

Olivier Beaud et Daniel Soulez Larivière Les juges, eux aussi, doivent respecter la Constitution

Le contexte

Nicolas Sarkozy, ancien président de la République, a été appelé à témoigner, le 2 novembre, devant la 32^e chambre correctionnelle, où se tient le procès de l'affaire des « sondages de l'Elysée ». Dans cette affaire sont notamment poursuivis l'ex-secrétaire général de l'Elysée Claude Guéant, l'ex-directrice de cabinet Emmanuelle Mignon et le conseiller sondage de l'époque, Julien Vaulpré, pour avoir passé, sans appel d'offres ni mise en concurrence, des contrats avec, notamment, la société Publifact du conseiller de l'ombre Patrick Buisson pour des conseils et des enquêtes d'opinion. La convocation de l'ancien chef de l'Etat, même comme témoin, pour des faits relevant de ses fonctions passées, et donc couverts par l'immunité présidentielle, suscite un débat parmi les juristes.

La comparution comme témoin de Nicolas Sarkozy dans le procès de l'affaire des « sondages de l'Elysée » est une claire violation de l'immunité présidentielle, estiment le professeur de droit et l'avocat

Il est stupéfiant que le tribunal correctionnel jugeant l'affaire des « sondages de l'Elysée » ait exigé la comparution comme témoin de l'ancien président de la République, le cas échéant sous la contrainte de la force publique.

Tentons ici de ne faire que du droit. C'est la Constitution révisée en 2007 à la suite du rapport Avril de 2002 [conduit par le constitutionnaliste Pierre Avril] qu'il faut lire. Cette révision a institué une immunité en faveur du titulaire de la fonction présidentielle qui se décline en deux variantes. En vertu de l'alinéa 1 de l'article 67 de la Constitution, le président de la République jouit d'une « irresponsabilité » pour les actes accomplis en sa qualité de président. En vertu de l'alinéa 2 de ce même article, il bénéficie d'une « inviolabilité » qui vaut aussi pour les actes qu'il accomplit en dehors de sa fonction ou qu'il a accomplis antérieurement à sa prise de fonction. Cette très large inviolabilité concerne à la fois les affaires civiles et pénales.

Lors du divorce de l'ancien président, certains juristes ont ainsi pu observer que, s'il n'y avait pas eu consentement mutuel, il aurait été difficile, en raison de cette immunité, de contraindre le président à venir déposer en justice. Cette immunité interdite, a fortiori, qu'on applique des mesures de contrainte judiciaire à son encontre.

Enfin, en droit, le propre d'une immunité est d'être d'ordre public. Cela vaut pour les deux alinéas de l'article 67. Le président lui-même ne peut pas y renoncer, et les juges, lorsqu'ils y sont confrontés, doivent la soulever d'office.

L'immunité du président prévue par l'article 67 al. 1 n'étant pas personnelle mais fonctionnelle, elle reste applicable après la fin de son mandat. Cela ressort très clairement du rapport Avril, qui nous donne l'intention du constituant. C'est aussi la leçon que l'on peut tirer de la prati-



LE TRIBUNAL CORRECTIONNEL A DÉCIDÉ DE FAIRE COMPARAÎTRE MALGRÉ TOUT NICOLAS SARKOZY, AVEC UN INFAMANT MANDAT D'AMENER

que : ainsi, dans l'enquête sur la mort du juge Borrel, Jacques Chirac étant alors président, des magistrats voulant perquisitionner l'Elysée se sont vu opposer l'article 67. Et, après son mandat, excipant de cette immunité fonctionnelle, il a refusé de venir témoigner devant le tribunal correctionnel dans le procès de l'affaire Clearstream. De ce point de vue, quand François Hollande a accepté, en janvier 2019, d'être auditionné comme témoin dans l'assassinat de deux journalistes de RFI au Mali, il a méconnu la Constitution, tout comme le juge d'instruction qui avait requis son audition.

En revanche, selon l'article 67 al. 2, lorsque des actes répréhensibles sont commis par le président de la République en dehors de l'exercice de ses fonctions, celui-ci, redevenu simple citoyen, perd son immunité, c'est-à-dire son inviolabilité. C'est pourquoi Jacques Chirac a pu être jugé et condamné dans l'affaire des emplois fictifs de la Ville de Paris.

Partie civile radicale

Dans le cas des « sondages de l'Elysée », on est bien obligé de constater aussi que l'application du droit positif peut aboutir à une solution discutable dans la mesure où le principal protagoniste ne peut être au procès. Les proches collaborateurs de Nicolas Sarkozy, le secrétaire général de l'Elysée – Claude Guéant – et la directrice du cabinet – Emmanuelle Mignon –, sont jugés dans cette affaire parce qu'en 2012 la Cour de cassation a décidé que l'immunité du président ne valait pas pour ses conseillers. Le tribunal a rejeté leur question prioritaire de constitutionnalité. Or, c'est bien le

Conseil constitutionnel qui doit être l'arbitre dans cette situation, et non pas les juges judiciaires. En droit, concernant le président Sarkozy, comme l'a d'ailleurs reconnu antérieurement le juge d'instruction [le juge Serge Tournaire en 2016], son témoignage ne peut pas être entendu. Mais sous la pression non pas du parquet mais d'une partie civile radicale (Anticor), le tribunal correctionnel a décidé de faire comparaître malgré tout Nicolas Sarkozy, avec un infamant mandat d'amener.

De telles décisions sont tout simplement anticonstitutionnelles. Dès lors que l'irresponsabilité du chef de l'Etat prévue par l'article 67 al. 1 de la Constitution lui accorde une protection fonctionnelle au-delà de son mandat, tous les pouvoirs publics, y compris les magistrats, doivent la respecter. En aucun cas les juges ne doivent, ni ne peuvent, déroger aux règles constitutionnelles ; c'est une évidence. Que des juges oublient ainsi la Constitution et l'existence d'une immunité, pour quelque motif que ce soit, est très inquiétant et en dit long sur la démesure qui semble saisir certains d'entre eux. Où sommes-nous ? ■

Olivier Beaud est professeur de droit public à l'université de Panthéon-Assas ; **Daniel Soulez Larivière**, avocat, est ancien membre de la commission Avril sur la révision du statut pénal du chef de l'Etat

Julien Jeanneney La convocation de Nicolas Sarkozy est constitutionnelle mais épineuse

L'ex-chef de l'Etat reste irresponsable des actes accomplis comme président et sa déposition comme témoin dans le procès de l'affaire des « sondages de l'Elysée » soulève nombre de difficultés, avance le professeur de droit public, qui pose la question de son caractère opportun

La chose est inédite. Une convocation à portée coercitive – le mandat d'amener – a été adressée à un ancien président de la République pour ordonner son audition comme témoin lors d'une audience pénale. Les faits litigieux, couverts par son immunité, sont susceptibles de conduire à la condamnation de certains de ses anciens collaborateurs. L'événement suscite des réactions diverses.

Certains fustigent l'hubris des juges, une atteinte à la séparation des pouvoirs. D'autres vilipendent l'impunité d'un homme qui, s'il n'avait pas été protégé par son statut, se serait peut-être trouvé sur le banc des prévenus.

A la lumière du droit constitutionnel, la situation soulève deux principales questions.

La première est celle de la constitutionnalité de cette convocation, dans son principe même. Pour y répondre, il convient de partir des immunités qui protègent le mandat présidentiel, en permettant à ceux qui l'exercent de le faire en toute indépendance. On les présente souvent comme des dérogations au droit commun, qui limitent ponctuellement le principe d'égalité devant la loi. Du point de vue de la Constitution, il s'agirait plutôt de la règle que de l'exception : une fois que certains pouvoirs ont été attribués à une institution, il im-

porte de lui garantir les moyens de fonctionner, en évitant que d'autres organes la paralysent. Pour le président de la République, ces immunités prennent deux formes, distinctes quoique complémentaires.

Durée de protection restreinte

L'inviolabilité de sa personne, est justifiée par la séparation des pouvoirs. Elle s'attache à le protéger, pendant la durée de son mandat, des risques de harcèlements juridictionnels ou parlementaires. Quelles que soient la date et la nature des faits qui lui sont reprochés, elle le rend temporairement inaccessible aux juges. Son champ est large.

L'irresponsabilité pour les actes accomplis en qualité de président, ensuite, est destinée à garantir la liberté des décisions présidentielles, sur lesquelles risquerait de peser, sans elle, la crainte

constante de poursuites ultérieures. Sa durée est perpétuelle : elle accompagne l'ancien président jusqu'à sa tombe. Son champ est doublement limité.

D'une part, seuls sont concernés les actes accomplis en qualité de président – ce qui exclut la première vie du président et ce qui, pendant sa présidence, ne relevait pas de sa fonction. D'autre part, l'irresponsabilité ne couvre pas ses actes les plus graves : elle ne fait obstacle ni à sa destitution par le Parlement, constitué en Haute Cour, ni à sa condamnation par la Cour pénale internationale, compétente en matière de génocides, de crimes contre



IL REVIENDRA AUX MAGISTRATS DE S'ASSURER, AU COURS DE L'AUDIENCE, QUE LES DÉBATS NE CONDUIRONT PAS À LA MISE EN CAUSE DU TÉMOIN

l'humanité, de crimes d'agression et de crimes de guerre.

Dans cette perspective, la situation constitutionnelle de Nicolas Sarkozy est claire.

Depuis bientôt dix ans, il ne jouit plus de l'inviolabilité présidentielle, ce qui le rapproche de ses concitoyens. Ainsi a-t-on pu, après 2012, le placer en garde à vue dans l'affaire des financements libyens de la campagne de 2007 et le poursuivre à deux reprises devant un tribunal correctionnel – dans l'affaire des comptes de campagne de 2012 et dans l'affaire des écoutes, portant sur des faits postérieurs à 2012. Peu importe, à cet égard, que les juges d'instruction, dans le dossier Clearstream, aient choisi de ne pas forcer Jacques Chirac à venir témoigner devant eux, par une sorte de respect rétrospectif : on ne saurait en inférer, pour l'avenir, une contrainte juridique.

En outre, Nicolas Sarkozy reste irresponsable des faits accomplis en qualité de président. Or, les magistrats saisis du dossier des « sondages de l'Elysée » semblent avoir estimé que les faits litigieux – la commande d'études d'opinion dans des conditions éventuellement irrégulières – relevaient de ces derniers. Sa responsabilité ne saurait, dès lors, être engagée ici. Dans la mesure où une telle convocation à venir témoigner ne s'apparente pas à une mise en

cause, la décision des magistrats n'est, dans l'ordre des principes, nullement inconstitutionnelle.

Une seconde question surgit alors : l'audition contrainte de Nicolas Sarkozy sera-t-elle conforme à la Constitution dans ses modalités concrètes ? Les magistrats se sont ici placés face à un double écueil.

Secret professionnel

En premier lieu, ne faut-il pas voir, dans leur décision, une forme indirecte et détournée d'incrimination ? Si le but de la manœuvre – ou son résultat – était d'obtenir, à l'encontre d'un ancien président, une punition médiatique conçue comme l'ersatz d'une condamnation pénale impossible, les magistrats porteraient atteinte à la substance même de cette irresponsabilité constitutionnelle. Pour s'en abstenir, il leur reviendra de s'assurer, au cours de l'audience, que les débats ne conduiront pas à la mise en cause du témoin. Ils commettraient, sinon, une fraude à la Constitution, qu'ils méconnaîtraient tout en feignant d'en respecter la lettre.

Le comportement du témoin, en second lieu, ne risque-t-il pas de poser un problème en regard des principes du procès pénal ? Deux hypothèses peuvent être imaginées.

Par son silence, d'abord, Nicolas Sarkozy risquerait de fragiliser le

déroulement des débats. Certes, une disposition législative permet, en général, de condamner à une amende le témoin qui refuserait de répondre. Cette dernière, ici, serait apparemment inapplicable, puisqu'elle prévoit une exception qui tend à garantir le secret professionnel dont un ancien président de la République pourrait certainement se prévaloir. Les magistrats, dès lors, se trouveront bien démunis si le témoin décide de rester coi.

Par sa proximité, à l'inverse, l'ancien président pourrait affecter le contenu du jugement. Supposons, en effet, que le tribunal estime que la responsabilité des infractions reprochées aux prévenus est imputable à ce témoin irresponsable. La juridiction se trouvera alors dans l'obligation de les relaxer – au risque de donner l'impression que la justice n'a pas été correctement rendue.

La conclusion coule de source. S'il est indubitable que la convocation de Nicolas Sarkozy est constitutionnelle, cela ne suffit pas à la rendre opportune – chacun en jugera. ■

Julien Jeanneney est professeur de droit public à l'université de Strasbourg