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Puf, coll. Connaissance du droit, pages 18 à 26.

Dans certains États où le « légicentrisme » est fort, comme en Islande, en Irlande ou en Finlande, les cours constitutionnelles sont inexistantes<sup>945</sup>. On ne fait pas appel aux mécanismes du contrôle constitutionnel spécialisé et centralisé dans la mesure où la confiance est entièrement placée dans le Parlement et dans sa capacité à légiférer correctement<sup>946</sup>. Le contrôle n'est pas totalement inexistant, il est diffus puisque, « une Cour suprême ou un Tribunal suprême peuvent être des juridictions constitutionnelles »<sup>947</sup>. Le juge de droit commun est aussi juge constitutionnel. C'est la Cour suprême qui est compétente pour connaître des litiges en matière constitutionnelle. Indéniablement, le modèle américain est prégnant.

En Irlande, la Constitution précise très clairement l'organisation des tribunaux aux articles 34 à 36. La Cour suprême, au sommet de la hiérarchie judiciaire, a en charge de contrôler la constitutionnalité des lois. Les juges y sont nommés par le président de la République et le contrôle de constitutionnalité s'effectue *a posteriori* et *in concreto*. Les particuliers bénéficient d'un droit de saisine indirect par question incidente à l'occasion d'un procès, ils sont donc plus proches des considérations de respect des droits constitutionnels. Le juge de droit commun est l'acteur primordial du contrôle de constitutionnalité qui se pratique dans le cadre d'un système mixte. Les Hautes Cours au niveau de la première instance sont compétentes pour apprécier la constitutionnalité<sup>948</sup>. Il existe une possibilité de faire appel car la compétence de l'examen de la constitutionnalité revient *in fine* à la

---

<sup>945</sup> Néologisme fort pratique et imagé pour qualifier les sociétés dans lesquelles règne le culte de la loi et la confiance dans absolue dans le travail des parlementaires.

<sup>946</sup> « Les idées fondamentales des mécanismes de contrôle proviennent, pour l'essentiel, des Etats-Unis de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, si bien même qu'elles ont été, en parallèle, élaborées théoriquement par la Révolution française. Cette dernière voulait que l'on fasse confiance au Parlement élu par le peuple. La tradition issue de la pensée a, depuis deux cents ans, servi de base pour des modèles dans lesquels le législateur se contrôle lui-même ou bien dans lesquels le contrôle préalable revient à un organe désigné par le législateur lui-même ». Antero Jyränki, « Contrôle de la constitutionnalité des lois par un organe politique : le modèle finlandais », in *Mélanges en l'honneur de Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, page 279.

<sup>947</sup> Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Puf, 1986, page 3.

<sup>948</sup> Article 12.3.1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> de la Constitution irlandaise: « Les cours de première instance comprendront une Haute cour investie de la pleine juridiction au premier degré et du pouvoir de trancher toutes matières et tous points de droit ou de fait au civil comme au criminel. Sauf dans les cas qui sont prévus différemment par cet article, la juridiction de la Haute Cour s'étendra à la question de la validité de toute loi ayant rapport aux dispositions de la présente Constitution, et nulle question de ce genre ne pourra être soulevée (par plaidoirie ou par argument, ou autrement) devant n'importe quelle cour établie selon le présent article ou tout autre article de la présente Constitution, autre que la Haute Cour ou la Cour suprême ». Cf. pages 80 et 81 du volume d'annexes.

Cour Suprême<sup>949</sup>. Le contentieux n'est pas spécialisé puisque la Cour Suprême connaît de recours dans tous les domaines juridiques de droit privé. La saisine ne s'effectue que par le prisme des affaires déferées aux juridictions. Dans ce cadre, le contrôle s'exerce *in concreto et a posteriori*<sup>950</sup>, ce qui fournit des arguments pour la critique, notamment par rapport à l'idéal de sécurité juridique qui peut être malmené avec ce système et dont les juges sont d'ailleurs nommés par le président de la République. Le contrôle de la cour peut tout aussi bien se faire *in abstracto et a priori* en fonction de l'auteur de la saisine, puisque le président de la République, notant l'inconstitutionnalité d'une loi, peut saisir à ce propos la Cour suprême, ce qui accentue ce caractère de mixité<sup>951</sup>. Le système se situe donc à mi-chemin entre le modèle américain et le modèle européen.

Historiquement en Finlande, on peut faire remonter le contrôle constitutionnalité des lois à l'époque du grand duché autonome, rattaché à l'Empire russe puisque à la fin du XIX<sup>ème</sup> et au début du XX<sup>ème</sup> siècle, les lois produites par l'Assemblée l'étaient dans le respect des lois constitutionnelles du grand duché<sup>952</sup>. Le système de contrôle de constitutionnalité des lois s'est développé à travers la pratique<sup>953</sup>. Actuellement, la primauté de la Constitution est affichée et appliquée grâce à l'intervention du juge de droit commun<sup>954</sup>. La pyramide des normes kelsénienne est présente, même si le modèle de justice constitutionnelle retenu n'est

<sup>949</sup> Article 12.4.3° de la Constitution irlandaise : « La Cour suprême connaîtra des recours contre toute décision de la Haute Cour, sauf les exceptions (...) ».

<sup>950</sup> C'est-à-dire concrètement et pratiquement, à l'occasion d'un litige et non de façon abstraite, contre la loi, à titre préventif.

<sup>951</sup> « Parfois même, la cour suprême dispose d'une véritable compétence juridictionnelle à l'égard des lois votées, mais non encore promulguées. Ainsi, en Irlande, le Président de la République qui est convaincu de l'inconstitutionnalité d'une loi qui vient d'être adoptée par le parlement, a la possibilité de saisir la Cour suprême d'Irlande. » Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1996, page 78.

<sup>952</sup> Pour plus de détails, se référer à l'article de Antero Jyränki, « Taking democracy seriously », in *The finnish constitution in transition*, Finnish contributions to the third world congress of the international association of constitutional law, Varsovie, Hermes-Myynti Oy, 1991, pp. 6 et suivantes.

<sup>953</sup> Pekka Lämsineva, « The constitutional committee of parliament : the finnish model of norm control », *Idem*, page 68 : « The Constitution of Finland contains only a few provisions concerning the control of constitutionality of Parliamentary Acts. The finnish control system has developed primarily through practice. »

<sup>954</sup> Article 106 de la Constitution finlandaise : « Tout tribunal est tenu d'accorder la primauté à la Constitution, si l'application d'une disposition légale au cas soumis à son examen est en évidente contradiction avec la Constitution. » Cf. page 560 du volume d'annexes.

pas celui-ci<sup>955</sup>. Il existe un contrôle *a priori* qui permet d'éviter l'incertitude juridique et les conflits d'autorité, par lequel le législateur se contrôle lui-même. En effet, il existe au sein du Parlement une commission des lois constitutionnelles, commission spéciale permanente qui a en charge l'examen des lois et les recommandations au président du Parlement. Cette commission composée de députés, rend des avis et des rapports concernant la constitutionnalité des lois produites par le Parlement. Elle peut consulter des experts constitutionnels extérieurs à cette fin. Ces avis n'ont pas la même force contraignante que ceux d'une Cour constitutionnelle, bien entendu. A charge pour le président de la commission d'orienter l'assemblée vers une révision de la Constitution ou bien vers la rédaction d'un nouveau projet, ou encore vers la modification du projet en cours. *In fine*, l'assemblée peut persévérer et adopter le projet inconstitutionnel au cours d'une procédure d'exception. Finalement ce système atypique mêle tout à la fois l'examen politique de la loi et l'appréciation judiciaire<sup>956</sup>. Si cette commission constitutionnelle se voit attribuer d'autres tâches comme celle de contrôler la constitutionnalité des rapports présentés par le Gouvernement et l'*Ombudsman*, ou d'examiner la légalité des actes officiels des membres du Gouvernement, le contrôle des actes du président de la République semble ne pas être compris dans son champ de compétence.

En Islande, point de prescriptions constitutionnelles, point de précisions sur la justice constitutionnelle ou le contrôle constitutionnel. Le texte est court (seulement 79 articles) et avare de détails comme pour les autres domaines.

## **Paragraphe 2 : L'expansion du modèle kelsénien en Europe**

Dans ce modèle européen dominant de justice constitutionnelle, l'organe est spécialisé en matière de contentieux constitutionnel. Mis au point par le célèbre

---

<sup>955</sup> Article 107 de la Constitution finlandaise : « Aucune disposition d'un décret ou d'une norme de niveau inférieur à la loi, qui est en contradiction avec la Constitution ou quelque autre loi ne peut être appliquée par un tribunal ou une autre autorité. » Cf. page 560 du volume d'annexes.

<sup>956</sup> Voir à ce propos la métaphore employée par Antero Jyränki pour la décrire, dans son article « Contrôle de constitutionnalité des lois par un organe politique : le modèle finlandais », *op.cit.* page 281 : « Une des commissions du Parlement se voit ainsi confier deux rôles assez différents, dont un

juriste autrichien Hans Kelsen au début du XX<sup>ème</sup> siècle, il est introduit dans la Constitution autrichienne en 1920<sup>957</sup>. Le succès remporté par la formule se lit à travers l'expansion de son modèle sur le territoire européen. Progressivement, ses voisins européens ont adopté le système du contrôle par une cour constitutionnelle. Ce succès peut être attribué à plusieurs facteurs. Une raison historique évidente : plusieurs pays s'étaient déjà dotés auparavant d'une institution dans cet esprit (ainsi en Autriche le Tribunal d'Empire en 1867 ; en France, le jurie constitutionnaire issu de la Révolution). De plus l'issue de la guerre contre l'oppression nazie et fasciste en Europe a conduit à vouloir se prémunir contre les atrocités. Mais surtout le succès du contrôle est lié à la théorie même qui sous-tend sa mise en place. La Constitution est considérée comme la norme fondamentale, celle dont découlent toutes les autres. À ce titre elle ne peut être bafouée sous aucun prétexte afin de préserver sa permanence et par ricochet la stabilité et l'équilibre des institutions. Elle permet aussi préserver la démocratie des dérives électoralistes et démagogiques qui risquent d'entacher le travail législatif et de porter atteinte aux libertés des citoyens<sup>958</sup>. La justice constitutionnelle s'est répandue rapidement puisque à la suite de l'Autriche la formule a été adoptée par la quasi totalité des pays avoisinants.

Toutefois, certains États ont adopté une forme de contrôle de constitutionnalité alliant des caractéristiques des deux modèles. Par exemple lorsque l'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée par les tribunaux ordinaires, on se rapproche d'un système « à l'américaine », où le contrôle diffus du *judicial review* est combiné au contrôle centralisé de *verfassungsgerichtsbarkeit*<sup>959</sup>. Cette particularité est en

---

politique et l'autre quasi judiciaire (ressemblant à un tribunal) : le personnage de Dr. Jekyll/Mr. Hyde du mécanisme étatique. Il s'agit d'un schéma exceptionnel à l'échelle mondiale ».

<sup>957</sup> L'Autriche, pays pionnier en la matière : « En organisant une Haute-Cour constitutionnelle, la Constitution fédérale de la République d'Autriche du 1<sup>er</sup> octobre 1920 n'a fait que parfaire une institution héritée de l'Autriche impériale, où elle existait depuis près d'un demi-siècle déjà. C'est la Constitution de 1867 qui, avec le Tribunal d'Empire (Reichsgericht), créa en Autriche une première ébauche de juridiction constitutionnelle », Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, rééditions de 1928, page 109.

<sup>958</sup> Louis Favoreu, *op.cit.*, pages 12 à 15.

<sup>959</sup> Ainsi au Portugal. Voir Vital Moreira, « Le Tribunal constitutionnel portugais », in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10, 2001, page 21 : « Le Portugal est l'un des pays pionniers et l'un des exemples les plus caractéristiques de la cohabitation entre le « système américain » et le « système autrichien » de justice constitutionnelle. » ; et José Manuel Cardoso Da Costa : « à l'inverse de ce qui s'est passé dans la plupart des systèmes constitutionnels de l'Europe, le droit constitutionnel portugais a, très tôt, reconnu aux tribunaux en général –au pouvoir judiciaire- le « droit » d'accéder ou de faire appel direct à la Constitution, leur octroyant, inclus dans le cadre de leur compétence « commune » (pour ainsi dire), le pouvoir de vérifier la constitutionnalité des lois (et des autres normes juridiques) et de refuser leur mise en application, lorsqu'ils les estiment contraires à la Constitution. » ;

général due à la sédimentation historique de différentes périodes, plutôt qu'à un choix purement spontané<sup>960</sup>.

Au moment de sa libération, la famille des pays d'Europe centrale orientale et balte a littéralement découvert le droit constitutionnel occidental<sup>961</sup>. La généralisation des cours constitutionnelles dans ces pays est une particularité constitutionnelle propre aux à ces pays qui témoigne du succès toujours d'actualité des idées de Kelsen<sup>962</sup>. Leur force démocratique naissante, passe par la réhabilitation du droit, laquelle s'illustre à travers la mise en place d'une justice constitutionnelle<sup>963</sup>. Dans ce type d'organisation, le contentieux constitutionnel est distinct des autres contentieux, il est de la compétence exclusive d'une juridiction qui peut statuer parfois en l'absence de litige, sur saisine des autorités politiques ou juridictionnelles, parfois de particuliers. Et surtout l'adoption du modèle kelsénien signe le passage d'une conception formelle à une conception matérielle de l'État de droit, qui assure la renommée et le succès de

---

« Protection des droits fondamentaux et garantie de la séparation des pouvoirs dans la juridiction constitutionnelle portugaise », in *Mélanges en l'honneur de Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, page 266.

<sup>960</sup> Ainsi en Pologne où des compétences qui sont dans certains États accordées à la juridiction constitutionnelle échoient presque étonnamment à la Cour suprême, et la nouvelle constitution d'avril 1997 ne change rien à certains points du contrôle constitutionnel hérités du régime de la petite constitution... « La juridiction constitutionnelle ne bénéficie d'aucune tradition en Pologne. (...) Le Tribunal constitutionnel n'est pas compétent pour trancher les conflits de compétence entre les organes, pas davantage que les conflits de compétence territoriale. (...) Quant à la validité des élections parlementaires et présidentielles et du référendum national, il appartient à la Cour suprême, le contrôle de la validité des élections locales étant réservé aux tribunaux locaux de droit commun », Leszek Garlicki, « La justice constitutionnelle en Pologne », in *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Marc Verdussen (dir.), Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1997, pages 87 et 94.

<sup>961</sup> La justice constitutionnelle est-elle une nouveauté propre à l'État de droit démocratique post communiste ? Non, en général les pays d'Europe centrale et orientale avaient connu avant, un semblant de justice constitutionnelle. Ainsi en Pologne par exemple, où après la seconde guerre mondiale malgré l'imposition du modèle soviétique des voix dissidentes se sont faites entendre aboutissant, dès 1982, à la création de deux organes judiciaires : le Tribunal d'État et le Tribunal constitutionnel. Le contrôle restait une illusion puisque la Diète pouvait repousser la déclaration de non conformité à la majorité des deux tiers ! cf. Leszek Garlicki, « La réforme de la Justice constitutionnelle en Pologne », in *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, 1997, pp. 11 et 12.

En Roumanie aussi le contrôle de constitutionnalité n'était pas un phénomène inconnu puisqu'il s'était « affirmé pour la première fois par la voie prétorienne : il s'agit d'une décision de 1911 rendue par le Tribunal Ilfov de Bucarest, qui, à l'époque, a eu un écho particulier, y compris dans la doctrine française, où elle avait d'ailleurs trouvé son fondement. » Ioan Muraru et Mihai Constantinescu, « La juridiction constitutionnelle en Roumanie », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1995, page 12.

<sup>962</sup> Jean Gicquel, *op. cit.*, page 353.

<sup>963</sup> Jean-Pierre Massias, *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, Paris, Puf, 1999, pp. 85 à 165.



la pyramide des normes, verrouillée par un système de contrôle de constitutionnalité garantissant les institutions de l'État<sup>964</sup>.

On remarque qu'il existe des variantes entre les différentes juridictions constitutionnelles (cour ou tribunal, l'appellation variant selon les Constitutions, ainsi en Pologne et au Portugal par exemple). Elles concernent la composition et les attributions de ces juridictions, et ne sont pas à négliger<sup>965</sup>.

#### **a) La composition de la juridiction constitutionnelle:**

La plupart des juridictions constitutionnelles sont composées d'une dizaine de membres. En Lituanie, Roumanie, Slovénie, Macédoine et France les cours sont constituées de neuf juges. En Bulgarie, ils sont douze juges. On en dénombre treize au Portugal, quatorze en Autriche, quinze en Pologne et seize en Croatie. La juridiction russe se compose dix-neuf juges. En Ukraine, elle en comprend 18.

La durée des mandats varie aussi selon les États, généralement le mandat choisi est de neuf ans comme en France, en Bulgarie, en Lituanie, en Roumanie, en Slovénie en Macédoine et en Pologne. Ailleurs, on trouve des durées aussi variables que huit ans en Croatie, ou six au Portugal. En Russie un mandat de douze années est prévu. A noter le cas particulier de l'Autriche puisque les juges sont en fonction pour une durée illimitée (limitées en réalité seulement par l'âge qu'ils peuvent atteindre en cours de mandat : soixante-dix ans maximum). En général le mode de renouvellement est échelonné. On rencontre le plus souvent la règle du renouvellement par tiers tous les trois ans (en Bulgarie, en France, en Lituanie, en Macédoine et en Roumanie par exemple). Pour assurer leur indépendance, et surtout celle de la jurisprudence de la cour, les juges ne peuvent briguer un mandat supplémentaire à l'issue du leur.

---

<sup>964</sup> Jean Marcou, *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1997, page 61.

<sup>965</sup> La composition de la juridiction peut avoir une influence sur la pertinence de sa jurisprudence, et ses attributions, des répercussions sur l'équilibre du fonctionnement des institutions du pays.

Les autorités compétentes pour la désignation des juges constitutionnels ne sont pas les mêmes dans tous les États. Soit la désignation est le fait d'une autorité exécutive soit elle procède de l'élection par la chambre. La deuxième solution semble être moins sujette à caution quant à l'indépendance politique de la juridiction car elle engage à la discussion parlementaire, à l'élaboration d'un consensus, d'un compromis politique. L'élection par la chambre est pratiquée en Pologne où l'on procède à une élection par la Diète<sup>966</sup>. En Slovénie aussi les juges sont élus par l'Assemblée nationale, mais sur proposition du président de la République. Au Portugal dix juges sont désignés par l'Assemblée de la République et trois sont cooptés. En Croatie, ils sont désignés par la chambre des représentants sur proposition de la chambre des comitats<sup>967</sup>. En Macédoine, ils sont élus par l'Assemblée<sup>968</sup>.

Parfois, le système tourne clairement à l'avantage de l'exécutif qui garde le contrôle de la composition de la Cour, ce qui porte un coup à l'idéal d'indépendance affiché *prima facie*. En Russie, la désignation des juges procède du Conseil de la Fédération, mais sur proposition du président de la République<sup>969</sup>.

Ailleurs malgré un système mixte, l'exécutif dispose aussi d'une certaine marge de manœuvre. Ainsi en Bulgarie, où un tiers des juges est élu par l'Assemblée nationale, un tiers nommé par le président de la République, et un tiers élu par l'assemblée générale des juges de la Cour suprême de cassation et de la Cour administrative suprême<sup>970</sup>. En Lituanie, le *Seimas* choisit trois candidats parmi ceux proposés par le président de la République, trois autres parmi ceux proposés par le président du *Seimas*, trois autres parmi ceux proposés par le président de la Cour suprême. Ils sont nommés juges par le président du *Seimas*<sup>971</sup>. En Roumanie, on retrouve le même triptyque : trois juges sont désignés par la Chambre des députés, trois par le Sénat et trois par le président de la République. En France aussi, trois juges sont désignés par le président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale et trois par le président du Sénat<sup>972</sup>. En Ukraine ce ne sont pas moins de six juges qui sont

---

<sup>966</sup> Se reporter à l'article 194 de la Constitution polonaise. Cf. page 512 du volume d'annexes.

<sup>967</sup> Article 122 de la Constitution slovène. Cf. page 356 du volume d'annexes.

<sup>968</sup> Article 109 de la Constitution de Macédoine. Page 307 du volume d'annexes.

<sup>969</sup> Article 128-1 de la Constitution russe. Cf. page 402 du volume d'annexes.

<sup>970</sup> Article 147 de la Constitution bulgare. Cf. page 255 du volume d'annexes.

<sup>971</sup> Article 103 de la Constitution de Lituanie. Cf. page 381 du volume d'annexes.

<sup>972</sup> Article 56 de la Constitution française. Cf. page 130 du volume d'annexes.

nommés par le président de la République, six autres par le président de la Verkhovna Rada, et six par le Congrès des juges<sup>973</sup>.

Par contre en Autriche, le président, le vice-président et six membres sont nommés par le président fédéral, mais sur proposition du gouvernement fédéral, et les six autres toujours par le président fédéral, mais sur proposition du Conseil national et du Conseil fédéral, ce qui annihile tout pouvoir du président de la République qui se contente d'exécuter les recommandations des organes constitutionnels ayant la préséance sur lui en matière décisionnelle.

Cet aspect de la désignation de la juridiction constitutionnelle peut faire douter de son indépendance. Mais ce ne sont pas les seules garanties d'indépendance et de qualité qui sont offertes. Il est recommandé de choisir comme juge constitutionnel des personnes spécialisées en droit, ayant une bonne connaissance de la matière, des citoyens, immergés dans la culture juridique du pays (cette condition se vérifie surtout dans les pays d'Europe centrale et orientale). Ainsi en Bulgarie on choisit des juristes ayant fait la preuve de « hautes qualités professionnelles et morales, ayant au moins quinze ans d'ancienneté dans une profession juridique »<sup>974</sup>. En Lituanie, on retrouve le même type de conditions puisque « peuvent être nommés juges à la Cour constitutionnelle les citoyens de la République de Lituanie dont la réputation est irréprochable, qui possèdent une connaissance approfondie du droit, et qui ont une expérience d'au moins dix ans dans une profession juridique ou une activité pédagogique liée à leur compétence juridique »<sup>975</sup>. On peut compléter la liste en citant encore l'exemple de la Roumanie où les juges « doivent avoir une formation juridique supérieure, une haute compétence professionnelle et une ancienneté de dix-huit ans au moins dans l'activité juridique ou dans l'enseignement juridique supérieur »<sup>976</sup> ; l'exemple de l'Autriche où sont les juges constitutionnels sont choisis parmi les juges, les fonctionnaires de l'administration et les professeurs d'université enseignant une discipline juridique. En outre dans ce pays, il faut avoir terminé ses études de droit ou de science politique et bénéficier d'une expérience d'au moins dix ans dans une profession pour laquelle ces études sont requises. L'Ukraine vient clore cette liste un haut degré d'éducation et une expérience professionnelle d'au moins

---

<sup>973</sup> Article 148 de la Constitution ukrainienne. Cf. page 435 du volume d'annexes.

<sup>974</sup> Article 147 de la Constitution bulgare. Cf. page 255 du volume d'annexes.

<sup>975</sup> Article 103 de la Constitution de Lituanie. Cf. page 381 du volume d'annexes.

dix années étant exigés du juge qui aura par ailleurs résidé en Ukraine durant les vingt dernières années et maîtrisera la langue de l'État<sup>977</sup>.

Ailleurs on se contente de désigner les juges constitutionnels parmi « les juristes éminents, notamment les juges, les membres du ministère public, les avocats et les universitaires professeurs de sciences juridiques » (article 122 de la Constitution croate) ou les « professionnels du droit » (article 163 de la Constitution slovène) ou parmi les juges des tribunaux et parmi les juristes (comme au Portugal). En Macédoine aussi, « les juges à la cour constitutionnelle sont d'éminents juristes »<sup>978</sup>. La formule est plus soutenue en Pologne où l'on élit les juges « parmi les personnes se distinguant par leur connaissance du droit »<sup>979</sup>. En Russie, il est adjoint à l'exigence d'une formation juridique supérieure une réputation irréprochable.

La qualité du travail de la juridiction constitutionnelle est donc due au travail de spécialistes dont l'indépendance découle aussi des incompatibilités protégeant leur fonction. L'indépendance est renforcée par quelques précautions préalables telles que : l'immunité des juges et leur inamovibilité (prévues dans toutes les constitutions afin de les protéger du délit d'opinion, de leur assurer une position de choix dans la société pour exercer leur magistrature en toute quiétude). C'est dans les constitutions des pays d'Europe centrale et orientale que l'on trouve le plus de détails concernant le statut des membres des juridictions constitutionnelles. En Bulgarie, la fonction de juge est incompatible avec un mandat représentatif, avec l'exercice d'une autre fonction publique ou sociale, avec l'appartenance à un parti politique ou à un syndicat, avec l'exercice d'une profession libérale ou commerciale ou toute autre activité professionnelle rémunérée. En Lituanie aussi des restrictions professionnelles s'imposent aux juges qui ne se laissent guider que par la Constitution pour mener à bien leur tâche, texte sur la base duquel ils ont prêté serment en entrant en fonction et bénéficient de l'inviolabilité. En Roumanie il y a incompatibilité totale avec toute fonction publique ou privée (sauf les fonctions pédagogiques de l'enseignement supérieur) ; les juges sont indépendants et inamovibles. En Macédoine, la fonction de juge constitutionnel est incompatible avec « l'exercice d'autres fonctions publiques

---

<sup>976</sup> Article 141 de la Constitution roumaine. Cf. page 337 du volume d'annexes.

<sup>977</sup> Se référer à l'article 149 de la Constitution de l'Ukraine. Cf. page 435 du volume d'annexes.

<sup>978</sup> Article 110 de la Constitution de Macédoine. Cf. page 307 du volume d'annexes.

<sup>979</sup> Article 194 de la Constitution de Pologne. Cf. page 512 du volume d'annexes.

ou professions ou à l'appartenance d'un parti politique »<sup>980</sup>. En Slovénie, le mandat de juge constitutionnel est incompatible « avec des fonctions dans des organes d'État, dans des organes d'autonomie administrative locale, dans des organes politiques, et avec d'autres fonctions et activités qui, selon la loi, sont incompatibles avec la fonction de juge à la Cour constitutionnelle », les juges bénéficient en outre de l'immunité<sup>981</sup>. En Croatie, le texte est plus laconique : aucune autre profession ou fonction publique ne peut être exercée. En Russie, les juges sont inamovibles, inviolables, indépendants, soumis uniquement à la Constitution et à la loi. En Ukraine, les juges sont protégés par les immunités et incompatibilités « classiques ». Le souci majeur du constituant est d'écarter le juge de la fonction politique. En Autriche est proclamée l'incompatibilité du mandat de juge constitutionnel avec toutes les fonctions gouvernementales (*id est* politique et exécutive) ; en France, l'incompatibilité avec des fonctions gouvernementales (les autres incompatibilités figurent dans une loi organique) ; en Pologne ils sont indépendants, avec interdiction de s'affilier à un parti politique, à un syndicat, ou d'exercer une activité publique incompatible avec leur indépendance.

Toutes ces précautions sont accumulées (*id est* la durée du mandat, le mode et l'autorité de désignation, la spécialisation des juges, le régime d'incompatibilités et d'immunité) pour mettre en place une juridiction constitutionnelle performante, indépendante et apolitique. Mais elles ne sont pourtant pas suffisamment convaincantes pour éteindre la polémique au sujet de l'indépendance des cours quant à l'exercice de certaines de leurs attributions par rapport aux gouvernants.

#### **b) Les attributions de la juridiction constitutionnelle:**

Au titre des attributions générales et classiques, toutes les cours constitutionnelles d'Europe assurent le contrôle de la constitutionnalité des lois et traités, et le respect des droits fondamentaux (la France est à traiter à part puisque la Haute juridiction s'est proclamée elle-même pour apprécier ce type de contentieux).

<sup>980</sup> Article 111 de la Constitution macédonienne, page 307 du volume d'annexes.

<sup>981</sup> Article 166 de la Constitution slovène. Cf. page 361 du volume d'annexes.

La plupart prennent en charge le contrôle des élections parlementaire et présidentielle et certaines ont pour compétence la mise en jeu de la responsabilité du président. Peu d'entre elles sont investies de la compétence de contrôler les actes réglementaires.

Mais certaines présentent des caractéristiques particulières qui les distinguent des autres juridictions et notamment pour des compétences qui ne sont pas de moindre importance. Ainsi certaines juridictions sont compétentes pour contrôler :

- la constitutionnalité des partis politiques et parfois des programmes politiques (comme en Autriche, Bulgarie, Croatie, Macédoine, Roumanie, Slovénie, Portugal, et Pologne) ;
- l'exception d'inconstitutionnalité (en Roumanie) ;
- l'interprétation officielle de la Constitution (ainsi en Bulgarie où « la Cour constitutionnelle donne des interprétations obligatoires de la Constitution », article 149.1 ; en Russie, selon article 125.5 et en Ukraine, l'article 150.2 et 151 autorise la cour à donner une interprétation officielle de la Constitution, des lois, et des traités) ;
- les opérations de référendum (en Croatie, Roumanie, Portugal, et France) ;
- le respect des compétences respectives de l'État et des collectivités qui le composent (en Autriche, en Slovénie et en Russie) ;
- l'initiative législative (en Roumanie, article 144.h) ;
- les actes du président de la République (en Bulgarie, Croatie, Lituanie, Russie et Pologne) ;
- l'inconstitutionnalité par omission, particularité prévue au Portugal qui consiste en la faculté pour le Tribunal constitutionnel de suggérer au législateur de combler telle lacune législative visant à favoriser l'application harmonieuse des dispositions constitutionnelles<sup>982</sup> ;
- la responsabilité du président de la République<sup>983</sup>.

Toutes ces compétences ont trait au respect de l'ordre politique constitutionnel et pour la plupart elles entrent dans une sphère juridico-politique. Certes le juge justifie

---

<sup>982</sup> Article 283 de la Constitution: « Le Tribunal constitutionnel apprécie et constate l'inobservation de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires à l'application de normes constitutionnelles. Quand le Tribunal constitutionnel constatera l'existence d'une inconstitutionnalité par omission, il en donnera connaissance à l'organe législatif compétent ». Cf. page 210 du volume d'annexes.

<sup>983</sup> Voir *infra*.

sa décision en droit, mais sur des sujets parfois relevant de questions politiques, surtout lorsqu'ils touchent au président de la République.

## **Section 2. Le contrôle concernant le président de la République**

Ce contrôle pose la question de savoir si le principe de spécialisation et d'équilibre des pouvoirs est effectif. L'idéal de la collaboration des pouvoirs doit en réalité être complété par une collaboration et un contrôle mutuel. Le président de la République appartient à l'ordre exécutif. Il doit, comme les autres organes, être contrôlé et cantonné dans le respect de la tâche qui lui est assignée. L'observation du contrôle applicable relatif au président se divise en trois catégories, progressives. La première est celle du contrôle des élections présidentielles, elle est mineure et ne touche pas directement le président. La deuxième est celle du contrôle des actes mêmes du président de la République. Et la troisième est celle de sa responsabilité pour violation de la Constitution que peut enclencher la juridiction.

### **Paragraphe 1. Le contrôle ponctuel du contentieux des élections présidentielles**

Le contrôle des élections est une des attributions classiques des juridictions constitutionnelles. Ce contrôle porte tant sur les élections parlementaires, que présidentielles. Toutes les cours ne procèdent pas au contrôle des types d'élection. Par exemple en Roumanie, la Cour constitutionnelle ne se charge pas du contrôle des élections parlementaires, mais seulement des élections présidentielles<sup>984</sup>. En Pologne, le Tribunal constitutionnel abandonne cette compétence à la Cour suprême<sup>985</sup>. Il est rare de voir annuler un scrutin, toutefois, la juridiction intervient à différents stades pour garantir la transparence des informations, la formalité des candidatures dans le dépôt des candidatures, l'équité de la campagne, le déroulement des élections et la proclamation des résultats<sup>986</sup>.

<sup>984</sup> Article 144.d de la Constitution roumaine. Cf. page 337 du volume d'annexes.

<sup>985</sup> Articles 101 et 129 de la Constitution de 1997. Cf. pages 476 et 487 du volume d'annexes.

<sup>986</sup> Ainsi en Roumanie, la Cour a été saisie à l'occasion de chaque scrutin présidentiel, mais n'a jamais statué dans le sens d'une inconstitutionnalité. Elle fut saisie à l'automne 1992 de trente réclamations portant sur le scrutin des six candidats enregistrés, et en 1996 de 582 réclamations ! Voir en ce sens l'article de Florin Vasilescu, « La justice constitutionnelle en Roumanie », in *La justice*

Cette compétence revêt une importance particulière pour les États ayant récemment accédé à la démocratie et aux élections libres.

## **Paragraphe 2 : Le contrôle des « actes de gouvernement » du président**

La règle demeure que les actes du chef de l'État ne sont pas contrôlés par les juridictions constitutionnelles qui s'abritent derrière la théorie des actes de gouvernement. Les rédacteurs des constitutions ont rarement aménagé le contrôle des actes de gouvernement par la juridiction constitutionnelle. Est-ce par ce qu'ils craignaient un risque de politisation ? Pourtant l'implantation de juridictions constitutionnelles vise bien à veiller au respect de la Constitution. Ce sont surtout les pays d'Europe centrale et orientale qui ont intégré la possibilité pour la juridiction constitutionnelle de contrôler les actes des gouvernants et plus précisément ceux du président de la République. Ainsi est-ce explicitement prévu :

- en Bulgarie, à l'article 149.2 : « La Cour constitutionnelle se prononce sur les demandes visant à l'établissement de l'inconstitutionnalité des lois et des autres actes de l'Assemblée nationale ainsi que des actes du Président »<sup>987</sup> ;

- en Lituanie à l'article 105 : « La Cour constitutionnelle statue également sur la conformité à la Constitution et aux lois : des actes du président de la République ; des actes du Gouvernement de la République »<sup>988</sup> ;

- en Russie à l'article 125.2.a<sup>989</sup> : « La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, sur saisine du Président de la Fédération de Russie du Conseil de la Fédération, de la Douma d'État, d'un cinquième des membres du Conseil de la Fédération ou des députés à la Douma d'État, du Gouvernement de la Fédération de Russie, de la Cour suprême de la Fédération de Russie, de la Cour supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie, statue sur la conformité à la Constitution de la

---

*constitutionnelle en Europe*, Marc Verdussen (dir.), Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1997, pages 139-140.

<sup>987</sup> Cf. pages 255 et 256 du volume d'annexes.

<sup>988</sup> Cf. pages 381 et 382 du volume d'annexes.

<sup>989</sup> Cf. page 401 du volume d'annexes.



Fédération de Russie : des lois fédérales, des actes normatifs du Président de la Fédération de Russie, du Conseil de la Fédération, de la Douma d'État, du Gouvernement de la Fédération de Russie ».

- en Ukraine, à l'article 150<sup>990</sup>: « La compétence de la cour comprend : 1) les décisions sur la conformité à la Constitution des lois et autres actes légaux de la Verkhovna Rada ; des actes du Président d'Ukraine ; les actes du Conseil des ministres d'Ukraine ; les actes de la Verkhovna Rada de la République autonome de Crimée ».

- En Pologne, une formulation plus large peut être utilisée à cette fin à l'article 188<sup>991</sup>: « Le Tribunal constitutionnel statue sur : (...) la conformité des dispositions juridiques émanant des autorités centrales de l'État à la Constitution, aux traités ratifiés et aux lois ».

Indirectement, lorsque la Cour contrôle un acte pris par le président, elle le met en cause, ce qui peut entraîner des conflits politiques graves. L'exemple le plus tragique est celui de la Russie. Entre octobre 1993 et février 1995 l'activité de la Cour constitutionnelle a été suspendue par le président de la République. En effet, elle a d'abord délibéré, en mars 1993, sur les appels au peuple du Président Boris Eltsine dans une intervention télévisée, soulignant que certains éléments n'étaient pas conformes à la Constitution. Suite à cette décision, une procédure de destitution a été proposée, mais sans succès. Puis, confirmant sa jurisprudence le 23 septembre 1993, elle a déclaré non conforme à la Constitution le décret du Président du 21 septembre par lequel il suspendait l'activité du Congrès des députés du peuple<sup>992</sup>. La Cour a arbitré le différend opposant le président de la République au Parlement. Le premier a voulu imposer son Premier ministre à la Chambre qui ne lui a pas accordé l'investiture. Le Président a donc tenté de convoquer un référendum pour se conforter dans sa position, en court-circuitant le Parlement et en faisant directement

---

<sup>990</sup> Cf. volumes d'annexes page 435.

<sup>991</sup> Cf. page 510 du volume d'annexes.

<sup>992</sup> Voir en ce sens Michel Lesage, « La cour constitutionnelle de la Fédération de Russie », in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n°1, pages 41 et 42.

appel au soutien populaire<sup>993</sup>. Et ce n'est qu'une illustration de la difficulté de la juridiction constitutionnelle russe à effectuer son travail sereinement. On peut découper l'histoire de la Cour constitutionnelle russe en trois périodes temporelles<sup>994</sup>. La première période, de 1991 à 1993, est caractérisée par la main mise de l'exécutif qui aboutit à la suspension de la Cour par le président de la République en opposition avec tous les autres organes constitutionnels et donc à une politisation maximale.

La deuxième période, de 1993 à 1995, durant laquelle se trouve à la tête de l'institution un partisan de Boris Eltsine, la cour connaît un haut degré de politisation mais la jurisprudence ne va pas dans le sens de l'opposition entre les organes constitutionnels.

Puis la loi constitutionnelle du 23 juillet 1994 dépolitise les relations ; désormais la Cour ne dispose plus de l'initiative de *l'impeachment* (qui lui avait valu de s'attirer les foudres présidentielles en mars 1993) et les décrets du président de la République sont soumis explicitement à son contrôle. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle russe concernant ces décrets éclaire nettement sur le soutien politique déguisé d'oripeaux constitutionnels que peut retirer un président de la République de la juridiction constitutionnelle. En effet, la Cour n'avait pas considéré en 1993 que les décrets présidentiels comblant des vides législatifs étaient contraires à la Constitution, de la même manière qu'elle n'a pas jugé contraires à la Constitution les décrets par lesquels il s'était accordé la possibilité de désigner les exécutifs locaux, alors que la Constitution précise qu'ils sont élus au suffrage universel direct ! Cet état de fait a été complété par la jurisprudence des « décrets provisoires »<sup>995</sup> qui consistait pour le président de la Fédération à se prononcer provisoirement pour résoudre une question posée par un vote législatif<sup>996</sup>. Désormais quelques aménagements sont prévus pour dépolitiser ce contrôle<sup>997</sup>.

<sup>993</sup> Se reporter à la « Chronique constitutionnelle des États d'Europe de l'Est (1989-1998) », Jean-Pierre Massias, in *Revue du Droit Public*, n°5, 2000, page 1347.

<sup>994</sup> Voir à ce propos l'ouvrage de Jiri Priban et James Young, *The rule of law in Central Europe, the reconstruction of legality, constitutionalism and civil society in the post-communist countries*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 1999, et spécialement la partie V, sur la Russie, pages 257 à 277, qui distingue un premier règne, avant 1993, un interrègne, et un second règne, après l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 23 juillet 1994.

<sup>995</sup> Tel que rappelé dans une décision du 30 juillet 1997.

<sup>996</sup> Toujours au sujet des élections des exécutifs locaux, voir Anne Gazier, « Justice constitutionnelle et fédéralisme en Russie », in *Revue du Droit Public*, n°5, 1999, pages 1379 et 1380.

<sup>997</sup> « Pour aider à l'application des décisions de la Cour constitutionnelle russe, il est désormais prévu que dans un délai de six mois suivant la déclaration d'inconstitutionnalité d'un acte, et l'autorité chargée de modifier ces dispositions en question pourra aussi contrôler d'autres dispositions du même acte », Patrice Gélard, « L'actualité constitutionnelle en Russie, dans les États de la CEI et de

Pourtant, ainsi que le souligne Frédérique Rueda, « quels que soient les actes pris par le Président, ils devraient normalement être soumis à un contrôle de leur constitutionnalité formelle. Ces actes font en effet partie de la pyramide des normes, et ne devraient pas être soustraits à l'obligation de respecter les contraintes de forme et de procédure que la Constitution leur impose » car « il semble légitime de soutenir que, dans une démocratie constitutionnelle, c'est un présupposé nécessaire, bien que pas nécessairement écrit, que la Constitution soit respectée par tous, y compris par les plus hautes instances de l'État. Il semble également logique de penser que cette exigence de respect de la Constitution s'impose à l'ensemble des plus hautes instances de l'État, et ceci quelle que puisse être l'ampleur de la légitimité qui leur est accordée par leur éventuelle élection au suffrage universel direct. Dans la stricte optique de l'application du principe de la démocratie constitutionnelle, l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité sur les actes d'un Président élu directement par le peuple est donc parfaitement justifiée »<sup>998</sup>.

Pour distinguer ce qui peut être matière à contrôle, le caractère normatif de l'acte est un bon critère. Au Portugal, il apparaît très clairement dans la Constitution : « Tous les actes du pouvoir politique ne sont pas soumis au contrôle de leur conformité à la constitution. Sont exclus du système de contrôle de constitutionnalité les actes administratifs proprement dits –qui, néanmoins, s'ils sont institutionnels, peuvent faire l'objet d'un recours pour illégalité selon les termes généraux de la justice administrative –et les actes dits politiques ou de gouvernement (par exemple, la démission du gouvernement ou la dissolution de l'Assemblée de la République par le Président de la République), qui ne sauraient par ailleurs, être l'objet d'aucun contrôle de légitimité, mais seulement d'un contrôle politique du Parlement et de l'opinion publique. S'agissant de ces actes politiques, il faut toutefois noter que la déclaration d'état de siège et de l'état d'urgence, étant donné qu'elle revêt une nature normative, peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, dans des termes généraux. Il en va de même des actes de convocation de référendums ou de

---

l'Europe de l'Est et dans les États toujours ou anciennement communistes », in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2002, pages 244 et 245.

consultations populaires locales, qui sont expressément soumis au contrôle préventif obligatoire de constitutionnalité et de légalité. »<sup>999</sup> Il est donc hors de question pour le Tribunal d'évaluer la constitutionnalité d'actes politiques puisqu'elle se concentre uniquement sur les normes juridiques<sup>1000</sup>.

En Pologne, ce n'est finalement pas la juridiction constitutionnelle qui pourra contrôler les actes du président de la République, mais plutôt la Cour suprême de contrôle « qui est l'organe suprême de contrôle de l'État »<sup>1001</sup>. En effet, elle pourra contrôler les activités des autorités de l'administration gouvernementale, de la Banque nationale de Pologne, des personnes morales d'État et autres organismes d'État du point de vue de la légalité, de la bonne gestion, de l'opportunité et de la probité »<sup>1002</sup>.

En Bulgarie, la Cour est compétente pour examiner la constitutionnalité des actes du président de la République. Le décret incriminé, s'il est déclaré inconstitutionnel cessera de s'appliquer, ce qui n'emporte pas des conséquences très graves pour le président de la République qui n'est aucunement démis de ses fonctions. Pourtant il peut exister un lien entre l'inconstitutionnalité d'un décret présidentiel et la mise en accusation du président. En effet, imaginant que le décret porte atteinte gravement à la Constitution ou aux intérêts du pays. Toutefois certains éléments n'entrent pas dans la sphère de contrôle de la Cour constitutionnelle, ainsi par exemple, lorsqu'elle a eu à apprécier la constitutionnalité d'un décret présidentiel concernant la désignation des juges constitutionnels réunissant des « hautes qualités morales ». La Cour a rejeté le recours en considérant que « l'appréciation du bien-fondé de la nomination ou de l'élection des juges constitutionnels relevait uniquement des autorités compétentes, y compris en ce qui concerne l'évaluation de leur autorité

---

<sup>998</sup> Frédérique Rueda, « Le contrôle d'un Président élu au suffrage universel direct par le juge constitutionnel », in *Un président élu par le peuple, une bonne solution ?*, Alain BOCKEL (dir.), Toulouse, Istanbul, presses de l'Université de Toulouse, 2000, pages 193 et 185.

<sup>999</sup> Vital Moreira, « Le Tribunal constitutionnel portugais », in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10, 2001, page 26.

<sup>1000</sup> Toutefois on peut observer que la notion de norme est étendue, par exemple la cour a examiné la constitutionnalité d'actes matériellement administratifs (des prescriptions législatives) et non strictement juridiques, il y a donc élargissement du concept de norme, mais dans des limites raisonnables qui n'iront jamais jusqu'aux actes du président de la République ! Pourtant la décision de la dissolution n'est-elle pas un acte juridique ? cf. Armando M. Marques Guedes, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Europa Institut, Universität des Saarlandes, 1987, pp. 24 et 25.

<sup>1001</sup> Article 202 de la Constitution polonaise du 2 avril 1997. Cf. page 516 du volume d'annexes.

morale. Cette prérogative étant strictement personnelle et souveraine, elle n'est pas sujette à un contrôle de constitutionnalité »<sup>1003</sup>.

Mais il y a certains pays dans lesquels rien n'est prévu concernant ce contrôle, ni pour résoudre les conflits entre autorités. La cour constitutionnelle n'est pas sollicitée pour ce type de tâche car elle n'est pas investie de la compétence adéquate. Par exemple il en va ainsi en Roumanie<sup>1004</sup> et dans les autres États non mentionnés ici. Alors, le président de la République est libre de tout contrôle hormis la responsabilité populaire ou *l'impeachment*.

### **Paragraphe 3 : le contrôle sur le président de la République**

La mise en cause de la responsabilité du président de la République entre dans ce champ. On observe à ce propos que la juridiction constitutionnelle est invitée à produire soit un avis, soit à émettre le jugement de destitution. L'implication de l'organe n'est donc pas la même selon qu'il s'agit d'un avis, consultatif, ou d'un jugement, définitif. En Russie, le Conseil de la Fédération reste seul compétent pour décider de la déchéance du président, mais la Cour est consultée pour la régularité des opérations<sup>1005</sup>. Compte tenu de l'influence du Président de Russie sur les présidents des régions, qui sont représentées au Conseil, il est fort peu probable qu'une procédure de révocation aboutisse jamais<sup>1006</sup>. En Ukraine aussi on se contente

---

<sup>1002</sup> Article 203 de la Constitution.

<sup>1003</sup> À propos de la décision n°11 du 20 octobre 1994, Mariana Karagiozova-Finkova, « La justice constitutionnelle en Bulgarie », in *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Marc Verdussen (dir.), Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1997, page 25.

<sup>1004</sup> « la Cour constitutionnelle de Roumanie n'est pas compétente pour vérifier la constitutionnalité de certains actes normatifs inférieurs à la loi (tels que les arrêtés de gouvernement), ni pour résoudre certains conflits entre les autorités (...) », Ioan Muraru et Mihai Constantinescu, « La juridiction constitutionnelle en Roumanie », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1995, page 15.

<sup>1005</sup> Article 125.7 : « La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, sur saisine du Conseil de la Fédération, donne un avis sur le respect de la procédure établie relative à la mise en accusation du Président de la Fédération de Russie pour haute trahison ou autre infraction grave ». Cf. page 401 du volume d'annexes.

<sup>1006</sup> En effet, « dès avant la Constitution de 1993, les organes dirigeants, et notamment les instances exécutives, des sujets de la Fédération autres que les républiques ont retenu toute l'attention du Président de la Russie. Il a d'abord obtenu, après le putsch d'août 1991, l'autorisation du Congrès des députés du peuple, de nommer directement les chefs des exécutifs régionaux (appelés « gouverneurs ») et conservé ce pouvoir en dépit d'une loi du 5 mars 1992 prévoyant leur élection au suffrage universel direct. Puis, à la suite des événements d'octobre 1993 et de la suppression des soviets, il a adopté des décrets réorganisant les institutions régionales et renforçant, au détriment des

d'un avis de la Cour constitutionnelle puisque dans le cadre de la procédure de révocation (*impeachment*) c'est la *Verkhovna Rada* qui a le dernier mot<sup>1007</sup>. En Roumanie aussi la Cour constitutionnelle donne un simple avis, le Parlement reste le juge souverain pour apprécier la responsabilité du Président<sup>1008</sup>. En Lituanie, le *Seimas* garde le pouvoir d'apprécier l'opportunité du renvoi du président et d'exécuter une telle décision, mais la Cour intervient de façon automatique mais non contraignante en donnant un avis sur les opérations de l'élection présidentielle, l'état de santé du Président et les actes des fonctionnaires contre lesquels est engagée une procédure de révocation<sup>1009</sup>.

Par contre, la décision finale reste de la compétence de la juridiction constitutionnelle dans plusieurs pays : en Bulgarie, en Croatie, en Autriche, en Pologne, en Macédoine, en Slovénie et au Portugal. Le bilan est équilibré puisque cinq pays ont opté pour un avis consultatif, six pour une compétence pleine et entière de la Cour, un pour une cour spécialisée (la France), et le reste s'organisent diversement eu égard à leur culture juridique propre (Irlande, Islande, Finlande).

---

nouvelles assemblées représentatives, les pouvoirs des gouverneurs qui étaient toujours nommés, sauf exceptions, par lui. L'adoption de la nouvelle Constitution ne devait pas entraîner de changement notable, tout au moins dans un premier temps. Ainsi, le Président a, dans un décret en date du 3 octobre 1994, réaffirmé son pouvoir de procéder à la nomination des gouverneurs et repris, pour l'essentiel, des dispositions semblables à celles édictées l'année précédente sur les rapports entre les organes exécutifs et législatifs régionaux. » ... « la Cour a donné ici une interprétation très large des pouvoirs présidentiels et fait peu de cas de l'autonomie régionale ». Anne Gazier, « Justice constitutionnelle et fédéralisme en Russie », in *Revue du droit public*, 1999, n°5, pages 1378 et 1379. Cette analyse est corroborée par la lecture que donne Jean-Robert Raviot dans son article « La construction de la légitimité politique et le « système du Président » », in *Les pays de la CEI*, Robert Berton Hogge et Marie-Agnès Crosnier (dir.), Paris, La documentation Française, 1997, page 109 : « En fait, aucun gouverneur, même s'il affiche les couleurs de l'opposition, n'est un opposant irréductible à Boris Eltsine ; lorsqu'il n'a pas ouvertement soutenu le Président sortant à l'occasion de la présidentielle, au moins a-t-il respecté un silence prudent ». L'administration locale reste sous la férule présidentielle.

On peut ajouter à ces observations celles de Jean-Pierre Massias, dans sa « Chronique constitutionnelle des États d'Europe de l'Est (2000-2001) », in *Revue du Droit Public*, n°5, 2002, pages 1281 et suivantes qui portent sur droit de dissolution des assemblées et organes exécutifs des républiques dont dispose le président de la République, sur le découpage des districts (1999), sur l'amointrissement de la représentation puisqu'aux Conseil les présidents ne siègent pas directement, ce sont leurs représentants (2000), et la loi sur les partis politiques qui renforce la majorité présidentielle (2001).

<sup>1007</sup> Article 151 : « la Cour constitutionnelle donne un avis sur le respect de la procédure constitutionnelle d'investigation et sur l'opportunité de démettre le Président d'Ukraine par *impeachment* ». Cf. page 435 du volume d'annexes.

<sup>1008</sup> La Cour constitutionnelle « donne un avis consultatif sur la proposition du suspension du Président de la Roumanie de sa fonction », article 144.f.

<sup>1009</sup> Article 105 : « La Cour constitutionnelle donne un avis sur la question de savoir : 1) s'il y a eu violation des lois électorales pendant les élections du Président de la République ou des membres du *Seimas* ; 2) si l'état de santé du Président de la République lui permet de continuer à exercer ses fonctions ; (...) 4) si des actes concrets des membres du *Seimas* et des fonctionnaires de l'État, contre

En Bulgarie comme en Croatie, la formulation est lapidaire<sup>1010</sup>. Puis on observe que la compétence des cours dans ce domaine se diversifie et s'étend à d'autres questions périphériques de la responsabilité. Ainsi en Slovénie, la Cour constitutionnelle connaît de la mise en accusation du président de la République, elle décide de sa responsabilité à la majorité des deux tiers ce qui a pour effet de le démettre de sa fonction. Elle décide de la suspension du président de la République le temps de l'examen de la mise en accusation<sup>1011</sup>. En Autriche, la Cour constitutionnelle « juge les organes suprêmes de la Fédération et des länder qui en raison de leur responsabilité constitutionnelle sont mis en accusation pour violation fautive du droit dans l'exercice de leurs fonctions »<sup>1012</sup>. Au titre des organes, peuvent être mis en accusation le Président fédéral, les membres du gouvernement etc... En Pologne, le Tribunal constitutionnel connaît des poursuites contre le président de la République pour violation de la Constitution, ou des lois, ou pour avoir commis une infraction. Il y a donc privilège de juridiction, mais pas immunité totale. C'est le Tribunal constitutionnel qui adopte la résolution de mise en accusation<sup>1013</sup>. Au Portugal, c'est le Tribunal suprême de justice qui juge de la responsabilité du président de la République mais en sus « il appartient au Tribunal constitutionnel : a) de constater la mort du président de la République, de déclarer impossible la poursuite du mandat du fait de problèmes de santé durables, ainsi que de constater des empêchements temporaires à l'exercice des fonctions b) de constater la perte de la charge du président de la République, (...) d) de constater la mort et de déclarer l'incapacité d'exercice de la fonction présidentielle de tout candidat aux élections du président de la République »<sup>1014</sup>.

Finalement, la procédure de destitution du président est peu pratiquée, le contrôle de ses actes rarement mis en œuvre. Le respect de la règle constitutionnelle dépend donc surtout de l'interprétation qu'en produisent les acteurs eux-mêmes.

---

lesquels a été engagée une procédure d'accusation, sont contraires à la Constitution » . Cf. pages 381 et 382 du volume d'annexes.

<sup>1010</sup> « La Cour constitutionnelle statue sur les accusations formulées par l'Assemblée nationale à l'encontre du président et du vice-président » (article 149-1.8 de la Constitution bulgare) Cf. pages 255 – 56 du volume d'annexes ; « La Cour constitutionnelle de la République de Croatie se prononce, conformément à la Constitution, sur la responsabilité du Président de la République » (article 125 de la Constitution croate). Cf. page 230 du volume d'annexes.

<sup>1011</sup> Article 109 de la Constitution slovène. Cf. page 354 du volume d'annexes.

<sup>1012</sup> Article 142.1 de la Constitution autrichienne. Cf. pages 68 et 69 du volume d'annexes.

<sup>1013</sup> Article 145 de la Constitution polonaise. Cf. page 494 du volume d'annexes.

<sup>1014</sup> Article 225 de la Constitution portugaise. Cf. page 198 du volume d'annexes.

### **Section 3. Le contrôle de l'interprétation de la norme constitutionnelle**

L'interprétation de la Constitution est parfois confiée au juge constitutionnel. Le contrôle de l'interprétation de la norme constitutionnel n'est donc pas souvent sous contrôle. L'interprétation évolue donc au gré des acteurs qui la produisent et révèlent la perception qu'ils ont de la notion de Constitution. La variété des interprétations liée aux diverses acceptions de la notion de Constitution peut conduire à justifier la puissance du président de la République ou au contraire à la relativiser.

#### **Paragraphe 1 : Le champ libre de l'herméneutique, la variété des interprétations possibles**

La Constitution n'est-elle qu'un texte, qui prend vie à mesure des interprétations qui en découlent et sont produites par les acteurs du jeu des institutions ? Selon Paul Amselek « l'interprétation se situe au centre de l'expérience juridique : cette place de choix qu'elle occupe se trouve liée à l'ontologie même du droit. Le droit, les règles juridiques, ce sont des objets –des outils mentaux- qui appartiennent au monde de l'intelligible et non pas du sensible ; leur texture, le matériau dont elles sont faites, c'est de la pensée, non du sens. On peut les définir comme des contenus de pensée finalisés ou instrumentalisés, chargés de la vocation instrumentale de servir à diriger la conduite humaine en indiquant, à ceux à qui ils sont adressés, la marge de leur possibilité d'agir, la marge de possible à l'intérieur de laquelle doit se tenir leur conduite. Outils de texture immatérielle, purement idéale, on ne peut les prendre en main, les appréhender par l'appareil de nos sens et de nos facultés physiques : elles peuvent seulement faire l'objet d'une préhension intérieure, en nous-mêmes, dans notre esprit, -d'une *com-préhension* par l'appareil de nos facultés mentales »<sup>1015</sup>. L'interprétation est donc une opération complexe, qui renvoie chacun à sa subjectivité ; et il semble quasiment impossible de donner une interprétation officielle qui soit la même pour tous. C'est une opération complexe qui

---

<sup>1015</sup> Paul Amselek, *in Interprétation et droit*, Paul Amselek (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, page 11.



ne se réduit pas à la qualification des faits, ou des choses, ni à la recherche de l'intention de l'auteur<sup>1016</sup>. Selon la doctrine, l'interprétation est un acte de connaissance, ou un acte de volonté. Schématiquement ce sont les deux théories qui s'opposent en la matière. Mais à la question de savoir si l'interprète est contraint ou non, et par quels facteurs externes ou internes, il faut admettre qu'en dehors des considérations purement psychologiques et relevant de la conscience personnelle des juges (facteurs internes), interviennent des contraintes, fortes ou faibles qui influent sur la jurisprudence des cours (facteurs externes). L'interprète n'est donc jamais totalement libre de donner une interprétation « pure », objective. La théorie de la connaissance, en se contenant de dire que l'interprétation consiste en l'application du texte adéquat au problème posé sous estime la portée des sens qui se dégagent des textes. De même, la théorie de la volonté oublie que le juge n'est pas une statue de cire<sup>1017</sup>. Finalement le juge (en l'occurrence le juge constitutionnel) est un acteur du système juridique puisque, interprétant le texte selon sa volonté, soumise au déterminisme ambiant, il subit soit des contraintes fortes soit des contraintes faibles qui orientent l'issue du litige. Pour reprendre les termes de la démonstration de Michel Troper « une situation de contrainte *faible* se rencontre lorsque les normes organisent les rapports entre autorités de telle manière que le pouvoir discrétionnaire des uns dissuade les autres d'exercer leur propre pouvoir de façon excessive<sup>1018</sup>. » Et de donner l'exemple du comportement du président de la République en France

---

<sup>1016</sup> C'est ce qu'illustre l'ultime remarque de l'auteur dans l'article précité: « Au terme de ce tour d'horizon, je serais tenté d'évoquer une blague qu'aimait raconter, paraît-il, l'un des frères Marx, -je veux parler non pas du sérieux Karl Marx mais du riant Groucho : « Quelle différence y a-t-il entre Staline et Roosevelt? Aucune: ils ont tous les deux une moustache sauf Roosevelt ». Il s'agit assurément d'une blague assez grosse, pour ne pas dire délirante ; et pourtant elle pourrait bien servir de parabole emblématique aux rapprochements abusifs que l'on fait couramment, cette fois le plus sérieusement du monde, avec l'interprétation ». (*op. cit.*, page 25).

<sup>1017</sup> À ce propos, se reporter à la magistrale démonstration critique argumentée de Michel Troper sur la théorie de l'« interprétation-connaissance » développée par le doyen Vedel : « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in *Interprétation et droit*, Paul Amselek (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, page 241 : « on objecte fréquemment que l'interprète, notamment lorsqu'il s'agit d'un juge, est soumis à des contraintes multiples, de sorte qu'on ne saurait dire qu'il est libre et qu'il exprime sa volonté. Cet argument repose en réalité sur une confusion entre libre arbitre et liberté au sens juridique. Lorsqu'on affirme qu'une autorité quelconque, un organe de l'ordre juridique est libre, on ne veut évidemment pas dire qu'elle est soustraite à tout déterminisme. (...) Une autorité est juridiquement libre, si elle peut choisir entre plusieurs conduites également valables en droit, même si le choix est en fait toujours le produit du déterminisme. (...) Ainsi, l'affirmation que l'interprétation est libre signifie seulement que, lorsqu'une autorité est investie du pouvoir de donner une interprétation authentique, toutes les interprétations données par cette autorité seront également valables ou, en d'autres termes, s'incorporeront au texte interprété ou encore produiront des effets juridiques, ce qui n'est vrai à dire d'aucune autre façon d'affirmer qu'il s'agit d'une interprétation authentique. »

<sup>1018</sup> *Idem*, page 244.

modulable selon les autres organes en présence dont l'appréciation entre en jeu dans l'équilibre du pouvoir. Ainsi il use avec parcimonie et prudence de la déclaration des circonstances comportant une menace grave et immédiate susceptible de lui apporter les « pleins pouvoirs » (au sens de l'article 16) puisqu'il sait qu'en retour le Parlement peut considérer qu'il commet une trahison grave à la Constitution (au sens de l'article 68 de la Constitution).

Ainsi qu'on l'a vu précédemment, la juridiction constitutionnelle est parfois investie d'une compétence universelle pour interpréter la Constitution. Le problème que cela pose est celui de la légitimité de ce monopole de compétence. Sans aucun doute pour uniformiser la jurisprudence au niveau national et assurer la pérennité d'un système juridique cohérent. Mais cela peut engendrer des conflits du fait de la mise en concurrence de la légitimité de la juridiction habilitée à donner une interprétation avec celle d'acteurs élus directement, représentants le souverain. Les juges sont généralement nommés et non élus, de quel droit pourront-ils donner une interprétation de la loi édictée par le Souverain ? Et quelle importance, quel crédit, quelle validité accorder à l'interprétation du juge ? Par exemple en Pologne : « ... à partir de 1989 le Tribunal polonais pouvait rendre des décisions –sur demande des pouvoirs publics autorisés- en interprétation du droit universellement obligatoire. En effet, le tribunal avait pris à sa charge la compétence du Conseil d'État (organe supprimé par l'amendement constitutionnel d'avril 1999) en matière d'interprétation universellement obligatoire des lois, c'est-à-dire d'explication des dispositions des lois, soulevant des doutes quant à leur compréhension et de directives interprétatives qui fixent le sens et la portée de dispositions législatives. (...) Cette question de l'interprétation universellement obligatoire et abstraite était sujette à d'importantes controverses entre le Tribunal et la Cour suprême. Cela tenait à deux éléments . Premièrement l'interprétation universelle signifiait qu'elle liait aussi les juges –ce qui était difficile à mettre en accord avec le principe d'indépendance des juges. Deuxièmement, de sérieuses difficultés résultaient de la force obligatoire de l'interprétation. Le constituant a retiré au Tribunal constitutionnel cette compétence pour la confier à la Cour suprême.<sup>1019</sup> »

---

<sup>1019</sup> Miroslaw Wyrzykowski, « Le Tribunal constitutionnel polonais », in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3, 1997, page 47.

De plus, sur la tension dans les interprétations fournies par les juridictions constitutionnelles, on ne peut éluder le problème de la politisation et de l'influence du contexte sur les conditions de travail des juges, et *a fortiori* sur la jurisprudence de la cour. Le type d'affaires soumises à la Cour peut même parfois être expliqué à partir du contexte politique. Ainsi en Autriche par exemple où l'alternance politique suite aux élections législatives d'octobre 1999 a choqué doublement parce que le FPÖ accède au pouvoir, et parce que le consensus habituel est bouleversé, jusque dans la répartition des sièges et des compétences entre les deux pouvoirs, les saisines de la Cour constitutionnelle s'en ressentiront. C'est un phénomène entièrement nouveau qui a opéré un profond changement dans le système politique autrichien pour ces deux raisons.

Malgré ces arguments à charge, il faut reconnaître que la juridiction constitutionnelle est meilleure interprète de la Constitution que l'organe investi du pouvoir exécutif qui produit une interprétation toute personnelle servant uniquement ses intérêts. Dans la mesure où le travail de construction de l'arrêt se déroule dans le respect d'un minimum de règles herméneutiques, la juridiction fera le tour des interprétations possibles afin d'en dégager une pour l'appliquer à la situation concrète. Le travail de la juridiction constitutionnelle sera toujours plus fiable, plus objectif et plus juste que celui du seul président de la République livrant une interprétation personnelle de ses pouvoirs<sup>1020</sup>. La juridiction peut intervenir et mobiliser, pour parvenir à ses fins dans une logique finalement téléologique, des principes généraux qui ne sont pas forcément contenus dans la Constitution. Ainsi,

---

<sup>1020</sup> Thierry Del Moro, appuyant sa démonstration sur un article de François Ost (« Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge ») le montre bien page 321 de sa thèse (*Contributions à l'étude des modalités d'interprétations concurrentes de la Constitution du 4/10/1958*, Université de Toulouse 1, sous la direction de Philippe Ségur, 2002, 533 pages) : « Lorsqu'il construit le sens d'un énoncé constitutionnel, le Conseil (constitutionnel) prend en compte les éléments constitutifs du cercle herméneutique même si par la suite il les écarte du processus de concrétisation. Ce constat est loin d'être celui d'un Président arbitre. En effet, lorsqu'il impose à ses partenaires constitutionnels une forme de lecture présidentielle de l'article 8 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution, il ne tient compte ni de l'auteur, ni de l'énoncé ». Cette analyse de la situation française s'étend sans difficulté aux autres pays de l'Europe dont le président de la République montre de fortes velléités d'émancipation. De la même manière, il ajoute que le président de la République s'il est le seul juge de l'engagement de sa propre responsabilité ne peut être bon juge, car il est difficile d'être juge et partie. Cela contribue à cantonner la responsabilité à un plan tout à fait secondaire : « on s'aperçoit que chaque Président à sa propre interprétation de l'engagement de la responsabilité politique, que, celle-ci, se prête aux circonstances et, qu'elle intervient trop rarement. Par conséquent, en cours de mandat, le pouvoir d'arbitrage dont dispose le Chef de l'État a peu de chance d'être sanctionné. Quasiment intouchable, il peut imposer librement sa propre lecture de la Constitution et attendre avec plus ou moins de quiétude la nouvelle échéance présidentielle » (page 329).

par exemple, en mars 1994 en Roumanie, lorsque la cour a rendu un avis concernant la mise en accusation pénale du président de la République par le Parlement, elle a apprécié la situation au regard du principe de séparation des pouvoirs qui n'est pas inscrit en toutes lettres dans le texte constitutionnel. Le principe de séparation des pouvoirs a permis d'éclairer l'acte du président, mais pas de le qualifier. En l'occurrence la Cour a reconnu que l'opinion émise par le Président sur la jurisprudence de certaines cours relève d'une opinion politique critique qui n'a aucun caractère juridique<sup>1021</sup>.

Les cours constitutionnelles ont donc généralement, et on a pu l'observer dans le cadre de l'interprétation universelle obligatoire, une méthode téléologique pour procéder au raisonnement et à l'application des règles. Ainsi elles poursuivent un objectif quasi utilitariste dans la mobilisation des règles. Les principes et règles mobilisés servent un objectif, c'est dans cette perspective qu'ils sont mobilisés et interprétés par les cours. Automatiquement, cette approche compense la liberté dont aura fait preuve le législateur en ne donnant pas toujours des contours très clairs et fermes aux règles. Mais attention, cela peut aussi bien servir des desseins démocratiques qu'anti-démocratiques. Par exemple la jurisprudence du Tribunal constitutionnel sous la « petite Constitution » en Pologne illustre cela lorsque la juridiction interprète très largement les pouvoirs du président non soumis à contreseing. Le texte a été malmené, mais la production de l'interprétation a permis de justifier le pouvoir en place. C'était le but du Tribunal. Il a en effet donné une interprétation universelle des articles 46 (obligation du contreseing des actes présidentiels par les ministres) et 47 (sauf quelques exceptions) qui aménagent le contreseing des actes du président de la République. Le Tribunal considère que l'exception à l'obligation de contreseing sur les actes présidentiels ne saurait être interprétée restrictivement. Cela signifie donc que, en dehors de ce que précise expressément le texte à l'article 47, existent d'autres d'attributions qui ne sont pas soumises au contreseing. Comme par exemple la possibilité pour le président de la République de demander une interprétation universelle de la loi ..au Tribunal constitutionnel. Cette jurisprudence marque une époque puisque par la suite, sous

---

<sup>1021</sup> Ioan Deleanu, « Separation of powers constitutional regulation and practice of the constitutional court », in *Journal of constitutional law in eastern Europe and central Europe*, 1996, volume 3, n°1, pages 66 et 67.

l'empire de la nouvelle Constitution il a livré une autre interprétation revenant à la lettre du texte qui impose le principe du contreseing obligatoire des actes du président.

Alors entre toutes les interprétations possibles, laquelle retenir ? En existe-t-il une qui retiendra davantage l'attention ? Certainement ! Sera-t-elle meilleure que les autres ? Certainement pas objectivement, mais certainement aux yeux de celui qui la donnera<sup>1022</sup> ! C'est une ineptie de prétendre faire prévaloir une interprétation basée sur la connaissance en la présentant comme meilleure qu'une autre. Comme le fait observer Michel Troper l'interprétation livrée par la jurisprudence constitutionnelle, au contraire d'une proposition scientifique ne peut être vraie ou fausse, elle peut être efficace ou inefficace, valide ou non, mais elle n'est pas vraie ou fausse car elle n'est pas un acte de connaissance<sup>1023</sup>. Adieu donc la « *right answer* » chère à Ronald Dworkin<sup>1024</sup>. Mais il est tout de même nécessaire que la décision juridique aboutisse

---

<sup>1022</sup> À ce propos, la petite démonstration de Ronald Dworkin est fort divertissante : « Si j'essaie de déterminer si Braque est ou non un plus grand artiste que Picasso, il y a un degré de théorie inhérent à tous les arguments que je puis avancer. Mais, pour l'essentiel, il s'agit ici de démarquer le vrai, d'appeler votre attention sur des traits de subtilité ou d'originalité. Lorsque j'en viens à soutenir, comme je l'ai fait, la thèse selon laquelle on ne peut faire de comparaison d'une tradition à une autre (par exemple, entre Racine et Picasso), il s'agit d'une position d'un très haut niveau théorique. Pour en revenir à la politique et finalement au droit, s'agissant de la thèse énonçant « de deux interprétations juridiques, on ne peut dire que l'une soit meilleure que l'autre », je ne puis dire à ce niveau de généralisation qu'elle est fausse, mais c'est en tout cas une position formidablement chargée, inondée de présupposés théoriques ; elle ne pourrait être soutenue que sur la base de la théorie la plus élaborée et aussi, je pense, allant le plus à l'encontre des théories sur la nature fondamentale du droit et de la morale, que l'on puisse concevoir. Et je crois que, bien que cette thèse soit très répandue, on n'a même pas commencé d'imaginer le genre de théorie qui serait nécessaire pour la soutenir ». in *Interprétation et droit*, Paul Amserek (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, page 233.

<sup>1023</sup> Michel Troper, « Théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pages 134 et 135.

<sup>1024</sup> Cf. François Ost, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pages 6 : « Quelle que soit la méthode d'interprétation privilégiée, de nombreux auteurs ont pu en effet accréditer la thèse dogmatique selon laquelle il existerait une méthode permettant de déterminer dans chaque cas la seule interprétation correcte. Parmi les auteurs, on peut notamment citer Dworkin qui, dans une perspective post-positiviste, semble avoir largement renoué avec cette tradition par sa thèse de la « *right answer* ». À l'inverse, certains n'ont pas hésité à défendre la thèse sceptique selon laquelle toutes se valent. Kelsen fut sans doute le théoricien du droit à défendre le plus radicalement cette conception, affirmant : « Toutes les méthodes d'interprétation... ne conduisent jamais qu'à une seule solution possible, non à une solution qui soit la seule correcte. On peut négliger le texte et s'en tenir à la volonté probable du législateur, ou bien respecter strictement le texte et ne pas se soucier de cette volonté, en général très problématique. Au regard du droit positif, ces deux attitudes sont tout à fait équivalentes ». Si ces deux thèses privent – totalement ou partiellement – d'intérêt l'étude des procédés d'interprétation dans leur diversité, il n'en va pas de même lorsque l'on adopte, à la suite de Ricœur, le présupposé général selon lequel « s'il est vrai qu'il existe toujours plus d'une façon d'interpréter un texte, il n'est pas vrai que toutes les interprétations sont équivalentes ». »

sur un consensus le plus large possible afin que l'interprétation produite soit acceptée comme étant obligatoire et produise des effets. La majorité lui donnera autorité<sup>1025</sup>.

## **Paragraphe 2 : Finalement, qui peut dire le droit ?**

Préférons le pouvoir du juge à celui du président de la République même élu au suffrage universel direct (à ce stade de l'étude, on devrait dire « surtout élu au suffrage universel direct »). Le juge (constitutionnel ou non selon le type de contrôle de constitutionnalité pratiqué) dispose d'un pouvoir : celui d'interpréter les règles afin de les appliquer au litige. Cette action façonne le paysage juridique. Le juge dit le droit, il ne le fait pas, certes, c'est le législateur qui le fabrique matériellement. Mais le juge peut dire le droit d'une certaine façon, et peut s'éloigner de ce qu'auront précisé le législateur ou le constituant<sup>1026</sup>. On a dépassé le mythe du juge simple bouche de la loi : « derrière la fable des juges simples « bouches de la loi » et « êtres inanimés », très vite ceux-ci se sont arrogés, discrètement mais nécessairement, le pouvoir d'interpréter la loi, non plus perçue comme un « texte sacré » dont il ne faut pas s'écarter, mais comme le résultat de compromis, souvent flous, ambigus et incomplets. Dès lors, la loi n'est plus qu'une source de droit, le véritable acte normatif résidant précisément dans l'interprétation qu'en donne le juge. Il n'y a là rien de mécanique : la fameuse « majeure » qu'il est supposé appliquer ne lui est pas donnée ou imposée : c'est lui qui la crée en l'interprétant, en lui donnant un sens »<sup>1027</sup>. En effet, ainsi que le dit Chaïm Perelman « le législateur, le juge, l'administrateur reçoivent, dans une mesure variée, l'autorité nécessaire soit de créer des lois nouvelles dans le cadre de la loi constitutionnelle, soit pour concrétiser, pour individualiser, une norme générale dans des cas particuliers d'application. Dans tous

<sup>1025</sup> Voir en ce sens les développements introductifs d'Hugues Rabault dans son ouvrage consacré à *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris, L'Harmattan, 1997, pages 9 et 10.

<sup>1026</sup> « Deux problèmes traversent traditionnellement la théorie du droit : celui de la validité des normes d'une part et celui de l'interprétation des normes d'autre part. Le premier relève des conditions d'existence de la norme tandis que le second relève de ses conditions d'application. Les multiples solutions apportées à chacun de ces deux problèmes prennent sans doute des configurations quelque peu différentes, mais en définitive, il faut reconnaître que ce sont toujours les mêmes dès qui sont lancés. » Philippe Coppens et Jacques Lenoble, « Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'État, théorie de la norme et procéduralisation conceptuelle », in *Démocratie et procéduralisation du droit*, Philippe Coppens et Jacques Lenoble dir., Bruxelles, Bruylant, 2000, page 1.

les cas leur action est créatrice de droit<sup>1028</sup>.» « Le juge est considéré, de nos jours, comme détenteur d'un pouvoir, et non comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi » car tout en étant tenu par les prescriptions de la loi, il possède une marge d'appréciation : il opère des choix, dictés non seulement par les règles de droit applicables, mais par la recherche de la solution la mieux adaptée à la situation. Il est inévitable que ses choix seront fonction de jugements de valeur<sup>1029</sup>. »

Pour les tenants de la théorie réaliste, nul doute que le juge crée le droit en interprétant. S'il le fait dans un cadre strict puisqu'il est obligé de motiver ses décisions et d'argumenter, ce qui permet d'éviter tout arbitraire, il est évident toutefois que sa personnalité, et l'environnement dans lequel il évolue ne restent pas étrangers à sa décision. « Le rôle du Conseil ne se réduit pas à celui, passif, du souffleur rappelant sa partition à l'acteur parlementaire : il est pleinement une activité politique en ce qu'il est créateur de droit. Non seulement parce que le juge « découvre » des droits à partir des principes écrits -la liberté du mariage de la liberté individuelle, par exemple- mais encore parce qu'un principe n'apparaît en tant qu'instance d'appréciation de la loi qu'à partir du moment où le Conseil lui a donné un sens ; avant, les dispositions constitutionnelles ne sont que de simples mots en attente de normativité<sup>1030</sup>. » C'est la raison pour laquelle sont régulièrement mises en cause les juridictions constitutionnelles qui ne bénéficient pas toujours d'une légitimité irréprochable pour s'acquitter de leur tâche. En effet, les juges, parfois nommés par l'exécutif sont chargés de contrôler la constitutionnalité des lois votées par les parlementaires représentant la volonté nationale. Comment ne pas s'offusquer d'un tel déséquilibre dans cette relation de contrôle ?

Le juge constitutionnel dit le droit, mais seulement le droit. C'est un idéal pas toujours atteint. En témoignent les nombreuses polémiques concernant l'indépendance des juges constitutionnels et leur éventuelle politisation. Le rappel théorique, la position de principe, c'est bien entendu que le juge tranche en droit et non en fait, qu'il n'est pas juge de l'opportunité. Bien entendu les décisions des cours

---

<sup>1027</sup> Dominique Turpin, « Pouvoir ou autorité juridictionnelle », in *Revue du Droit Public*, 2002, numéro spécial, page 387.

<sup>1028</sup> Chaïm Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 568.

<sup>1029</sup> *Idem*, page 675.

constitutionnelles ont des répercussions sur l'équilibre du jeu des institutions, mais elles ne peuvent être qualifiées de « politiques » sur le fond<sup>1031</sup>. Cette position de principe est reprise partout comme l'unique façon de fonctionner d'une juridiction constitutionnelle<sup>1032</sup>. Si elle veut avoir le dernier mot, la juridiction ne doit pas se risquer sur le terrain politique. Pourtant, cette position de principe, louable, qui fait écho à l'image idéale de l'utilité du contrôle de constitutionnalité ne se réalise pas toujours, soit que les circonstances politiques soient à ce point tendues qu'elles affectent le fonctionnement des institutions au point de les encourager à outrepasser les termes de leur mission, (et l'exemple russe de mars 1993 illustre ce point), soit que le texte constitutionnel ne soit pas très clair à ce propos. Ainsi, on note en Pologne que la « Chambre suprême de contrôle est appelée à contrôler les activités des autorités de l'administration gouvernementale, de la Banque nationale de Pologne, des personnes morales de l'État et d'autres organismes d'État du point de vue de la légalité, de la bonne gestion, de l'opportunité et de la probité »<sup>1033</sup>. Une décision sur l'opportunité conduit irrémédiablement sur le terrain politique. Ainsi en novembre 1999 les querelles politiques sur la place du président de la République, sur le contresens des actes présidentiels et sur l'adoption du budget sur fond de dissolution ont contribué à mobiliser des arguments constitutionnels et à impliquer le Tribunal constitutionnel dans ces débats. Le juge intervient alors dans un contexte de pression qui le fait sans aucun doute aboutir à une solution qui n'est pas optimale

---

<sup>1030</sup> Dominique Rousseau, « Pour une Cour constitutionnelle ? », in *Revue du Droit Public*, 2002, n° spécial, page 366.

<sup>1031</sup> C'est ce que rappelle Mariana T. Karagiozova-Finkova au sujet de la Cour constitutionnelle bulgare et qui peut être étendu aux juridictions constitutionnelles des autres États : « La Cour constitutionnelle, à l'instar des autres juridictions constitutionnelles européennes, a souvent fait l'objet de critiques dues à son activisme juridictionnel. De telles critiques ne sont pas acceptables. Lorsqu'une juridiction constitutionnelle, dans ses décisions et leur motivation, affecte les institutions et la vie politique, elle n'adopte pas pour autant ce que l'on considère péjorativement comme des « décisions politiques ». Elle se contente d'exercer sa mission d'institution censée faire mieux entendre la voix des principes constitutionnels dans des situations cruciales ». « La justice constitutionnelle en Bulgarie », in *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Marc Verdussen (dir.), Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1997, page 52.

<sup>1032</sup> Ce sont « moins des conflits de pouvoir que des conflits de normes » et plus loin : « (...) Il est cependant très différent car le juge constitutionnel n'a pas à se prononcer sur l'opportunité, c'est-à-dire sur le bien ou mal fondé de la norme législative contestée. Il doit même s'interdire d'en tenir le moindre compte. Il ne doit que vérifier sa régularité juridique, c'est-à-dire rechercher si ses dispositions ne contreviennent pas en quelque point aux normes à valeur constitutionnelle qui composent le bloc de constitutionnalité. Il faut d'ailleurs préciser que les décisions du juge constitutionnel ne sont acceptables au regard de la théorie démocratique que si elles se situent sur un plan de droit strict. Si elles l'outrepassaient, elles deviendraient très choquantes, étant l'œuvre de personnalités non élues et par conséquent non représentatives. » Pierre Pactet, « Brèves remarques sur le pouvoir de dernier mot en droit constitutionnel », in *De la Constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bale, Helbing et Lichtenhalm, 1996, page 81.



mais qui sera le rail des futures discussions politiques<sup>1034</sup>. L'activité du juge constitutionnel contribue ainsi à la désacralisation du texte constitutionnel, à sa pratique quotidienne, et lui fait prendre vie<sup>1035</sup>. Les juridictions constitutionnelles sont sollicitées car elles sont considérées comme les instances capables de dire le droit. Elles font référence en ce domaine et connaissent un succès grandissant. Pour preuve, par exemple en France on parle sans cesse de réformer la saisine afin de l'ouvrir aux particuliers. Ailleurs où ce type de saisine est déjà aménagé, il connaît un vif engouement, ce qui traduit l'impact de ces cours, leur aura<sup>1036</sup>. Pour l'appréciation de la faute du président de la République il faut que la Cour puisse faire une appréciation de la Constitution la plus proche possible du texte. Encore faut-il que celui-ci « ordonne des comportements de manière suffisamment déterminée pour qu'un acte qui ne répond pas à une telle prescription puisse constituer une infraction. » Liberté est laissée à la cour dans sa façon d'interpréter. S'il est clair que le président de la République par exemple n'a pas accès aux chambres en dehors du message ou ne peut quitter le territoire national sans le consentement de la chambre, certains actes du président comme la signature des ordonnances laissent plus de place à l'interprétation, surtout lorsque la formule est évasive, au présent de l'indicatif<sup>1037</sup>. Tout dépend en réalité de la conception que l'on

---

<sup>1033</sup> Article 203 de la Constitution polonaise. Cf. page 503 du volume d'annexes.

<sup>1034</sup> Leszek Garlicki, « The role of a constitutional judge in the creation of constitutional culture », in *Constitutional cultures*, Mirosław Wyrzykowski (dir.), Varsovie, Institute of public affairs, 2001, pages 203 et 204.

<sup>1035</sup> Leszek Garlicki, *Idem*, page 197.

<sup>1036</sup> « ... de plus en plus, le scepticisme recule car la Cour constitutionnelle, par ses décisions, s'impose progressivement comme une autorité au service de l'État de droit et de la démocratie. Elle est toujours plus sollicitée, notamment par les citoyens, que ce soit par l'intermédiaire des exceptions d'inconstitutionnalité ou par le grand nombre des pétitions réclamant son intervention. Entre juin 1992 et décembre 1994, la Cour constitutionnelle a dû se prononcer sur 37 saisines dans le cadre du contrôle préalable de constitutionnalité, 7 saisines portant sur l'inconstitutionnalité des règlements parlementaires, sur 229 exceptions soulevées devant les instances judiciaires et sur 43 contestations électorales. De même, elle a statué sur plus de 800 pétitions qui lui ont été adressées par des citoyens, des associations et des partis politiques. » « La juridiction constitutionnelle en Roumanie », Ioan Muraru et Mihai Constantinescu, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1995, page 26.

<sup>1037</sup> Otto Pfersmann s'interroge sur l'Autriche : « Certaines attributions sont incontestablement conçues comme des obligations strictes, ainsi par exemple celle de révoquer le gouvernement en cas de vote de défiance (art. 74, al. 1). Mais à la différence du code pénal, les dispositions constitutionnelles comprennent une large part d'habilitations, par exemple le droit du Président fédéral d'attribuer des droits honorifiques (art. 65, al.3) ou d'exercer le droit de grâce (art. 65, al.2, d). Ces compétences sont certes liées à des propositions gouvernementales (art.67, al. 1), mais ne constituent nullement des obligations présidentielles. Le statut de certaines attributions peut être discutable : ainsi nomme-t-il par exemple les fonctionnaires de la Fédération sur proposition du gouvernement. Cela lui donne-t-il un pur et simple droit discrétionnaire de veto, un droit d'opposer son veto lorsque le candidat ne lui paraît pas qualifié ou bien cela l'oblige-t-il strictement à nommer la personne désignée par l'organe compétent ? En pratique le Président refuse rarement sa signature à une proposition de nomination. Le problème fut âprement discuté lorsque le Président fédéral Thomas Kléstil fut invité à procéder à la

a du texte constitutionnel. Est-ce un texte obligatoire qui impose mécaniquement la hiérarchie des normes, est-ce un texte qui organise et régule les rapports de pouvoir entre les autorités en place<sup>1038</sup> ?

Mais dire le droit n'est pas si simple, c'est élire un sens car le texte seul ne livre pas une solution univoque<sup>1039</sup>. S'engage donc une « lutte pour le sens » ; Et c'est le sort de la norme d'être discutée<sup>1040</sup>. « En effet, quand bien même on

nomination d'un membre de la Cour constitutionnelle sur proposition ternaire du Conseil national. Ne pouvant obtenir une audition publique des candidats, M. Thomas Kléstil choisit enfin Mme Lass, classée en deuxième position. Le décret présidentiel lui sera remis le 16 mars 1994. Cette nomination valut plusieurs attaques du Président fédéral auquel le professeur Öhlinger, ancien membre suppléant de la Cour, reprocha explicitement une violation de la Constitution parce qu'il n'avait pas respecté le classement de la proposition. La coalition alors au pouvoir fit adopter une révision constitutionnelle selon laquelle les chambres du Parlement ne proposent désormais qu'un seul candidat. » *in* « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction en Autriche, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2001, page 146.

<sup>1038</sup> Lire à ce propos à partir de l'exemple français l'article de Bastien François retraçant l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel en France, sur le rapport entre la conception de la Constitution et la nature du régime, « Le Conseil constitutionnel et la cinquième République », *in Revue Française de Science Politique*, 1997, vol. 47, page 390.

<sup>1039</sup> Cela ressort bien de la démonstration de François Ost sur la tension entre lettre et esprit, Cf. *Entre la lettre et l'esprit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pages 8 et suivantes : « Rigoureusement parlant, la « lettre » renvoie à une signification littérale, une signification qui privilégie les éléments d'interprétation sémantiques (et notamment les enseignements lexicologiques qu'attestent les dictionnaires) et les informations syntaxiques qui dérivent de l'application des règles de grammaire. A la limite, l'interprétation selon la lettre exclut la prise en compte de tout autre élément : *clara non sut interpretanda*. En revanche, l'esprit renvoie à une signification dégagée d'éléments extérieurs aux mots mêmes du texte : volonté du législateur, but de la loi, cohérence et performance du système juridique, valeurs sociales généralement acceptées. À la limite, une telle interprétation se produira *praeter*, voire *contra legem*. Dans un sens plus large et dans le cadre des controverses juridiques toujours renaissantes, les pôles « lettre » et « esprit » sont sans doute surchargés de bien d'autres significations encore, comme toute notion qui exerce, dans un champ donné, un rôle de ralliement idéologique. À tout le moins peut-on dire que le couple « lettre/esprit » représente l'archétype ou le paradigme de nombreux autres doublets qui partagent le raisonnement interprétatif : ainsi l'opposition entre l'élément (le mot, la phrase, la loi) et le système (l'ordre juridique considéré globalement), ou encore l'opposition entre le sens historique (résultant du contexte historique d'énonciation de la loi) et le sens actuel (relatif au contexte actuel de son application) ; ou l'opposition entre le sens subjectif (rapporté à la volonté de l'auteur du texte) et le sens objectif (dérivant de la portée immanente et rationnelle de la loi). Lettre/esprit, élément/système, passé/présent, subjectivité/objectivité : d'évidence se dégage la structure dichotomique du débat. Comme par nécessité les arguments se rangent sous ces diverses bannières, les directives se mobilisent en faveur de l'un ou l'autre cause. Une logique binaire, d'opposition terme à terme, semble présider à l'ensemble du processus. (...) Ce sera donc nécessairement la lettre *ou* l'esprit, voire la lettre *contre* l'esprit : juxtaposition mécanique de deux approches également réductrices. (...) Nous pensons quant à nous, que l'analyse du raisonnement juridique tel qu'il est effectivement développé dans la jurisprudence requiert une approche radicalement différente. Une logique qui sache faire droit au caractère distinct des termes en présence, tout en permettant de penser leur interaction. Une logique qui suive le cours dynamique d'un raisonnement qui se meut avec souplesse *entre* la lettre et l'esprit, sans nécessairement se réduire l'un à l'autre de ces éléments, ni prétendre les assimiler. »

<sup>1040</sup> Ainsi que le fait habilement observer Antoine Jeammaud, « la « texture ouverte » des énoncés qui tient moins à des malfaçons, aussi fréquentes soient-elles, qu'à la formulation ou à la position de ces normes au cœur de centre d'intérêts dont l'antinomie ou les contradictions ponctuelles renforcent une discutabilité qui est leur lot. Bref, les règles juridiques sont plus naturellement exposées à une « lutte pour le sens » -notamment dans les prétoires- que dotées du « sens clair » qu'on leur prête d'autant

admettrait qu'il existe des normes constitutionnelles applicables à toutes les situations politiques, nul ne pourrait sérieusement prétendre qu'elles soient toujours clairement énoncées par le texte : les auteurs doivent donc chercher à les établir par l'interprétation. (qui en droit peut faire appel à la recherche de la volonté de l'auteur du texte, à l'analyse littérale, au précédent, au raisonnement par analogie, ou encore à « l'effet utile »)<sup>1041</sup> ». Le texte pose donc problème suivant le point de vue herméneutique que l'on adopte. Une petite incursion dans la théorie du langage achèvera de nous convaincre de cet état de fait irréductible, problématique mais générateur de grande richesse intellectuelle pour les débats qu'il provoque. Par exemple concernant l'usage de l'indicatif dans les constitutions décrivant les droits et obligations du président de la République : pour Kalinowski cela équivaudrait à un énoncé déontique, sous forme d'un acte de langage indirect. Mais quelles preuves permettent d'affirmer cela ? Comment se fait-il que l'on tire une influence, une contrainte de cet énoncé qui est littéralement une règle pour l'action et non une règle d'action ? L'application du principe dégagé par Searle semble plus appropriée : « Quand dire c'est faire ». Or en l'occurrence, les attributions du président de la République sont généralement inscrites au présent de l'indicatif dans les Constitutions, elles sont donc descriptives et ne sont en aucun cas des énoncés juridiques performatifs en tant que telles. Par contre il s'agit bien d'une structure apparente de langage qui cache une autre valeur. Parce qu'il est admis que les attributions du président de la République sont en réalité des obligations, du fait que l'on se trouve en régime parlementaire. Ce ne sont pas des règles d'action brutes qui sont comprises dans ces énoncés mais des règles pour l'action, qui auront une influence certaine.

Il serait donc bien naïf de penser que le droit est seul produit de la technique, il obéit à des « logiques politiques » et bien entendu les juridictions sont sous le feu de ces considérations. Toutefois l'idéal que le juge garde en mémoire lorsqu'il tranche est bien celui de l'impartialité le concernant et du caractère technique et objectif de la norme. Dire le droit c'est effectuer une démarche logique technique

---

plus volontiers que leur libellé paraît sans équivoque. » « Normes juridiques et action, notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale », in *La régulation entre droit et politique*, Michel Miaille (dir.), Paris, L'Harmattan, 1992, page 107.

<sup>1041</sup> Yves Poirmeur, la doctrine et le constitutionalisme français, in *Les usages sociaux du droit*, Paris, Puf, 1989, page 238.

emprunte de politique puisque l'acte d'interprétation conduit le juge à s'approprier la règle, à prendre en compte des facteurs autres que ceux inhérents à la logique interne du système droit<sup>1042</sup>. « La constitution, acte vivant, ouvert à la création continue de droits et libertés. Dès lors que le mode d'écriture principal et dominant de la constitution devient juridictionnel, la Constitution n'est plus un acte fermé, clos, fini au moment où il est produit, mais un acte ouvert, et en formation continue<sup>1043</sup>. (...) Définir la Constitution comme un acte vivant oblige à reconsidérer le caractère traditionnellement reconnu à ce texte. Il n'est plus possible de la penser comme un écrit possédant part et en lui-même une signification s'imposant comme obligatoire aux acteurs juridiques puisque, précisément, le sens de ses dispositions n'est jamais fixé une fois pour toutes mais sans cesse redéfini<sup>1044</sup> ». C'est l'éternel problème de la sécurité juridique : assurer la protection des règles constitutionnelles qui trouve une réponse dans ce pouvoir du juge d'interpréter le droit, de produire du sens<sup>1045</sup>. En cas d'observation des règles constitutionnelles le président de la République ne sera pas sanctionné si ses actes ne peuvent être contrôlés, ou bien si personne ne saisit la cour d'une violation dans le cadre d'un contrôle éventuel<sup>1046</sup>. Quelle raison peut engager à respecter la loi ? *A priori* il n'y a pas d'obligation à se conformer à la

---

<sup>1042</sup> Jacques Commaille le montre en livrant ne analyse sociologique dans le numéro 7 de la Revue *Droit et société* consacré à la juridicisation du politique, dans le chapitre 1 intitulé « De la « sociologie juridique » à une sociologie politique du droit », page 35 : « Les multiples facettes de la technicité juridique n'obéissent pas seulement à ce qui serait une logique interne du droit lui-même, à ce que certains considèrent comme une Raison juridique », mais bien à des logiques politiques. »

<sup>1043</sup> On se rapproche alors de la conception très « dworkinienne » du livre ouvert, écrit à la chaîne par différentes mains et en l'occurrence celles des juges, par analogie avec la littérature. Cf. Ronald Dworkin, *Une question de principe*, Paris, Puf, 1996, pp. 199 et s : « Droit et littérature, la grande chaîne du droit ». « Les affaires juridiques délicates présentent une certaine ressemblance avec cet exercice littéraire. L'analogie est frappante quand des juges doivent trancher des affaires de droit coutumier, c'est-à-dire quand aucun texte de loi n'occupe une place centrale dans le procès et que tout le débat tourne autour des principes juridiques qui sont censés sous-tendre les décisions prises par des juges dans le passé. Dans ce cas, le juge occupe une place analogue à celle de l'écrivain à la chaîne. Il doit se pencher sur les déclarations des juges précédents non pour déterminer quel était leur état d'esprit au moment de ces déclarations, mais pour déterminer ce qui a été réalisé collectivement, de même que chaque écrivain doit former sa propre opinion sur ce qui a déjà été accompli. »

<sup>1044</sup> Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, *op.cit.*

<sup>1045</sup> « Le droit constitutionnel n'est plus de nos jours le champ clos des forces politiques, mais une authentique discipline juridique. Un juge est appelé à sanctionner les violations de la Constitution en vue de protéger l'individu. L'apparition de juridictions constitutionnelles, à l'imitation de l'Autriche en 1920, a généré le contentieux constitutionnel. Bref, *la politique est saisie par le droit* (L. Favoreu). » Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2002, page 20.

<sup>1046</sup> « Pour s'en tenir à un exemple révélateur, Napoléon affirmait : Aucune constitution n'est restée telle qu'elle a été faite. Sa marche est toujours subordonnée aux hommes et aux circonstances. À cet égard, les acteurs politiques, loin d'être des automates, disposent d'une liberté d'allure, découlant du rapport de forces. De sorte que la constitution peut être délaissée et ravalée au rang de *pauvrete*. » Jean Gicquel, *idem*, page 20.

règle, selon Joseph Raz<sup>1047</sup>. Il peut y avoir une raison morale ou un impératif de prudence à obéir à la loi. Par exemple si l'on est une autorité morale, ou bien si l'on craint la punition en cas de non respect identifié de la loi. On pourrait penser par analogie que le président de la République soit considéré comme une autorité morale dans le pays, puisque sa magistrature arbitrale réfère à ce type de conduite, gardien des institutions, de l'équilibre, arbitre neutre, le tout en entrant en fonction par un serment sur la constitution. La Constitution est considérée quant à elle comme la loi la plus importante, puisque c'est celle qui se trouve au sommet de la pyramide des normes et dont découle toute la cohérence du système juridique. Mais on observe en pratique que le président de la République excédant ses pouvoirs ne craint pas la sanction, et s'émancipe d'un rôle moral pour ne pas se conformer à la loi. Il n'y a pas d'obligation à obéir à la loi et dans son cas, en plus il n'y a pas de crainte des sanctions, ce qui prouve qu'elles sont inefficaces et qu'il se sent donc au-dessus des lois.

Finalement la norme ne produit des résultats que si les acteurs acceptent de se soumettre à elle. Ce rapport dialectique entre la règle et l'acteur du système normatif qui veille à son respect maintient un degré d'éloignement moindre de la règle. Le chef de l'État respecte la règle dans la mesure de sa conscience personnelle du devoir bien accompli, et dans la mesure de la vigilance des autres acteurs politiques capables de surveiller ses actes et d'agir pour sanctionner un comportement non conforme à la règle initiale<sup>1048</sup>. Selon, le mot de Jean Carbonnier, « l'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance », mais il faut choisir son camp et se méfier de ce terrain glissant car le fil du rasoir est coupant. Violation ou interprétation ?<sup>1049</sup>. La tendance va dans le sens de l'amointrissement de la

---

<sup>1047</sup> Joseph Raz, *The authority of law, essays on law and morality*, New York, Clarendon press, 1997, pages 237 et 238: « There is no denying that some people have moral reasons to obey the law. Some people (e.g. the Archbishop of Canterbury) have such a position of pre-eminence in the community that their actions have profound influence on the attitudes and behaviour of many people. (...) Some people are made to take an oath of alligiance, sometimes including an undertaking to keep the law. »

<sup>1048</sup> C'est ce qu'expose Antoine Jammaud dans son article « Normes juridiques et action, notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale », *op. cit.*, page 109 : « Les règles juridiques ne procurent donc des résultats attachés à leur application (à tous les sens du terme) que si les acteurs sont en mesure et jugent opportun de les mettre en mouvement afin de conformer les choses ou réclamer l'adjudication d'un résultat conforme à leurs dispositions ; ou s'ils ne s'entendent pas pour ne pas réaliser ou réclamer cette conformité ».

<sup>1049</sup> « A. Philip distingue entre l'interprétation et la violation de la Constitution », la première se caractérisant par une « adaptation des règles constitutionnelles aux réalités sociales mouvantes par un organe juridique indépendant constitué à cet effet », alors que la seconde apparaît « lorsque la même

responsabilité des présidents de la République, ce qui pose gravement question en régime démocratique et parlementaire de surcroît lorsque le président de la République élu au suffrage universel direct est à la fois gouvernant, irresponsable, et donc en résumé doté d'un pouvoir absolu. Certes cela concerne peu de pays, mais en nombre suffisant pour s'inquiéter : de façon constante en Russie et en Ukraine ; parfois en Pologne, en France, et en Croatie<sup>1050</sup>. On peut déplorer que l'on s'éloigne à ce point de l'idéal démocratique bien que le juge et le citoyen aient entre leurs mains les moyens de contrôler le président de la République.

---

adaptation est réalisée dans son propre intérêt par un des deux pouvoirs, Gouvernement ou Assemblée. » » Jean Gicquel, *Essai sur la pratique de la V<sup>e</sup> République*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 29.

<sup>1050</sup> Selon Olivier Beaud, « il faut remettre en cause ce dogme », « La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la V<sup>e</sup> République », in *Revue du Droit Public*, numéro spécial, Les 40 ans de la V<sup>e</sup> République, 1998, page 1561.

## CONCLUSION DU TITRE

Logiquement, comme tout gouvernant élu, on peut penser qu'un président de la République élu au suffrage universel direct est responsable devant le Peuple qui l'a élu. Or la règle, héritée du régime parlementaire monoreprésentatif, est l'immunité de la responsabilité du président. Lorsque ce dernier ne dispose que d'attributions honorifiques et protocolaires cela est sans conséquences graves sur le fonctionnement régulier des institutions (ainsi en Irlande, Islande, Slovénie et Macédoine). Mais on peut s'étonner de ce qu'un président de la République, auquel sont confiés des pouvoirs sans contreseing dans des domaines décisifs, ne soit pas davantage contrôlé dans le but de s'assurer du respect du texte constitutionnel et de la démocratie. Sécurité juridique et démocratique sont donc parfois mises à l'épreuve, en fonction des circonstances politiques et ce dans la majorité des pays étudiés. On observe une nette tendance à la violation récurrente de la règle par le président en Russie et en Ukraine, et parfois par intermittence en France, au Portugal, en Finlande, en Croatie, en Bulgarie, en Roumanie, et en Pologne. La responsabilité du président de la République est certainement politique, mais rarement le président est révocable par le peuple durant son mandat (en Autriche, Islande, Roumanie et Lituanie). A cela s'ajoute la question de la responsabilité pénale du président qui obscurcit parfois le débat plus qu'elle n'apporte de réponses (comme en France). Une solution à cette irresponsabilité est l'aménagement d'un contrôle constitutionnel des actes du président (ainsi est-ce prévu en Bulgarie, Lituanie, Russie, Ukraine et Pologne). Encore faut-il que le juge constitutionnel, investi des compétences nécessaires pour effectuer cette mission, puisse faire entendre sa voix face au président de la République.