

CEPRISCA, collection colloques

Les immunités pénales. Actualités d'une question ancienne

Sous la direction de Gérard Clément et José Lefebvre

CEPRISCA, collection colloques



Quelques mots en mémoire de Madame le Professeur Nicole Decoopman

Madame le Professeur Nicole Decoopman était membre fondateur du CEPRISCA.

Ses activités d'enseignement, de recherche, d'encadrement de thèse, ainsi que ses qualités humaines, ont naturellement conduit les membres du CEPRISCA à lui accorder toute leur confiance pour diriger le centre.

Son implication était permanente et conforme à la vocation d'une Universitaire dans un centre de recherche : indépendante, ouverte et rigoureuse. Ses directions de recherches et participations aux différentes publications du CEPRISCA en attestent.

Nicole Decoopman a profondément marqué tous ceux qui, comme collègues, doctorants, étudiants et membres de l'administration de la Faculté de droit et de science politique d'Amiens ont travaillé avec elle.

Aussi, est-il particulièrement difficile d'évoquer sa présence parmi nous au passé.

Je me souviens d'une directrice de thèse exigeante et présente qui (peut-on souhaiter mieux ?) est devenue une amie.

J. Lefebvre
Amiens, le 23 novembre 2010

Remerciements

Les écrits publiés dans cet ouvrage constituent les actes du Colloque “Les immunités pénales. Actualités d’une question ancienne” réalisé sous l’égide du Centre de droit privé et de science criminelle d’Amiens (CEPRISCA) et du Centre d’études juridiques sur l’efficacité des systèmes continentaux (CEJESCO) de Reims, tenu à Reims le 31 mars 2010.

Les organisateurs du colloque tiennent à remercier sincèrement M. le Professeur Olivier DESHAYES pour son soutien à la réalisation de cette recherche. Ils remercient également M. Jean-Dominique SARCELET, Avocat général près la Cour de cassation et Mme Cécile CHAINAIS, Professeur à la Faculté de droit et de science politique d’Amiens, pour la présidence des demi journées du colloque.

La Faculté de droit de Reims est remerciée pour l’accueil chaleureux qu’elle a réservé aux intervenants.

Tous leurs remerciements vont également à Mme Morgane DAURY-FAUVEAU, Maître de conférences à la Faculté de droit d’Amiens qui a permis, par sa relecture attentive et son travail éditorial, la diffusion et la reproduction de ces actes.

Leur gratitude va également à Monsieur le Professeur Bouloc pour sa dynamique participation au colloque et pour son rapport de synthèse de cette journée.

Gérard CLEMENT,
Professeur de droit privé,
Faculté de droit de Reims,
Université de Champagne - Ardenne
et José LEFEBVRE,
Maître de conférences,
Faculté de droit et de science politique d’Amiens,
Université de Picardie - Jules Verne

Liste des contributions

PREMIERE PARTIE : L'ACTUALITE EN DROIT INTERNE

Une question d'actualité permanente ?

Un exemple d'immunité pénale : l'asile ecclésiastique

Par Bernard d'Alteroche, Professeur d'histoire du droit à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Un regard de droit constitutionnel

Le privilège de juridiction de l'article 68-1 de la Constitution s'apparente-t-il à une immunité ? Autour de l'affaire *Clearstream*

Par Julien Boudon, Professeur de droit public à l'Université de Reims

Un regard sur la famille

Les immunités familiales

Par Béatrice Clément, Maître de conférences de droit privé à l'Université de Reims et Gérard Clément, Professeur de droit privé à l'Université de Reims

Un double regard en matière pénale

Immunité pénale et secret défense

Par José Lefebvre, Maître de conférences de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne

SECONDE PARTIE : L'ACTUALITE EN DROIT COMPARE ET DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Les immunités pénales dans la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme

Par Fabrice Defferrard, Maître de conférences de droit privé à l'Université de Reims

Diverses observations européennes

Les immunités pénales en *Common Law*

Par Mikaël Benillouche, Maître de conférences de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne

Les vicissitudes de l'immunité pénale du premier ministre en Italie

Par Cristina Mauro, Maître de conférences de droit privé à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Observation en droit international public

Crimes et immunités diplomatiques : le droit international peut-il à la fois souffler le chaud et le froid ?

Par Marcel Sinkondo, Maître de conférences de droit privé à l'Université de Reims

Rapport de synthèse

Par Bernard Bouloc, Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

PREMIERE PARTIE :
L'ACTUALITE EN DROIT INTERNE

UN EXEMPLE D'IMMUNITÉ PÉNALE : L'ASILE ECCLÉSIASTIQUE¹

Bernard d'Alteroche

*Professeur d'histoire du droit à l'Université
de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines*

Dans son Dictionnaire de droit criminel² Jean Paul Doucet définit l'immunité comme une sorte de passe-droit, de faveur, plaçant une personne à l'abri de poursuites pénales pour tel type déterminé d'infractions. De plusieurs sortes, *in rem* ou *in personam*, elles peuvent soit concerner l'exercice de l'action publique - ou, du moins, emporter exemption de peine -, soit toucher l'existence même de l'infraction³. Elles constituent donc une exception au principe d'égalité de tous les délinquants devant l'action publique. Selon R. Merle et A. Vitu, certaines de ses immunités s'expliquent pour des raisons d'ordre politique, d'autres sont liées au fonctionnement des institutions judiciaires, d'autres encore d'origine familiale. Quelques-unes aussi sont diplomatiques et visent à faciliter les fonctions des représentants officiels des

1 - L'objet de ces lignes n'est pas de traiter du droit d'asile religieux proprement dit, ni, à plus forte raison du droit d'asile en général à propos desquels il existe déjà une bibliographie abondante et de qualité (cf. n. 6). Le but recherché est plutôt d'essayer de montrer, à partir des recherches précédentes, d'une part le lien entre l'apparition et le développement de l'immunité et l'asile religieux et d'autre part les évolutions de ce dernier.

2 - J.-P. Doucet, « Immunité » dans *Dictionnaire de droit criminel*, <http://ledroitcriminel.free.fr/>.

3 - J.-P. Doucet, *Le droit criminel. Le jugement pénal*, 3^e éd., Saint-Gildas-de-Rhuys, 2008, p. 129.

4 - R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, 5^e éd., Paris, 2001, p. 57.

États étrangers⁴.

Les lignes qui suivent seront consacrées à l'exposé d'une conséquence particulière du principe d'immunité : le droit d'asile⁵ et, plus précisément, le droit d'asile religieux⁶.

Le terme immunité vient du latin *immunitas* qui désigne une exemption ou une dispense et dérive *d'immunis*, formé de *im-* privatif et *munus* charge⁷. À Rome, l'immunité constituait une dispense de toute charge et c'est dans ce sens que le mot est repris, au VI^e siècle dans les compilations de Justinien.

Dans le même temps, l'Église, qui s'est développée dans l'Empire romain, a eu très tôt besoin de biens pour l'exercice du culte et pour assurer sa mission d'assistance. Dès le III^e siècle, elle dispose donc d'un patrimoine important pour les services religieux et charitables⁸. La reconnaissance du christianisme, en 313, a ensuite permis aux communautés épiscopales de recevoir des donations et des libéralités à cause de mort. Ainsi, dès le IV^e siècle, le patrimoine ecclésiastique s'enrichit et, jusqu'au V^e siècle, différentes constitutions impériales octroient à la

5 - Entendu généralement, le droit d'asile est la protection que trouve une personne dans un lieu inviolable où elle ne peut être l'objet d'aucune mesure de coercition. Ce privilège, essentiellement « local », arrête la vengeance privée et paralyse la poursuite judiciaire. Il peut avoir un objet purement humain ou politique ou économique. Le droit d'asile territorial peut présenter deux aspects différents. En droit interne, il peut être reconnu à une portion du territoire national pour favoriser le peuplement ou le commerce ou pour accorder une faveur. Dans le domaine international, il peut se manifester sous deux formes : l'exterritorialité des ambassades, d'une part, et, d'autre part, la prérogative reconnue aux États souverains, en vertu de laquelle ils ne consentent à livrer à la justice répressive d'un État un de ses ressortissants qu'après une procédure d'extradition. Cf. P.-C. Timbal Duclaux de Martin, *Le droit d'asile*, Paris, 1939, p. 1. Ce droit d'asile, qui s'oppose au droit d'asile religieux, ne concerne pas notre sujet et il n'est pas nécessaire de s'y attarder. Il faut cependant signaler que cette question a fait récemment l'objet d'un certain nombre d'études et, sans être exhaustif, on peut citer, par exemple : A. Le Pors, *Le droit d'asile*, 3^e éd., Paris, PUF, 2010, (Que sais-je n° 3733) ; V. Azimi Le « droit » d'asile : « doctrine » et réalités de la Révolution française, dans *L'Étranger en question du Moyen Âge à l'an 2000*, dir. M.-C. Blanc-Chaléard, S. Dufoix, P. Weil, Le Manuscrit, coll. Manuscrit Université, p. 63-136 ; D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., Paris, 2002 ; Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, Paris, 1998 ; G. Noiriell, *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe 1793-1993*, Paris, 1991, particulièrement pour la Révolution et le XIX^e siècle les p. 31 et s. ; Claude Norek et F. Doumic-Doublet, *Le droit d'asile en France*, Paris, PUF, 1989 (Que sais-je n° 2451).

6 - La question de l'asile religieux a fait l'objet de nombreuses études fondamentales dans la première moitié du XX^e siècle avec notamment, les articles de E. Herman, Asile en Orient et de G. Le Bras, Asile en Occident, dans le *Dictionnaire de droit canonique*, éd. R. Naz, 7 vol., Paris, 1935-1965, tome 1, 1935, col. 1084-1089 et 1089-1104 ; mais aussi P.-C. Timbal Duclaux de Martin, *Le droit d'asile*, *op. cit.*, qui représente l'ouvrage de référence sur cette question. Plus récemment, ce thème semble avoir, à nouveau, intéressé les auteurs dont : A. Ducloux, *Ad ecclesiam confugere. Naissance du droit d'Asile dans les églises (IV^e-milieu du V^e s.)*, Paris, 1994 ; J.-L. Gazzaniga, Le droit d'asile religieux : évolution historique, dans *Droit d'asile. Devoir d'accueil*, VIII^e Colloque organisé par la Fondation Jean Rodhain, Lourdes 16-19 novembre 1994, Fondation Jean Rodhain/Desclée de Brouwer, 1995, p. 77-85 ; Ph. Ségur, Le droit d'asile religieux : un droit moribond ?, dans *Droit d'asile. Devoir d'accueil*, *op. cit.*, p. 87-123 ; F. Cherfou, La déchéance de l'asile religieux sous l'Ancien Régime, *RHD*, (87) 2009, p. 391-413.

7 - Au Bas-Empire on trouve employés les termes *immunitas* ou *immunitas*. Au cours de la période franque, c'est la forme *emunitas* qui l'emporte, rarement *immunitas*. À l'époque carolingienne *immunitas* et *immunitas* deviennent les formes les plus fréquemment utilisées. Cf. F.-L. Ganshof, L'immunité dans la monarchie franque, dans *Les liens de vassalité et les immunités*. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions, Bruxelles, 1958, rééd. Paris 1983, p. 171-216, plus particulièrement p. 173.

8 - J. Gaudemet, *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Paris, 1994, p. 108-109.

propriété ecclésiastique des privilèges fiscaux considérables. Ces textes posent donc les bases de l'immunité réelle des biens d'Église exemptés de l'impôt foncier ainsi que des services ordinaires et extraordinaires⁹. À cette immunité réelle s'ajoute une immunité personnelle exemptant les clercs de toute charge fiscale et les soustrayant à la compétence des juridictions laïques¹⁰. Ces questions, qui sont à l'origine même de l'immunité, ne concernent pas le thème abordé ici et il n'est donc pas nécessaire de s'y attarder¹¹. Il en va différemment, en revanche, de la pratique qui se répand à la même époque, de trouver refuge auprès des églises¹².

Traditionnellement, le premier exemple d'« asile » chrétien connu est celui rapporté par Sulpice Sévère († 1^{er} quart du V^e siècle), dans la *Vita sancti Martini* qu'il écrit en 397. Selon lui, en 326, saint Martin, alors âgé de dix ans, aurait cherché asile dans la ville de Pavie. Cependant, comme l'a montré Anne Ducloux :

« Ce refuge dans l'Église et non dans une église, est donc un refuge tout spirituel et non l'expression de l'asile. En affirmant qu'à l'âge de dix ans Martin *confugit ad Ecclesiam*, Sulpice entend surtout prouver que dès son jeune âge Martin s'était déjà réfugié auprès de Dieu, consacré à Dieu [...] mais en aucun cas Sulpice ne prétend que Martin a recherché l'asile dans une église en 326.

La *Vita sancti Martini* ne relate pas, par conséquent, la première manifestation d'asile chrétien. Il faut retarder, chronologiquement, la première apparition d'un exemple d'asile dans les églises chrétiennes à une date ultérieure. Sans doute jusqu'aux années 343-344, période à laquelle le concile de Sardique, malgré un vocabulaire encore hésitant puisqu'il emploie une périphrase qui à première vue est un peu dénuée de sens – *ad misericordiam Ecclesiam*

9 - Les débuts de cette immunité réelle sont obscurs. Un texte de 360 exempte les biens ecclésiastiques de l'impôt foncier (C. Th. 16, 2, 15, pr.). D'autres mesures suivent pour dispenser des corvées et des charges extraordinaires en 382 (C. Th., 11, 16, 15), en 390 (C. Th. 11, 16, 18) et en 397 (C. Th., 11, 16, 21 et 22). Mais, au début du V^e siècle, les difficultés financières de l'État conduisent les empereurs d'Orient comme d'Occident à apporter un certain nombre de restriction à ces privilèges. J. Gaudemet, *Église et cité...*, op. cit., p. 109-110. Sur l'évolution de cette immunité réelle au Moyen Âge, voir G. Le Bras, *L'immunité réelle. Étude sur la formation de la théorie canonique de la participation de l'Église aux charges de l'État et sur son application dans la monarchie française au XIII^e siècle*, Paris, 1920.

10 - Ce privilège dit « du for », qui soustrait les clercs à la compétence des juridictions séculières pour ne relever que des cours d'Église, apparaît au cours des IV^e et V^e siècles. C'est un des privilèges du clergé qui a connu la plus longue durée. Encore présent dans le Code de 1917 il disparaît dans celui de 1983. J. Gaudemet, *ibid*, p. 87.

11 - Sur la question générale des immunités ecclésiastiques voir É. Magnin, *Immunités ecclésiastiques* dans A. Vacant, E. Mangenot, E. Amann, *Dictionnaire de théologie catholique*, t. 7, Paris, 1923, coll. 1218-1262.

12 - Sur l'apparition et le développement de l'asile chrétien voir le travail d'A. Ducloux, *Ad ecclesiam confugere...* op. cit., p. 15.

confugere – , constate que des condamnés et des opprimés se réfugient souvent dans les églises. Que l'expression finalement retenue – *ad ecclesiam confugere* – ne soit pas encore parfaitement fixée, voire figée, tendrait seulement à prouver que l'asile lui-même n'est pas encore stabilisé, que ses principes et son efficacité ne sont pas encore pleinement établis au milieu du IV^e siècle »¹³.

L'asile chrétien s'inscrit dans une longue tradition déjà présente chez les Hébreux¹⁴ mais aussi chez les Égyptiens, en Grèce et à Rome¹⁵. L'asile des églises, quant à lui, attesté dès le concile de Sardique¹⁶, n'a pas toujours été admis même s'il a fini par être accepté et par s'imposer aux puissants comme aux faibles¹⁷. Il faut, en fait, attendre les troubles graves qui éclatèrent à Carthage au printemps 419 pour que les évêques africains réunis en concile dans la ville incitent Honorius et surtout Constance à aménager les conditions de son application¹⁸. En effet, jusqu'à cette date, les résultats de l'asile demeuraient aléatoires puisque le poursuivi se réfugiait dans une église en urgence et d'une façon totale-

13 - *Ibid.*, p. 24-25.

14 - Le droit d'asile existe au Temple de Jérusalem et plus souvent dans les six villes de refuge (Exode, 21, 12-13; Nombres 35, 9-34), où sont accueillis les meurtriers involontaires pour les soustraire à la vengeance des parents, mais non pas les assassins. J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1982, p. 110. Voir aussi D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, p. 22-24.

15 - Chez les Égyptiens et les Grecs, il semble que l'on trouve un véritable asile religieux qui permet à des criminels, à des esclaves et à des débiteurs de trouver une protection efficace en se réfugiant dans les lieux sacrés. En revanche, la justice romaine ne pouvait admettre l'asile susceptible de la mettre en échec en empêchant l'arrestation d'un accusé ou la punition d'un criminel reconnu coupable. D'ailleurs, la langue romaine ne possède pas de terme pour désigner le droit d'asile et, lorsqu'ils y font allusion, les auteurs latins emploient l'expression grecque. Cependant, quelques exceptions existent et l'on peut citer la protection trouvée par les soldats romains auprès des aigles de leurs légions ou, encore, le fait pour un criminel de rencontrer une vestale sur le chemin qui le conduit à son supplice. Au début du principat on voit se développer un nouvel asile. En effet, l'empereur étant déifié, ses temples et ses statues se voient dotés d'un pouvoir de protection et, ainsi, l'esclave qui se réfugie auprès des uns ou des autres ne peut en être arraché. Si l'asile des temples semble être théorique, celui des statues en revanche fut fréquemment invoqué. Sur les précédents à l'asile chrétien et notamment les formes hébraïques, égyptiennes, grecques et romaines voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, *op. cit.*, p. 8-33 et aussi D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, p. 18-22.

16 - Canon 8 : « ... Mais, puisqu'il arrive souvent que ceux qui ont souffert l'injustice ou qui, coupables, ont été condamnés à l'exil ou à la relégation dans les îles ou, en tout cas, ont été frappés d'une sentence quelconque se réfugient dans la miséricorde de l'Église, il faut les secourir et sans hésitation solliciter la clémence. Si cela vous plaît, alors décidez-le. Tous déclarèrent : cela nous plaît et que cela soit institué », trad. A. Ducloux, *Ad ecclesiam...*, *op. cit.*, p. 27.

17 - Aussi, dès cette période, constate-t-on que les violations d'asile, toutes perpétrées sous l'empire d'impérieuses nécessités politiques, étaient dorénavant commises avec d'innombrables précautions. Ainsi l'emploi de la ruse ou de manœuvres dolosives était souvent requis pour que l'ordre d'extraire un réfugié reçoive exécution. », A. Ducloux, *Ad ecclesiam...*, *op. cit.*, p. 159.

18 - « Lorsque de graves désordres se produisent à Carthage au printemps 419, à la suite desquels plusieurs personnes se réfugient dans une église de la ville, nul ne songe à les en déloger. L'abri est si sûr que plusieurs mois après les événements, à l'automne 419, Augustin s'inquiète encore du sort de ces réfugiés. La coutume de l'asile paraît si bien implantée dans les esprits que, malgré la gravité des faits, les autorités africaines ne tentent même pas de se saisir des fugitifs. Cette attitude oblige donc le pouvoir impérial à prendre enfin position. Alors qu'il n'avait jusque-là que toléré cette coutume [...] le temps était venu pour le législateur de décider officiellement si les églises constituaient des lieux où la loi terrestre demeurait suspendue. C'est à ce moment là, en effet, qu'est publiée à Ravenne la constitution de 21 novembre 419, première loi instituant le droit d'asile », *ibid.*, p. 163.

ment improvisée. Dans de telles conditions, il ne pouvait prévoir la fin de sa retraite qui dépendait à la fois de la réaction de la foule et du comportement de l'évêque ou de l'empereur¹⁹. Mais, en 419, une constitution - applicable dans le seul Empire romain d'Occident -, fait de l'asile un droit incontesté dont le mépris est assimilé à un sacrilège. Douze ans plus tard, une constitution du 23 mars 431 étend la reconnaissance légale de l'asile à l'Empire d'Orient²⁰. Ces deux textes, qui ne créent pas le droit d'asile mais le reconnaissent, délimitent à la fois le périmètre sacré et la zone protectrice offerte au réfugié.

Constitution de 419 : « Il convient que l'humanité, pressentie par notre époque, infléchisse la justice. En effet, alors que la plupart des gens ont fui la violence du sort qui s'acharne sur eux et surtout ont choisi le rempart de la défense ecclésiastique, ils souffrent étant enfermés, une non moindre détention que celle qu'ils ont évitée. La sortie en effet ne leur est ouverte à aucun moment sur la lumière du vestibule. Et c'est pour cette raison que la sainteté de la vénération de l'Église restera fixée à cinquante pas au-delà des portes de la basilique. Lieu hors duquel quiconque s'empare de celui qui sort commet un crime de sacrilège. En effet, si un air plus libre est interdit aux misérables, aucune commisération ne peut être dispensée aux réfugiés... »²¹.

Constitution de 431 : « Que les temples du Dieu très Haut soient ouverts à ceux qui ont motif de craindre. Nous prescrivons que les autels divins et lieu de prière du temple, entouré par l'enceinte des quatre murs qui limite intérieurement les églises, ne soient pas les seuls à concourir à la protection des réfugiés ; en revanche, nous ordonnons que l'autel de la compassion s'étende, pour ceux qui s'y réfugient, jusqu'aux dernières portes de l'église, celles que le peuple brûlant du désir de prier franchit les premières, de telle sorte que tout ce qui se trouve placé entre l'enceinte des murs du sanctuaire décrite plus haut et les premières portes de l'église situées après les premiers lieux publics, c'est-à-dire les maisons, les jardins, les bains, les cours et les portiques, protège les réfugiés au même titre que la partie la plus intérieure du sanctuaire.

19 - *Ibid.*

20 - Pour l'étude des événements et leurs conséquences, voir A. Ducloux, *ibid.*, p. 163 et s.

21 - Constitutions Sirmondiennes, 13, trad. A. Ducloux, *ibid.*, p. 207. On trouvera une autre traduction du texte intégral dans : *Les lois religieuses des empereurs romains de Constantin à Théodose II (312-438)*, t. II, *Code Théodosien I-XV, Code Justinien, Constitutions Sirmondiennes*, trad. J. Rougé, R. Delmaire, Paris, Cerf, 2009 (Sources chrétiennes, 531), p. 521-523.

Que personne ne porte une main sacrilège sur ceux-ci parce que, celui qui oserait se verrait dans une position critique et n'aurait plus qu'à demander au refuge un secours pour lui-même. Nous autorisons ainsi l'élargissement afin qu'il ne soit permis à aucun des réfugiés de séjourner ou de manger, de dormir ou de passer la nuit dans le sanctuaire même de Dieu ni auprès des saints autels, toute chose dont le réfugié doit se garder par piété puisque les clercs eux-même le leur interdisent pour raison religieuse »²².

Reprise dès 438 dans le Code Théodosien²³, la loi de 431, « la plus libérale de toute l'histoire du droit d'asile »²⁴ a, par la suite, été appliquée en Occident. D'abord aux sujets gallo-romains des rois wisigoths avec la promulgation, en 506, du Bréviaire d'Alaric²⁵, qui reprend presque *in extenso* les dispositions du Code Théodosien²⁶. Ensuite à tous les sujets gallo-romains du royaume franc après la conquête du royaume wisigothique par Clovis en 507.

Le respect de l'asile dans les églises est ensuite imposé dès le premier concile d'Orléans²⁷, qui l'assure aux homicides, adultères, voleurs, à ceux qui se rendent coupable de rapt et aux esclaves fugitifs²⁸. Le but, cependant, n'est pas de garantir l'impunité mais de soustraire à une vengeance immédiate et permettre l'exercice d'une justice plus sereine²⁹.

Aux VI^e et VII^e siècles, les souverains mérovingiens ayant conservé les pratiques romaines d'exemptions fiscales³⁰ les étendent au

22 - C. Th., 9, 45, 4 ; trad. A. Ducloux, *ibid*, p. 211-212 ; autre traduction du texte intégral dans : *Les lois religieuses des empereurs romains*, op. cit., p. 217-221.

23 - C. Th., 9, 45, 1 - 4. *Theodosiani libri XVI. Cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad theodosianum pertinentes*, éd. Th. Mommsen, P. Meyer et P. Krüger, 2 t. en 3 vol., Berlin, 1954, vol. 1, t. 2, p. 519 et s.

24 - A. Ducloux, *Ad ecclesiam...*, op. cit., p. 235.

25 - Sur le Bréviaire d'Alaric, voir R. Lambertini, *La codificazione di Alarico II*, 2^e éd., Turin, 1991.

26 - *Lex romana visigothorum*, 9, 34 *De his qui ad ecclesias confugiunt*, éd. G. Haenel, Leipsig, 1849, réimp. Anast., Aalen, 1962, p. 208-210 (= C. Th., 9, 45, 4 = C., 1, 12, 3).

27 - Convoqué par Clovis en 511.

28 - Canon 1 : « Au sujet des adultères, des homicides et des voleurs, s'ils se réfugient à l'église nous avons décidé que serait observé ceci, qu'ont décrété les canons ecclésiastiques et qu'a fixé la loi romaine : qu'il ne soit aucunement permis de les arracher de l'atrium de l'église, de la maison de l'église ou de la maison de l'évêque, mais qu'ils ne soient remis qu'à la seule condition d'avoir été garanti par serment prêté sur les évangiles, contre la mort, la mutilation et tout genre de peines, moyennant que le criminel convienne d'une satisfaction avec celui envers qui il est coupable... », J. Gaudemet et B. Basdevant, *Les canons des conciles mérovingiens (VI^e-VII^e siècles)*, [Sources Chrésiennes, n° 353], Paris, 1989, (Sources Chrésiennes) p. 71.

29 - « Les évêques relient le droit d'asile (auquel ils cherchent à donner la plus grande extension) aux procédures de réconciliation et de pénitence [...] On ne saurait exprimer avec plus de clarté la conception pénale qui est, à cette époque, celle de l'Église : éviter les peines sanglantes, et surtout la peine de mort ; favoriser par tous les moyens la réconciliation des parties et la pénitence du pécheur ». J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd., Paris, 2006, p. 102-103.

30 - F.-L. Ganshof, fait remonter les premières concessions d'immunité à Clovis (l'immunité dans la monarchie Franque, dans *Les liens de vassalité et les immunités*, loc. cit., p. 187-188).

domaine judiciaire et l'Église en devient le principal bénéficiaire. Désormais, sauf restriction, les concessions faites à un établissement religieux comprennent l'immunité d'impôt et l'immunité judiciaire. Mais cette dernière, qui n'était au départ que l'accessoire, devient l'essentiel et, de ce fait, les agents royaux n'ont plus accès aux domaines concernés³¹. Progressivement, ce système se généralise au point d'englober la totalité des terres ecclésiastiques et, à présent, *l'immunitas* peut être définie comme un privilège par lequel un domaine précis - ou la totalité des domaines - appartenant à une église sont soustraits à l'action des agents du roi. Le comte, son représentant ordinaire, ne peut plus, sous aucun prétexte, pénétrer sur le territoire du bénéficiaire appelé immuniste. Cependant, si l'immunité écarte et exclue le fonctionnaire, elle laisse subsister l'autorité pleine et entière du roi franc, aussi bien sur le bénéficiaire que sur son domaine. L'immunité constitue donc un privilège dirigé contre les fonctionnaires publics auxquels sont exclusivement adressées toutes les défenses contenues dans le diplôme de concession³². Puis, à la suite des mérovingiens, un des premiers actes de la dynastie carolingienne fut de confirmer en bloc toutes les immunités accordées antérieurement. De plus, avec le développement de la puissance de l'immuniste³³, les nouveaux diplômes concédés reprennent l'interdiction fondamentale faite aux représentants du pouvoir de pénétrer dans les terres des églises immunistes que ce soit pour y exercer des actes d'autorité ou pour y percevoir des taxes et des redevances³⁴.

Ces diplômes, qui semblent étendre l'asile à tout le domaine immuniste, ne soustraient que provisoirement le réfugié à la poursuite des agents royaux³⁵. En effet, afin d'éviter les abus, Charlemagne, qui ne veut pas que le droit d'asile compromette la mise en œuvre de la justice, émet toute une série de mesures³⁶. C'est ainsi, par exemple, qu'il prescrit aux immunistes de livrer au comte les brigands et autres criminels réfugiés sur leurs terres. Ceux qui refuseraient d'exécuter les réquisitions comtales sont menacés de sanctions et, face à une telle situation, le comte est autorisé à entrer dans les biens immunitaires. Enfin, en cas de résistance, l'immuniste peut être condamné à une amende extrême-

31 - *Ibid.*, p. 180.

32 - M. Kroell, *L'immunité franque*, Paris, 1910, p. 83 et s.

33 - *Ibid.*, p. 180 et s.

34 - F.-L. Ganshof, L'immunité dans la monarchie Franque, dans *Les liens de vassalité et les immunités*, *loc. cit.*, p. 196. Pour une étude détaillée de l'immunité carolingienne comme mérovingienne voir M. Kroell, *L'immunité...*, *op. cit.*, p. 83 et s.

35 - L'existence de nombreux domaines à l'intérieur desquels ne pouvaient pénétrer les agents royaux, constituait en puissance et parfois en réalité, un danger pour la paix publique : ces domaines risquaient de devenir et devinrent à coup sur fréquemment des zones réservées où se réfugiaient des brigands et d'où ils ne sortaient que pour perpétrer de nouveaux crimes. *Ibid.*, p. 199.

36 - Sur cette réglementation et son sens voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, *op. cit.*, p. 138 et s.

37 - M. Kroell, *L'immunité...*, *op. cit.*, p. 83 et s.

ment forte de 600 sous³⁷. Indépendamment des abus des particuliers qu'il fallait éviter, les Carolingiens se sont aussi attachés à protéger l'immunité contre les empiètements qui pouvaient provenir de leurs propres agents. Aussi ont-ils, dès l'avènement de la dynastie, prescrit à leurs représentants comme à leurs sujets de respecter le privilège concédé. Toutefois, ce n'est qu'à partir du règne de Louis le Pieux (814-843) que l'insertion de la clause de protection royale dans les diplômes d'immunité est devenue la règle, faisant de cette disposition un élément naturel de cette dernière. Dès lors, le bris d'immunité est puni d'une amende du même montant que celle qui frappait l'immuniste résistant, c'est-à-dire 600 sous³⁸.

Dès la fin du VIII^e siècle Charlemagne a aussi rendu obligatoire, pour les églises bénéficiant du privilège d'immunité, la désignation d'un avoué. Nommé par l'immuniste en présence et sous le contrôle du comte et des notables du *pagus*, cet agent devait représenter l'immuniste en justice et accomplir les actes d'administration. Au début du IX^e siècle il préside le tribunal de l'immunité et assure le cours régulier de la justice à l'intérieur des terres des églises protégées. C'est à lui également, en tant que représentant de l'immuniste, que l'on réclame la production ou la livraison au comte des habitants des terres immunitaires ou des malfaiteurs qui s'y sont réfugiés³⁹. Mais, dès la deuxième moitié du IX^e siècle, l'immunité et l'avouerie prennent des caractères profondément différents et l'avoué finit par soumettre à son autorité tout le territoire de l'immunité. Progressivement, son pouvoir devient tyrannique jusqu'au moment où il n'accepte plus de se soumettre à l'immuniste. Ce dernier perd alors le contrôle de l'immunité entendue au sens large tout en conservant son pouvoir sur l'église et les territoires qui l'entourent, formant ainsi une immunité étroite, exempte de l'autorité de l'avoué⁴⁰. Cette protection resserrée, qui dérive de l'immunité carolingienne, est une conséquence directe non seulement de la paix particulière et du droit d'asile dont elle jouit, mais aussi de l'autorité ecclésiastique à laquelle elle est soumise et de la protection qui lui est accordée⁴¹.

À partir du IX^e siècle, pour faire face aux attaques qu'ils subissent, les établissements ecclésiastiques demandent confirmation de leurs privilèges aux rois et aux papes. Ces derniers leur confèrent alors de véritables diplômes d'immunité, dont les clauses essentielles sont toujours l'exclusion de toute violence et de tout acte judiciaire de l'autorité laïque dans les possessions de l'église protégée⁴². Si, à l'origine, ces

38 - *Ibid.*, p. 201-202.

39 - *Ibid.*, p. 204 et s. mais aussi, P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 148, n. 2.

40 - P.-C. Timbal, *ibid.*, p. 154.

41 - *Ibid.*

42 - *Ibid.*, p. 157.

diplômes sont très différents d'une concession d'asile, petit à petit, le sens de leurs clauses cesse d'être compris et on ne voit plus dans la charte d'immunité qu'un privilège d'asile⁴³. De plus, comme leur rédaction est peu précise, on ne les invoque plus qu'à défaut d'une concession formelle d'asile⁴⁴.

L'évolution se poursuit au cours du X^e siècle. En effet, le droit d'asile englobé dans les diplômes d'immunité est ensuite fortifié par le mouvement de la Paix de Dieu, qui naît en Provence à la fin du siècle. À cette époque, où la justice criminelle régulière fait défaut et où la vengeance privée a repris ses droits, l'Église tâche, en réponse, d'étendre sa protection à quelques catégories de personnes (clercs, pèlerins, femmes, enfants, paysans) et de biens (possessions ecclésiastiques, instruments de labour, etc). À cette occasion, certaines « constitutions de paix » touchant les lieux sacrés contiennent des clauses proches de celles des diplômes d'immunité et de protection⁴⁵.

Progressivement, le lien entre l'immunité et l'asile se renforce dans les sources ecclésiastiques à tel point que les établissements ecclésiastiques qui appuient leurs prétentions au droit d'asile en se basant sur les anciens diplômes d'immunité obtiennent en cas de violation de ce dernier l'amende prévue pour le bris d'immunité⁴⁶. Dans le même temps, les autorités séculières, qui cherchent à créer de nouveaux centres de peuplement, prennent l'habitude de concéder à des établissements ecclésiastiques des territoires au sein desquels les habitants échapperont à toute action du dehors formant ainsi des « sauvetés ». La constitution de celles-ci est alors comparable à celle de l'immunité carolingienne et l'on déclare que les possessions qui entourent leur église ont le même statut. Dès lors, la situation de l'église et celle du territoire de la sauveté sont semblables : tout homme qui s'y réfugie ne peut en être arraché. Lorsque le territoire fixé autour de l'église n'est pas plus grand que son aître, il faut y voir une confirmation du droit d'asile ou, plus exactement, un asile territorial qui recouvre l'asile religieux⁴⁷.

Enfin, c'est à partir du XI^e que l'asile atteint son plus grand développement dans les pays de la chrétienté. La législation ecclésiastique lui donne alors un statut universel. Différents conciles réformateurs s'empa-

43 - *Ibid.*, p. 158.

44 - *Ibid.*

45 - Le premier concile de Latran de 1123 donnera une portée universelle à la paix de Dieu. Son canon 15 précise : « Tout ce qui a été établi par les pontifes romains, nos prédécesseurs, concernant la paix et la trêve de Dieu ou les incendies ou les chemins publics, nous, nous le confirmons par l'autorité du Saint-Esprit », G. Alberigo et alii, *Les conciles œcuméniques*, t. II, 1, *Les décrets*, op. cit., p. 423.

46 - *Ibid.*, p. 158, n. 2.

47 - Sur la création des sauvetés et leur rôle voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 169 et s.

48 - Ainsi l'asile est évoqué en 1050 dans le canon 12 du concile de Coyaca (Mansi t. XIX, col. 789) ; en 1095, dans le canon 10 du concile de Clermont (Mansi, t. XX, col. 818) ; en 1115, dans le canon 3 du concile d'Oviedo (Mansi, t. XXI, col. 131) ; en 1131, dans le canon 14 du concile de Reims (Mansi, t. XXI, col. 461) ; en 1135, dans le canon 14 du concile de Pise (Mansi, t. XXI, col. 490) ; en 1148, dans le canon 14 du concile de Reims (Mansi, t. XXI, col. 717) et en 1190, dans le canon 18 du concile de Rouen (Mansi, t. XXII, col. 584).

rent de la question⁴⁸, préparant ainsi le II^e concile de Latran de 1139 qui se termine par l'énoncé général du droit d'asile⁴⁹. Force est donc de constater que celui-ci, recouvert d'abord par l'immunité carolingienne, ensuite par les privilèges de protection, puis par la paix de Dieu et, enfin, par la création des sauvetés, a été sauvegardé et protégé. Toutefois, il n'aurait pas survécu à ces institutions, si le droit classique de l'Église n'avait élaboré une doctrine qui devait, dans un premier temps, s'imposer au pouvoir séculier⁵⁰.

C'est ce qu'il convient d'aborder en évoquant d'abord à la question du droit classique de l'Église en matière d'asile (section I) avant d'en voir les limites et les remises en cause (section II).

Section I - Le droit classique de l'Église

La théorie de l'asile a été élaborée par les canonistes à partir du milieu du XII^e siècle et surtout après 1234. Leurs réflexions ont porté essentiellement d'une part sur le principe du droit d'asile et la détermination des lieux où il peut s'appliquer (§ 1) et, d'autre part, sur ses effets (§ 2).

§ 1 : Le principe et les lieux de l'asile

Le Décret de Gratien, œuvre fondamentale du droit canonique - dont l'achèvement, vers 1140, représente le début de la période du droit canonique classique, « marquée par le développement d'une doctrine dont la période la plus brillante culmine avec les œuvres majeures de Bernard de Parme († 1266) et d'Hostiensis († 1271) »⁵¹ - réuni bon nombre de textes relatifs à l'asile⁵². Eux seuls font désormais autorité dans l'Église.

Le principe retenu dans le Décret est le suivant : la *lenitas* des clercs et leur devoir de charité les obligent à intervenir en faveur des malheureux de toute sorte. Donc, si ces derniers se réfugient dans une église, le respect dû au lieu sacré et l'intercession cléricale doivent les protéger⁵³. Mais, dans le même temps, la justice ne doit pas être privée

49 - Art. 15 : « Il a aussi été décidé que si, poussé par le diable, quelqu'un se livrait à l'action sacrilège de porter la main avec violence sur un clerc ou sur un moine, il tomberait sous le coup de l'anathème et qu'aucun évêque ne prendrait l'initiative de l'absoudre, sauf en cas de danger imminent de mort, tant qu'il ne se présenterait pas devant le pape et n'accepterait pas ce que celui-ci lui commandera. Nous interdisons aussi à quiconque d'avoir l'audace de porter la main sur ceux qui se seront réfugiés dans une église ou un cimetière. Celui qui le fera sera excommunié », G. Alberigo, *et alii, Les conciles œcuméniques*, trad. Française, A. Duval *et alii*, 2 t. en 3 vol., Paris, 1994, t. II/1, Les décrets, p. 439.

50 - P.-C. Timbal, *Le droit d'asile, op. cit.*, p. 177.

51 - Sur la doctrine et son autorité à cette époque, voir A. Lefebvre-Teillard, L'autorité de la doctrine en droit canonique classique, RHF, 27 (2007), p. 443-457.

52 - Sur ces textes et leur transmission voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile, op. cit.*, p. 178 et s.

53 - D. 87, c. 6 : « Eos, qui ad ecclesiam confugerint, tradi non oportet, sed loci sancti reverentia et intercessione defendi... », *Decretum Magistri Gratiani*, éd. É. Friedberg, Leipsig, 1879, col. 305.

54 - C. 14, q. 6, c. 3, *Ecclesia pro malis intercedat, non eos temere defendat, ibid.*, col. 743.

de ses droits et il est nécessaire que le tort causé par le délit soit réparé⁵⁴. Toutefois, cette réparation ne doit pas se faire à n'importe quel prix et la violation de l'asile est considérée par Gratien comme un sacrilège dont le fondement repose sur l'honneur de l'église⁵⁵.

P.-C. Timbal relève qu'il existe, dans le Décret, une certaine confusion entre l'immunité et l'asile⁵⁶. En effet, si le lieu de l'asile est appelé immunité, le droit d'asile, lui, n'est pas encore qualifié ainsi. Il faut, en fait, attendre la fin du XII^e siècle et des auteurs comme Jean de Faënza ou Huguccio pour voir le mot *immunitas* désigner, pour la première fois, l'asile. Pour le premier, le fait d'extraire une personne réfugiée dans l'église est un sacrilège qui doit être puni de la peine pécuniaire du bris d'immunité⁵⁷. Le second, quant à lui, assimile le périmètre de l'asile religieux à l'immunité⁵⁸. Le droit d'asile est alors considéré comme une conséquence de l'immunité locale, qui met les lieux sacrés à l'abri de toute invasion des laïcs. Dès lors, ce droit appartient à toute église ou chapelle édifiée avec l'autorisation de l'évêque et Grégoire IX précise qu'il n'est pas nécessaire que l'édifice ait été consacré mais qu'il suffit qu'il soit affecté au service divin⁵⁹. Cette opinion, reprise par Bernard de Parme († 1266) dans la glose ordinaire des Décrétales qu'il commence à rédiger vers 1241 et remanie jusqu'à sa mort⁶⁰, est ensuite admise par la plupart des commentateurs⁶¹. Elle concerne également les églises frappées d'interdit⁶². À côté du bâtiment lui-même, son aître, souvent réservée à la sépulture des fidèles, jouit du même privilège⁶³. Gratien reconnaît également de droit d'asile aux monastères⁶⁴, solution facilement acceptée par tous et étendue aux hôpi-

55 - C. 17, q. 4, c. 9: « Reum ad ecclesiam fugientem nemo abstrahere audeat, neque inde donare ad penam vel ad mortem, ut honor ecclesiarum conservetur; sed rectores pacem eius, et vitam, et membra obtinere studeant; tamen legitime componat quod inique fecit », *Decretum...*, *ibid.*, col. 817.

56 - P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, *op. cit.*, p. 196.

57 - « ... quidam tamen ex hoc verbo et proximo saquenti capitulo intelligere volunt quod sacrilegus qui violavit emunitatem alicujus ecclesie si ad ecclesiam maxime eamdem confugerit... », éd. P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, *op. cit.*, p. 196, n. 4.

58 - « In XXX passus vel in amplius spatium, si plus cimiterium ecclesiae pretendatur reverentia et privilegium et emunitas absque exclusione et ita ut ad receptacula domorum extraneorum et extrapositarum non progrediatur », *ibid.*

59 - X, 3, 49, 9: « Ecclesiae, in qua divina mysteria celebrantur, licet adhuc non existerit consecrata, nullo jure privilegium immunitatis admittitur: quia obsequiis divinis dedicata nullius est temerariis ausibus profananda », éd. É. Friedberg, *Corpus Juris Canonici*, t. II, Leipsig, 1881, rééd., 2000, col. 657.

60 - *Glossa ad X*, 3, 49, 9, V^o *Celebrantur, Decretales D. Gregorii papae IX suae integritati unà cum glossis restitutae*, Lyon, 1584, col. 1408.

61 - Sur les opinions développées par ces derniers, voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, *op. cit.*, p. 197 n. 4. 62 - *Ibid.*, p. 198.

63 - Sur le cimetière en général et son rôle en matière d'asile et d'immunité voir, entre autres, A. Bernard, *La sépulture en droit canonique du Décret de Gratien au concile de Trente*, Paris, 1933, p. 55-53 et 56-61 et, plus récemment, M. Lauwers, *Naissance du cimetière. Lieux sacrés et terre des morts dans l'Occident médiéval*, Paris, 2005 particulièrement p. 197 et s.

64 - C. 17, q. 4, c. 21, 4 « Hii qui monasteria, et loca Deo dedicata, et ecclesias infringunt, et deposita vel alia quelibet exinde abstrahunt, dampnum novies componant, et emunitatem tripliciter, et velut sacrilegi canonicae sententiae subigantur », *Decretum Magistri Gratiani*, éd. cit., col. 820.

65 - Sur le statut des hôpitaux, voir J. Imbert, *Les hôpitaux en droit canonique*, Paris, 1947.

taux assimilés à ces derniers⁶⁵.

Cette belle unanimité ne résiste pas, en revanche, lorsque les docteurs abordent la question de la maison épiscopale. Sur ce point, en effet, la doctrine est divisée. Certains lui reconnaissent cette valeur en qualité de maison de l'évêque⁶⁶. Huguccio quand-à-lui, l'admet si la maison est située dans les *passus*. Mais, dans le même temps, il fait remarquer que, même si la maison est loin de l'église, elle est, le plus souvent, dotée du droit d'asile parce qu'elle renferme généralement une chapelle et qu'il en est de même des maisons canoniales⁶⁷. Finalement, à la fin du XIII^e siècle et au début du XIV^e siècle, la plupart des canonistes reconnaissent, comme Jean d'André († 1348) dans son commentaire sur les décrétales rédigé en 1338, que la maison épiscopale bénéficie de ce droit⁶⁸.

Qu'en est-il maintenant de ses effets ?

§ 2 : Les effets du droit d'asile

Le droit d'asile protège aussi bien ceux qui se réfugient dans l'église que ceux qui y résident. Dès lors, ni leurs personnes, ni leurs biens ne peuvent en être enlevés et les réfugiés doivent, en principe, se nourrir avec leurs biens ou travailler. En revanche, s'ils sont dans l'impossibilité de le faire, l'Église doit les entretenir. Cette situation cependant ne peut être permanente et l'asile doit aboutir à une solution⁶⁹.

C'est pourquoi, à partir du XII^e siècle, le droit canonique classique cesse de revendiquer le dessaisissement de la juridiction laïque et préfère, à la place, limiter son pouvoir de répression. Comme le prescrit le Décret de Gratien, le serf n'est rendu à son maître qu'après que ce dernier a prêté le serment d'impunité qui écarte non seulement la peine encourue pour la fuite à l'église mais aussi celle prévue pour la faute accomplie⁷⁰. Les hommes libres ne peuvent eux non plus être

66 - C'est le cas, par exemple, de Jean de Faenza, de Sicard de Crémone ou, encore, de Jean le Teutonique. Pour les opinions de ces auteurs, voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 201, n. 4, 5 et 6.

67 - « De domo episcopi, si in cimiterio ipsius ecclesie continetur intra XXX vel XL passus [...] quid si non continetur in predicto spatio et dicunt quidam quod idem est ubicumque est ; alii dicunt quod non nisi continetur intra predictum spatium, [...] quamvis sit extra cimiterium episcopalis ecclesie, tamen gaudet tali privilegio, non intuitu episcopalis ecclesie, sed intuitu episcopalis capelle, cui tota domus episcopi pro cimiterio deputatur, quod domus episcopi semper solet habere capellam, ideo potius dicere de domo episcopi quam canonici, nam domus canonici, si extra est, cum non habet in se ecclesiam non gaudet tali privilegio ; sed si haberet, gauderet. Si contingat quod capella non sit in domo episcopi et ipsa domus sit extra cimiterium, non concedo quod gaudeat hoc privilegio », éd. P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 202, n. 1.

68 - Johannes Andreae, *Com. ad X, 3, 49, 6 V^o Ad ecclesiam* : « Idem videtur si ad domum episcopi, quod simpliciter placet Hostiensis; alii intelligunt illud, cum domus episcopi est intra XL passus [D. 41, c. 8 : Hospicium quoque non longe ab ecclesia habeat]; Huguccio intellexit, cum in domo et capella », *In V Decretalium Libros Novella Commentaria*, Venise, 1581, réimp. Anast. 1963, p. 237A.

69 - P.-C. Timbal, *Le droit d'asile* op. cit., p. 202-203.

70 - C. 17, q. 4, c. 32 et 36. Sur les commentaires élaborés par les auteurs sur cette question voir. P.-C. Timbal, *ibid*, p. 204.

enlevés de l'église sans une promesse d'impunité renforcée, éventuellement, par un serment⁷¹. Les canonistes se sont alors interrogés sur les effets de celle-ci et Huguccio rappelle à cette occasion les controverses qui les ont opposés, reprises ensuite par la glose ordinaire du Décret rédigée dans les années 1215-1217 par Jean le Teutonique. Certains soutiennent que la promesse doit empêcher les tortures habituellement supportées par les criminels mais non la peine légale infligée par une sentence régulière. D'autres affirment que si le poursuivant ne peut plus accuser le criminel, il n'en va pas de même pour les tiers. D'autres enfin déclarent que toute peine est écartée⁷².

Pour Huguccio, à l'exclusion de tous les châtimens corporels, les peines pécuniaires comme la restitution de l'objet volé, le paiement de la dette ou la réparation du tort causé peuvent être infligées au coupable⁷³. Cette solution, reprise au XIII^e siècle par les canonistes, est ensuite consacrée par la Glose ordinaire du Décret rédigée qui, à cette occasion, reprend les propos d'Huguccio⁷⁴. Enfin, dans les années 1234-1243, Vincent d'Espagne précise qu'on ne peut plus agir que civilement contre le criminel qui a invoqué le droit d'asile⁷⁵. Poursuivant leur réflexion, les auteurs se sont également interrogés sur les limites de la promesse exigée de la part du poursuivant. En effet, si ce dernier est païen ou juif, on ne peut lui demander un serment sur ses dieux. Dans ce cas, Huguccio précise qu'on exige de lui des fidéjusseurs ou un gage⁷⁶.

Il ne suffit toutefois pas de poser un principe pour qu'il soit respecté et la pratique montre que les cas de violation de l'asile ne sont pas rares⁷⁷. Pour tenter d'y remédier, les canonistes rappellent qu'un tel acte

71 - C. 17, q. 4, c. 9 et 36 et X, 3, 49, 6.

72 - Sur ces discussions voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile, op. cit.*, 205.

73 - « Praestat ei emunitatem ad penas corporales, non autem ad alias », *ibid.*, n. 2.

74 - *Glossa ad C.* 17, q. 4, c. 9, V^o *Reum* : « Statutum est in hoc canone ut praelatus defendat reum ad ecclesiam fugientem a poena corporali ; tamen, quod abstulit, cum poena pecuniaria reddat. » et vis *Vel ad mortem* : « Sed numquid poterit postea accusari iste de illo crimine ? Si non potest, ergo crimina remanebunt impunita : quod esse non debet ut Extra De sententia excommunicationis, Ut famae [X, 5, 39, 35]. Et sic privilegium ecclesiae erit multis occasio delinquendi ; propter hoc dicunt quidam quod a quolibet potest accusari postea, praeterquam ab illo qui promisit impunitatem. Sed qui sic respondet, nititur contra privilegium ecclesiarum, quod est injustum vel haereticum ut 22 distinctionem, Omnes [D 22, 1] Ad quid enim impetraret ecclesia ei vitam si pro eodem crimine postea decapitaretur ? Dicas ergo quod hoc est privilegium ecclesiae, quod talis amodo nec vitam nec membrum perdat, sed quod alias pecuniariter satisfaciatur. Vel si hoc non potest, serviat ei perpetuo, quem laesit ut 36, De Raptoribus [C. 36, q. 1, c. 3], *Decretum Gratiani emendatum et notationibus*, Venise, 1584, col. 1180-1181.

75 - « civiliter tamen cum eis agi potest », éd. P.-C. Timbal, *Le droit d'asile, op. cit.*, p. 206, n. 5.

76 - « ... et si queratur ab alio judeo vel pagano quam securitatem de impunitate, recipiet ecclesia ab eo fidejussorias vel pignoraticias et [...] non juratorias per suum deum colit vel per alium si per alium jurat in sua gente », éd. *ibid.*, n. 8.

77 - Les interdictions évoquées par les canonistes permettent d'avoir une idée des tentatives menées par les autorités séculières pour récupérer le réfugié. Ainsi, est-il interdit de mettre le feu à l'église, de tuer le réfugié, de le blesser ou de lui refuser le nécessaire ou encore de le faire sortir en saisissant du dehors la partie de son vêtement qui dépasse à l'extérieur du périmètre protégé. Certains, également, redoutant les sanctions canoniques croient trouver une parade en faisant extraire les réfugiés par des hommes déjà excommuniés ou des musulmans. Cf. P.-C. Timbal, *Le droit d'asile, op. cit.*, p. 209-210 et 245-246.

78 - *Ibid.*, p. 207.

est sanctionné par la peine pécuniaire du bris d'immunité⁷⁸ et Hostiensis, dans sa *Summa aurea* rédigée entre 1250 et 1261, évoque le droit romain qui prévoyait la mort comme crime de lèse-majesté⁷⁹. Pour le droit canonique, cette violation constitue un sacrilège et les conciles déjà cités des XI^e et XII^e siècles frappent les coupables d'excommunication. Parfois, aussi, l'Église peut réclamer le concours des autorités séculières afin de châtier celui qui a violé l'asile⁸⁰.

L'Église doit donc apporter sa protection à chacun et le droit d'asile peut être invoqué par tous. À partir du XI^e siècle, ce principe comporte cependant des limites et les pouvoirs laïcs cherchent à en réduire la portée.

Section II - Les limites et les contestations du droit d'asile

Dans l'intérêt de la sécurité publique, l'Église refuse l'asile à des criminels jugés particulièrement dangereux avec la création de cas exceptés (§ 1). Les puissances séculières quant à elles interviennent au motif que ce droit encourage les délinquants (§ 2).

§ 1 : Les cas exceptés

Dans la lettre qu'il adresse en 1059 à tous les évêques de Gaule, reprise ensuite dans le Décret de Gratien, le pape Nicolas II excepte de l'asile le brigand notoire. À cette occasion il déclare que celui qui enlève un tel individu de l'église ne se rend coupable d'aucune violation⁸¹. Commentant ce texte, à la fin du XII^e siècle, Simon de Bisignano précise qu'il faut entendre par brigand notoire celui qui ravage les champs la nuit et désole les voies publiques⁸². Les canonistes postérieurs, quant à eux, lui assimilent les bandits de grands chemins qui détruisent les récoltes, pillent les maisons, assaillent les voyageurs et constituent un danger particulier pour la collectivité. On peut donc tuer impunément

79 - Hostiensis, *Summa ad X*, 3, 49, V^o *In quantum* : « Si hoc facere attempterit, sciat se majestatis crimine irretitum et sic ultimo supplicio punietur », *Summa aurea*, Lyon, 1537, réimp. Aalen, 1962, f^o 190v^o, n^o 8.

80 - Ainsi, en 1231, Grégoire IX demande au comte de Toulouse de châtier Bernard de Comminges et ses complices qui ont arraché de l'autel un moine de Conques, l'ont blessé et pendu. Sur cette question de l'intervention des autorités laïques, voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 247 et s.

81 - C. 17, q. 4, c. 6 § 1 : « Qui autem confinium eorum confringere temptaverit, aut personam hominis, vel bona ejus inde subtraxerit, nisi publicus latro erit, quousque emendet, et quo rapuerit reddat, excommunicetur », *Decretum Gratiani*, éd. cit., col. 816.

82 - Simon Bisignanensis, *Summa ad C*. 17, q. 4, c. 6, V^o *Sicut antiquitus usque nisi publicus latro* : « uel sacrilegus qui non gaudet priuilegio ecclesie quam non metuit uiolare, ut infra eadem. q. Frater [C. 17, q. 4, c. 10] et in Extra. c. Cum sacrosancta. [X, 2, 28, 5]. Publicus autem latro ille dicitur qui militum uel priuatorum agros nocturnus populator aut itinera frequentata insidiis aggressionis obsedit, ut Cod. lib. III. quando licet sine iudice, I. I. et II [C. 3, 27, 1 et 2]. Éd., P. V. Aimone, www.unifr.ch/cdc/summa_simonis_de.php, p. 332.

83 - Sur les positions des différents auteurs, voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 212.

ces hommes s'ils sont publiquement connus comme tels⁸³.

À la même époque un mouvement se dessine pour excepter également de l'asile ceux qui profanent les lieux saints comme l'affirme Simon de Bisignano⁸⁴. Les plaintes séculières se multipliant contre l'impunité des criminels qui, pour jouir de l'asile, accomplissent volontairement leurs méfaits dans les églises ou les cimetières, l'Église établie une troisième exception. En 1234, Grégoire IX déclare que les coupables d'homicide et de mutilation qui agissent sous espérance d'immunité sont indignes de l'asile⁸⁵. Cette mesure est ensuite justifiée dans la glose ordinaire des Décrétales qui précise qu'on ne peut invoquer le bénéfice d'une loi qu'on a violée, ni le privilège d'un lieu que l'on n'a pas respecté⁸⁶. Si, à l'origine, cette exception ne concerne que l'homicide ou la mutilation dans le lieu sacré, les auteurs postérieurs affirment que tout délit commis dans un tel endroit rend indigne de l'asile comme le souligne encore Bernard de Parme qui évoque « tous autres méfaits »⁸⁷.

La question des païens, des juifs et des hérétiques est plus délicate. Le *De consecratione*, qui constitue la troisième partie du Décret de Gratien précise que l'entrée de l'église ne leur est pas interdite⁸⁸. Aussi, Huguccio, à la fin du XII^e siècle, reconnaît-il à tous le droit d'asile fondé sur le respect dû aux lieux sacrés sauf, bien sûr, s'il s'agit de brigands notoires⁸⁹. Mais, au milieu du XIII^e siècle, Innocent IV se contente d'in-

84 - Simon Bisignanensis, *Summa ad C.* 17, q. 4, c. 6, V^o *Sicut antiquitus* usque *nisi publicus latro*: « uel sacri-legus qui non gaudet priuilegio ecclesie quam non metuit uiolare... ». Éd. cit., p. 332.

85 - X, 3, 49, 10, *Qui sub spe immunitatis in ecclesiis vel coemeteriis delinquant, immunitate non gaudent*: « Immunitatem ecclesiasticam (Et infra:) Nonnulli, impunitatem suorum excessuum per defensionem ecclesie obtinere sperantes, homicidia et mutilationes membrorum in ipsis ecclesiis vel earum coemeteriis committere non uentur: qui, nisi per ecclesiam, ad quam confugiunt, crederent se defendi, nullatenus fuerant commissuri. (Et infra:) Quum in eo, in quo delinquit, puniri quis debeat, et frustra legis auxilium invocet qui committit in legem: mandamus, quatenus publice nunciatis, tales non debere gaudere immunitatis privilegio, quo faciunt se indignos. » Éd. cit., col. 657.

86 - Glossa ad X, 3, 49, 10, *Casus*: « ... Qui offendit canonem beneficium illius impetrare non potest. Item ipso facto amittit quis privilegium. Item non debet quis offendere illum a quo sperat auxilium ». Et V^o *Sperantes*: « Nemo enim sub spe veniae peccare debet [...] quia facilitas veniae incentiuit delinquendi »; Vis *Quo faciunt se indignos*: « Et merito, quia non iure ad supplicandum debet admitti ubi committere sacrilegium non expavit, XVII, quaestio 4, Frater et capitulum sequitur [C. 17, q. 4, c. 10 et 11] unde sumptum fuit [...]. Et est contra Hug[uccionem] qui dicit super illo capitulum Frater, quod et isti debent habere immunitatis privilegium si confugerint ad ecclesiam, et nisi satisfecerint, non admittuntur postea ad supplicandum, id est, orandum in ecclesia; et pro eo est supra eodem. Inte alia ubi tantum duae personae excipiuntur, XVII, q. 4, Sicut Antiquitus [C. 17, q. 4, c. 6] ubi canon tantum publicum latronem excipit. Et ita hic contradicit praedictis iuribus proximis et Hug[uccione]. Dicas quod non contradicunt, quia illa decretalis Inter et omnia illa iura quae illud dicunt, intelliguntur quando confugientes ad ecclesiam non deliquerunt in ecclesia vel coemeteriis, sed alibi: unde ecclesia praestat tunc eis immunitatem. Et Hug[uccio] male dixit... » *Decretales D. Gregorii papae IX...*, éd. cit., col. 1408-1409.

87 - Glossa ad X, 3, 49, 10, *Casus*: « Quidam in ecclesiis vel in coemeteriis earum committunt aliqua homicidia et alia maleficia », *ibid.*

88 - De Consecratione, D. 1, c. 67: « Episcopus nullum prohibeat ingredi ecclesiam et audire verbum Dei, sive gentilem, sive haereticum, sive iudaicum, usque ad missam catechumenorum ». *Decretum Gratiani*, éd. cit., col. 1312.

89 - « Ego tamen concedo quod quilibet fuerit iudeus seu paganus seu cuiuscumque alterius gentis gaudebit hoc privilegio. Cum canones generaliter loquantur et dicant nullum confugientem ad ecclesiam debere abstrahi, nisi sit publicus latro, hoc enim privilegium non erit datum tam in tuitu et favore confugientium, cum sepe pessimi in ecclesia defendantur, quam in tuitu et reverentia sacri loci ». Éd. P.-C. Timbal, *op. cit.*, p. 219, n. 2.

diquer que les juifs sont admis à l'asile par certains et non par d'autres. À la fin du siècle, Martin IV déclare que les « juifs apostats » sont indignes de l'asile et cette indignité est étendue aux hérétiques. Pour ce qui est des excommuniés, auxquels l'entrée de l'église est refusée, ils sont, tout naturellement, exclus de l'asile⁹⁰. Plus délicat, aussi, est le cas des débiteurs. En effet si, en 1054, le concile de Narbonne exclu les débiteurs et les fidéjusseurs qui contestent leur engagement et refusent d'exécuter leur obligation⁹¹, cette décision est repoussée en bloc par le droit classique. Toutefois, dans le but de sauvegarder les intérêts des créanciers qui risqueraient d'être floués par une telle mesure de protection, Hostiensis n'hésite pas à reprendre les dispositions de la loi *Praesent*⁹² qui prévoyait des mesures pour sauvegarder les intérêts légitimes des créanciers sans priver les débiteurs de l'asile⁹³. Mais cette procédure, contestée par certains comme Guillaume Durand le jeune († 1328)⁹⁴, ne semble pas avoir été généralisée.⁹⁵

À côté des restrictions posées par la législation canonique et la doctrine qui l'accompagne, le pouvoir monarchique grandissant ne manque pas de contester, à son tour, le droit d'asile religieux.

§ 2 : Les contestations du droit d'asile

Aux XII^e et XIII^e siècles, le pouvoir séculier ne conteste ni le principe du droit d'asile, ni la compétence de l'Église pour en fixer les règles. Ainsi, entre 1228 et 1320 saint Louis et Philippe le Long confirment globalement les « libertés, franchises et immunités » des églises du royaume⁹⁶. De même, en 1300, Philippe le Bel enjoint aux sénéchaux de Gascogne et du Périgord de respecter le droit d'asile⁹⁷. Cet ordre est renouvelé deux ans plus tard dans une ordonnance en faveur des églises du Languedoc qui précise, à cette occasion que ceux qui se réfugient dans les lieux d'asile ne peuvent en être extrait, sauf dans les cas

90 - Sur les hésitations et l'évolution des opinions vis-à-vis de l'asile accordé ou non à des juifs, des hérétiques et des excommuniés, voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile, op. cit.*, p. 219.

91 - Canon 8 : « De debitoribus vero et fidejussoribus, ut si contendunt ea quae debent, projiciantur ab ecclesia : et in illorum parochia nemo faciat sacrum ministerium, usque praescripti debitores reddant debita ». Mansi, t. XIX, col. 829.

92 - C., 1, 12, 6.

93 - Hostiensis, *Summa ad X*, 3, 49, V^{is} In quantum : « ... aut est liber christianus, et is aut confugit volens vitare litigium ut civiliter converteretur, et is recipitur, nec est ei [...] aliqua violentia interferenda [...] potest se defendere per se alium sicut elegit [...] alii contra ipsum procedunt et distrahunt bona sicut licet et, si ecclesia habet, tenetur redere », éd. cit., f^o 190, n^o 8.

94 - Guillelmus Durandi, *Tractatus des modo generalis concilii celebrandi*, Rubr. XLV : « ... Nec ecclesia reddat bona talium, quae aliquando habet, sicut tenetur facere secundum dictam legem praesenti », *Tractatus de modo generalis concilii celebrandi*, Lyon, 1531, f^o 166.

95 - P.-C. Timbal, *Le droit d'asile, op. cit.*, p. 220.

96 - A. Fontanon, *Édits et ordonnances traitant de la police sacrée et de la discipline ecclésiastique*, Paris, 1611, t. IV, p. 587.

97 - P.-C. Timbal, *Le droit d'asile, op. cit.*, p. 226.

permis⁹⁸. Le Parlement rend également de nombreux arrêts dans lesquels il fait respecter cette immunité⁹⁹. Philippe de Beaumanoir la justifie dans ses coutumes de Beauvaisis tout en tenant compte des cas exceptés¹⁰⁰. Mais, dans le même temps, ce droit est souvent mal respecté¹⁰¹ et l'accueil de réfugiés ne va pas sans poser des difficultés¹⁰². Des hésitations et des résistances se font jour.

Cette tendance trouve appui sur le droit romain que l'on recouvre à la même époque et qui, sur cette question, diffère du droit canonique. Afin de combattre la législation de l'Église, il est nécessaire pour la puissance civile d'affirmer, avant tout, son droit de légiférer en matière d'asile¹⁰³. Les légistes y parviennent à partir du XV^e siècle en affirmant que c'est par respect pour les lieux sacrés que le législateur romain a interdit à ses agents d'en extraire les criminels et qu'il peut donc en modifier les prescriptions¹⁰⁴. Or, comme il est désormais admis que, dans le royaume de France, le roi, à l'image de l'empereur romain, possède le pouvoir d'édicter des lois, la voie est ouverte aux limitations législatives. Dès lors, chaque fois qu'un désaccord survient entre les textes canoniques et romains, les juges séculiers appliquent ces derniers.

Si la détermination des lieux d'asile, à laquelle le droit romain avait contribué, est sans équivoque, des différences surgissent quant à ses effets. Alors que les canonistes l'ouvraient à tous, sauf de rares exceptions, les légistes partent du principe opposé. Dès la fin du XIII^e siècle, Pierre de Belleperche († 1308) affirme que lorsqu'un individu invoque le droit d'asile, on doit d'abord se demander s'il est catholique. Dans le cas contraire, il en est exclu. Pour le catholique, on doit encore distinguer si le délit a été commis dans l'église ou en dehors. Dans le premier cas il est alors privé de l'asile et l'évêque peut le remettre au juge séculier. Dans le second, si le réfugié est serf il n'est

98 - C. 27 : « Confugientes ad ecclesias non extrahatis ab eis, nec extrahi permittatis, nisi in casibus a iure permissis », *Ordonnances des roys de France de la troisième race*, éd. E. de Lauriere, vol. 1, Paris, 1723, p. 344.

99 - Ainsi en 1304 « Per idem iudicium absoluti fuerunt dicti major, jurati et communia ab huiusmodi petitione religiosorum praedictorum, salva dictis religiosis libertate seu immunitate confugiencium ad ecclesiam et atrium eorumdem ». A. Beugnot, *Les Olim ou registre des arrêts rendus par la cour du roi*, 3 t. en 4 vol., Paris, 1839-1848, vol. 3, p. 150. Sur les lieux d'asile voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 227-236.

100 - « Li lieu saint si sont cil qui sont dedié est establi pour fere le service Nostre Seigneur, si comme eglises, moustier, chapeles, cimentiere et mesons d'abbeies privilegiees. Tous teus manieres de lieux doivent estre gardé si dignement que tuit cil qui i queurent a garant, combien qu'il aient mesfet ne de quel que mesfet il soient repris, soient clerks soient lai, il doivent avoir garant tant comme il s'i tiennent, essieutés III cas es queus nus lieux tant soit sains ne doit garantir ceux qui en sont coupable, ainçois les puet prendre la justice laie en quel que lieu qu'ele les truiet et ne s'en doit sainte Eglise meller ». Philippe de Beaumanoir, *Les coutumes de Beauvaisis*, éd. A. Salmon, 2 vol., Paris, 1899-1900, vol. 1, p. 159.

101 - Sur le non respect de ce droit voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 245 et s.

102 - Problèmes liés à la qualité du réfugié mais aussi à la gravité de ses crimes et à sa tenue dans le lieu qui l'accueille. Sur ce point voir P.-C. Timbal, *ibid.*, p. 334-337.

103 - *Ibid.*, p. 261.

104 - Sur les arguments développés par les civilistes voir P.-C. Timbal, *ibid.*, p. 262-267.

admis que s'il risque de graves sévices sinon il est rendu à son maître avec serment d'impunité. Si c'est un homme libre qui s'est réfugié à cause d'une dette publique, il doit être cité dans le lieu sacré et ses biens font l'objet d'un envoi en possession. S'il s'agit d'une dette privée, il a un délai de trente jours pour se défendre. Mais, s'il a commis un crime et que la faute est atroce il est exclu de l'asile. Enfin, les autres délits sont aussi des causes de déchéance chaque fois qu'ils sont commis volontairement et non par cas fortuit¹⁰⁵.

Ce tableau, extrêmement clair, est adopté par les canonistes du XV^e siècle rendant ainsi leur tentative de riposte peu énergique et les conduisant, en fin de compte, à se contenter de réaliser une synthèse sans véritable intérêt pratique. Ainsi, selon eux, l'immunité ecclésiastique (le droit d'asile), l'immunité des ecclésiastiques (l'immunité réelle) et l'immunité personnelle des clercs sont les trois aspects de ce qu'ils désignent comme constituant, au sens large, l'immunité de l'Église¹⁰⁶. Dans le même temps, la liste des cas d'indignité s'accroît, non pas par la voie législative mais par l'action de la jurisprudence, qui s'attache à interpréter les textes relatifs aux cas exceptés pour justifier de nouvelles exclusions¹⁰⁷.

À partir du XVI^e siècle, la Réforme et le renforcement du pouvoir étatique portent un grand coup au droit d'asile. La France est le premier pays catholique atteint. En 1539 l'article 166 de l'Ordonnance de Villers-

105 - « Aut non est catholicus, sicut judaeus, et tunc dico quod non gaudet immunitate Ecclesiae [...] Aut est catholicus, et tunc intra ecclesiam deliquit, aut extra ecclesiam. Si intra ecclesiam, tunc nullam Ecclesiae immunitatem habebit [...] de ecclesia in qua deliquit per episcopum loci extrahetur et iudici saeculari tradetur. Aut extra ecclesiam deliquit, et tunc aut est servus, aut liber. Si servus tunc aut fugit propter saevitiam domini, et tunc habebit Ecclesiae immunitatem; aut fugit propter levem offensam, vel quia domino suo noluit servire, et tunc non gaudebit immunitate Ecclesiae, sed indilata domino restituetur, praestita cautione a domino quod male eum non tractabit; aut propter aliam causam fugit, ut quia commisit delictum; tunc dicit glossa quod indistincte domino suo est restituendus. Sed numquid justitia cape- ret eum in domo domini, sicut etiam si dominus suus esset comes. Glossa intelligit: aut dominus respicit eum, nec scit quod caperetur: tunc domino restituetur; sed si temerit probabiliter quod alias posset coerceri ex delicto illo, tunc domino non restituetur: quia quantum ad Deum non est acceptio personarum. Aut est liber homo qui fugit ad ecclesiam: aut fugit propter oppressionem debitorum, et tunc aut est debitor reipublicae, et isto casu gaudet immunitate: tamen citabitur ibi, et si non veniat fiet missio in possessionem bonorum suorum [...] aut est debitor privatus et tunc iudex infra xxx dies sibi dabit assecuritatem et se defendet, et si condemnetur, sententiam demandabit executioni contra eum; post xxx dies si velit redire ad ecclesiam; tamen iudex prout poterit sententiam exequetur. Aut propter delictum fugit, et tunc jure nostro si auferat propter atrocem delictum, puta propter homicidium vel rapinam vel hujus- modi, et tunc non gaudebit immunitate ecclesiae [...] Jure vero canonum dicunt ubi propter atrocem delictum fugit, gaudet immunitate ecclesiae, et ideo homicidas dicunt gaudere immunitate ecclesiae. Sed dicunt: aut ex casu fortuito furtum vel homicidium commisit et tunc gaudet immunitate Ecclesiae, aut ex deliberatione commisit, et tunc in talibus non gaudet immunitate Ecclesiae [...] Sed mihi videtur quod jura contradicunt. Dicunt enim: raptor virginis habet immunitatem Ecclesiae et tamen deliquit cum delibera- tione. Secus si aliquis propter calorem hominem interfecit. Scio tamen quod non gaudet immunitate Ecclesiae. Quid tunc dicemus? Quidam volunt dicere, quandoque atrocem delictum committit quis intentione illa, ut ad ecclesiam refugiat. Et ita fuit pactum Parisius [...] Quandoque committit atrocem delictum, non tamen illa intentione ut ad ecclesiam confugiat, et tunc aut illud delictum commisit casu, et tunc gaudet; aut commisit illud delictum motu stimulo carnis, et tunc excusatur; aut non motu stimulo carnis et tunc non gaudet immunitate ecclesiae. Et ita distinguitur ibi in c. Inter alia ». Cité par P. C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 266, n. 5.

106 - Sur cette évolution et sur les discussions qui ont agité les canonistes voir P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 268-286.

107 - Il en va ainsi de tous les actes commis *insidiosae* et de tous les crimes *graviora et enormia*. À cela s'ajoute l'homicide de propos délibéré et de guet-apens. Sur ce point et la réaction des clercs voir *ibid.*, p. 338 et s.

Côtterets abolit le droit d'asile en matière civile et, pratiquement, en matière criminelle¹⁰⁸. Sur la portée de ce texte, toutefois, les auteurs sont divisés. Certains, sous l'Ancien Régime comme de nos jours considèrent qu'il marque la fin de l'asile¹⁰⁹. D'autres, plus prudents, se contentent de constater que le texte paraît l'abolir¹¹⁰ ou que « l'immunité aurait été abrogée »¹¹¹. Le dernier état de la recherche sur cette question opte pour cette seconde position¹¹². D'autres textes interviennent encore, durant le XVI^e siècle, pour restreindre le droit d'asile¹¹³. Aux XVII^e et XVIII^e siècles les juristes développent une double argumentation contre l'asile religieux. Selon eux, en effet, ce droit ne peut que favoriser l'impunité et empêcher la justice de s'exercer¹¹⁴. Une telle pratique

108 - « Il n'y aura lieu d'immunité pour debtes ni autres matières civiles et se pourront toutes personnes prendre en franchise, sauf à le réintégrer, quand y aura prinse de corps décerné à l'encontre d'eux, sur les informations faites de cas dont ils sont chargés et accusés, qu'il soit ainsi ordonné par le juge ». Éd. F.-A. Isambert et alii, Recueil général des anciennes lois françaises, 29 vol., Paris, 1822-1833, Paris, t. 12, 1827, p. 634. Sur cet article et ses conséquences, voir F. Cherfou, « La déchéance de l'asile religieux sous l'Ancien Régime », RHD, (87) 2009, p. 391-413 plus précisément p. 403-404.

109 - « Les Eglises servoient autrefois d'asile aux criminels, qu'on ne pouvoit retirer des lieux saints pour les livrer à la justice séculière. Ce privilege n'a plus de lieu en France, les accusez qui sont decretez, peuvent être tirez même du pied des Autels. Ce n'est pas manquer de respect pour les Eglises de l'abolir une franchise qui entretenoit en quelque manière le crime par l'esperance de l'impunité », L. de Héricourt, Les loix ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel, Paris, 1719, ch. VI, n° XVIII, p. 478 ; « Les Asyles autrefois si venerables et si inviolables dans l'antiquité, ne sont plus respectez. L'ordonnance de l'an 1534 a justement aboli toutes ce franchises, comme contraires à la justice, et qui ne servoient que pour accroître l'audace des méchans, et pour acquerir l'impunité des plus grans crimes... », H. Basnage, Œuvres d'Henri Basnage contenant ces commentaires sur les coutumes de Normandie et son traité d'hypothèque, Rouen, 1709, 3^e éd., t. 1, art. 49, p. 101 ; « ... L'ordonnance dit par le Juge, ce qu'elle entend du juge seculier ; parce que les Ecclesiastiques pretendoient que c'estoit à eux de cognoistre si l'accusé deuroit estre tiré de la franchise ou non : mais depuis l'Ordonnance les franchises ayans tout à fait esté ostées, ainsi que nous disons... », A Théveneau, Commentaire sur les ordonnances contenant les difficultés neuves entre les docteurs du droit canon et civil tant en matière bénéficiale que civile et criminelle, Lyon, 1653, V^o Franchise, p. 576 ; P.-C. Timbal, Le droit d'asile, op. cit., p. 368 ; D. Alland, C. Teitgen-Colly, Traité du droit de l'asile, Paris, PUF, 1^{er} éd., Paris, 2002, p. 24.

110 - C. de Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique, t. I, Paris, 1740, V^o Asile : « L'Église autrefois étoit un lieu d'asile : mais l'Ordonnance de François I^{er} de l'an 1539 paroît abolir ces franchises, puisqu'elle autorise les juges à ne pas les maintenir comme ils faisoient auparavant ».

111 - « ... comme aussi le droit d'asile auroit esté de tout temps en grand reverence, mesmes entre les Grecs et les Romains [...] et auroit esté grandement blasmé Eutropius d'avoir conseillé à l'Empereur Arcadius d'oster l'immunité Ecclesiastique, mais sa constitution auroit esté incontinent revoquee et abolie [...]. Et le mesme Eutropius se seroit defendu, et aydé du droict de ladicte immunité s'estant refugié en l'Eglise, pour éviter la fureur du peuple et des soldats. Par l'ordonnance du Roy François I de l'an 1539, pour les abus qui en avenoient, elle auroit esté abrogée tant pour debtes civiles, que pour crimes ». L. Charondas le Caron, Pandectes ou digestes du droit français, Paris, 1637, p. 62.

112 - « On ne peut donc soutenir que cette ordonnance nie l'asile de façon absolue. Le poids des mots est ici important, même si bien entendu le fait de rendre le juge séculier compétent en matière de cas exceptés et l'autoriser à saisir le réfugié préalablement à l'examen de l'affaire sur le fond, est une grave atteinte au principe de l'asile. La nuance se situe donc entre une limitation sérieuse apportée à l'asile et son abolition pure et simple. » F. Cherfou, La déchéance..., loc. cit., p. 404-405.

113 - Par exemple un édit d'Henri II de juillet 1547 ou encore le « Code » Henri III. Sur ce point, voir F. Cherfou, « La déchéance... », loc. cit., p. 405.

114 - « ... l'asile, par la protection qu'il accorde aux réfugiés, leur assure la possibilité de se soustraire à la punition qu'ils méritent. Or la conception du droit pénal de l'époque envisage la peine et son exécution comme une nécessité absolue et une contrepartie indispensable au dommage résultant de la commission du crime ou du délit. Le criminel, par son acte, rompt un certain équilibre et le rôle de la peine est de le rétablir. Le refuge dans un lieu d'asile, en empêchant que le délinquant soit appréhendé et condamné, supprimerait cette contrepartie. D'aucuns affirment alors que l'asile est un encouragement au crime, par l'impunité qu'il cautionne et par l'indulgence dangereuse qu'il promet... ». F. Cherfou, La déchéance..., loc. cit., p. 398.

nuit à l'effectivité de la justice séculière alors que cette dernière doit retrouver sa plénitude¹¹⁵.

Au même moment les papes, tout en réaffirmant le principe de l'immunité locale allongent la liste des cas exceptés. Ainsi, en 1591 Grégoire XIV y range l'assassin et ses complices ; en 1725 Benoît XIII ajoute les délits commis dans l'administration des monts de piété et la fabrication des monnaies ; en 1750, enfin, Benoît XIV l'étend aux duellistes¹¹⁶. Ces textes laissent cependant le soin à l'évêque du diocèse d'apprécier si le réfugié a vraiment commis l'un des crimes ou des délits exclus. C'est à ce dernier, également, que revient le droit d'ordonner la livraison du réfugié à la justice laïque, lorsqu'une enquête a fourni des preuves suffisantes¹¹⁷.

À la même époque l'organisation d'une justice publique et l'adoucissement des lois ont fait que l'asile ne remplissait plus sa fonction ancienne. Prenant acte de cet état de fait, les gouvernements entreprennent de ruiner l'immunité locale en s'appuyant pour cela sur les vieux principes édictés par le droit canonique lui-même. La *lenitas*, qui poussait les clercs à protéger le réfugié ne peut plus interdire sa livraison puisqu'il n'est menacé d'aucun châtement grave¹¹⁸. Ainsi, dès le XVII^e siècle, l'asile religieux a perdu en France une grande part de son importance, même s'il subsiste officiellement jusqu'en 1789.

Par la suite, son principe est, d'une certaine façon, pris en compte par le législateur dans le Code de procédure civile de 1807 qui interdit, par respect, d'arrêter les débiteurs dans les lieux de culte pendant les exercices religieux¹¹⁹. Le Code d'instruction criminelle publié l'année suivante prévoit, quant à lui, que les malfaiteurs en tout genre peuvent être arrêtés partout et en tout lieu¹²⁰. Cependant, pour éviter les difficultés, ses auteurs estiment que les arrestations ne peuvent être effectuées dans les lieux de culte pendant les cérémonies que dans les cas d'absolue nécessité¹²¹.

115 - « ... non seulement l'asile empêche l'arrestation et donc la mise en mouvement de la procédure judiciaire, mais il permet en outre au juge ecclésiastique de s'ingérer dans son déroulement à deux niveaux : en matière de cas exceptés et en cas d'éventuelle extraction du coupable. En effet, le juge d'Église entend décider seul des conditions d'application de l'asile, avant une quelconque mise en œuvre de la procédure judiciaire séculière. Ce pouvoir paralysant est doublé d'une nécessaire autorisation de l'autorité compétente (en général l'évêque) pour extraire un réfugié qui aurait été considéré comme indigne du bénéfice de l'asile. Autant de prérogatives qui amputent la justice séculière de sa compétence en matière d'asile », *Ibid*, p. 399.

116 - Sur l'allongement des cas exceptés par la papauté voir G. Le Bras, « Asile », dans *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastique*, éd. cit., col. 1045.

117 - *Ibid*.

118 - *Ibid*, col. 1046.

119 - Art. 781 : « Le débiteur ne pourra être arrêté [...] 3° dans les édifices consacrés au culte et pendant les exercices religieux seulement ».

120 - Art. 98 : « Les mandats de comparution, d'amener, de dépôt ou d'arrêt seront exécutoires dans toute l'étendue du territoire... ».

121 - P.-C. Timbal, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 450.

Durant le XIX^e siècle, l'immunité locale est maintenue par l'Église et en 1869, Pie IX, rappelle que sa violation est punie de l'excommunication¹²². Mais, moins de cinquante ans plus tard, le Code de droit canonique promulgué en 1917 reconnaît l'évolution accomplie et enregistre la disparition réelle du droit d'asile empêchant d'en extraire les accusés qui s'y sont réfugiés sans l'assentiment de l'évêque, sauf en cas de nécessité. En revanche, le nouveau Code de droit canonique promulgué en 1983 ne reprend pas ce canon consacrant ainsi la fin du droit d'asile religieux¹²³.

Les questions relatives à l'asile ne sont cependant pas closes et, indépendamment du droit canonique, l'Église catholique a eu tendance, ces dernières années à développer une position particulière face aux flux des demandeurs d'asile. En 1992, le pape Jean-Paul II explique que « L'exode des peuples pauvres vers les pays riches, le drame des réfugiés repoussés aux frontières, la discrimination à l'égard des migrants [...] ne peuvent pas, ne pas avoir de répercussion dans la conscience des chrétiens, qui ont fait de l'accueil solidaire de celui qui se trouve en difficulté un signe distinctif de leur foi »¹²⁴. Une telle situation pourrait alors avoir pour conséquence selon Philippe Ségur, de faire renaître l'asile religieux revendiqué non plus comme un droit mais comme un moyen politique au sens stratégique du terme¹²⁵.

122 - G. Le Bras, « Asile », dans *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastique*, éd. cit., col. 1047.

123 - Sur l'évolution de l'asile religieux au XX^e siècle et son abandon progressif par le droit canonique voir Ph. Ségur, *Le droit d'asile religieux : un droit moribond ?*, *loc. cit.*, particulièrement p. 96-103.

124 - Message pour la Journée mondiale des migrants, *La Documentation Catholique*, 4 octobre 1992, n° 2057, p. 817.

125 - « L'Église peut se sentir aujourd'hui appelée à faire renaître l'asile religieux, mais un asile religieux renouvelé. Il ne serait plus rattaché à un lieu bénéficiant d'une immunité juridique. Il relèverait plutôt d'un comportement social : celui de la communauté chrétienne soucieuse de sa tradition évangélique. En offrant l'asile dans des cas extrêmes et litigieux [...] l'Église exercerait une sorte de médiation. Elle permettrait de modérer la sévérité et les effets pervers d'une politique d'immigration donnée. Elle mettrait en jeu son autorité morale, dans les situations les plus difficiles [...]. Cependant, cet asile religieux ne saurait être revendiqué comme un droit. Il serait seulement un moyen politique, au sens stratégique du terme, de défendre des droits (la liberté d'aller et venir, le droit de ne pas être persécuté, le droit de mener une vie familiale normale, etc.) qui sont autant d'expressions possibles du droit naturel. Dans cette optique, l'asile religieux ne serait pas un droit naturel lui-même, il en serait une défense. [...] Une telle action trouverait nécessairement sa limite dans les décisions des autorités juridictionnelles auxquelles elle devrait se soumettre. Car ce que pourrait suggérer l'idée moderne d'asile religieux, ce n'est pas une négation du droit étatique, mais un contrepois au pouvoir politique. [...] Il ne s'agirait pas de soustraire des individus ou des lieux à la loi nationale, mais de protéger les hommes contre les inextricables contradictions de la société... », Ph. Ségur, *Le droit d'asile religieux : un droit moribond ?*, *loc. cit.*, p. 87-123, plus particulièrement p. 121-122.

**LE PRIVILÈGE DE JURIDICTION
DE L'ARTICLE 68-1 DE LA CONSTITUTION
S'APPARENTE-T-IL À UNE IMMUNITÉ ?
AUTOUR DE L'AFFAIRE *CLEARSTREAM***

Julien Boudon

Professeur de droit public à l'Université de Reims

La notion d'immunité est une des plus complexes du droit français. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence l'emploient comme si elle relevait de l'évidence, jouant sur le registre de la connivence : tout le monde sait ou sent ce que signifie une immunité. On en veut pour preuve des thèses de doctorat, soutenues récemment, qui sont consacrées à telles ou telles immunités et qui ne soufflent mot du concept ou de la notion¹. Les universitaires et les juges consacrent la *summa divisio* entre immunités de fond et immunités de procédure, entre irresponsabilité et inviolabilité, parfois concurrencée par la distinction entre immunités absolues et immunités relatives. Pourtant, depuis longtemps, une partie de la doctrine s'est émue de l'utilisation du terme « immunité » pour décrire des institutions ou des situations très hétérogènes. Cependant, même les auteurs les plus critiques et les plus clairvoyants – ainsi Charles Chouckroun dans les années 1950 – conservent le mot, aux dépens de la chose.

Michel Cosnard s'est heureusement emparé du dossier et à proposé une analyse décapante des immunités². Il convient de poursuivre ses réflexions, de les amplifier, parfois de les nuancer, pour discuter la chose suivante : l'article 68-1 de la Constitution dispose que les

1 - Ainsi I. Pingel, *Les immunités des États en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

ministres ayant commis des crimes et délits « dans l'exercice de leurs fonctions » sont passibles de la Cour de justice de la République – s'agit-il d'une immunité ? Notre réponse, qui tue le suspense prématurément, est d'entrée de jeu négative. On tient ici ce qu'on appelle un privilège de juridiction. Qu'on ne se méprenne pas ! Il ne s'agit pas ici de « privilège » au sens vulgaire du terme, d'un avantage indu. Il ne s'agit pas non plus de se tromper sur l'étymologie : contrairement à ce qu'affirmait le sénateur belge Descamps en 1902, le privilège n'est pas une loi faite « par des particuliers ou à leur bénéfice », qui contrasterait avec la majesté de la « puissance souveraine »³. Un privilège, c'est une loi particulière ou spéciale à certains citoyens à raison, notamment, de leurs fonctions publiques éminentes. La Cour de justice de la République constitue un privilège de juridiction en ce sens que les ministres, à qui on reproche des crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, ne sont passibles que de cette Cour. La compétence de celle-ci est exclusive, ainsi que le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, ici d'accord, ont eu l'occasion de l'affirmer avec force⁴. Les tribunaux ordinaires, en l'occurrence répressifs, ne sont pas compétents pour juger de telles personnes dans de telles circonstances. Autrement dit, nulle concurrence n'est prévue entre l'une et les autres : chaque juridiction (ou type de juridiction) est compétente pour sa part – le principe est que les actes des ministres sont examinés par les tribunaux ordinaires, sauf s'ils sont accomplis dans l'exercice des fonctions, auquel cas ils relèvent de la Cour de justice de la République.

Tout l'intérêt de la discussion est de savoir pourquoi ce privilège de juridiction ne saurait être confondu avec une immunité. On voudrait développer une intuition du Procureur général Truche, exprimée avant même la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993, lorsqu'il déclarait, concernant la protection accordée aux ministres : « il ne s'agit donc pas d'une immunité mais d'un privilège de juridiction »⁵.

2 - *La soumission des États aux tribunaux internes. Face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, p. 31-48 ; « Immunités » in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 801-805. Voir aussi O. Beaud, qui paie sa dette à M. Cosnard, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé in J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 149-188. - Mes remerciements les plus chaleureux vont à Michel Cosnard et Pierre-Olivier Caille pour avoir relu et corrigé autant qu'il était possible une première version de cet article.

3 - Cité par G. Soulier, *L'inviolabilité parlementaire en droit français*, Paris, LGDJ, 1966, p. 20.

4 - Dans sa célèbre décision relative à la Cour pénale internationale, et dans le même considérant qui a fait couler beaucoup d'encre à propos du statut du Président de la République, le Conseil constitutionnel affirme « qu'en vertu de l'article 68-1 de la Constitution, les membres du Gouvernement ne peuvent être jugés pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions que par la Cour de justice de la République » (décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, § 16). Quant à la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, elle a estimé « qu'il résulte de la combinaison des articles 68-1 de la Constitution et 23 de la loi organique du 23 novembre 1993 que les crimes et délits commis dans l'exercice de ses fonctions par un membre du Gouvernement relèvent de la compétence exclusive de la Cour de justice de la République » (23 déc. 1999, Bull. A.P., n° 312).

5 - Droit pénal, mars 1993, chr. 8, p. 2. Voir aussi F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Paris, Economica, 2009, p. 683.

On approfondira le débat en prenant l'exemple récent de l'affaire *Clearstream* et le jugement du tribunal correctionnel de Paris le 28 janvier 2010. Il a semblé à d'aucuns surprenant que le tribunal n'ait pas examiné la question de sa compétence, c'est-à-dire son éventuelle incompétence au profit de la Cour de justice de la République. Ce faisant, il n'est pas dans notre intention de remettre en question l'autorité de la décision judiciaire, selon les termes de l'article 434-25 du code pénal, mais de commenter ou de critiquer, au sens littéral, le jugement du 28 janvier 2010 – après tout, c'est là une des dimensions de la doctrine.

Section I - Immunité et privilège de juridiction

Tous les auteurs s'accordent pour affirmer qu'une immunité est synonyme d'exemption de charge, en vertu de l'étymologie latine : le terme « *munus* » (« charge ») est précédé d'un « i » privatif. Le droit romain et le droit canonique prévoyaient des immunités. Cependant, dès l'époque médiévale, on peut discerner un enrichissement indu de la catégorie. Comme l'a souligné Gabriel Le Bras, le privilège de juridiction des clercs – le privilège du for – est souvent présenté comme une immunité par les compilateurs de décrétales et les canonistes, notamment par Hostiensis dans sa *Summa aurea* (1250-1261) au XIII^e siècle⁶. La confusion a perduré jusqu'à aujourd'hui : la catégorie des immunités rassemble des éléments disparates ou hétéroclites, au point qu'on a pu douter de la pertinence de la catégorie elle-même⁷.

Pour éclairer le débat, il convient de tenter une genèse, c'est-à-dire une histoire, de la notion d'immunité. Cette histoire est largement à faire, malgré la thèse de Gabriel Le Bras : il est sidérant de constater que les auteurs qui, tous, se réfèrent à l'étymologie du mot, délaissent immédiatement toute perspective historique et se lancent *ex abrupto* dans la construction d'une théorie générale des immunités.

En latin, *munus* et *munera* désignent quelque chose de très concret. Selon le Digeste, 50, 16, 18, en l'occurrence le jurisconsulte Paul, le mot « *munus* » revêt trois acceptions : le don ; la charge ; l'office. Seul le deuxième intéresse les immunités : *munus* est synonyme d'*onus*, c'est-à-dire de « fardeau », de « poids », ce qui reçoit immédiatement une traduction fiscale car les « *onera* », ou « *munera* », désignent les impôts. Paul précise que l'exemption de l'*onus* est appelée « immunité »⁸. Pour

6 - G. Le Bras, *L'immunité réelle. Étude sur la formation de la théorie canonique de la participation de l'Église aux charges de l'État et sur son application dans la monarchie française au XIII^e siècle*, thèse, sciences politiques et économiques, Rennes, Presse de Bretagne, 1920, p. 7.

7 - Ch. Chouckroun, *L'immunité*, RSC, 1959, p. 36 et 65 ; G. Soulier, *L'inviolabilité parlementaire en droit français*, op. cit., p. 6-7 ; J. Delfont, *Responsabilité pénale et fonction politique*, Paris, LGDJ, 2006, p. 75.

8 - D., 50, 16, 18 : « *Munus tribus modis dicitur : uno donum, et inde munera dici dari mittive ; altero onus, quod cum remittatur, vacationem militiae munerisque praestat, inde immunitatem appellari ; tertio officium, unde munera militaria et quosdam milites munificos vocari* ».

le droit romain, l'immunité se conçoit d'abord dans le domaine fiscal : elle est exemption de l'impôt, qu'elle concerne soit les biens de l'Église (immunité réelle), soit ceux des clercs (immunité personnelle). Au-delà de l'impôt, l'immunité personnelle renvoie à tout un ensemble de dispenses : dispense des fonctions municipales de décurions par exemple, souvent onéreuses (*sif*)⁹. L'essentiel est que l'immunité, au sens du droit romain et bientôt du droit canonique, a toujours un aspect financier et affecte, d'une manière ou d'une autre, les biens d'un individu ou d'une institution. Il est remarquable que cette dimension de l'immunité ait disparu après la Révolution française ou plutôt qu'elle ait été éclipsée par une dimension qu'on appellera « fonctionnelle ». Aujourd'hui, en effet, on privilégie les « immunités » de fond et les immunités de juridiction (des diplomates ou des détenteurs de mandats politiques) aux dépens des immunités d'exécution qui, incluant l'insaisissabilité des biens, ont conservé la vieille acception romaine et canonique. C'est d'ailleurs pour cette raison que la plupart des juristes de l'ancienne France ne qualifiaient pas le privilège du for d' « immunité ». À la rigueur, on recourait à l'expression de « privilèges et immunités » pour désigner l'ensemble des dérogations, exemptions, franchises, libertés accordées à telle ou telle institution (par exemple les municipalités), mais le privilège de juridiction des clercs était le plus souvent distingué de cette somme immunitaire.

Une telle précision met sur la voie d'une réflexion extrêmement féconde pour une théorie générale des immunités. Michel Cosnard et Olivier Beaud ont été précurseurs. Celui-ci tend cependant à ramener les immunités à un « obstacle procédural », ce qui le conduit à accorder une importance cruciale au droit processuel et aux exceptions préliminaires¹⁰. Cette présentation est sujette à caution dès lors que l'auteur continue à inclure l'irresponsabilité et l'inviolabilité dans la catégorie des immunités. Car il y a bien de la différence entre l'une et l'autre, entre une « immunité » de fond et une « immunité » de procédure, pour emprunter au langage consacré en doctrine. En effet, dans le cas de l'irresponsabilité, l'interdiction des poursuites judiciaires est la conséquence d'un « vide » juridique et ne constitue pas une règle immunitaire autonome : il n'y a pas d'infraction légale, donc pas de poursuite possible. On saisit toute la différence avec l'inviolabilité : une infraction légale existe et les poursuites sont toujours *envisageables*, mais selon un régime procédural spécial (ou devant une juridiction spéciale, si on

9 - J. Gaudemet, *Église et Cité. Histoire du droit canonique*, Paris, Cerf-Montchrestien, 1994, p. 87 et 109-110.

10 - L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé in J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, op. cit., p. 160-162. Cf. P.-O. Caille, *L'inviolabilité pénale du chef de l'État sous la V^e République. Contribution à l'étude des immunités en droit constitutionnel*, thèse, droit public, Université Lille 2, 2002, p. 27.

range les privilèges de juridiction dans la catégorie immunitaire)¹¹. De ce point de vue, Michel Cosnard est fondé à établir une nette distinction entre irresponsabilité, privilège de juridiction et immunités de juridiction et d'exécution.

Michel Cosnard réserve le label « immunité » aux exemptions que l'on identifie dans les immunités de juridiction ou dans les immunités d'exécution¹². L'irresponsabilité n'est pas pour lui une immunité, c'est-à-dire une exemption, car elle s'apparente à une exception à la loi : ainsi que le prouve le régime juridique de l'article 26 de la Constitution relatif à l'irresponsabilité des parlementaires, l'élément légal de l'infraction est tout bonnement supprimé, à tel point qu'il n'y a pas eu de crime ou de délit, ce qui paralyse au passage toute poursuite contre un complice éventuel¹³. Rien de tel avec la véritable immunité, faite d'exemption, qui ne supprime pas l'élément légal de l'infraction mais qui l'excuse. Le raisonnement de Michel Cosnard est ici très serré, il convient de le suivre pas à pas : les « immunités pénales », notamment l'irresponsabilité parlementaire de l'article 26, sont des exceptions à la loi parce qu'il n'y a pas de règle à appliquer – nous sommes dans le domaine de l'inapplicabilité. En revanche, les immunités authentiques, synonymes d'exemptions, supposent une règle : simplement, il n'en est pas fait application car le juge se voit interdit d'user de ses compétences. Sont telles d'une part les immunités de juridiction (protégeant les diplomates durant leurs fonctions au sens de la convention de Vienne de 1961 ou le Président de la République pendant son mandat au sens de l'article 67 de la Constitution), d'autre part les immunités d'exécution, qui sont autant d'interdictions de porter matériellement atteinte à la personne immune ou à ses biens (l'inviolabilité est la traduction de l'immunité en cause pour les personnes).

L'essentiel ici est de savoir où se range le privilège de juridiction de l'article 68-1 de la Constitution. (Contrairement à ce qui prévaut pour le Président de la République, l'expression « privilège de juridiction » semble adaptée aux ministres : le caractère pénal de la responsabilité est soigneusement affirmé, les infractions commises doivent constituer des crimes et délits au sens du code pénal, la procédure applicable devant la Cour de justice de la République est largement

11 - Olivier Beaud écrit : « Quelle que soit sa forme (inviolabilité ou irresponsabilité), l'immunité a pour principale conséquence d'interdire que l'action en justice se poursuive » (L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé in J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, op. cit., p. 173). Cette affirmation devrait être réservée à l'inviolabilité ; quant à l'irresponsabilité, on a envie de dire que l'action en justice n'a jamais commencé car elle n'a aucun fondement légal.

12 - « Immunités », art. cité, p. 801-805.

13 - Ch. Chouckroun, L'immunité, art. cité, p. 37 et s. ; G. Soulier, *L'inviolabilité parlementaire en droit français*, op. cit., p. 6.

empruntée au code de procédure pénale, etc., de sorte que la Cour se présente bien comme alternative aux juridictions ordinaires – tandis qu'on peut douter de la pertinence de toute « homologie juridique » en ce qui se rapporte à la Haute Cour¹⁴.) Selon Michel Cosnard, il ne s'agit pas d'une immunité car le privilège de juridiction agit en amont. Les ministres ne sont pas immunisés contre toute poursuite et toute condamnation pénale : ils sont privilégiés quant à la juridiction chargée d'évaluer les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions. Ils ne sont pas exemptés, ils ne profitent pas d'une impunité, comme on dit plaisamment et faussement : le principe est qu'ils sont soumis aux lois, notamment pénales, comme les autres citoyens, mais que ce droit pénal, identique à celui qui régit le commun des mortels (l'article 68-1 dispose que « la Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi »), n'est pas toujours appliqué par les tribunaux correctionnels, par les cours d'appel, etc. mais par une juridiction spécialisée appelée Cour de justice de la République. Comme le soutient aussi Xavier Philippe, « les privilèges de juridiction [...] n'immunisent pas leurs bénéficiaires de poursuites mais leur offrent des garanties spécifiques en confiant à une juridiction désignée, spécifique ou *ad hoc*, le jugement de l'affaire »¹⁵. La responsabilité pénale des ministres est l'exemple chimiquement le plus pur d'un privilège de juridiction, surtout quand on le compare avec la responsabilité des parlementaires ou celle du Président de la République.

La différence entre le sort réservé aux ministres et celui des parlementaires est nette : contrairement aux premiers, les seconds ne jouissent d'aucun privilège de juridiction. On écarte ici le régime des propos et votes exprimés dans l'enceinte des assemblées – il y a en l'occurrence « irresponsabilité », donc, par définition, évacuation de la figure du juge. Mais, dès lors qu'il y a un juge, il s'agit du juge ordinaire. Simplement, hors les cas de flagrant délit et de condamnation définitive, il faut encore que les mesures privatives de liberté, et elles seules, ordonnées contre les députés et les sénateurs soient autorisées par le bureau de l'assemblée compétente : depuis 1995, l'« inviolabilité » de l'article 26, al. 2 de la Constitution s'est rétrécie comme peau de chagrin. Dans la période récente, le bureau du Sénat a eu à se prononcer à trois reprises en 2009 sur la levée de l'immunité de M. Gaston Flosse, sénateur de la Polynésie française, celui-ci étant finalement incarcéré, remis en liberté, à nouveau incarcéré, puis remis en liberté sous contrôle judiciaire¹⁶.

14 – O. Beaud, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé *in* J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, op. cit., p. 174-175.

15 – « Afrique du Sud », Immunités juridictionnelles et privilèges de juridiction, *AJJC*, t. XVII, 2001, p. 108.

16 – Voir le site du Sénat, notamment pour la levée de l'immunité le 3 novembre 2009 : www.senat.fr/presse

Mais – et c'est le point crucial – il n'y a pas de justice spéciale pour les parlementaires : une fois qu'ils sont déclarés *justiciables*, et sous réserve du flagrant délit et de la condamnation définitive qui ne réclament pas une telle déclaration, ils sont traduits devant les tribunaux ordinaires et se voient appliquer le droit pénal ordinaire. Leurs actes présumés délictueux ou criminels ne sont pas examinés et sanctionnés par un autre organe politique (tel n'est pas l'objet des maigres sanctions disciplinaires, qui d'ailleurs ne vont pas jusqu'à l'exclusion, comme aux États-Unis, mais se contentent du rappel à l'ordre, de la censure, de la suspension temporaire du traitement et de l'interdiction, qui ne peut excéder trente jours, de siéger dans l'hémicycle)¹⁷, à la différence de ce qui prévaut pour le Président de la République et, sur un mode atténué, pour les ministres.

En ce qui concerne l'Exécutif, le privilège de juridiction est patent. (On ne discute pas ici la question de savoir si la Haute Cour est une « juridiction » : une partie de la doctrine pénaliste semble considérer que la Haute Cour, à rebours de la Haute Cour *de justice* d'antan, n'est pas une juridiction mais un organe politique puisqu'elle correspond à la réunion des deux Chambres¹⁸.) D'une part, durant le mandat, le Président de la République ne peut être poursuivi et condamné que par la Haute Cour (la Cour pénale internationale, elle, est compétente tant pendant le mandat qu'après : la chose se comprend aisément si on admet que la Haute Cour sanctionne une responsabilité politique, la seule peine prévue étant la destitution, tandis que la Cour pénale internationale vise la responsabilité pénale, qui ne cesse pas avec la fin d'un mandat ou d'une fonction politique)¹⁹. D'autre part, durant le mandat comme après (là encore, la responsabilité est étroitement pénale), les membres du Gouvernement sont poursuivis et condamnés par la seule Cour de justice de la République, dès lors que les actes reprochés ont été commis « dans l'exercice des fonctions ». Le régime applicable au Président est plus homogène : au cours du mandat, la responsabilité civile et pénale du chef de l'État ne peut être engagée devant les juridictions ordinaires²⁰,

17 - Règlement de l'Assemblée nationale, art. 70-78 ; Règlement du Sénat, art. 92-95.

18 - Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, PUF, 2007, p. 331 ; F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Paris, Economica, 2009, p. 41.

19 - L'article 67 de la Constitution renvoie à l'art. 53-2, selon lequel « la République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 ». On sait que cet article est la conséquence de la décision du Conseil constitutionnel n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, dont le célèbre § 16 censurait précisément l'inconstitutionnalité de la convention de Rome au sujet des gouvernants de la République française protégés par des « immunités ». L'art. 27 du traité porte sur « le défaut de pertinence de la qualité officielle ».

20 - C'est pourquoi le tribunal de grande instance de Paris, saisi par Dominique de Villepin pour violation de la présomption d'innocence de la part de Nicolas Sarkozy qui évoquait des « coupables » en octobre 2009, a sursis à statuer le 24 mars 2010 jusqu'à la fin du mandat présidentiel (confirmant une précédente décision du 8 juillet 2009).

tandis que celles-ci redeviennent, non pas compétentes (elles n'ont jamais cessé de l'être, selon les attendus de la Cour de cassation dans l'arrêt *Breisacher*)²¹, mais actives, un mois après la fin du mandat (article 67, al. 3 de la Constitution), ainsi que l'ont illustré l'audition en qualité de témoin assisté de Jacques Chirac en juillet 2007, ainsi que sa mise en examen en novembre de la même année. Le sort des ministres est plus contrasté : le privilège de juridiction ne cesse pas avec la fin des fonctions ministérielles, pour les raisons indiquées, mais il ne s'étend, quel que soit le moment où les poursuites ont été engagées, qu'aux actes commis dans l'exercice des fonctions. Pour les actes étrangers aux fonctions ministérielles, c'est-à-dire pour les actes antérieurs à ces fonctions ou sans rapport avec elles, les tribunaux ordinaires sont compétents tout au long des fonctions ministérielles – et aussi après. En outre, le privilège ne joue qu'en matière pénale ; en matière civile, les ministres sont considérés comme des citoyens ordinaires ; leur responsabilité civile à raison des dommages causés par eux dans l'exercice de leurs fonctions ne fait l'objet d'aucun traitement particulier²².

On le constate, il ne peut être question d'immunité ici : les membres du Gouvernement ne sont en rien exemptés, même temporairement, à la différence du Président de la République, car ils sont *toujours* passibles soit des tribunaux ordinaires, soit de la Cour de justice de la République. Simplement, l'ordre juridique interne opère une répartition des compétences entre les juridictions nationales²³ : il s'agit donc d'identifier la règle de compétence et de qualifier les faits, c'est-à-dire d'interpréter l'expression « actes commis dans l'exercice des fonctions ». Selon la qualification juridique des faits effectuée par les juges, le ministre ou l'ancien ministre sera renvoyé soit devant la Cour de justice de la République, soit devant le tribunal correctionnel.

21 – Les juges d'instruction n'avaient pas à être déclarés incompétents par la chambre de l'instruction : ils étaient compétents, mais, durant toute la durée du mandat présidentiel, les constitutions de partie civile sont irrecevables (Ass. plén., 10 octobre 2001, Bull. A.P., n° 206).

22 – L'art. 13, al. 3 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 dispose : « Les actions en réparation de dommages ayant résulté de crimes et délits poursuivis devant la Cour de justice de la République ne peuvent être portées que devant les juridictions de droit commun ». La Cour de cassation précise que l'article permet de « faire ainsi trancher toute contestation sur leurs droits civils [des victimes] » (Ass. plén., 21 juin 1999, Bull. A.P., n° 6).

23 – À condition d'écarter le terme « immunité », on souscrit au propos de Pierre-Olivier Caille : « La mise en œuvre de cette immunité n'est qu'une question de répartition des compétences, un problème interne à la juridiction pénale puisque la Cour de justice de la République, comme les cours d'assises et les tribunaux correctionnels, est soumise au contrôle de la Cour de cassation. Le juge pénal ordinaire, saisi d'une action relevant de la Cour de justice de la République, devra, si aucune exception n'est soulevée par la personne poursuivie, se déclarer incompétent » (*L'inviolabilité pénale du chef de l'État sous la V^e République*, op. cit., p. 53-54). Encore une fois, le privilège de juridiction n'est pas une immunité « de forme » ou « de procédure », sauf à subsumer les immunités sous le terme trop vague de « dérogation » (p. 47). Cf. E. Libone et A. Pizzorusso, « Italie », *Immunités juridictionnelles et privilèges de juridiction*, op. cit., p. 251.

Section II - Le caractère d'ordre public des règles de compétence

La responsabilité pénale des ministres n'aménage pas de concurrence entre les juridictions nationales. Les tribunaux ordinaires sont en principe compétents, sauf si les actes reprochés entrent dans la catégorie de ceux « commis dans l'exercice des fonctions ». La Constitution elle-même prévoit l'exception, donc le principe. Autrement dit, elle distingue au sein de la responsabilité des ministres et elle désigne telle ou telle juridiction selon un double critère *ratione personæ* et *ratione temporis* : les faits en cause doivent avoir été commis par un membre du Gouvernement, aux termes de l'article 68-1 de la Constitution, ce qui inclut les ministres comme les secrétaires d'État²⁴ (ou même les « hauts-commissaires » tel Martin Hirsch dans le gouvernement dirigé par François Fillon)²⁵, et par un membre du Gouvernement en fonction, y compris d'ailleurs pendant l'expédition des affaires courantes²⁶. Comme le disait le conseiller Costets : « L'incompétence est caractérisée par le fait que le juge, sans franchir les bornes tracées à l'autorité judiciaire, est saisi d'un litige dont la loi réserve la connaissance à une autre juridiction »²⁷. Dès lors que la compétence générale des juridictions répressives ordinaires est entamée par le privilège de l'article 68-1, le juge saisi d'une plainte visant un ministre doit se poser *ab initio* la question de sa compétence²⁸. Classiquement, on distingue la compétence matérielle, la compétence territoriale et la compétence personnelle²⁹ : ici, seule cette dernière en cause – certaines catégories de personnes jouissent d'un privilège de juridiction, notamment les ministres. Or les règles de compétence sont d'ordre public, tant en contentieux administratif qu'en procédure pénale. De ce point de vue, on fera une remarque incidente mais éclairante : le droit administratif et le droit pénal convergent ici, ce qui ne saurait surprendre puisque chacun sait que le droit pénal est un droit public, et se séparent de la procédure civile.

En effet, celle-ci tolère difficilement les exceptions d'incompétence, accusées de retarder le jugement des affaires, assimilées à des manœuvres dilatoires, et les réserve en pratique à la première instance. L'article 74 du code de procédure civile dispose clairement : « Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et

24 - Cass. crim. 12 juin 1987, Bull. crim., n° 243 ; 23 février 1988, Bull. crim., n° 90. Ce fut le cas, on s'en souvient, d'Edmond Hervé, secrétaire d'État à la santé.

25 - Le décret du 22 mars 2010 a mis fin aux fonctions de M. Hirsch (JO du 23 mars 2010, p. 5713).

26 - Cass. crim. 4 juin 1985, Gaz. Pal., 1986, 1, somm, p. 6.

27 - *Procureur général près la Cour de cassation c. Westig et autres*, Cass., Requ., 5 février 1946, S. 1947.2, p. 138 ; cité par M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes*, op. cit., p. 37, note 22.

28 - Selon René Chapus, « la question de sa compétence est la première question qu'un juge peut avoir à se poser » (*Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 261).

29 - S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 5^e éd., Paris, Litec, 2009, p. 665-691.

avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public », c'est-à-dire que la Cour de cassation ne peut pas en connaître³⁰ et qu'il est rare que les juridictions d'appel admettent de telles exceptions³¹. En outre, depuis le décret n° 58-1289 du 22 décembre 1958³², il est admis qu'une juridiction civile n'est jamais tenue de relever d'office son incompétence - elle en a seulement la faculté³³ -, tandis que des conditions restrictives sont posées par l'article 92 du code de procédure civile : « L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas. Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française »³⁴. La ligne de partage est nette : les parties ne peuvent soulever une exception, notamment d'incompétence, qu'en première instance (plus rarement en appel), tandis que la cour d'appel et la Cour de cassation ne sont habilitées à la soulever d'office que si la règle est d'ordre public (ou dans l'hypothèse d'une non-comparution du défendeur), et à la condition que la juridiction compétente soit répressive, administrative, étrangère ou internationale³⁵.

Quel contraste avec le contentieux administratif et la procédure pénale ! L'article 92 du code de procédure civile l'avoue *in fine* (l'interdiction faite aux cours d'appel et à la Cour de cassation cède « si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative »). En droit public, l'exception d'incompétence peut être soulevée à tout moment et elle doit l'être d'office par le juge : c'est ce qui résulte de la jurisprudence convergente du Conseil d'État (*Trani*)³⁶ et de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Trois conséquences, analogues à celles qui prévalent pour les parlementaires³⁷, importent dans l'affaire dite *Clearstream*.

30 - Ass. Plén. 26 mai 1967, Gaz. Pal., 1967, 2, 32 ; *RTDciv.*, 1967, 697, obs. Hébraud.

31 - Cass. com. 20 oct. 1992, D. 1993, somm. 184, obs. Julien.

32 - Décret n° 58-1289 « relatif à certaines modifications en matière de procédure civile », modifiant notamment l'art. 171 du code de procédure civile (JO du 23 décembre 1958, p. 11610).

33 - Cass. soc. 23 janv. 1990, JCP 1990, IV, 109.

34 Sur l'ensemble de la question, voir L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Paris, Litec, 2009, p. 183-191.

35 - Comparer Cass. 1^{ère} civ. 3 nov. 2004, JCP 2004, IV, 3392 et Cass. Com., 11 mars 2003, Bull. civ. IV, n° 39.

36 - L'arrêt *Trani* de 1967 (*Rec.*, p. 352) a été amendé, s'agissant de la compétence territoriale, par l'article R. 312-2 du code de justice administrative, qui interdit au juge d'appel ou de cassation de soulever d'office en cette matière.

37 - Voir G. Soulier, *L'inviolabilité parlementaire en droit français*, *op. cit.*, p. 137-141.

En premier lieu, il est impossible pour un (ancien) ministre de renoncer au privilège de juridiction prévu par la Constitution. C'est précisément pour cela, ajouterait Michel Cosnard, que ce privilège ne se confond pas avec une immunité, laquelle admet et suppose la renonciation, ce qu'on appelle la « levée de l'immunité ». Or, si la chose est avérée pour les agents diplomatiques, elle est erronée pour les ecclésiastiques, les parlementaires et le Président de la République, tous cités par l'éminent auteur³⁸. L'exemption n'appelle pas la renonciation, dès lors que l'immunité ou le privilège « protège » une fonction ou une institution plus qu'une personne, laquelle serait libre de renoncer à une garantie *personnelle*. Comme l'indiquait le procureur général Dupin dans ses réquisitions mettant en cause Ledru-Rollin, alors député : « L'homme qui jouit d'un privilège (*sic*) en raison de la magistrature ou du caractère public dont il est revêtu ne s'appartient pas ; il ne peut abdiquer volontairement le privilège accordé non à sa personne privée mais à son caractère public »³⁹. Dès lors, il n'est pas plus permis à un parlementaire de demander la levée de son immunité qu'à un ministre de réclamer la compétence des tribunaux ordinaires (quoique les deux choses soient distinctes, relève Michel Cosnard : la levée de l'immunité ne porte que sur l'exercice du pouvoir et ne fonde pas la compétence, c'est-à-dire que le bénéficiaire – ou l'institution dont il est membre – se contente de lever l'obstacle immunitaire et n'indique pas quelle est la juridiction à ses yeux compétente, tandis qu'un ministre récusant la compétence de la Cour de justice de la République prétend choisir le tribunal appelé à le juger et trancher une question de compétence qui, en tant qu'elle est une règle de droit objective, échappe à la volonté des parties). C'est pour une raison identique que le droit canonique refusait aux clercs la possibilité de renoncer au privilège du for : c'est toute l'Église qui eût été ébranlée par une contestation de son privilège de juridiction sur ses desservants⁴⁰. Dans la période contemporaine, et dès longtemps, il est solidement établi par la jurisprudence judiciaire que les parlementaires ne sauraient *disposer* de l'immunité que leur réserve la Constitution, le cas échéant pour y renoncer. Il en fut ainsi en 1951 pour le député François Mitterrand, poursuivi pour diffamation. Le tribunal correctionnel de Nevers affirmait qu'« il échet de le déclarer couvert par l'immunité parlementaire ; [...] qu'au surplus, l'inculpé ne peut y renoncer, s'agissant d'une disposition d'ordre public »⁴¹.

38 - « Immunité », art. cité, p. 805. Sauf à distinguer, comme le fait M. Cosnard, entre « titulaire » et « bénéficiaire » de l'immunité : seul le premier est autorisé à lever l'immunité, pas le second.

39 - Cass. crim. 29 janvier 1842, *Ledru-Rollin c/ min. public*, DP 1842.1.140 ; cité par B. Genevois, « France », *Immunités juridictionnelles et privilèges de juridiction*, op. cit., p. 196.

40 - Voir J. Gaudemet, *Église et Cité*, op. cit., p. 496 et 667.

41 - Tribunal correctionnel de Nevers, 15 juin 1951, *Mitterrand*, D., 1951, p. 560 ; cité aussi par P.-O. Caille, *L'inviolabilité pénale du chef de l'État sous la V^e République*, op. cit., p. 60, note 146.

C'est sur un fondement en partie différent, même si la conséquence est la même, à savoir l'*indisponibilité* de l'immunité ou du privilège en cause, que le ministre ne peut désigner les tribunaux ordinaires aux dépens de la Cour de justice de la République. Lui aussi fait partie d'une institution, en l'espèce le Gouvernement, dont l'autorité doit être préservée – et c'est d'ailleurs pour cela que, sur le modèle de la Chambre accordant la levée de l'immunité sans que le député ou le sénateur soit décisionnaire, le conseil des ministres doit autoriser la comparution des ministres en tant que témoins (article 652 du code de procédure pénale). Mais il y a plus : quand bien même on accorderait que le privilège de juridiction est une immunité, celle-ci n'a pas trait à la compétence de telle ou telle juridiction et la levée de l'immunité ne désigne pas un tribunal compétent. Or le ministre qui repousse la saisine de la Cour de justice de la République n'opère pas une levée de l'immunité, neutre du point de vue de la répartition des compétences entre les juridictions nationales : il émet la prétention inouïe de choisir son juge, au mépris des règles, notamment constitutionnelles, de répartition. Telle fut l'ambition de M. Dominique de Villepin.

En général, les ministres ou anciens ministres invoquent la compétence de la Cour de justice de la République pour échapper aux poursuites devant les tribunaux ordinaires : il en fut ainsi de MM. Carignon, Noir et Dumas. Mais le ministre prétend parfois se dépouiller de sa qualité ministérielle (au moment des faits) pour rejoindre la classe des citoyens ordinaires. Mme Ségolène Royal et M. Dominique de Villepin ont ici convergé. D'une part Mme Royal avait contesté, sans succès, la compétence de la Cour de justice de la République pour des faits de diffamation qui lui étaient reprochés envers des enseignants alors qu'elle était ministre déléguée auprès du ministre de l'Éducation nationale, chargée de l'enseignement scolaire⁴². D'autre part M. de Villepin a estimé, pour le moment avec plus de succès, que son implication dans l'affaire *Clearstream* relevait des juridictions ordinaires. Dans une interview du 27 août 2007 sur TF1, l'ancien ministre des affaires étrangères disait son refus de recourir à la Cour de justice de la République, alors qu'il reconnaissait clairement avoir agi en tant que ministre (« je ne saisirai pas la Cour de justice de la République, bien que j'aie agi dans le cadre de mes fonctions »)⁴³ – de son côté, M. Nicolas Sarkozy ne pouvait le déplorer, étant donné que la constitution de partie civile est interdite devant la Cour de justice de la République⁴⁴. La défense du Président de

42 – Ass. plén. 23 décembre 1999, Bull. A.P., n° 9.

43 – La retranscription de l'interview est consultable sur le site villepinoulenergiedelaction.over-blog.com

44 – Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, art. 13, al. 2. On sait que la question a été posée de savoir si le Président de la République, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire (art. 64 de la Constitution), qui préside le Conseil supérieur de la magistrature (art. 65), qui nomme aux postes les plus élevés de la hiérarchie judiciaire (art. 13), pouvait se constituer partie civile sans ruiner les principes de procès équitable et d'égalité des armes. La cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 8 janvier 2010, n° 09/02791) et le tribunal correctionnel de Paris ont répondu par l'affirmative (28 janvier 2010, p. 279-281).

la République a d'ailleurs mis en avant la circonstance que M. de Villepin avait renoncé, au cours de la procédure d'information, à soulever l'incompétence de la juridiction de droit commun au profit de la Cour de justice de la République⁴⁵. Le procureur de la République en avait fait autant lors de ses réquisitions le 20 octobre 2009⁴⁶. Il y a là quelque chose d'étonnant : les uns comme les autres ont feint de croire qu'il appartenait à un ministre ou ancien ministre de décider quelle serait la juridiction compétente pour qualifier les actes commis dans l'exercice des fonctions ministérielles ou, à tout le moins, au moment où il exerçait de telles fonctions. L'argument est vain : les intentions des parties sont sans intérêt pour savoir si les faits reprochés emportaient la compétence de la Cour de justice de la République ou des tribunaux ordinaires.

En second lieu, le juge doit soulever d'office la question de sa compétence, qu'il s'agisse de compétence territoriale, matérielle ou personnelle. Peu importe que le prévenu émette ou non une exception d'incompétence, comme cela arrive : le juge est tenu d'examiner s'il est compétent. On a eu l'occasion de le dire, la procédure pénale et le contentieux administratif contrastent avec la procédure civile. Celle-ci n'offre qu'une faculté au juge, et sous certaines conditions, là où les deux premiers imposent au juge de vérifier sa compétence. Le Conseil d'État l'a indiqué sans ambiguïté dans l'arrêt *Trani* précité : « La détermination de la compétence de la juridiction administrative est une question d'ordre public [...] qu'il appartient au juge de soulever d'office »⁴⁷. La chambre criminelle de la Cour de cassation est tout aussi nette. Le plus souvent, c'est l'incompétence territoriale qui est en cause. A été ainsi cassé le jugement de la juridiction de proximité de Juvisy-sur-Orge (département de l'Essonne), alors que ni le domicile du prévenu, ni le lieu de commission ou de constatation de l'infraction ne se situaient dans le département de l'Essonne (mais dans celui de l'Oise). « Attendu que l'exception d'incompétence territoriale est d'ordre public », la Haute juridiction a censuré le jugement de première instance⁴⁸. L'incompétence matérielle conduit aux mêmes conséquences : les actes de terrorisme sont du ressort des magistrats parisiens, avec cette conséquence que ces derniers doivent se déclarer incompétents s'il appert que les actes en question ne sont pas « terroristes » au sens du code pénal. La Cour de cassation a livré un attendu très général en cette circonstance : « En matière répressive, la compétence des juridictions étant d'ordre public, il appartient aux juges correctionnels de vérifier cette compétence »⁴⁹. Cela vaut naturellement

45 - Tribunal correctionnel de Paris, 28 janvier 2010, p. 154.

46 - Voir P. Junghans, www.la Tribune.fr/actualités/politique/affaire-clearstream

47 - CE, 4 octobre 1967, *Trani*, Rec., p. 352.

48 - Cass. crim. 28 février 2006, Bull. crim., n°57.

49 - Cass. crim. 15 nov. 2006, Bull. crim., n° 289.

pour l'incompétence personnelle : on sait que les mineurs ou les ministres profitent les uns et les autres d'un privilège de juridiction à raison de leur âge ou de leur fonction publique éminente – seules sont compétentes les juridictions pour mineurs ou la Cour de justice de la République. De ce point de vue, les juridictions répressives de première instance et d'appel ne manquent jamais, lorsqu'un ministre est attaqué devant elles, de préciser qu'elles sont compétentes – c'est ensuite à la Cour de cassation de vérifier si tel était le cas et de censurer éventuellement le jugement ou l'arrêt d'une juridiction incompétente⁵⁰. Pour ce motif, le jugement du tribunal correctionnel de Paris dans l'affaire *Clearstream* surprend. On va y revenir.

De façon incidente, on remarquera qu'il appartient aux juridictions ordinaires de statuer sur leur compétence, y compris si cela exige un examen au fond. Dans l'affaire *Carignon*, l'avocat de l'ancien ministre estimait que seule la Cour de justice de la République était compétente pour apprécier sa compétence. dérogeant aux règles les mieux établies en matière d'exceptions d'incompétence, appréciées *in limine litis* et sans égard pour le fond de l'affaire, du moins en droit interne, la Cour de cassation a repoussé ce moyen : « Il appartient à tout juge d'apprécier sa propre compétence », au besoin en se livrant à « un examen sur le fond des faits », dès lors qu'il convient de vérifier que les actes ministériels passibles de la Cour de justice ont été commis dans l'exercice des fonctions⁵¹.

En troisième lieu, la compétence ou l'incompétence du tribunal peut être et même doit être – en vertu de ce qui vient d'être affirmé – soulevée à tout moment de la procédure, en première instance, en appel et même en cassation. Là encore, les solutions sont identiques en contentieux administratif et en procédure pénale, tandis que la procédure civile n'interdit pas que l'incompétence soit relevée d'office en appel ou en cassation, mais la rend difficile (article 92 du code de procédure civile). Du côté du contentieux administratif, on peut citer *in extenso* l'arrêt *Trani* déjà mentionné : « La détermination de la compétence de la juridiction administrative est une question d'ordre public que les parties peuvent soulever en tout état de la procédure et qu'il appartient au juge de soulever d'office ». Il en va de même en procédure pénale. La chambre criminelle de la Cour de cassation l'a soutenu avec constance. Des deux côtés de la Seine, on retrouve la même formule : la

50 – En ce sens, voir Cass. crim. 14 mars 1963, Bull. crim. n° 122, *Gaz. Pal.* 1963, 1, Jur., p. 434 ; Cass. crim. 28 mai 1986, *Ralite*, Bull. crim., n° 180. On note que le jugement de première instance est intervenu, dans les deux cas, alors que le ministre poursuivi était encore en fonction, à rebours de la chronologie judiciaire de l'affaire *Clearstream*. Ceci explique peut-être cela.

51 – Cass. crim. 26 juin 1995, Bull. crim., n° 235. Voir O. Beaud, La renaissance de la compétence concurrente pour juger pénalement des ministres. (À propos de deux arrêts faussement connus de la Cour de cassation), D. 1998, chr., p. 181.

détermination ou la violation des règles de compétence peut être soulevée ou invoquée « en tout état de la procédure » (ou aussi « à tous les stades de la procédure »), devant les juges du fond comme devant le juge de cassation⁵². C'est pour cette raison que Robert Badinter pouvait affirmer dans le journal *Le Monde* que le renvoi devant la Cour de justice de la République était toujours envisageable : « N'oublions pas non plus que, jusqu'au terme du procès, la question du renvoi de Dominique de Villepin devant la Cour de justice de la République, habilitée à juger les ministres pour les délits qu'ils auraient commis dans l'exercice de leurs fonctions, peut être soulevée »⁵³.

Il ressort de cet examen des règles de compétence que le tribunal correctionnel de Paris aurait dû se poser, à tout le moins, la question de sa compétence – et la trancher de façon expresse. Or, tout au long des 327 pages du jugement volumineux rendu le 28 janvier 2010, l'intervention de la Cour de justice de la République n'est, à notre connaissance, évoquée qu'une seule fois, et de façon incidente, par l'avocat du Président de la République. Pourtant, l'avocat d'une des parties civiles, en l'occurrence M^e Antoine Comte au nom d'Odile Jacob, avait interpellé solennellement le tribunal correctionnel le 14 octobre 2009 et avait suggéré qu'il était incompétent au profit de la Cour de justice de la République. Il n'entre pas dans notre intention de soutenir que le tribunal aurait dû se déclarer incompétent (auquel cas, il aurait renvoyé le ministère public à mieux se pourvoir) et que la Cour de justice était sans aucun doute compétente (comme le soutenait Mme Eva Joly dans le *Journal du Dimanche* du 31 janvier 2010). En effet, il est très difficile de prédire quelle serait l'attitude de la Cour de cassation, notamment de sa chambre criminelle, au regard de sa jurisprudence sinieuse.

Avant 1993, la Cour de cassation se montrait très libérale dans sa définition des actes commis dans l'exercice des fonctions : en gros, elle estimait que tous les actes commis par un ministre en fonction relevaient de la Haute Cour de justice. L'arrêt *Frey* précité du 14 mars 1963 le prouvait : selon Olivier Beaud, les juges judiciaires avaient élaboré une « théorie de l'indivisibilité des actes ministériels »⁵⁴. L'exemple le plus net en fut donné par la chambre criminelle dans un arrêt du 28 mai 1986 également précité lorsqu'elle faisait sien le raisonnement de la cour d'appel de Paris : les dispositions de l'article 68 « s'appliquent à toutes les infractions dont aurait pu se rendre coupable un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions, sans distinguer entre

52 - Cass. crim. 28 octobre 1981, JCP 1982, p. 23 ; Cass. crim. 26 juin 1995, Bull. crim., n° 235 ; Cass. crim. 20 juin 2006, Bull. crim., n° 189 ; Crim. 20 septembre 2006, Bull. crim., n° 230.

53 - *Le Monde*, 31 janvier - 1^{er} février 2010, p. 8.

54 - La renaissance de la compétence concurrente pour juger pénalement des ministres, art. cité, p. 178.

l'acte commis dans l'exercice des fonctions et celui commis à l'occasion de cet exercice ». Mais, depuis la révision constitutionnelle de 1993, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence incontestable, ainsi que les arrêts *Carignon* et *Noir* de 1995 et 1997 l'attestent – il faut se rallier sans ambages à l'interprétation d'Olivier Beaud et de Pierre-Olivier Caille⁵⁵.

La Cour de cassation adopte désormais une vision restrictive des actes commis dans l'exercice des fonctions : tous les actes ministériels ne sont pas couverts par l'aura ministérielle, certains sont manifestement détachables de la fonction ministérielle. Ou plus exactement : les actes des ministres sont présumés détachables des fonctions, sauf si l'on parvient à prouver qu'ils sont indissociables de leur exercice. L'arrêt *Carignon* précise que « les actes commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions sont ceux qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relevant de ses attributions », tandis que l'arrêt *Noir* distingue entre les actes commis « dans l'exercice des fonctions » et ceux qui ne le sont « qu'à l'occasion de l'exercice » de ces fonctions. En l'espèce, un repas organisé chez Paul Bocuse, réunissant en partie des membres du cabinet du ministre du commerce extérieur, n'avait « aucun lien direct avec la conduite des affaires de l'État dépendant de son ministère » et relevait, au contraire, de la vie privée de M. Noir. La jurisprudence inaugurée au milieu des années 1990 a été confirmée depuis à maintes reprises. La chambre criminelle a cependant ajouté dans le cas de M. Dumas que la complicité et le recel d'abus de biens sociaux qui lui étaient reprochés, et qui n'avaient pas de « lien direct avec la détermination et la conduite de la politique de la Nation et les affaires de l'État », réclamaient d'autant moins la compétence de la Cour de justice de la République que le ministre en cause n'avait pas « la tutelle des sociétés » lésées. Le plus souvent, la Cour de cassation confirme le jugement ou l'arrêt des juges du fond ; il lui arrive plus rarement de les censurer lorsqu'ils estiment, à tort, que les crimes et délits imputés à un ministre ressortissent à la compétence de la Cour de justice de la République ; l'interprétation restrictive de la Haute juridiction apparaît ici plus clairement qu'ailleurs – M. Jacques Toubon, alors ministre de la Justice, ne pouvait être renvoyé devant la Cour de justice sur le chef de complicité de prise illégale d'intérêts dans la mesure où les faits reprochés ne « se rattachaient [pas] directement » à l'exercice des fonctions ministérielles et n'avaient pas de « lien direct avec la détermination de la conduite des affaires de l'État »⁵⁶.

55 – P.-O. Caille, *L'inviolabilité pénale du chef de l'État sous la V^e République*, op. cit., p. 53.

56 – Cass. crim., 26 juin 1995, Bull. crim., n° 235 ; 6 février 1997, Bull. crim., n° 48 ; 16 février 2000, Bull. crim., n° 72 ; 13 décembre 2000, Bull. crim., n° 375. Voir J. Delfont, *Responsabilité pénale et fonction politique*, op. cit., p. 149-153.

Eu égard à ce dernier état de la jurisprudence, on peut douter que la Cour de cassation accepte, le cas échéant, la compétence de la Cour de justice de la République dans l'affaire *Clearstream*. Certes, dans la période récente, la Haute juridiction a estimé que les faits reprochés à M. Charles Pasqua (constitutifs de corruption passive par une personne dépositaire de l'autorité publique, de complicité d'abus de biens sociaux et de complicité de recel d'abus de biens sociaux) relevaient de la Cour de justice. Mais la motivation est tellement succincte qu'il est difficile d'en tirer un enseignement. En effet, l'assemblée plénière se contente d'indiquer « que la juridiction devant laquelle le demandeur est renvoyé est compétente »⁵⁷. Il faut dès lors en rester à la jurisprudence inaugurée au milieu des années 1990. De ce point de vue, on soulignera que M. de Villepin était certes ministre (des affaires étrangères) au moment de la commission des faits, qu'il a incontestablement reçu MM. Gergorin et Rondot au Quai d'Orsay le 9 janvier 2004, qu'il a donné des conseils, voire des « instructions », au général Rondot, laissant entendre que la présidence de la République était informée⁵⁸. Mais on ajoutera aussitôt que le ministre des affaires étrangères n'était pas le ministre de tutelle du général Rondot, lequel relevait de l'autorité hiérarchique du ministre de la Défense en tant que « conseiller pour le renseignement et les opérations spéciales » (CROS). Or l'absence de tutelle a joué dans l'affaire *Dumas* de 2000 : les juges ont relevé que le ministre en cause, lui aussi chargé jadis des affaires étrangères, n'exerçait pas de tutelle sur les sociétés victimes d'abus de biens sociaux.

Au final, il est bien difficile de se prononcer. Il est cependant étonnant que le tribunal correctionnel n'ait pas statué sur sa compétence. Les juges d'instruction avaient pris soin de souligner qu'il n'y avait pas de lien avec la fonction ministérielle ; le procureur de la République, M. Jean-Claude Marin, affirmait nettement dans ses réquisitions du 20 octobre 2009 que le comportement de M. de Villepin ne correspondait pas à celui d'un ministre et n'avait pas de lien avec la conduite des affaires de l'État⁵⁹. On sait, comme l'indique René Chapus, que la discrétion conservée par le tribunal correctionnel de Paris signifie implicitement que le juge s'estime compétent⁶⁰. Mais on aurait pu souhaiter qu'il affrontât la difficulté : son silence est assourdissant.

57 - Ass. plén., 17 juillet 2009, *Bull. A. P.*, n° 2, 3 et 4.

58 - Tribunal correctionnel de Paris, 28 janvier 2010, p. 102-103, 143-145, 253-255.

59 - Voir le site : www.tempsreel.nouvelobs.com/speciales/politique/le_proces_clearstream

60 - *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 288, p. 262.

LES IMMUNITÉS FAMILIALES

Gérard Clément

Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Béatrice Clément

Maître de conférence à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Pour le législateur, la famille est l'une des valeurs essentielles sur lesquelles se fonde la société. Son harmonie est préservée par l'immunité familiale d'ordre patrimonial à l'article 311-12 du code pénal. Celui-ci, tout en laissant subsister l'infraction, met à l'abri de la répression l'auteur de certaines infractions contre les biens commises contre un membre de son groupe familial. Le législateur a cependant une conception restreinte du groupe familial ainsi que des délits concernés par cette immunité. En ce domaine, il ne prend donc en compte que partiellement l'évolution de la structure familiale.

Le droit pénal autorise aussi certaines atteintes à la justice lorsque leurs auteurs ont voulu protéger un membre de leur famille. Cette compréhension a pour toile de fond la solidarité familiale dont les exigences expliquent le sacrifice de la répression, la négation de l'existence de l'infraction. Elle se traduit par des immunités d'ordre moral au bénéfice d'une famille considérée de manière plus large que celle envisagée par l'article 311-12 du code pénal, au regard de la non-dénonciation de crime, du recel de malfaiteurs, du défaut de témoigner en faveur d'un innocent, du terrorisme.

Le fondement des immunités familiales est leur fil d'Ariane. Il induit leur nature (section I) et trace leur domaine (section II).

Section I – La nature et les effets des immunités familiales : consubstantiels à leur fondement

Selon l'article 16-3 de la déclaration universelle des droits de l'homme, « la famille a droit à la protection de la société et de l'Etat ». Les immunités familiales participent à cette protection lorsqu'un membre du groupe familial est la victime de certaines infractions contre les biens ou l'auteur d'infractions consistant en des entraves à la saisine ou à l'exercice de la justice. Certes, la préservation de la structure familiale est l'objectif commun des immunités familiales, mais leur justification n'est pas identique. En effet, des raisons sociales fondent l'immunité familiale d'ordre patrimonial alors que la primauté de la solidarité familiale justifie les immunités familiales d'ordre moral (§ 1). Cette dualité de fondement induit une dualité de nature entraînant plusieurs conséquences au plan pénal comme au plan civil (§ 2).

§ 1 : D'une dualité de fondement..

Des raisons sociales fondent l'immunité familiale d'ordre patrimonial, des raisons bien comprises de décence¹. Elle ne vise pas à octroyer un privilège² à une personne en raison d'une qualité qui lui est personnelle, mais à assurer la protection de la famille³, élément naturel et fondamental de la société⁴, dont l'unité et la cohésion doivent être préservées⁵. Comme l'ont souligné certains auteurs, il importe d'éviter le scandale qui naîtrait de poursuites entre proches, plus propre à attiser des haines, à favoriser les divisions qu'à satisfaire la vindicte publique⁶.

La justification de l'immunité familiale, d'ordre moral, découle de l'affection liant les membres d'une même famille. Ce sentiment, facteur d'unité et de cohésion, se traduit par l'existence d'une solidarité familiale au profit d'un parent délinquant. Celle-ci les incite à trans-

1 - Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd. PUF, 2007, p. 441 ; R. Vouin, *Droit pénal spécial*, T.1, 3^{ème} éd., Dalloz, 2004, p. 43 ; M. Puech, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 380 ; A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, p. 374.

2 - *Contra*, Ch. Choukroun, L'immunité, RSC 1959, p. 29.

3 - R. Bonneaud, *La parenté en droit pénal*, thèse, Lille, 1968, p. 3 ; P. Mousseron, Les immunités familiales, RSC 1998, p. 265.

4 - Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, art. 16 ; Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques, art. 23 repris dans la convention de l'ONU de 1989 sur les droits de l'enfant.

5 - Voir P. Couvrat, La famille parent pauvre du droit pénal in *Le droit non civil de la famille*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit de Poitiers, 1983, p. 133 et s ; E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, T.37, 2002, n° 368.

6 - A. Vitu, *Droit pénal spécial*, Cujas, n° 2246, p. 1833 ; M. Hebert, *L'immunité de l'article 380 du code pénal relative aux soustractions commises entre proches parents*, thèse, Université de Rennes, faculté de droit, 1933, p. 29.

gresser l'obligation, pénalement sanctionnée, qui pèse sur chaque citoyen de collaborer à la justice ou l'interdiction, pénalement sanctionnée, de l'aider à échapper aux poursuites pénales.

Le législateur, sensible à ce sentiment, à l'impossibilité morale d'exiger d'une personne qu'elle trahisse ses proches⁷, consacrait aux articles 61, 62 et 63 de l'ancien code pénal, et confirmait aux articles 434-1, 434-6 et 434-11 du code pénal la primauté de la solidarité familiale qui s'illustre, quant à la non-dénonciation de crime, au recel de malfaiteurs et à l'omission de témoigner en faveur d'un innocent. Elle disparaît toutefois lorsque la protection de l'enfant est en jeu⁸. En effet, au regard de la non-dénonciation de crime, la dispense ne joue pas pour les crimes commis sur les mineurs de quinze ans. Cette exception⁹ a pour finalité de briser la conspiration du silence qui entoure souvent les infractions dont sont victimes ces derniers. Elle ne va pas à l'encontre de la solidarité familiale, loin de là ! « C'est le droit de se taire et non l'obligation de parler qui porterait le plus atteinte à la paix des familles et à la solidarité familiale¹⁰ ».

En cas de non-dénonciation d'un tel crime, le parent ne doit plus être protégé par une immunité dans la mesure où il se soustrait non seulement à son obligation civile, mais également à son obligation familiale¹¹. Cette exception est d'ailleurs conforme à la convention internationale des droits de l'enfant qui énonce dans son article 19 que les Etats parties prennent toutes les mesures, notamment législatives, pour protéger l'enfant contre toutes les formes de brutalités, mauvais traitements, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents. En accord avec cette convention, l'article 434-3 du code pénal ne prévoit aucune immunité au bénéfice des parents¹². Il oblige quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles sur un mineur de quinze ans d'en informer les autorités judiciaires ou administratives¹³, ce délit ne supposant pas nécessairement que les faits non dénoncés puissent recevoir la qualification de crime¹⁴.

7 - J. Magnol, Commentaire de l'ordonnance n° 45-1391 du 25 juin 1945 concernant le concours des citoyens à la justice et à la sécurité publique, JCPG 1949, I, 531, spéc. n° 17.

8 - Sur la mise en péril du mineur, cf. J.-F. Renucci, *Droit pénal des mineurs*, Masson, 1994, p. 59 et s ; Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008, p. 892 et s.

9 - Sur cette exception, v. J. Larguier, *Rigueur pénale et protection de l'enfance*, D. 1955, chron. 43.

10 - T. Hassler, *La solidarité familiale confrontée aux obligations de collaborer à la justice pénale*, RSC 1983, p. 443.

11 - En ce sens, Ch. Courtin, *L'immunité en droit criminel français*, thèse, 1999, Université de Nice Sophia Antipolis, p. 225 ; R. Bonneaud, *La parenté en droit pénal*, thèse préc., p. 97.

12 - Une loi de 1954 supprime le bénéfice de l'immunité en matière de non-dénonciation de sévices ou de privations infligés à un mineur de quinze ans, v. P. Souty, *Le délit de non-dénonciation et la loi du 15 avril 1954 sur la répression des crimes commis contre les enfants*, JCP 1955, I, 1215 ; R. Vouin, *Chronique législative*, RSC 1954, p. 559 et s.

13 - Voir M. Veron, *Droit pénal spécial*, 12^{ème} éd. Sirey, p. 403 ; Ph. Bonfils, *Non-dénonciation de mauvais traitements à un mineur de quinze ans ou à une personne vulnérable*, JCP pén. Art. 434-3, fasc. 20, 2008.

14 - Cass. crim. 17 nov. 1993, *Droit pénal* 1994, comm. 58 ; Bull. crim., n° 347.

Si le législateur a souhaité exclure l'immunité, c'est parce que les parents sont souvent les mieux placés pour connaître des mauvais traitements ou privations infligés et à même d'alerter les autorités judiciaires.

Cette dualité de fondement des immunités familiales d'ordre moral et celle d'ordre patrimonial, infère une dualité de nature et des effets dissemblables.

§ 2 : ... à une dualité de nature

L'immunité familiale d'ordre patrimonial ne neutralise pas l'infraction¹⁵. Il s'induit de cette persistance du caractère illicite de l'acte la possibilité d'exiger une réparation civile, mais l'action n'est recevable que devant les juridictions civiles. L'immunité ne peut être considérée comme une cause légale d'exemption de peine¹⁶. En effet, elle laisse subsister l'infraction¹⁷ et la responsabilité de l'agent. Celui qui en bénéficie doit toujours être renvoyé devant la juridiction de jugement seule qualifiée pour l'admettre¹⁸. Elle présuppose, par définition même, une déclaration de culpabilité¹⁹. Il ne s'agit pas non plus d'un fait justificatif, l'infraction subsistant ; ni d'une cause de non imputabilité, cette dernière s'apprécie de manière subjective alors que pour bénéficiaire de l'immunité, un élément objectif est pris en compte : la qualité de la victime²⁰.

Les raisons sociales qui la justifient sont un obstacle aux poursuites. Ainsi, l'article 380 de l'ancien code pénal disposait : « Ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles... ». L'article 311-12 du code pénal précise, quant à lui : « Ne peut donner lieu à des poursuites pénales... ».

En conséquence, l'immunité est de nature procédurale²¹, cause personnelle d'irrecevabilité de l'action publique²². Elle produit ses effets sur l'action publique, à tous les stades de la procédure, dès qu'elle

15 - Cass. crim. 11 mars 1880, Bull. crim., n° 59 ; 17 février 1945, Bull. crim., n° 50 ; 17 juill. 1976, Bull. crim., n° 257.

16 - Nouvelle terminologie désignant ce qu'auparavant on appelait les excuses absolutoires.

17 - J. Pradel, *Droit pénal général*, 17^{ème} éd., Cujas, n° 674, p. 629.

18 - B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2009, n° 373, p. 328.

19 - J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., PUF, p. 499.

20 - W. Jeandier, Des immunités entre époux ou parents, JCP droit pénal, art. 380, 1989, n° 64 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, n° 913.

21 - Voir notamment V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Hypercours, n° 721 ; J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 2^{ème} éd., Cujas, n° 777 ; P. Mousseron, Les immunités familiales, RSC 1998, p. 298. *Contra* F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 11^{ème} éd., Economica, p. 673 : il s'agit de règles de fond qui permettent à certaines personnes de commettre une infraction.

22 - Voir à propos de l'article 380 du code pénal : ch. réunies, 25 mars 1845, S, 1845, I, 290 req. Dupin ; 30 déc. 1932, D, 1933, I, 127, note G. Leloir.

est établie²³, et le juge doit au besoin la soulever d'office²⁴. Non seulement elle s'impose au ministère public²⁵ et aux juridictions d'instruction²⁶, mais aussi aux juridictions de jugement²⁷. Quelque soit la juridiction répressive saisie, elle devra déclarer l'irrecevabilité de la poursuite pénale qui induit, certes, son caractère d'ordre public, mais s'étend-elle aux personnes étrangères à la famille, à l'égard desquelles des considérations de convenances sociales n'ont plus aucune raison d'intervenir ?

L'article 380 de l'ancien code pénal excluait le coauteur²⁸ et le receleur de choses du bénéfice de l'immunité²⁹ ; l'article 311-12 du code pénal ne précise rien de tel, mais la solution demeure³⁰. L'immunité reste personnelle aux personnes qu'elle vise³¹. Ainsi, la circonstance aggravante de réunion peut être retenue contre le coauteur étranger bien que son coauteur ou complice soit protégé par l'article 311-12 du code pénal. Ce caractère personnel de l'immunité conduit à désapprouver une jurisprudence constante et ancienne de la Cour de cassation selon laquelle le complice d'une personne protégée n'était pas punissable³² aux motifs que « d'après l'article 59 du code pénal, les complices d'un crime ou d'un délit suivent le sort de l'auteur principal³³ ». La position prise par la Cour suprême apparaît encore contradictoire avec les principes généraux qu'elle s'est forgée. En effet, il n'est pas nécessaire que l'auteur principal soit effectivement puni pour que le complice soit réprimé³⁴. Il suffit qu'un fait principal objectivement punissable soit retenu³⁵. Or l'immunité familiale d'ordre patrimonial laisse le fait principal être punissable. Qui plus est, l'interprétation littérale de l'article 121-6 du code pénal induit l'abandon de cette jurisprudence³⁶ fondée sur l'emprunt de pénalité. Il précise en effet « sera puni comme auteur, le complice de l'infraction », ce qui signifie que le

23 - J. Belot, *L'ordre public et le procès pénal*, thèse, Nancy II, 1980, p. 58 et s ; Ch. Bolze, Le refus d'informer : une sanction exceptionnelle en procédure pénale, RSC 1982, p. 311.

24 - M. Hebert, *L'immunité de l'article 380 du code pénal*, thèse, Université de Rennes, faculté de droit, 1933, p. 75.

25 - Cass. crim. 13 mai 1976, D. 1977. 277, note W. Jeandidier.

26 - Cass. crim. 4 janvier 1930, Bull. crim., n° 5.

27 - Cass. crim. 18 avril 1857, D.P. 1857, I, 227.

28 - Cass. crim. 12 avril 1844, Bull. crim., n° 135 ; 2 janvier 1869, S, 1870, I, 367.

29 - Cass. crim. 28 avril 1866, S, 1867, I, 46.

30 - En ce sens, P. Mousseron, Les immunités familiales, réf. préc., p. 298.

31 - M. Puech, *Droit pénal général*, Litec 1988, n° 1322 ; X. Pin, *Droit pénal général*, cours, Dalloz, 2007, p. 153 ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Litec, n° 542.

32 - Cass. crim. 8 janvier 1921, D. 1921, I, 169 ; 15 avril 1825, Bull. crim., n° 73.

33 - Cass. crim. 15 avril 1825, Bull. crim., n° 73.

34 - Cass. crim. 31 janv. 1996 ; Bull. crim., n° 56 ; RSC 1996. 847, obs. B. Bouloc.

35 - Cass. crim. 28 mai 1990, Bull. crim., n° 214 ; 19 fév. 2002, Bull. crim., n° 35 ; 8 janv. 2003, Bull. crim., n° 5.

36 - En ce sens, J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., PUF, p. 356 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Armand Colin, 2007, n° 424.

complice est lui-même réputé auteur³⁷. Toutefois, s'agissant des circonstances aggravantes propres à l'auteur principal, la chambre criminelle, guidée par ses préoccupations répressives, a refusé une interprétation de l'article 121-6 du code pénal qui aurait permis de dissocier la situation du complice de celle de l'auteur en posant le principe selon lequel « sont applicables au complice les circonstances aggravantes liées à la qualité de l'auteur principal³⁸ ». « Dès lors que cette qualité participe de l'objectivité de l'infraction, pour en être une donnée structurelle, elle engage pareillement la complicité³⁹ », ce qui conduit à penser qu'il n'y a pas d'obstacle à un revirement de jurisprudence concernant l'immunité familiale.

Des développements précédents, il résulte que si l'immunité familiale d'ordre patrimonial est de nature procédurale⁴⁰, il n'en est pas de même pour l'immunité familiale d'ordre moral.

Le fondement de ces dernières induit leur nature. Sous l'empire de l'ancien code pénal, la qualification de ces causes d'exonération était très discutée en doctrine. Pour certains auteurs, elles constituaient une excuse absolutoire⁴¹. Pour d'autres, elles illustrent un cas de non-culpabilité⁴², de véritables immunités qui font échapper les bénéficiaires à toute poursuite, et pas seulement au prononcé de la peine⁴³. Cette dernière analyse doit être retenue. En effet, à la fois dans l'ancien code pénal⁴⁴ et dans le nouveau code pénal⁴⁵, il est précisé « sont exceptées des dispositions... ».

Pareillement aux faits justificatifs, l'immunité familiale d'ordre moral ne détruit pas directement la responsabilité de l'auteur, mais neutralise tout d'abord le préalable de l'infraction. Elle retire ainsi à l'acte accompli son caractère délictueux qu'il pouvait *a priori* présenter et constitue un obstacle à la qualification. Nous sommes en présence d'immunités de fond⁴⁶. D'une cause innommée d'irresponsabilité pénale

37 - B. Bouloc, *Droit pénal général*, 21^{ème} éd., Dalloz, n° 338, p. 302 ; F. Desportes et F. Le Guehec, 15^{ème} éd., *Economica*, n° 561, p. 526 ; J. Leroy, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., LGDJ, n° 463, p. 284 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., PUF, n° 403, p. 428.

38 - Cass. crim. 7 sept. 2005, Bull. crim., n° 219 ; D. 2005, Pan., p. 2988, obs. Roujou de Boubée ; D. 2006, p. 835, note E. Dreyer, AJ Pénal, 2005, p. 413, obs. Royer ; Droit pénal, 2005, comm 167, obs. Veron ; gaz. Pal. 2006. 1. 1114, note Monnet.

39 - Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 429, note 5.

40 - Une partie de la doctrine ne distingue pas les différentes immunités familiales, estimant qu'elles sont toutes d'ordre procédural : C. Choukroun, L'immunité, art. préc., spéc., p. 56 à 60 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, 4^{ème} éd., Armand Colin, n° 304 ; X. Pin, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, n° 224.

41 - L. Huguency, Rep. Droit pénal, 1967, voir Abstentions délictueuses, n° 64 ; C. Choukroun, L'immunité, art. préc., p. 29 ; P. Gionni, *Le particularisme du droit pénal de la famille*, thèse, Nice, 1992, p. 115.

42 - R. Vouin, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 363.

43 - V.R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* par A. Vitu, éd. Cujas, n° 507.

44 - Articles 61, 62 et 63.

45 - Articles 434-1, 434-6, 434-11.

46 - En ce sens, E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, T.37, n° 374 ; P. Mousseron, Les immunités familiales, réf. préc., p. 291 ; D. Dechenaud, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, T.45, n° 98.

dont la genèse est la qualité objective de l'auteur des faits⁴⁷. On est très proche des faits justificatifs⁴⁸, en particulier de l'autorisation de la loi⁴⁹, puisque le fait se trouve exceptionnellement autorisé parce que son auteur, en l'accomplissant, sert un intérêt préférable à celui que protège la loi qu'il transgresse⁵⁰. Toutefois, elles ne se confondent pas tout à fait avec eux, les faits justificatifs impliquant la réunion de conditions posées par la loi ou la jurisprudence : un acte délictueux, pour être justifié, doit être non seulement nécessaire, mais encore proportionné⁵¹. Cette double exigence, transcende l'ensemble des faits justificatifs⁵². La jurisprudence rappelle à l'occasion ces exigences⁵³ communes⁵⁴ donnant lieu à une appréciation du juge.

Le bénéficiaire de l'immunité familiale d'ordre moral, lui, n'a pas à démontrer qu'il a agi avec nécessité et proportionnalité, la constatation de son existence suffit. Elle échappe à l'appréciation du juge. L'indulgence de la loi est automatique et assure une protection dénuée d'aléa.

Mais à l'image des faits justificatifs⁵⁵, l'immunité familiale d'ordre moral, cause objective d'irresponsabilité pénale, opère *in rem* : l'acte incriminé est dépourvu de toute coloration illicite, elle profite en conséquence aux complices, mais profite-t-elle aussi aux coauteurs ? Au regard des analyses traditionnelles de la doctrine, les faits justificatifs bénéficient à l'ensemble des coauteurs ayant participé à l'infraction justifiée⁵⁶, la solution devrait être étendue aux immunités d'ordre moral, la disparition du caractère illicite de l'acte ayant pour conséquence de faire échapper tous les participants à la responsabilité pénale⁵⁷ et civile⁵⁸. Pour fondée qu'elle puisse être, cette extension nécessite pour-

47 - F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 15^{ème} éd., Economica, p. 673 ; J.-H Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 253.

48 - En ce sens, J. Pradel, *Procédure pénale*, 14^{ème} éd., Cujas, n° 228 ; Ch. Courtin, thèse précitée, p. 392.

49 - Sur ce fait justificatif, voir notamment B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 381.

50 - Sur la notion de fait justificatif, voir notamment M. Puech, *Droit pénal général*, Litec, n° 753 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., PUF, n° 415 et suivants ; J.-H Robert, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., PUF, p. 251 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Cujas, n° 382.

51 - Art. 122-5 du code pénal : Légitime défense ; art. 122-7 du code pénal : Etat de nécessité, voir M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Ellipses, n° 346 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, n° 275.

52 - En ce sens, G. Roujou de Boubée Essai d'une théorie générale de la justification, Ann. faculté de Toulouse, 1982, p. 23 et 24 ; C. Mascala, J.Cl. Pénal, art. 122-4, n° 14.

53 - Cass. crim. 18 fév. 2003, Bull. crim., n° 41, D, 2003, 1317, note Defferrard et Durdet ; 11 mai 2004, rev. pénit., 2004, p. 875, note J.-C. Saint-Pau.

54 - En ce sens, F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, n° 127 et s. ; J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 17^{ème} éd., n° 307.

55 - Les auteurs sont presque unanimes sur l'action *in rem* du fait justificatif : E. Lepointe, Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs, RSC 1969, p. 547 ; A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, p. 298.

56 - R. Bernardini, *Droit pénal général*, Gualino, n° 521 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 375 ; J.-H Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 356.

57 - En ce sens, Ch. Courtin, *L'immunité en droit criminel français*, thèse, Nice, 1999, p. 393.

58 - Voir J. Dingome, *Le fait justificatif en matière de responsabilité civile*, thèse, Paris I, 1986.

tant une analyse détaillée de la notion de coauteur⁵⁹ qui revêt deux aspects. Le premier désigne le coauteur matériel, celui qui commet de « connivence ⁶⁰ avec un autre coauteur l'acte incriminé⁶¹. Le second l'auteur moral ou intellectuel, celui qui ne réalise pas lui-même l'infraction, tout en incitant ou provoquant à sa consommation⁶².

La question de la pluralité d'auteurs dans un acte couvert par une immunité d'ordre moral est dépendante de l'analyse même de cette forme de participation. La coaction place tous les participants dans une position d'auteurs principaux⁶³, réalisant de concert l'infraction. Chacun reste donc punissable pour son fait personnel⁶⁴ et répondra de l'infraction comme s'il en était l'auteur unique et pourra être poursuivi seul⁶⁵. C'est en sa personne que se vérifie la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction⁶⁶. Donc, soit la qualité objective exigée par la loi est remplie, et de ce fait le coauteur tire directement son irresponsabilité pénale de la loi sans qu'il y ait alors de lien nécessaire avec l'auteur principal ; soit cette qualité fait défaut, l'immunité ne peut être retenue, quelque que soit le sort réservé à l'auteur principal⁶⁷. En revanche, pour l'auteur intellectuel, réprimé au titre de la complicité⁶⁸, l'effacement du caractère délictueux de l'acte assure son impunité⁶⁹.

Section II – Le domaine d'application des immunités familiales

La conception de la famille, retenue en matière d'appropriations frauduleuses, est plus étroite que celle retenue en matière d'atteintes à l'autorité publique (§ 1). Quant aux infractions couvertes par les immunités familiales, le bénéficiaire de l'immunité n'est pas toujours à l'abri d'une poursuite, plus particulièrement au regard de l'immunité familiale d'ordre patrimonial (§ 2).

59 - Sur l'incidence du fait justificatif sur le coauteur et l'auteur intellectuel, v. M. Habchy, *Essai sur la notion de justification*, thèse, université Paris-Val de Marne, 1991, Atelier national de reproduction des thèses, p. 449 et s.

60 - Y. Mayaud, *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*, RID pén., 1997, p. 793.

61 - Voir D. Allix, *Essai sur la coaction*, LGDJ, 1976.

62 - Voir D. Allix, thèse précitée, n° 176 et s ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 393.

63 - R. Bernardini, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 489 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 294.

64 - Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 410 ; B. Bouloc, *op. cit.*, n° 294 ; J. Leroy, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 416.

65 - A. Decocq, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 236.

66 - A. Decocq, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 236 ; A. Legal, La notion de coauteur, RSC 1962, p. 749 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *op. cit.*, n° 403.

67 - En ce sens, M. Habchy, thèse précitée, p. 446, en ce qui concerne l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime.

68 - Voir J. Pouyanne, *L'auteur moral de l'infraction*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 118 et s ; J. Biguenet, De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et instigation, droit pénal, 2001, chron., n° 25.

69 - S. Fournier, *Le nouveau code pénal et le droit de la complicité*, RSC 1995, 484.

§ 1 : Les bénéficiaires

La famille par alliance bénéficiait dans l'ancien code pénal de ces immunités. L'article 380, après avoir énuméré les ascendants et les descendants, prévoyait en effet que l'immunité s'appliquait aussi « aux alliés aux mêmes degrés » ; ainsi, n'était pas punissable le gendre qui volait le père ou la mère de son épouse, mais le législateur contemporain a pris en considération l'évolution de la structure familiale qui s'est traduite par un resserrement du cercle familial. Cette évolution explique également la place de choix faite à la parenté en ligne directe sans limitation de degrés⁷⁰ et de manière réciproque pour les immunités d'ordre patrimonial⁷¹, ce qui soulève l'interrogation suivante : est-il donné aux juridictions répressives de connaître incidemment de la filiation du prévenu ? Comme par le passé⁷², le juge de l'action demeure le juge de l'exception⁷³. Nous ne sommes pas en présence d'une exception préjudicielle au jugement pénal⁷⁴ : l'article 319 du code civil dispose qu'« en cas d'infraction portant atteinte à la filiation d'une personne⁷⁵, il ne peut être statué sur l'action pénale, qu'après le jugement passé en force de chose jugée sur la question de filiation⁷⁶ ». Cette disposition ne s'applique qu'aux infractions relatives à l'état civil⁷⁷, elle ne concerne pas les immunités familiales⁷⁸.

La conception du législateur contemporain de la famille n'est toutefois pas toujours la même. Elle varie selon le fondement de l'immunité familiale. Le cercle des bénéficiaires des immunités d'ordre moral est plus large que celui des bénéficiaires des immunités d'ordre patrimonial. L'article 311-12 du code pénal ne mentionne pas les collatéraux⁷⁹ : en raison du principe de l'interprétation stricte de l'immunité familiale⁸⁰, elle ne peut être invoquée par ces derniers⁸¹. Il en va différemment pour les frères, les sœurs et leurs conjoints, relativement aux immunités d'ordre moral⁸².

70 - Articles 311-12-1°, 434-1, 434-6 et 434-11 du code pénal.

71 - Article 311-12 du code pénal.

72 - Voir J. Sarda, *De l'exemption de peine fondée sur l'article 380 du code pénal*, thèse, Paris, 1943, p. 76.

73 - P. Ortscheidt, *Le juge pénal et la procédure du sursis à statuer*, RSC 1981, p. 303.

74 - Voir Mme Delaunay-Marlange, *Les exceptions préjudicielles au jugement pénal*, thèse, ronéo, Paris, 1974.

75 - Voir Les atteintes à la filiation, art. 227-12 et s du code pénal.

76 - Compétence exclusive du tribunal de grande instance.

77 - En ce sens, F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, n° 786 ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1189.

78 - Les exceptions préjudicielles au jugement sont d'interprétation stricte.

79 - Il en était de même de l'article 380 de l'ancien code pénal.

80 - En ce sens, J.-F. Seuvic, *Chronique législative*, RSC 2000, p. 424 et s.

81 - Cass. crim. 1er avril 1841, Bull. crim., n° 96 : vols entre frères et sœurs.

82 - Articles 434-1, 434-6 et 434-11 du code pénal.

Quant au conjoint, certes il bénéficie des immunités familiales⁸³, mais seulement à des conditions restrictives lorsqu'elles sont d'ordre patrimonial. En effet, elles ne profitent qu'aux personnes unies entre elles par le mariage⁸⁴ alors que les immunités d'ordre moral peuvent être invoquées également par la personne qui vit notoirement en situation maritale, le nouveau code pénal assimilant le concubin au conjoint. Mais le concubinage doit être notoire. Selon un auteur, David Dechenaud, cette différence de régime s'explique en partie par la différence de fondement des immunités de procédure. Dans l'esprit du législateur, seul le mariage implique le rapprochement des patrimoines des deux membres du couple, ce qui justifie que les partenaires et concubins demeurent exclus du champ d'application de l'immunité familiale d'ordre patrimonial⁸⁵. Une explication différente à l'exclusion du pacsé du bénéfice de l'immunité est proposée par M. Amar⁸⁶ ; elle serait due à l'absence de régime matrimonial entre les partenaires⁸⁷. Mais c'est oublier qu'elle s'applique entre ascendants et descendants. Contrairement à ces opinions, l'absence d'assimilation nous paraît surprenante. En effet, elle ne prend pas en compte l'évolution de la structure familiale qui conditionne l'évolution du droit de la famille. Dans sa thèse, soutenue en 1943, un auteur écrivait « L'article 380, qui est une disposition de faveur destinée à sauvegarder les convenances sociales, ne saurait être invoqué au bénéfice de ceux-là même qui, en refusant à légitimer leur union, se placent en marge de la société⁸⁸ ». Mais au début de ce troisième millénaire, un tel propos ne paraît plus de mise. La famille, hors mariage, représente également un élément d'ordre de la société et mérite à ce titre la protection de la loi, et cela d'autant plus que les unions de concubins ou de partenaires d'un pacte civil de solidarité ne sont pas moins étroites que celles qui se concrétisent dans le mariage⁸⁹.

Le législateur ajoute une autre condition à l'application de l'immunité d'ordre patrimonial qui n'existait pas sous l'empire de l'ancien code pénal : les époux ne doivent pas être séparés de corps ou autorisés à résider séparément⁹⁰. La durée n'est donc pas calquée sur le lien matri-

83 - Articles 311-12, 434-1, 434-6 et 434-11 du code pénal. Sous l'empire de l'ancien code pénal, le conjoint ne bénéficiait que de l'immunité d'ordre patrimonial, cf les articles 380, 61, 62 et 63 de l'ancien code pénal.

84 - La rupture voulue du lien conjugal s'oppose au maintien en faveur des époux divorcés de l'immunité protectrice de l'article 311-12 du code pénal.

85 - D. Dechenaud, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, T.45, n° 193.

86 - Sur le pacte civil de solidarité et l'immunité familiale, v. J.-F. Seuvic, *Chronique législative*, RSC 2000, p. 424 et s ; F. Alt-Maes, *Le pacs à l'épreuve du droit pénal*, JCP, 2000, I, 275.

87 - J. Amar, P.A.C.S. et immunités familiales, droit pénal, 2000, chron., n° 32.

88 - J. Sarda, *De l'exemption de peine fondée par l'article 380 du code pénal*, thèse, Paris, 1943, p. 62.

89 - La loi du 23 juin 2006 précise que les partenaires d'un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune (art. 515-4 code civil). En outre, le concubinage se définit comme une « union de fait, caractérisée par une vie commune » (art. 515-8 code civil).

90 - Cass. crim. 14 décembre 1999, Bull. crim., n° 303 : l'un des conjoints, seul autorisé à s'établir séparément, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 311-12.

monial. En revanche, singulièrement, elle subsiste en cas de séparation de fait ; solution qui peut paraître en contradiction avec son fondement.

§ 2 : Les infractions couvertes par les immunités familiales

Enumérées limitativement par la loi⁹¹, elles ne mettent pas toujours le bénéficiaire à l'abri d'une poursuite. Ainsi, pour les immunités familiales d'ordre patrimonial, si le code pénal confirme l'application de celles-ci au vol⁹², à l'escroquerie⁹³, à l'abus de confiance⁹⁴, à l'extorsion⁹⁵ et au chantage⁹⁶, en revanche il n'étend pas l'immunité aux infractions voisines de l'abus de confiance et de l'escroquerie ainsi qu'au recel de choses⁹⁷. De plus, le code pénal reprend les solutions jurisprudentielles relatives aux exclusions justifiées, aujourd'hui comme hier, par une atteinte portée à des intérêts supérieurs : telle l'atteinte à la vie ou à la sécurité des personnes⁹⁸, à la confiance publique⁹⁹ ou enfin, la suppression de correspondance¹⁰⁰. Notons encore qu'il est envisageable de poursuivre sur une infraction non couverte par l'immunité, en présence d'un fait unique portant atteinte à des intérêts distincts ou des valeurs sociales différentes¹⁰¹, en conséquence, il suffit de retenir la qualification de suppression de correspondance et non celle de vol. Dans l'hypothèse où une seule attitude psychologique lèse ou met en péril la même valeur sociale¹⁰², comme une escroquerie réalisée au moyen d'un faux, il conviendra de choisir le faux¹⁰³. En outre, les dispositions de l'article 311-12 du code pénal, ne condamnent pas la solution jurisprudentielle antérieure¹⁰⁴, relative à une circonstance aggravante réunissant

91 - Les dispositions de l'article 311-12 du code pénal constituent, en tout état de cause, une exception au droit commun, et sont, par conséquent, d'interprétation stricte : Paris, 10 janvier 2002, droit pénal, 2002-81, obs. M. Veron.

92 - Art. 311-12 code pénal.

93 - Art. 313-3 code pénal.

94 - Art. 313-4 code pénal.

95 - Art. 312-9 code pénal.

96 - Art. 312-12 code pénal.

97 - La solution inverse avait pourtant été retenue sous l'ancien code pénal au « recel de choses » : tribunal correctionnel, Alès, 24 janv. 1958, JCP 1958, II, 10621, note R.M, RSC 1958, p. 861, obs. Bouzat ; tribunal correctionnel Toulouse, 3 fév. 1960, G.P 1960.1.313, RSC 1960, p. 472, obs. Bouzat.

98 - Cass. crim. 2 juin 1853, Bull. crim., n° 277 : incendie volontaire commis par un fils au préjudice de ses parents.

99 - Cass. crim. 17 décembre 1829, Bull. crim., n° 385 : contrefaçon de l'écriture ou de la signature du conjoint ou du parent, Paris, 22 janv. 1991, droit pénal, 1991.173 ; Paris, 10 janv. 2002, droit pénal, 2002.81, obs. M. Veron : Faux en écriture.

100 - Cass. crim. 22 avril 1864, Bull. crim., n° 64 ; 5 février 1958, Bull. crim., n° 213.

101 - Une action matériellement indivisible peut donner naissance à un concours réel d'infractions, v. J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 6^{ème} éd., Dalloz, n° 19 ; A. Dekeuver, La classification des concours de qualifications, RSC 1974-522.

102 - Voir E. Daskalakis, *La notion d'unité et de pluralité d'une infraction et son rôle dans le procès*, thèse, Paris, 1969, p. 197 et s.

103 - Voir cass. crim. 25 mai 1992, Bull. crim., n° 207.

tous les éléments constitutifs d'un délit distinct ; ainsi, la violence, lors de la commission d'un vol, peut être dissociée de cette infraction couverte par l'immunité. L'esprit de la loi est d'en faire bénéficier les appropriations frauduleuses et uniquement celles-ci. Cette solution jurisprudentielle ancienne, mais toujours d'actualité, n'est toutefois pas approuvée par tous les auteurs. Pour M. Camille de Jacobet de Nombel¹⁰⁵, l'immunité familiale ne dépend pas de la seule infraction simple, mais de l'ensemble qu'elle forme avec la circonstance aggravante, ce qui induit que l'immunité acquise à l'infraction aggravée couvre la circonstance aggravante et empêche toute poursuite à son encontre, même si, prise isolément, elle ne pourrait bénéficier de cette mesure.

Notons encore que depuis la loi du 4 avril 2006, lorsque le vol¹⁰⁶ est en réalité un moyen de maintenir un époux dans la dépendance de l'autre¹⁰⁷, très souvent dans un contexte de violences économiques ou morales, les poursuites pénales deviennent possibles, la propriété n'étant plus seule en cause¹⁰⁸. Il en est ainsi lorsqu'il porte sur des objets ou des documents indispensables à la vie quotidienne de la victime. A titre d'exemples, l'alinéa second de l'article 311-12 du code pénal cite les documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement. Par ailleurs, en vertu de l'article 3 de la loi, non abrogée du 23 décembre 1942, l'immunité est exclue « lorsque la soustraction a été commise pendant que le conjoint est retenu loin de son pays par circonstances de guerre¹⁰⁹ ». Toutefois, les poursuites ne peuvent être exercées que sur la plainte du conjoint, et ce texte ne suspend l'application de l'article 311-12 du code pénal qu'à l'encontre des conjoints.

A ces restrictions, s'ajoute celle de la nécessité d'un préjudice exclusivement familial. L'immunité ne s'applique pas lorsque l'infraction commise lèse en même temps les intérêts d'un familial et ceux d'un tiers¹¹⁰. Ce principe d'un préjudice exclusivement personnel à la victime s'impose, l'article 311-12 étant une disposition exceptionnelle établie uniquement à raison des liens familiaux unissant l'auteur du fait délictueux à sa victime¹¹¹. Il ne suffit donc pas pour que l'immunité soit

104 - Cass. crim. 3 août 1901, Bull. crim., n° 226 : dissociation du vol de la circonstance aggravante de bris de clôture.

105 - C. de Jacobet de Nombel, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006, p. 374.

106 - Il en est de même en matière d'escroquerie (art. 313-3 al.2), d'abus de confiance (art. 314-4), d'extorsion (art. 312-9 al.2), de chantage (art. 312 al.2).

107 - E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, p. 387.

108 - Circulaire Jus-D-06-30054, Circulaire du 19 avril 2006.

109 - Voir J. Sarda, *De l'exemption de peine fondée sur l'article 380 du code pénal*, thèse précitée, p. 64 ; M.-P. Lucas de Leyssac, Répertoire de droit pénal, Dalloz, Paris, 1995, n° 302.

110 - Il en est ainsi en cas d'abus de biens sociaux : Cass. crim. 4 décembre 1974, Bull. crim., n° 361.

applicable que l'objet soustrait, le bien mobilier détourné ou remis à la suite des manœuvres frauduleuses, appartiennent à la victime. Il est encore nécessaire que les tiers ne disposent d'aucun droit à quel que titre que ce soit sur cet objet, sur ce bien¹¹², que la chose soustraite ou détournée soit la propriété exclusive de l'une des personnes désignées par les articles 311-12 et 313-3 du code pénal.

Quant aux immunités d'ordre moral, elles concernent les délits qui font obligation aux citoyens d'apporter leur concours à l'administration de la justice ou qui leur interdisent d'aider l'auteur d'une infraction. Il s'agit de la non-dénonciation de crime¹¹³, de recel de malfaiteurs¹¹⁴, de l'omission de témoigner en faveur d'un innocent¹¹⁵, des actes de terrorisme¹¹⁶.

111 - Voir dans le même sens l'article 380 de l'ancien code pénal.

112 - Cass. crim. 8 mars 1945, Bull. crim., n° 27 : soustraction frauduleuse d'objets saisis commise par le conjoint du saisi.

113 - Art. 434-1 code pénal.

114 - Art. 434-6 code pénal.

115 - Art. 434-11 code pénal.

116 - Art. 434-6 code pénal.

IMMUNITÉ PÉNALE ET SECRET-DEFENSE*

José Lefebvre
Maître de conférences de droit privé
CEPRISCA
Faculté de droit d'Amiens
Université de Picardie - Jules Verne

Une chose est certaine. La tradition juridique ne place pas le secret-défense parmi les hypothèses d'immunités auxquelles la matière pénale est confrontée¹. Mais on ne saurait dire qu'il y est totalement étranger. Les relations internationales, qui sont à l'origine des immunités diplomatiques, sont parfois placées sous le sceau du secret-défense. Il n'est pas rare non plus que des affaires politico-judiciaires mettent en évidence la protection accordée à certains documents ou lieux qui font partie du débat judiciaire. Les immunités politiques et judiciaires ne sont pas concernées mais, en même temps, il est difficile de nier l'absence de liens.

* Cette communication est à jour de la législation au 1er juin 2010. Il convient toutefois de signaler au lecteur la publication de l'arrêté du 23 juillet 2010 portant approbation de l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale (JORF, 11 août 2010). Cette dernière tient compte de évolutions produites par la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (JORF, 31 juillet 2009).

1 - L'existence de ces immunités en tant qu'immunités est parfois relativisée : M. Cosnard, « Immunité », *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. dir. D. Alland, S. Rials, Lamy - PUF, 2003.

Très peu d'écrits sont consacrés au sujet du rapport entre secret-défense et procédure pénale². Le vide est si important que l'on peut s'interroger sur ses causes. Il est possible que la question soit un faux problème. Le secret-défense ne relève pas des hypothèses classiques d'immunité dégagées au fil du temps, il ne se conçoit pas comme telle. Parallèlement, les études consacrées au secret-défense s'attachent essentiellement à la définition de ce qu'il recouvre et à son régime³. La perception de ses effets dans une procédure pénale, pourtant très médiatique, reste limitée à la contrainte des pouvoirs du juge qui se heurtent à une « porte close sur le chemin de la vérité »⁴. Même l'examen de l'infraction de compromission du secret de la défense nationale des articles 413-10 et suivants du code pénal ne retient pas spécialement l'attention du droit pénal spécial⁵. Sauf à jouer au jeu des points communs et des différences, le lien entre immunité pénale et secret défense serait inopportun.

Pourtant, le secret-défense est parfois perçu comme une cause d'immunité par et pour des justiciables, au risque de la confondre avec une impunité⁶. Soit ils invoquent le secret-défense et font ainsi échec à des investigations, soit le secret est invoqué pour jeter le doute sur le sérieux d'une procédure et la véracité d'un procès. Ainsi, les syndicats de magistrats critiquent le projet de loi relatif à la programmation militaire de 2009, notamment au motif qu'il permet au gouvernement, arguant du secret-défense, de « créer des lieux d'immunité judiciaire »⁷ voire des « citadelles d'impunités »⁸. La critique est pertinente puisque

2 - La question du secret-défense apparaît peu dans les index des manuels les plus importants de droit pénal général et de procédure pénale, ce qui illustre le manque d'intérêt manifesté à son égard.

En droit pénal général, il est abordé pour évoquer les classifications des infractions par M. B. Bouloc, *Droit pénal général*, 21^{ème} éd., Dalloz, 2009. Il n'est pas répertorié par MM. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., PUF-Droit fondamental, 2007.

En procédure pénale, il n'est pas répertorié : J. Buisson, S. Guinchard, *Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Litec, 2009 ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2010.

En droit pénal spécial, l'étude principalement axée sur les infractions contre les personnes et les biens relativise son intérêt : M. Daury-Fauveau, *Droit pénal spécial*, Ed. CEPRISCA-PUF, 2010 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial – Infractions des et contre les particuliers*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2006 ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, 12^{ème} éd., Sirey, 2008. G. Roujou de Boubée, B. Bouloc, J. Francillon, Y. Mayaud, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996.

3 - B. Warusfel, *Le secret de la défense nationale. Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, Thèse Paris V, 1994.

4 - Rapport de la Commission Consultative du secret de la Défense Nationale (*ci-après CCSDN*), 1998-2004, La documentation française, 2005, p. 8.

5 - L'absence de note de jurisprudence sous les articles du code pénal dans ses éditions commerciales est un signe tangible de la faible importance de ces infractions.

6 - La confusion est d'ailleurs difficile à éviter : C. Courtin, *L'immunité en droit criminel français*, Thèse Université de Nice, 2 vol., 1999, p. 378 et s. ; G. Giudicelli-Delage, *Justice pénale et décisions politiques : réflexions à partir des immunités et privilèges de juridiction*, RSC 2003, p. 247.

7 - www.union-syndicale-magistrats.org/web/upload_fich/publication/programmation_militaire.pdf, le 20 mars 2010.

8 - Syndicat de la Magistrature, « Observations sur les dispositions relatives au secret de la défense nationale contenues dans le projet de loi de programmation militaire pour les années 2009-2014 », 25 février 2009, www.syndicat-magistrature.org/Observations-sur-les-dispositions,867.html.

l'article 56-4 alinéa 4 du code de procédure pénale issu de cette loi incrimine « Le fait de dissimuler dans les lieux visés à l'alinéa précédent des procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers non classifiés, en tentant de les faire bénéficier de la protection attachée au secret de la défense nationale ». La presse ne manque pas de titrer sur le secret-défense dans des affaires médiatisées⁹. C'est : « Affaire Falcone : nouvelle demande de levée du secret-défense »¹⁰, ou encore : « De la « fable » de l'attentat de Karachi. Le juge, le secret et les affaires sensibles »¹¹. Plus éclairant encore : « Non-lieu : l'« affaire des frégates » s'éteint sous le sceau du secret-défense »¹² ! Dans ces cas, le doute est jeté sur le secret préservé ainsi que sur les motifs de cette préservation, surtout si, en plus, la personne impliquée bénéficie d'une immunité relevant de l'immunité diplomatique¹³. Un abus de classification destiné à ce que les responsables politiques puissent « s'autoconférer l'immunité dans une affaire sensible » est suspecté¹⁴. Des propositions de lois relatives au secret-défense font état, dans l'exposé des motifs des immunités judiciaires créées par le secret-défense ; immunités que le gouvernement s'auto confèrerait¹⁵. Enfin, si l'on cherche un dernier motif pour s'intéresser à la question, il suffit d'évoquer le *public interest immunity* invoqué par un ministre au Royaume-Uni pour « empêcher que certaines informations ne soient rendues publiques à l'occasion d'une procédure judiciaire, si l'intérêt public l'exige »¹⁶, ce qui « empêche la production de certains moyens de preuve »¹⁷.

Par ailleurs, au risque de céder à la médiatisation et à la polémique, il faut relever que les évolutions législatives en matière de secret défense résultent de la médiatisation d'affaires impliquant le secret. Le secret

9 - Affaire Borel ; Action des forces française au Rwanda durant le génocide ; Affaire du Rainbow Warrior ; Affaire Ben Barka ; Affaire Clearstream ; Affaire de l'Angolagate ; Affaire des écoutes secrètes de l'Elysée ; Affaire des Irlandais de Vincennes ; Affaire des fonds secrets de Matignon ; Naufrage du Bugaleid Breizh ; Attentat de Karachi...

10 - F. Lhomme, *Le Monde* du 20 novembre 2001.

11 - E. Joly, *Le Monde* du 3 juillet 2009, p. 17. Voir également : C. Fourest, « Karachi, la rançon du pouvoir », *Le Monde* du 15 mai 2010.

12 - P. Robert-Diard, *Le Monde* du 3 octobre 2008, p. 13.

13 - P. Morvan, L'immunité pénale d'une personne poursuivie et nommée représentant permanent d'un Etat membre à l'UNESCO, D. 2004, p. 288.

14 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 14 ; W. Roumier, Secret défense, Droit pénal 2004, alerte veille 74.

15 - Proposition de loi n°154 du 18 août 1993 relative au secret-défense, Assemblée nationale, 1993 ; Proposition de loi n°23 du 13 octobre 2004 relative à l'accès aux documents classés secret défense et modifiant la loi n°98-567 instituant la Commission consultative du secret de la défense nationale, et le rapport du Sénat n°337 du 5 mars 1998 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant une commission consultative du secret de la défense nationale.

16 - E. Blessig, Avis sur les articles 12 à 14 du projet de loi (n°1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, Assemblée nationale, 25 mars 2009, p. 14 ; B. Warusfel, *Le secret de la défense nationale. Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, préc., p. 367.

17 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 150.

peut se définir, à la lecture de l'article 413-9 du code pénal comme un élément matériel ou immatériel « intéressant la défense nationale qui [a] fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion » et « dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale ». Comme cette définition le laisse entendre, le secret ne doit pas être révélé. Or, il est parfois utile, dans le cadre de procédures judiciaires d'avoir connaissance des informations secrètes. Dans ce contexte, la loi du 8 juillet 1998 instituant la Commission consultative du secret de la défense nationale (ci-après CCSDN) est adoptée suite à l'Affaire des écoutes de l'Élysée¹⁸. Ainsi, la création de la CCSDN procède « d'une double démarche de défiance : défiance à l'égard de l'autorité politique d'une part, défiance à l'égard de l'appareil administratif traditionnel d'autre part »¹⁹. Dans ce sens également, et même si la question était connue depuis quelques années²⁰, la modification du régime des perquisitions dans le cadre du secret-défense issue de la loi du 29 juillet 2009 et du décret du 21 juin 2010²¹, résulte elle aussi de la médiatisation de la tentative de perquisition en 2007 au sein de l'Élysée au sujet de l'Affaire Borel²², ou des perquisitions menées en 2006 au sein de la Direction générale de la surveillance du territoire ou dans les bureaux de sociétés au sujet de l'Affaire Clearstream²³.

La recherche d'une définition de l'immunité est assez malaisée car il ne semble pas qu'elle soit clairement fixée tant le langage courant y voit surtout une protection²⁴. Sous un angle général, l'immunité est « attribuée à un détenteur d'une fonction afin de préserver l'indépendance de celle-ci par rapport à toute autre autorité étatique. Plaçant son béné-

18 - L., n°98-567 du 8 juillet 1998 instituant la Commission consultative du secret de la défense nationale, JORF 9 juillet 1998.

Rapport de la Commission Consultative du secret de la Défense Nationale, 1998-2004, préc., p. 13 ; M. Guillaume, La réforme du droit du secret de la défense nationale, RFDA 1998, p. 1223 ; D. Richard, Secret-défense : entre comitologie et Etat de droit, D. 1999, p. 270.

19 - Sénat, rapport n°337 du 5 mars 1998 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc.

20 - Conseil d'Etat, avis n°374120 du 5 avril 2007 en réponse aux questions posées par le Ministre de la Défense et le Garde des sceaux, ministre de la justice, reproduit *in Rapport de la Commission Consultative du secret de la Défense Nationale, 2005-2007*, La documentation française, 2008, p. 173. Circulaire de la DACG n°CRIM 08-01/G1 du 3 janvier 2008 relative au secret de la défense nationale, BOMJ 2008/1.

21 - L., n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, JORF 31 juillet 2009 ; C. Guéry, P. Chambon, Droit et pratique de l'instruction préparatoire, Dalloz, 2010-2011, n°181-70 ; J. Buisson, Éléments couverts par le secret de la défense nationale, Procédures 2009, n°10, comm. 329 ; P. Sartre, P. Ferlet, Le secret de défense en France, Etudes 2010, n°4122, p. 165.

Déc., n°2010-678 du 21 juin 2010 relatif à la protection du secret de la défense nationale, JORF, 23 juin 2010.

22 - A. Salles, Affaire Borrel : deux juges interdites de perquisition à l'Élysée, *Le Monde* du 4 mai 2007 ; E. Blessig, avis sur les articles 12 à 14 du projet de loi (n°1216) relatif à la programmation militaire [...], préc., p. 18.

23 - E. Blessig, Avis sur les articles 12 à 14 du projet de loi (n°1216) relatif à la programmation militaire [...], préc., p. 21. Voir : cass. crim. 11 mai 2005, n°05-81157 ; cass. crim. 11 mai 2005, n°05-81158.

24 - C. Courtin, *L'immunité en droit criminel français*, préc., n°1 ; C. Choukroun, L'immunité, RSC 1959, p. 29.

ficiaire dans une situation dérogatoire du droit commun, elle tend à être remise en cause principalement au nom du principe d'égalité »²⁵. A côté des ces immunités personnelles, il existe également des immunités fonctionnelles s'attachant à certains actes commis dans l'exercice professionnel²⁶. Les immunités abordées sous l'angle pénal, sont présentées comme des « fins de non recevoir de l'action publique, des techniques de protection de certaines personnes, des causes de non responsabilité »²⁷. Parfois, il s'agit seulement de causes d'irresponsabilité pénale « qui résultent - le plus souvent - de la qualité de l'auteur des faits, mais parfois également - voire même exclusivement - des circonstances de l'infraction »²⁸. Ces approches se retrouvent dans celles proposées par le Vocabulaire juridique qui présente l'immunité comme, d'une part, une « cause d'impunité qui, tenant à la situation particulière de l'auteur de l'infraction au moment où il commet celle-ci, s'oppose définitivement à toute poursuite, alors que la situation créant le privilège a pris fin » et, d'autre part, comme le « privilège faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou une sujétion pesant sur les autres ; prérogatives reconnues à une personne l'exemptant à certains égards de l'application du droit commun »²⁹.

Ces approches manquant de stabilité se heurtent aussi à la notion d'inviolabilité³⁰. L'idée d'inviolabilité est ancienne. L'inviolabilité des ambassadeurs existait déjà à Rome comme le rappelle Grotius³¹. Elle est destinée à permettre à certaines personnes de remplir leurs fonctions sans crainte d'être contraintes par la loi de l'Etat dans lequel ils œuvrent. Il s'agit, sous l'angle du droit international public, d'une « règle fondamentale imposant à l'Etat accréditaire non seulement de ne pas porter atteinte aux locaux de la mission et aux biens qui s'y trouvent, mais encore de prendre toutes dispositions nécessaires pour les protéger et prévenir les atteintes qui pourraient y être portées par des éléments incontrôlés »³². Si l'approche semble claire, elle l'est moins lorsque ce point est introduit par une référence à « l'immunité de la valise diplomatique qui ne doit être ni ouverte ni retenue »³³, ou qu'il est affirmé que « l'immunité d'exécution [qui se distingue de l'immunité de juri-

25 - M. Cosnard, « Immunité », préc.

26 - G. Giudicelli-Delage, Justice pénale et décision politiques : réflexions à partir des immunités et privilèges de juridiction, préc.

27 - J. Pradel, *Procédure pénale*, 14^{ème} éd., Cujas, 2008, n°227. Dans le même sens : J. Buisson, S. Guinchard, *Procédure pénale*, préc., n°1281 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., n°633.

28 - F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, préc., n°706.

29 - *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, ss. dir. G. Cornu, 8^{ème} éd., PUF-Quadrige, 2007.

30 - B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n°611 ; J. Buisson, S. Guinchard, *Procédure pénale*, préc., n°1275 et s ; 1281 et s.

31 - H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, rééd., PUF-Quadrige, 2005, p. 423 et s.

32 - P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2009, n°460.

33 - Ibid.

diction] ne se confond pas avec l'inviolabilité personnelle et réelle de l'agent, même si elles conjuguent souvent leurs effets »³⁴. L'inviolabilité est ainsi perçue, dans l'un de ses sens, comme une « garantie particulière dont la loi enveloppe certains droits pour les protéger contre toute atteinte juridique ou matérielle, ou certains lieux au moins pour les soustraire à toute atteinte matérielle »³⁵.

Comment dès lors distinguer l'immunité de l'inviolabilité ? Il est possible de considérer que l'immunité accordée à une personne à raison de ses fonctions, ou de ses liens familiaux, la place en position de ne pouvoir être poursuivie par la justice pénale et donc échappe à la condamnation. En conséquence, ce droit dérogatoire reconnu par la loi empêche que des actes de procédure attentatoires à sa liberté et aux biens soient réalisés. L'inviolabilité est donc, dans ce cas, une conséquence de l'immunité qui consacre une incompétence juridictionnelle. Mais, ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, l'asile inviolable que constitue le domicile familial n'a que peu de rapport avec l'idée des immunités traditionnelles. On cherche à protéger l'intimité, la vie privée et familiale de chacun en limitant, par principe, les possibilités données à la force publique de pénétrer au domicile. La législation relative aux perquisitions illustre une inviolabilité sans que l'on se réfère à l'immunité familiale existant par ailleurs.

La question est particulièrement pertinente au sujet du secret-défense. En effet, la loi de programmation militaire de 2009 institue un régime procédural spécifique pour les perquisitions dans des lieux soumis au secret-défense³⁶. Il faut relever immédiatement que la doctrine n'aborde pas le secret-défense comme forme ou cause d'immunité. D'ailleurs, elle s'interroge assez peu sur la nature de ce secret-défense mais s'attache plutôt à son régime³⁷. Mais il est invoqué une inviolabilité résultant de ce secret³⁸. Il existe donc un risque à s'aventurer sur un terrain juridique a priori étranger, sinon hostile, à la découverte d'une immunité liée au secret-défense. Toutefois, le risque est mesuré dès que l'on approfondit la notion et les effets du secret-défense. De plus, le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure tend à accorder une immunité de juridiction aux agents des services spéciaux dont l'identité serait totalement préservée³⁹.

34 - J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Domat - Montchrestien, 2008, p. 253.

35 - *Vocabulaire juridique*, préc.

36 - L., n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, préc., art. 11 à 13.

37 - Voir les ouvrages précités. Voir également : J. Belfont, *Responsabilité pénale et responsabilité publique*, préf. A. Decocq, LGDJ, Bib. des sciences criminelles, 2006, Tome 41 ; N. Guimezanes, C. Tuauillon, *Droit pénal de la sécurité et de la défense*, L'Harmattan, 2006.

Plus spécifiquement, sur le secret-défense : B. Warusfel, *Le secret de la défense nationale. Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, préc.

38 - Limitant notre propos au secret-défense, la référence aux autres formes de secret, comme le secret professionnel, ne sera pas abordée.

39 - Projet de loi n°1697 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Assemblée nationale, 27 mai 2009, art. 20.

Qu'est-ce que le secret-défense ou, plus précisément, le secret de la défense nationale ? C'est ce qui est qualifié de tel ! En effet, l'article 413-9 du code pénal dispose que « Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès ». L'alinéa 2 du texte prévoit que « Peuvent faire l'objet de telles mesures les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale ». Enfin, l'alinéa 3 dispose que « Les niveaux de classification des procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale et les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminés par décret en Conseil d'Etat ». Ce secret concerne les intérêts fondamentaux de la nation qui s'entendent, à l'article 410-1 du même code, « de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ». Le secret-défense est défini formellement au regard d'un contenu assez général. Il n'est pas défini, sauf disposition réglementaire plus précise⁴⁰, substantiellement au regard des actes, comportements, informations, biens mobiliers et immobiliers⁴¹. La classification du secret obéit aux dispositions des articles R2311-1 et suivants du code de la défense⁴². Trois niveaux sont indiqués. Le « niveau Très Secret-Défense est réservé aux informations et supports qui concernent les priorités gouvernementales en matière de

40 - Par ex : arrêté du 27 juin 2008 relatif à la protection des secrets de la défense nationale au sein des services de la direction centrale du renseignement intérieur et portant abrogation des arrêtés du 6 novembre 1995 relatif à l'organisation et aux missions de la direction centrale des renseignements généraux et de ses services déconcentrés et du 17 novembre 2000 fixant l'organisation et le fonctionnement de la direction de la surveillance du territoire, JORF 28 juin 2008.

41 - Les précisions viennent de certains textes réglementaires. Par ex : arrêté du 26 janvier 2004 relatif à la protection du secret de la défense nationale dans le domaine de la protection et du contrôle des matières nucléaires pris pour l'application du décret n°96-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale, JORF 29 janvier 2004.

42 - Ces textes visent la classification pour les secrets relevant du seul gouvernement français. Pour les secrets relevant de la coopération internationale, comme au sein de l'OTAN : arrêté du 25 février 1994 relatif à la détermination du niveau de classification de certains secrets de la défense nationale, JORF 1er mars 1994. Voir également, par exemple : circulaire de la DACG n°CRIM 08-01/G1 du 3 janvier 2008 relative au secret de la défense nationale, préc. ; décret n°2010-215 du 2 mars 2010 portant publication de l'accord de sécurité relatif aux échanges d'informations protégées entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérative du Brésil, signé à Brasilia le 2 octobre 1974, JORF 4 mars 2010.

défense et de sécurité nationale et dont la divulgation est de nature à nuire très gravement à la défense nationale » (art. R2311-3, al. 1, c. déf.)⁴³. C'est « Le Premier ministre [qui] détermine les critères et les modalités d'organisation de la protection des informations et supports classifiés au niveau Très Secret-Défense » (art. R2311-5, al. 1, c. déf.). Il « définit les classifications spéciales dont ils font l'objet et qui correspondent aux différentes priorités gouvernementales » (art. R2311-5, al. 2, c. déf.). « Le niveau Secret-Défense est réservé aux informations et supports dont la divulgation est de nature à nuire gravement à la défense nationale » (art. R2311-3, al. 2, c. déf.). « Le niveau Confidentiel-Défense est réservé aux informations et supports dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale classifié au niveau Très Secret-Défense ou Secret-Défense » (art. R2311-3, al. 3, c. déf.). Pour ces deux derniers niveaux, le premier ministre et les ministres concernés sont compétents (art. R2311-6, c. déf.). Une mention « Spécial France » peut être ajoutée lorsque les informations et leurs supports ne peuvent être communiqués à une organisation internationale, à un Etat étranger ou à l'un de ses ressortissants (art. R2311-4, al. 3, c. déf.). Ces textes révèlent que le secret protège des biens, des informations et des lieux tant pour ce qu'ils sont que pour ce qu'ils pourraient révéler. Le décret du 21 juin 2010 y ajoute les systèmes d'information (art. R2311-6-1, c. déf.). Les biens peuvent relever du droit public et être intrinsèquement liés à la défense nationale, comme une base de sous-marins par exemple. Mais il peut s'agir aussi de biens privés, comme des contrats ou des inventions dont l'utilité pour la défense entraînent leur classement⁴⁴. Les personnes qui sont en contact avec le secret doivent bénéficier d'une habilitation attribuée selon une procédure définie par le Premier ministre et doivent avoir besoin d'en connaître (art. R2311-8 c. déf.)⁴⁵. Il ne suffit donc pas d'être habilité, encore faut-il, pour accéder à un secret sans risquer une poursuite pénale, avoir besoin de connaître de ce secret dans son activité professionnelle. Et encore faut-il parfois que la loi le permette, même si la fonction le nécessiterait⁴⁶. La compro-

43 - Il est à noter que la modification de ce texte par le décret n°2010-678 du 21 juin 2010 ne mentionne plus les « supports protégés » mais simplement les « supports », ce qui ne renforce pas la précision !

44 - Arrêté du 18 avril 2005 relatif aux conditions de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les contrats, JORF 20 avril 2005.

45 - Sur la procédure à suivre : Instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale, n°1300/SGDN/PSE/SSD, 25 août 2003.

46 - L'opposabilité du secret-défense au Contrôleur général des lieux de privation de liberté a donné lieu à de nombreuses critiques : L., n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, JORF 31 octobre 2007, art. 8, al. 4.

Voir : avis sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté et réponse du gouvernement, Commission nationale consultative des droits de l'homme, 20 septembre 2007, www.cncdh.fr/article.php3?id_article=456 ; M. Moliner-Dubost, Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, AJDA 2008, p. 84 ; J. Buisson, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Procédures 2007, n°12, comm. 291 ; P. Pédrón, A propos de la loi sur le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. - Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, JCP G 2007, act. 551.

mission du secret des articles 413-10 et suivants du code pénal est constitutive d'une infraction politique puisque dirigée contre la nation, l'Etat et la paix publique⁴⁷.

Afin de protéger ce qui est secret, le secret-défense limite les possibilités d'y accéder en limitant l'accès à leur support matériel et aux lieux de dépôt de ces supports, et ce quelle que soit le degré de protection qui les affecte. La loi de programmation militaire de 2009 ajoute des « lieux précisément identifiés » dont la liste « est établie de façon précise et limitative par arrêté du Premier ministre » et auxquels un magistrat ne peut accéder que selon une procédure spécifique prévue à l'article 56-4 du code de procédure pénale⁴⁸. Ces dispositions caractérisent-elles une immunité ou une inviolabilité ? Sous un autre angle, le secret-défense pourrait constituer uniquement une source d'incompétence du juge de droit commun, et donc du juge pénal. En cela le régime du secret se rapprocherait d'une immunité de juridiction. Mais est-ce si simple ? L'article 56-4 du code de procédure pénal s'insère dans le code à la suite de règles spéciales de protection du secret professionnel de l'avocat (art. 56-1), du secret médical et du secret d'autres professions (art. 56-3), sans oublier le secret des sources du journaliste (art. 56-2). Tous ces secrets ne déclarent pas l'incompétence du juge. Ils limitent ses possibilités d'accéder à certaines informations⁴⁹. Sous cet angle, le secret-défense n'agit pas autrement. La poursuite d'une infraction commise en liaison avec un secret-défense sera rendue plus difficile mais non impossible. Lorsqu'il s'agit de sanctionner une compromission de ce secret ou l'auteur d'une infraction dont la preuve peut être rapportée par des informations classées secret-défense, le juge pourra agir. Il n'y a ici aucune fin de non recevoir, aucune cause d'irresponsabilité pénale.

Enfin, le bénéficiaire du secret-défense ne bénéficie pas d'une immunité au sens classique car ce n'est pas sa personne qui est protégée à raison des fonctions qu'elle exerce mais les informations dont cette personne a connaissance et qui, ne pouvant être divulguées, empêchent leur porteur de les révéler. La protection n'est pas accordée à titre personnelle en application d'une loi ou d'un traité international. Elle ne concerne pas la personne elle-même mais ce qu'elle a connu dans le cadre de son exercice professionnel. Ces informations n'entrent pas dans le cadre d'une relation personnelle devant rester confidentielle et secrète, comme entre un avocat et son client. Le secret pèse sur toute personne qui en connaît, quelle que soit sa situation juridique à l'égard de ce secret et de la défense nationale. Le juge se heurte à une personne qui n'est pas libre de révéler le secret-défense et il lui est

47 - Cass. crim. 3 novembre 1999, n°99-80329.

48 - V. Arrêté du 21 juin 2010 fixant en application de l'article R. 2311-9-1 du code de la défense la liste des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale, JORF, 23 juin 2010.

49 - La question de l'immunité résultant du secret professionnel est d'ailleurs clairement posée : P. Sargos, Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical, JCP G 2004, I, 187.

impossible d'en prendre connaissance directement. Il se heurte donc à une protection juridique se traduisant matériellement par une inviolabilité des informations, documents et lieux classés. Enfin, le maître mot revient à celui qui a décidé de la classification et qui est seul à décider de la dé-classifications : le pouvoir exécutif (art. R2311-4, c. déf.). Or, en aucun cas le secret professionnel ne peut être levé par le professionnel de sa seule volonté. Que le secret soit absolu ou relatif, son détenteur ne peut le compromettre en dehors des autorisations légales. Il n'en est absolument pas de même pour le secret-défense. Celui qui peut en connaître dans le cadre de son activité n'est pas déchargé de secret-défense par la loi. Il n'en est même pas déchargé par le pouvoir exécutif au sens où il serait autorisé à le dévoiler. La révélation du secret est décidée par le pouvoir exécutif selon une procédure légalement exposée mais nullement contraignante sur le fond. C'est le bon vouloir qui s'impose et non la loi. Cet élément démontre la position imprécise qu'occupe le secret-défense dans notre construction juridique du secret, de l'immunité et de l'inviolabilité.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le rapprochement entre secret-défense et immunité n'est ni pertinent ni impertinent. La protection du secret-défense irradie au-delà de son objet et entraîne la protection des personnes qui sont en contact direct ou indirect avec ce secret. Peut-on considérer (ce serait un comble) qu'il y a contamination en raison de l'immunité ? Le bouclier juridique constitué par le secret-défense protège autant le secret que celui qui en a connaissance ou qui l'invoque. En réalité, la question centrale relative au secret-défense est celle de l'inviolabilité juridique qu'il confère. Cette inviolabilité ne confère-t-elle pas une immunité de fait ? Certes, en s'engageant sur cette voie, on prend le risque de quitter le terrain clairement identifié des immunités pénales. Mais le fait ne saurait être ignoré sous prétexte qu'il n'est pas formalisé par le droit. Sous cet angle, la réflexion est ouverte et pertinente.

En effet, si l'immunité constitue une fin de non recevoir et une cause de non responsabilité, elle empêche l'exercice de l'action publique et, plus largement, l'action du juge du siège. L'impossibilité faite à une juridiction d'accéder à une information utile ne constitue-t-elle pas un obstacle de droit à la prescription de l'action publique ? Comment un tribunal peut-il statuer sans disposer de l'intégralité des éléments de preuve ? Comment motiver une décision sans les éléments utiles ? Ne peut-on penser « immunité » lorsque l'accès aux informations judiciairement utiles est interdit ? Le refus de levée du secret-défense sur toute ou partie d'un document relève d'une prérogative régalienn⁵⁰. L'immunité n'est-elle pas la marque même du pouvoir de l'Etat d'accorder des droits ou de limiter des droits au regard de la défense d'un inté-

50 - Expression également utilisée par B. Warusfel, Le secret de défense entre les exigences de l'Etat et les nécessités du droit, Cahiers de la fonction publique et de l'administration, mars 2001, n°199.

rêt supérieur ? La défense nationale est manifestement l'un de ces intérêts, même si elle est élargie à des champs d'applications étrangers aux Champs de Mars. Plus largement encore, une approche de l'immunité vise à la présenter comme une forme d'action des institutions constitutionnelles⁵¹. La préservation de l'action menée au nom de l'Etat par le pouvoir exécutif, et couverte par le secret-défense, est opposée à l'Autorité judiciaire et, plus largement, à toute juridiction française⁵². Il y a donc bien une protection accordée à l'un au détriment de l'autre afin de protéger un intérêt supérieur.

L'ensemble de ces problèmes est alors à appréhender sous deux angles. Le premier tend à démontrer que l'octroi du secret-défense est un acte régalien d'immunisation (I). Le second démontrera qu'il est aussi un acte légalement organisé d'inviolabilité (II) permettant de maintenir le doute sur le rattachement effectif du secret-défense à l'une ou l'autre catégorie.

Section I - Un acte régalien d'immunisation

La définition de l'immunité proposée par M. Cosnard ouvre la réflexion. Rappelons que l'immunité est « attribuée à un détenteur d'une fonction afin de préserver l'indépendance de celle-ci par rapport à toute autre autorité étatique »⁵³. Cette inégalité résulte du choix de protéger un intérêt supérieur, c'est-à-dire d'un intérêt non individuel et dépassant l'utilité publique⁵⁴. Si l'on prend les immunités diplomatiques, le choix est d'assurer aux diplomates la possibilité d'exercer la représentation de l'Etat accrédité sans risque de pressions ou poursuites de la part de l'Etat accréditant. La protection des bonnes relations diplomatiques est ainsi assurée et chaque Etat est assuré d'un respect mutuel de son indépendance.

L'immunité parlementaire est destinée à laisser toute liberté d'action et d'opinion aux représentants du peuple et des collectivités territoriales chargés de voter la loi et de contrôler l'action du Gouvernement. L'article 26, alinéa 1^{er}, de la Constitution l'indique précisément : « Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». La Cour européenne des droits de l'homme relève à ce sujet que : « 47. Dans le système français, la protection des représentants du peuple dans l'accomplissement de leur mandat remonte à 1789. Elle trouve son fondement dans le respect de la souveraineté

51 - M. Cosnard, « Immunité », préc.

52 - Par exemple, en matière d'arbitrage, et dans l'affaire des Frégates de Taïwan : cass. 1^{ère} civ. 11 février 2009, n°06-18746.

53 - M. Cosnard, « Immunité », préc.

54 - L'intérêt supérieur protégé peut viser, selon les cas, l'intérêt général, de « situations sociales essentielles » comme la famille, ou encore de libertés fondamentales : C. Courtin, *L'immunité en droit criminel français*, préc., p. 23 et s.

populaire et dans la nécessité, dans un Etat démocratique, pour les représentants élus d'exercer librement leur mandat, sans crainte de poursuites judiciaires ou d'une ingérence de l'exécutif ou du judiciaire. L'immunité accordée est, d'une part, absolue, car elle protège tous les actes accomplis par les parlementaires dans l'exercice de leurs fonctions contre des poursuites pénales et des actions civiles et, d'autre part, permanente, puisqu'elle continue de s'appliquer après l'expiration du mandat. L'immunité n'est pas instituée dans l'intérêt de la personne du parlementaire mais dans celui de la fonction qu'il exerce. Dès lors, un parlementaire ne peut y renoncer. 48. En revanche, la protection offerte par l'immunité parlementaire est interprétée strictement, et elle ne peut s'étendre aux actes qui sont détachables de l'exercice du mandat. Ainsi, cette immunité ne protège pas les propos tenus à titre privé dans l'enceinte de l'Assemblée ni ceux exprimés dans des articles de presse, quand bien même ils ne feraient que répéter des déclarations formulées à la tribune de l'Assemblée. L'immunité parlementaire impose un devoir de réserve, et des formes d'expression inacceptables peuvent faire l'objet d'une réprimande interne »⁵⁵.

Cette immunité, facteur d'inégalité, est directement liée à l'exercice de la fonction parlementaire et ne peut être étendue à d'autres responsabilités⁵⁶. Le pouvoir législatif est protégé de l'Autorité judiciaire et notamment du Ministère public qui peut agir à la demande du Gouvernement selon les dispositions de l'article 30 du Code de procédure pénale. Seule l'immunité familiale échappe à cette approche en privilégiant le respect de la cellule familiale face à la disposition pénale relative au vol (art. 311-12, CP).

Le secret-défense s'inscrit dans la volonté de protéger l'indépendance de l'action de l'Etat, via le pouvoir exécutif, à l'égard du pouvoir législatif et de l'Autorité judiciaire. A l'égard du Parlement, le rapport de la Commission Rwanda souligne que « Tous les documents disponibles demandés par la Mission ont été fournis. Certains de ces documents classés « secret-défense » ou « Très secret-défense », ne seront évidemment pas rendus publics. Cependant, tout comme pour les auditions faites à huis clos, le présent rapport prend en compte ces pièces au même titre que les autres »⁵⁷.

55 - CEDH, aff. A. c. Royaume-Uni, 17 décembre 2002, n°35373/97, AJDA 2003, p. 603, obs. J.-F. Flauss, Actualités de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir également : CEDH, aff. Cordova c. Italie, n°45649/99, RSC 2003, p. 618, F. Massias, Immunités parlementaires et transactions pénales, droit à un tribunal et *ne bis in idem* ; AJDA 2003, p. 603, obs. J.-F. Flauss.

56 - « Considérant que le principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente ; que, toutefois, pour des infractions identiques la loi pénale ne saurait, dans l'édition des crimes ou des délits ainsi que des peines qui leur sont applicables, instituer au profit de quiconque une exonération de responsabilité à caractère absolu, sans par là même porter atteinte au principe d'égalité », C. Const., n°89-262 DC, 7 novembre 1989, Loi relative à l'immunité parlementaire, JORF 11 novembre 1989.

57 - Assemblée nationale, Rapport d'information sur les opérations militaires menées par la France, d'autres pays et l'ONU au Rwanda entre 1990 et 1994, n°1271, 15 décembre 1998. La question de l'opposabilité du secret-défense au Parlement n'est pas développée ici. Sur ce point : C. const, n°2009-581 DC, 25 juin 2009, JORF 28 juin 2009 et n°2009-582 DC, JORF 28 juin 2009 ; M. Guillaume, Parlement et secret(s), Pouvoir 2001, n°97, p. 67.

La Commission parlementaire a donc eu connaissance d'informations, reproduites pour certaines en annexe du rapport, dont il n'est pas certain qu'elles aient été confiées à la justice, pour peu qu'elle s'en soit enquis. Tel ne semble pas avoir été le cas pour la mission d'information sur les circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi qui a rencontré des obstacles dans ses recherches⁵⁸. On se situe donc au sein des rapports entretenus entre des autorités de l'Etat avec la mise en évidence de la préservation d'un intérêt supérieur, le secret-défense, qui prime l'action de la Justice. Le conflit d'intérêts entre Justice et secret-défense bénéficie donc au second étonnamment immunisé par rapport au premier au regard de la hiérarchie des intérêts préservés (§1) comme au regard des modalités pratiques de l'immunisation (§2).

§1 : L'étonnante immunisation par le règlement d'un conflit d'intérêts

La législation relative au secret-défense est le fruit d'un conflit d'intérêt entre la transparence de l'action administrative et la nécessaire protection de certaines informations⁵⁹. Le conflit est en partie tranché en 1978 par la création de la Commission d'accès aux documents administratifs⁶⁰. Cependant, le secret-défense est placé hors sa compétence⁶¹. La création de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité en 1991 ne permet pas d'avantage d'accéder au secret⁶². Il faut relever que le secret en question était double puisqu'il s'agissait d'organiser secrètement l'interception des télécommunications et de garder leur contenu secret lorsque l'interception relève d'une mission de police administrative et le placer sous le secret de l'instruction en cas de poursuites pénales. En conséquence, le souci de transparence en la matière n'était pas comblé. Souvent, c'est la médiatisation d'une affaire qui est le moyen et la conséquence d'une recherche de transparence dans le fonctionnement des organes de l'Etat⁶³.

58 - B. Cazeneuve et Y. Fromion, Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission d'information sur les circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi, Assemblée nationale le 12 mai 2010, Tome 1, p. 37, 41 et s. et 121.

V. également l'argumentaire développé dans la Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur les circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi et chargée de proposer des pistes d'amélioration de l'information et de la consultation de la Représentation nationale sur les différents contrats d'armement impliquant la France, Assemblée nationale, le 17 juin 2010, n°2634.

59 - Sénat, rapport n°337 du 5 mars 1998 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc. Voir également : « Secret-défense », question écrite n°07847, JO Sénat 30 avril 1998, et réponse, JO Sénat 24 septembre 1998.

60 - L., n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JORF 18 juillet 1978.

61 - La délimitation des compétences reste toutefois parfois imprécise. Voir au sujet de l'appréhension et du transfèrement en France du terroriste Carlos : CAA Paris, 19 novembre 2007, n°07PA02264.

62 - L., n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, JORF 13 juillet 1991 ; A. Coeuret, Loi n°91-646 du 10 juillet relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, RTDciv. 1991, p. 824.

63 - Cette transparence fait l'objet d'une critique très forte et assez étonnante de la part de la CCSDN mettant en avant « les forces conjuguées du milieu médiatique, du monde judiciaire, et de la plupart de ce qu'il est convenu d'appeler les « intellectuels », Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 163 et s.

Il existe un conflit d'intérêts certain entre le secret de la défense nationale et l'action de la justice. Le secret est posé par la loi conformément à l'article 34 de la Constitution qui prévoit, que « La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; [...] La loi détermine les principes fondamentaux : de l'organisation générale de la Défense Nationale [...] ». L'article L.2311-1 du code de la défense renvoie à l'article 413-9 du Code pénal pour définir les informations concernées par le secret-défense.

Il apparaît donc à la lecture de ces dispositions que le secret-défense est un secret de valeur légale, comme d'ailleurs les autres secrets reconnus, protégés et dont la levée est organisée par la loi. Il est reconnu et défendu en tant que tel par le Conseil constitutionnel mais il n'acquiert pas pour autant valeur constitutionnelle. Sa protection légale aux articles 413-9 et suivants du code pénal l'inscrit dans la catégorie des « intérêts fondamentaux de la nation », selon l'intitulé du titre 1^{er} du Livre IV du code consacré aux « crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique ». Or, un intérêt fondamental n'est pas un droit constitutionnel.

Parallèlement, le Conseil constitutionnel a signalé l'objectif de la poursuite des auteurs d'infractions. Dans la décision n°96-377 DC du 16 juillet 1996⁶⁴, le Conseil constitutionnel relève, à l'occasion de l'examen de dispositions relatives aux perquisitions en matière de terrorisme, « que la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile ». Cet objectif peut certainement être juxtaposé à celui de sauvegarde de l'ordre public⁶⁵. Mais il n'y a pas mention dans la jurisprudence constitutionnelle d'un objectif constitutionnel de préservation du secret-défense. Il reste que, dans l'esprit du législateur, « le premier rôle du juge judiciaire à [l'égard du secret-défense] est de sanctionner les éventuels manquements à sa protection »⁶⁶.

Toutefois, il est intéressant de relever que l'œuvre de la justice, et notamment de la justice pénale, est un objectif constitutionnel claire-

64 - Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, JORF 23 juillet 1996.

65 - C. const., n°93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, JORF 18 août 1993.

66 - Sénat, rapport n°337 du 5 mars 1998 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc.

ment posé. En revanche, le respect du secret de la défense nationale, reconnu par le Conseil constitutionnel, n'est pas placé au même niveau. En conclure que le secret-défense a une valeur moindre que l'objectif de sanction pénale des auteurs d'infraction est tentant. Très tentant. Toutefois, il faut se garder de franchir ce pas car si la répression d'infractions pénales est un objectif constitutionnel, il est tout autant admis que certains auteurs d'infractions ne soient pas punis en raison de la protection d'un intérêt supérieur à celui de l'œuvre de justice. On repense alors à l'immunité diplomatique qui n'est pas présentée dans la Constitution et dans la jurisprudence du Conseil comme un principe ou un objectif ou principe constitutionnel. On ne saurait pour autant en nier l'existence et la valeur. Ainsi, la CCSDN relève que « aucune communauté ne peut prétendre survivre si les autorités en charge du gouvernement n'ont pas les moyens de garder secrètes certaines informations dont la diffusion serait de nature à menacer sa pérennité »⁶⁷.

C'est alors que la nature de l'intérêt protégé et en conflit avec le secret-défense est précisée. S'autorisant quelques « Réflexions sur l'éventuel conflit d'intérêt entre secret de l'instruction et secret de la défense nationale », la CCSDN estime qu'il s'agit de « deux exigences impératives, de valeur législative, et pénalement sanctionnées »⁶⁸. Il y a là manifestement une remarque intéressante et pertinente quand à l'intérêt protégé. En opposant secret-défense et secret de l'instruction, la Commission oppose deux intérêts de valeur législative et privilège sans fard le second au premier⁶⁹. Elle précise un peu le conflit qui était évoqué lors des débats parlementaires conduisant à sa création, qui opposaient l'« équilibre entre le contrôle indispensable à la formation de la conviction du juge d'une part, et le principe de préservation du caractère secret du document ou de l'information d'autre part »⁷⁰. Le caractère spécial du secret-défense permet de déroger au caractère général du secret de l'instruction. Ne pas « porter atteinte aux capacités de défense de la France, au respect de ses engagements internationaux ou à la sécurité des personnes » sont des arguments utilisés par la CCSDN⁷¹. Elle relève que l'obligation au secret de l'instruction « se trouve licitement levée [...] pour les besoins de la motivation de la demande [de levée du secret] présentée ». Il s'agit même d'un « ordre de la loi » et dresse « mutatis mutandis, [...] un certain parallèle avec la commission rogatoire »⁷². Cette philosophie semble avoir convaincu le pou-

67 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 7.

68 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 94.

69 - Le débat sur le respect du secret de l'instruction est qualifié de « débat stérile » : Rapport CCSDN, 2005-2007, préc., p. 31.

70 - Sénat, rapport n°337 du 5 mars 1998 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc.

71 - CCSDN, avis n°2009-15 du 24 septembre 2009, JORF 9 octobre 2009, Affaire de l'attentat de Karachi.

72 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 95 et s.

voir réglementaire car le décret du 21 juin 2010 mentionne expressément les objectifs constitutionnels en jeu. Pour préciser la nature des personnes susceptibles de recevoir délégation du président de la CCSDN lors de perquisitions judiciaires, l'article R2312-1 du code de la défense, alinéa 2, dispose que ces personnes doivent présenter des « garanties au regard des deux objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation ».

Hormis le fait que l'interprétation stricte de la loi pénale soit passée par pertes et profits, le secret de la défense en question est opposé à la justice et n'est pas proprement opposé au secret de l'instruction. La preuve en est que ce dernier absorbe complètement le premier. Toute information collectée par la justice lors d'une enquête et d'une instruction est protégée par le secret posé à l'article 11 du code de procédure pénale. Sauf à se défier de la justice, l'opposition des deux secrets est inadéquate. Il faut cependant relever en la matière une déférence de principe posée par la justice elle-même à l'égard du secret. Ainsi, « le Conseil d'Etat a estimé que le refus était opposable au juge administratif, mais que celui-ci avait cependant toujours la possibilité de demander les motifs d'un refus de communiquer des renseignements et d'en tirer les conséquences »⁷³. En conséquence « quiconque est détenteur d'un secret de la défense nationale ne peut le divulguer. Cette obligation doit être opposée même à la juridiction »⁷⁴. Par cette œuvre d'auto-censure le juge administratif montre la voie au juge judiciaire qui refuse lui aussi de forcer un refus de l'autorité administrative⁷⁵. Ce dernier est d'ailleurs toujours soumis à l'interdiction de connaître de l'administration posée par la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire qui dispose que « *Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs* ». La possibilité de demander des explications sur le refus de communication est ouverte par l'arrêt du Conseil d'Etat, secrétaire d'Etat à la guerre c. Coulon de 1955⁷⁶. Cette possibilité revient à demander un début de motivation du refus, mais apporte peu sur le fond de ce qui est recherché.

En revenant sur le sujet de l'immunité, le Conseil s'est prononcé sur la constitutionnalité de la possibilité pour le pouvoir législatif de créer

73 - Sénat, avis n°327 du 4 mars 1998, Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc.

74 - CE, avis du 19 juillet 1974 et 29 août 1974, cité in Sénat, avis n°327 du 4 mars 1998, Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc.

75 - L'avis du sénat signale à cet égard un arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris rendu dans l'affaire des micros du Canard enchaîné ; M. Guillaume, Parlement et secret(s), préc.

76 - CE, 11 mars 1955, Coulon, Rec. p. 180 ; AJDA 1955, p. 181, chron., M. Long ; RDP 1955, p. 995, ccl. F. Grévisse. Voir : R. Vandermeeren, La procédure contentieuse administrative et les secrets de l'administration, préc.

des immunités à condition que le principe d'égalité soit respecté. La décision n°98-399 DC du 5 mai 1998 indique ainsi que « Considérant qu'en application de l'article 34 de la Constitution, il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public s'agissant de l'entrée, du séjour et de la circulation des étrangers, et qui peuvent notamment justifier un régime de sanctions pénales applicables tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits qu'il crée, ainsi que les peines qui leur sont applicables ; qu'il peut aussi prévoir, sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle et, en particulier, du principe d'égalité, que certaines personnes physiques ou morales bénéficieront d'une immunité pénale ; qu'il résulte de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de la légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la nécessité pour le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure ; qu'en soumettant à l'appréciation du ministre de l'intérieur la "vocation humanitaire" des associations, notion dont la définition n'a été précisée par aucune loi et de la reconnaissance de laquelle peut résulter le bénéfice de l'immunité pénale en cause, la disposition critiquée fait dépendre le champ d'application de la loi pénale de décisions administratives ; que, dès lors, nonobstant le pouvoir du juge pénal d'apprécier, conformément aux dispositions de l'article 111-5 du code pénal, la légalité de tout acte administratif, ladite disposition porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines et méconnaît l'étendue de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution »⁷⁷.

En conséquence, la jurisprudence constitutionnelle accorde la prééminence à l'égalité mais n'interdit pas les immunités. Il est ainsi possible de faire échec à l'objectif constitutionnel de condamnation des auteurs d'infractions pénales en tenant compte d'un intérêt spécifique clairement identifié. C'était la « vocation humanitaire » d'association, mais ce pourrait être le secret de la défense nationale reconnu et protégé par la loi. Le Conseil limite pourtant la marge d'appréciation du pouvoir exécutif en refusant qu'il se substitue au législateur pour apprécier le contenu de la « vocation humanitaire ». En matière de secret-défense, se sont les objectifs protégés par l'article 410-1 du code pénal qui remplis-

77 - C. const., n°98-399 DC du 5 mai 1998, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JORF 12 mai 1998 ; B. Mathieu, M. Verpeaux, Jurisprudence constitutionnelle, JCP G 1998, I, 179, n°17.

sent cette définition⁷⁸. C'est dans ce cadre que le pouvoir exécutif peut décider du classement d'une information, d'un bien mobilier ou immobilier. C'est dans ce cadre qu'il accorde une protection et une inviolabilité du secret.

Or, le conflit d'intérêts entre secret-défense et poursuite des auteurs d'infractions pénale se solde par la prééminence du premier sur le second. En effet, lorsqu'à l'issue de la procédure devant la Commission consultative du secret de la défense nationale, l'autorité administrative prend sa décision de levée ou non de secret, selon l'avis donné par la Commission (art. L.2312-8, c. déf.), c'est le seul secret qui est pris en compte. L'objectif constitutionnel en matière pénale est ici relégué au second plan. La loi ne fait même pas obligation au ministre de tenir compte de cet objectif. On pourra arguer du fait que l'autorité administrative, c'est-à-dire le ministre, aura eu connaissance de la motivation de la demande de levée du secret-défense déposée par le magistrat (art. L.2312-4, al. 2, c. déf.). On pourra supposer que sa décision sera prise à l'aune des infractions et nécessités pénales poursuivies par la justice. Pour autant, il ne s'agit là que de suppositions.

Aussi, dans le rapport de force instauré entre secret-défense et lutte contre la criminalité, c'est le premier intérêt social qui l'emporte. L'autorité administrative chargée de la déclassification étant celle chargée de la classification, on identifie le ministre, conformément aux dispositions de l'article L2312-4 du code de la défense. C'est donc un doux euphémisme qui est employé par le code de la défense. Seul le ministre concerné pourra se prononcer et ainsi faire échec à la demande de la justice. A ce niveau de compétence, on se situe avec certitude dans le cadre de l'organisation des pouvoirs institutionnels. C'est le rapport entre l'exécutif et le judiciaire qui est ici précisé. C'est l'indépendance de l'action de l'exécutif par rapport au judiciaire qui est mise en évidence. L'interdiction faite au juge judiciaire de connaître de l'administration posée dans la loi de 1790 s'exprime ici. On n'est plus à l'époque à laquelle une autorisation préalable de l'administration était nécessaire pour poursuivre pénalement un fonctionnaire mais on n'en est pas loin⁷⁹.

Cette indépendance est reconnue sous un angle différent dans certaines législations étrangères. Au Royaume-Uni, la possibilité pour le ministre de relever une *public interest immunity*, fait l'objet d'un contrôle par le juge. Ainsi, la juridiction britannique s'est reconnue compétente pour apprécier la décision ministérielle du « certificat d'immunité au nom de l'intérêt public ». Elle arbitre « entre l'intérêt public mis

78 - « Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ».

79 - D.L., 19 septembre 1870, cité par B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n°610.

en avant par le ministre et celui de la justice ». Ce qui peut conduire à écarter le secret, sauf en cas de « tort substantiel » risquant de résulter de la communication de l'information⁸⁰. En Espagne, une évolution législative de 1998 sur la juridiction administrative entérine une décision du tribunal suprême espagnol de 1997 affirmant la supériorité du droit à la protection de la justice sur le principe de sécurité de l'Etat⁸¹. On peut retenir également que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe regrette, dans les affaires de transferts illégaux de détenus, que « des motifs de sécurité nationale ou de secret d'Etat ont été avancés pour ne pas donner suite à des demandes d'informations. L'Assemblée est d'avis que ni la sécurité nationale ni le secret d'Etat ne peuvent être invoqués de façon aussi catégorique et systématique dans le but de protéger ces opérations illégales et de les soustraire à un contrôle judiciaire et parlementaire approfondi »⁸². Il est ajouté ultérieurement que « Les informations ainsi que les preuves relatives à la responsabilité civile, pénale ou politique des représentants de l'Etat concernant des violations graves des droits de l'homme ne doivent pas être considérées comme dignes de protection en tant que secrets d'Etat. Lorsqu'il n'est pas possible de séparer de tels cas des véritables secrets d'Etat légitimes, il est nécessaire de mettre en place des procédures appropriées assurant que les responsables rendent compte de leurs actions tout en préservant le secret d'Etat. »⁸³.

En définitive, si l'on retient l'idée de départ que l'immunité est liée à l'indépendance du titulaire d'une fonction par rapport à une autorité étatique, on trouve dans le ministre un titulaire de fonction, et une autorité étatique. On trouve également, chez le juge, une autorité dont l'indépendance est garantie par le Président de la République (art. 64, Const.). L'indépendance d'action de l'un est cependant protégée face à l'indépendance d'action de l'autre. Ne peut-on y voir une immunité institutionnelle ou un privilège caractéristique de l'inégalité des rapports institutionnels entre exécutif et judiciaire⁸⁴ ?

80 - Sénat, rapport n°337 du 5 mars 1998 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc. Service des affaires européennes du sénat, Le secret de la défense nationale devant le juge, Février 1998.

81 - Sénat, rapport n°337 du 5 mars 1998 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc. Service des affaires européennes du sénat, Le secret de la défense nationale devant le juge, Février 1998 ; F. Melleray, L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol, RFDA 2001, p. 1086.

82 - Résolution 1507 (2006) du 27 juin 2006, Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe, §12, <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/FRES1507.htm>.

83 - Résolution 1562 (2007), 27 juin 2007, Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe : second rapport, <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/fres1562.htm>.

84 - On retiendra la formule révélatrice utilisée par un ancien ministre de la défense : « Un juge d'instruction a le droit de savoir la vérité sur des choses qui n'ont rien à voir avec la défense », cité par B. Warusfel, *Le secret de la défense nationale. Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, préc., p. 126.

§2 : L'évidente immunisation par la matérialité des actes

En ne plaçant pas la justice au même niveau que l'exécutif et le législatif, la Constitution de 1958 ne respecte pas le fondement philosophique de la séparation des pouvoirs. Elle se situe néanmoins dans la lignée des textes constitutionnels depuis la Révolution Française. En effet, le débat de la place à accorder à la Justice est rapidement tranché comme étant nécessairement inférieur au législatif de qui elle tient son organisation et sa compétence. Le rapport avec l'exécutif est un autre débat qui aboutit aujourd'hui à plus mettre en avant un Service public de la justice plutôt que l'Autorité de l'article 64 de la Constitution. Cet état institutionnel est caricaturé lorsque l'on s'intéresse au secret-défense. La justice est placée dans la position de celui qui vient quémander. Le terme est certainement fort mais il est difficile d'en trouver un autre lorsque, d'une part, l'autorité administrative décide seule et sans contrôle du classement ou déclasséement du secret-défense. C'est un acte de gouvernement (A). D'autre part, le juge doit justifier de manière motivée une demande de levée de secret-défense dans une affaire en cours (B).

A. La décision administrative (de classement et de déclasséement) est certainement un acte de gouvernement

« Le droit à la rétention de certaines informations se fonde sur le « privilège de l'exécutif » et d'autre part sur la « coutume du secret d'Etat »⁸⁵. La présentation ainsi effectuée de l'opposition du secret-défense est celle prévalant aux Etats-Unis d'Amérique et non en France. Pourtant, la transposition de la formule est envisageable. Serait-ce un acte de gouvernement ? Il est parfois mentionné une « longue tradition de prérogatives régaliennes » en la matière⁸⁶. Mais l'acte de gouvernement renvoie à l'organisation des pouvoirs constitutionnels, « ceux par lesquels l'exécutif met en mouvement et régule le fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, et ceux par lesquels il conduit les relations internationales »⁸⁷. La question semble traditionnellement plus se poser pour les rapports entre l'exécutif et le législatif et entre le pouvoir français et des autorités étrangères⁸⁸. Toutefois, elle mérite attention au sujet des rapports entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire. Dans l'organisation de ces rapports, le secret-défense joue manifestement une place incontournable même si elle n'est pas essen-

85 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 143 et s.

86 - B. Warusfel, *Le secret de la défense nationale. Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, préc., p. 9.

87 - P. Serrand, *L'acte de Gouvernement ? Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat*, Thèse, Paris II, 1996, p. 375.

88 - S. Braconnier, *Reprise des essais nucléaires et actes de gouvernement*, D. 1996, p. 205.

tielle. De plus, « les actes de gouvernement bénéficient [...] d'une immunité juridictionnelle, [...] parce qu'il existe « une lacune de l'organisation juridictionnelle » [...] qui s'analyse en l'absence de juge constitutionnel compétent »⁸⁹. Cette absence relève d'ailleurs peut-être de la volonté de réserver au pouvoir exécutif cette faible zone de « non-droit » dans laquelle le juge ne peut pénétrer »⁹⁰.

L'acte de Gouvernement est une « dénomination appliquée à un certain nombre d'actes émanant des autorités exécutives et dont la caractéristique commune est de bénéficier d'une immunité juridictionnelle absolue »⁹¹. Il est une « manifestation de volonté des organes exécutifs » qui « mettent en cause des rapports d'ordre constitutionnel entre les pouvoirs publics » ou la « bonne conduite des relations internationales » et bénéficient d'une « injusticiabilité »⁹². Il est parfois plus clairement parlé des « immunités qui s'attachent au régime des actes de gouvernement »⁹³.

Au regard de cette définition, il est possible de se hasarder à rattacher les décisions concernant le secret-défense à cette catégorie d'actes dont la doctrine a du mal à se saisir⁹⁴. A cet égard, plusieurs points méritent d'être relevés à l'appui d'une approche dérogatoire des actes juridiques traditionnels : une décision non motivée, une décision non figée dans le temps, une décision exclusive et donc dépourvue de contrôle.

1) Une décision non motivée de l'autorité administrative

Les articles R2311-5 et suivants du code de la défense disposent que le Premier ministre, ainsi que les ministres pour leurs domaines de compétence, sont les autorités administratives compétentes pour l'application du secret-défense. Cette compétence respect le principe du parallélisme habituel en matière administrative. Il faut toutefois relever que la décision de classement est souvent prise par un membre de

89 - P. Serrand, *L'acte de Gouvernement ? Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat*, préc., p. 431. Voir également : F. Raynaud, P. Fombeur, Régime des actes parlementaire et notion d'acte de gouvernement, AJDA 1999, p. 409.

Cette approche ne semble plus prévaloir de l'autre côté des Pyrénées : F. Melleray, L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol, préc.

90 - S. Braconnier, Reprise des essais nucléaires et actes de gouvernement, préc.

91 - *Vocabulaire juridique*, préc.

92 - P. Serrand, « Actes de gouvernement », Dictionnaire de la culture juridique, préc. ; E. Carpentier, L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable, RFDA 2006, p. 661.

93 - R. Vandermeeren, La procédure contentieuse administrative et les secrets de l'administration, AJDA 1999, p. 61.

94 - Ainsi, « Si, jusque vers la fin du XIX^{ème} siècle, certains actes administratifs pris dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire, alors « dénommés » actes discrétionnaires et de pure administration », étaient parfois considérés comme des actes de gouvernement, c'est parce que ces deux types d'actes bénéficiaient d'un statut d'immunité juridictionnelle. Mais cette assimilation était erronée [...] », P. Serrand, *L'acte de Gouvernement ? Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat*, préc., p. 43. Voir également : M. Cosnard, « Immunité », préc.

l'administration sous la responsabilité du membre du Gouvernement mais que seul ce dernier est compétent pour se prononcer sur la levée du secret. Ce n'est donc pas dans l'origine organique seule de la décision qu'il faut voir un acte de Gouvernement.

La nature des informations, documents et lieux classés secret défense ne font pas l'objet d'une liste précise. Non pas que l'on s'attende à ce que le législateur, ou le pouvoir réglementaire sur ses indications, dresse l'inventaire à la Prévert de tous ces actes. Mais il serait possible que des catégories d'actes, d'informations ou de lieux soient citées sans pour autant en dévoiler le contenu. Or, comme cela est dénoncé très souvent, c'est par une La Palissade que l'on définit ce qui est couvert par le secret-défense. L'article 413-9 alinéa 1^{er} du code pénal dispose que : « Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès ». Ainsi, est classé secret-défense, ce qui fait l'objet d'un classement secret défense !

Malheureusement, ce n'est pas en se tournant vers le champ d'application du secret-défense que l'on trouve un commencement d'une motivation. En effet, relèvent du secret-défense les intérêts mentionnés à l'article 410-1 du code pénal : « son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ». Or, la motivation d'un classement de secret-défense dans un tel contexte peut relever de la pure et simple affirmation péremptoire. Il suffit que le représentant de l'autorité administrative ayant reçu compétence pour classer secret-défense ait le sentiment que l'information ou le bien dont il a connaissance en relève pour que soient apposées les marques physiques des timbres ou panneaux⁹⁵. Il ne faut pas comprendre que tous les classements de secret-défense sont arbitraires. Il faut juste relever que la décision de classement n'a pas à être spécialement motivée. La motivation se trouve essentiellement dans l'apposition physique d'un timbre Secret-défense.

Il faut reconnaître que l'absence de motivation de la décision de classement n'est pas injustifiée. En toute logique, il serait assez inopportun d'exprimer les raisons conduisant à classer un document sans révéler, ou suggérer, les motifs pour lesquels le classement est décidé. Mais entre une absence totale d'explications et des observations circonstan-

95 - Instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale, n°1300/SGDN/PSE/SSD, 25 août 2003.

ciées sur la nécessité de placer sous le sceau du secret, il existe une marge. C'est dans cette marge que s'engouffre le doute sur les intentions réelles de l'autorité administrative au risque de développer la suspicion non sur le motif mais sur le mobile de la classification⁹⁶. Cette marge d'appréciation se retrouve lorsqu'il est question de lever le secret-défense. En effet, là aussi, le défaut de motivation est criant. Saisie d'une demande de levée, la Commission consultative du secret de la défense nationale rendra un avis. Celui-ci est pris au regard des « missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels » (art. L2312-7, c. déf.). Toutefois, c'est uniquement le sens de l'avis qui est communiqué à la juridiction demanderesse et publié au Journal officiel (art. L2312-8, c. déf.). La motivation de cet avis reste secrète et n'est transmise qu'à l'autorité administrative se prononçant sur la levée du secret. La commission y adjoint un relevé d'observations non prévu par la loi⁹⁷. Elle n'a pas non plus à motiver la levée ou le refus de levée du secret.

Les rapports de la CCSDN ont relevé une tendance (pour ne pas dire une facilité) à apposer le secret-défense sur un nombre (trop) important de documents⁹⁸. Cette tendance résulte certainement en partie de l'absence de véritable réflexion préalable à la décision de classement. Une certaine facilité dans le classement serait évitée s'il fallait motiver, même de manière non approfondie. Ce n'est donc pas tant la nécessité de préserver le secret qu'une forme de « culte du secret »⁹⁹. Or, tout culte se fonde d'abord sur la croyance et non sur la démonstration raisonnée. Cela a une autre conséquence, la CCSDN souligne qu'il serait nécessaire que l'autorité administrative fasse un état des lieux relativement fréquent des classements et de leur maintien. L'absence de remise en cause du classement résulte certainement aussi de la défaillance de motivation. Faute de connaître les raisons exactes du classement, et d'en apprécier véritablement l'opportunité, il est plus facile de le maintenir. La création des lieux classifiés par la loi de 2009 a permis de clarifier la situation de la motivation : « contrairement à la règle applicable en matière de classification des documents, la classification des lieux ne relèvera pas de la seule appréciation souveraine et subjective de l'autorité administrative, mais devra résulter de l'existence de critères objectifs répondant à une définition matérielle fixée par la loi »¹⁰⁰. Ces critères

96 - B. Warusfel, *Le secret de la défense nationale. Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, préc., p. 354.

97 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 60.

98 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 8, 110. Rapport CCSDN, 2005-2007, préc., p. 25.

99 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 165.

100 - E. Blessig, avis n°1552 relatif à la programmation militaire [...], préc., p. 56.

objectifs sont on ne peut plus précis : « lieux où s'exercent certaines activités opérationnelles secrètes dans le domaine du renseignement ou de la dissuasion nucléaire par exemple ; Il s'agit également de lieux où sont stockés des équipements, où sont menés des programmes de recherche [...] ». Au final, le législateur envisage la création de « dix à quinze sites ». Cela s'appelle-t-il poser des critères objectifs permettant d'évacuer l'appréciation « souveraine et subjective de l'autorité administrative »¹⁰¹ ? On aimerait le croire... Mais il est impossible de le vérifier¹⁰².

Le secret-défense est donc décidé, levé et apprécié sans qu'à aucun moment une motivation spécifique n'apparaisse. On ne saurait en effet se contenter des mentions utilisées par la CCSDN pour limiter la portée de ses avis. C'est parfois un avis de déclassement rendu « à l'exception, le cas échéant, des mentions à caractère technique ou interne dont la protection paraîtrait utile au ministre »¹⁰³. C'est encore un avis positif qui « s'entend sans préjudice de l'occultation de toutes mentions à caractère interne propres au service, à son organisation et à ses procédures de traitement, de sécurité [...] »¹⁰⁴.

2) Une décision non figée dans le temps

A quel moment la décision de classement secret-défense intervient-elle ? La méthode britannique du certificat d'immunité semble révéler que le secret est opposé à la justice lorsque sa divulgation entraînerait de graves conséquences¹⁰⁵. Il s'agit donc d'une approche conduisant à ne pas apposer *a priori* le secret-défense sur des actes et des biens mais à le soulever lorsque nécessaire. En France, la question revêt un intérêt particulier lorsque la justice, en quête d'informations et de preuves relatives à la commission d'une infraction, s'intéresse à tel ou tel document. Autrement dit, le classement est-il opéré dès que l'information ou le bien à protégé sont créés ou dès qu'ils sont menacés ? Existe-t-il une variation dans le temps du caractère secret défense ? Peut-on relever une opportunité extérieure à classer un document qui ne l'était pas ? Poser ces questions conduit à s'aventurer dans un brouillard des plus complets. En effet, la loi ne dit pas quant le classement doit être opéré. On peut en conclure que le classement est réalisé lorsqu'il est nécessaire. Voilà une réponse qui constitue une nouvelle La Palissade ! D'ailleurs, la CCSDN admet cette classification à tout moment car « il ne

101 - L'exposé des motifs du projet de loi n'est pas beaucoup plus précis : Projet de loi n°1216 relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, Assemblée nationale, 29 octobre 2008.

102 - Une annexe à l'arrêté du 21 juin 2010 (précité) dresse la liste des lieux protégés par le secret de la défense nationale mais cette annexe n'est pas publiée au Journal Officiel.

103 - CCSDN, avis n°2008-14 du 2 octobre 2008, JORF 18 octobre 2008, Affaire de Bouaké.

104 - CCSDN, avis n°2008-13 du 2 octobre 2008, JORF 18 octobre 2008, Affaire Jean-Pascal Couraud.

s'agit, ni d'une classification rétroactive, ni d'une classification de circonstance, mais du strict respect des règles d'application permanente, édictées par la loi ou par les règlements »¹⁰⁶.

La tendance relevée par la CCSDN à ce que des classements soient quasiment systématiquement opérés à l'égard de tout document met en évidence une pratique de classement immédiat. C'est-à-dire que dès que l'information ou le bien sont entre les mains d'une personne autorisée à procéder au classement, le secret est apposé. Il n'y a donc certainement pas une volonté de dissimuler à l'arrivée de la justice. Toutefois, deux arrêts de la Cour de cassation du 11 mai 2005 relatifs à l'Affaire des Frégates de Taiwan révèlent la volonté de placer sous le sceau du secret-défense des documents qui ne l'étaient pas mais qui sont entre les mains de la justice¹⁰⁷. Il s'agit d'un document constitué d'un courrier qui a été saisi lors d'une perquisition. Ce document, et sa copie qui fut transmise à un autre juge d'instruction, ne sont formellement pas protégés par la marque de secret-défense. Or, c'est l'apposition des marques spécifiques au secret qui protège le document. En conséquence, la volonté déterminée de faire reconnaître le secret alors qu'il n'apparaissait pas est révélatrice de la possibilité d'obtenir une classification *a posteriori*, pour ne pas dire *ad hoc*. On peut ainsi imaginer que le juge, pensant un document classé secret-défense demande à la CCSDN la levée de celui-ci. Mais que s'apercevant que ledit document n'est pas classifié, l'administration décide de le classer avant de le remettre pour examen à la CCSDN. Ce ne sont pas que pures conjectures. La Commission relève d'ailleurs qu'il « a été admis que l'autorité administrative compétente puisse encore classifier, à la suite d'un acte judiciaire, des informations ou documents dont la classification nécessaire aurait été omise »¹⁰⁸.

Parallèlement, la CCSDN souligne la nécessité pour l'autorité administrative de réapprécier périodiquement la pertinence du classement secret-défense. Cette appréciation se déroule lorsque le juge demande communication d'une information. Elle est également réalisée avant un dépôt aux archives. Ce dépôt constitue l'occasion de réaffirmer le caractère secret de la pièce, et donc son incommunicabilité avant les délais de cinquante ou cent ans prévus à l'article L213-2, I, 3° et 5° du code du patrimoine. Il est donc possible qu'à l'occasion d'une demande par une juridiction, l'autorité administrative décide spontanément de déclasser l'objet de la demande avant l'avis de la Commission. Cette situation s'est produite et a été dénoncée par la Commission. Lors du « Procès de Nanterre » sur le financement de parti politique, le premier ministre a déclassifié un rapport sans attendre l'avis sollicité selon la loi¹⁰⁹.

105 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 150.

106 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 109.

107 - Cass. crim. 11 mai 2005, n°05-81157 ; Cass. crim. 11 mai 2005, n°05-81158.

108 - Rapport CCSDN, 2005-2007, préc., p. 24.

109 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 36.

Mais la CCSDN regrette que le secret-défense soit maintenu alors que les motifs ayant conduit à son adoption ne sont plus fondés.

Il y donc un aléatoire du classement secret-défense sur le moment exact du classement et du déclassé. Seule la possibilité relevée dans l'arrêt du 21 juin 2010 portant, en application de l'article R.2311-9-3 du code de la défense, décision de classement de lieux, permet d'envisager une réévaluation quinquennale de la classification (art. R2311-9-3, c. déf.)¹¹⁰.

3) Une décision exclusive et donc dépourvue de contrôle

Le défaut de motivation, ainsi que l'aléatoire de la gestion du secret-défense dans le temps, accréditent l'idée que la décision de classement ou de déclassé échappe à un cadre substantiel précis. Formellement, tout est prévu dans l'Instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale du 25 août 2003¹¹¹. L'Instruction précise, d'une part « les conditions dans lesquelles chaque ministre, pour le département dont il a la charge, détermine les modalités de protection des informations ou supports protégés » et, d'autre part, « de définir la procédure préalable à la décision d'habilitation aux secrets de la défense nationale ». Toutefois, le luxe de détails et d'hypothèses ainsi mises à plat dans le but d'un bon fonctionnement administratif dissimulent mal la prééminence absolue accordée à l'autorité administrative. La décision de classement est exclusivement de la compétence de cette dernière. Il ne peut y avoir aucune immixtion extérieure. S'il est délicat de parler de « domaine réservé » de l'administration en la matière, on n'en est pas loin. Ainsi, la CCSDN a pu regretter, dans l'Affaire des paillottes corses, que le ministre déclassifie « un rapport « confidentiel défense » dont l'existence était connue de tous et qui ne pouvait manquer de faire l'objet d'une requête de la juridiction en charge de l'Instruction, sans attendre de recevoir la requête de celle-là. L'avantage de cette pratique est, sans doute de désamorcer les spéculations des médias ou de l'opinion publique sur le caractère éventuellement sulfureux des informations en question et de gagner du temps dans la procédure. Au surplus, elle n'est, dans la lettre, nullement illégale »¹¹².

L'aspect éminemment circonstanciel de la décision gouvernementale n'échappe à personne. De même, lorsque la politique s'empare de l'enquête sur l'assassinat des moines de Tibéhirine en 1996, c'est le chef de l'Etat qui décide publiquement du déclassé¹¹³. On sait la place

110 - JORF, 23 juin 2010.

111 - Instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale, n°1300/SGDN/PSE/SSD, 25 août 2003.

112 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 35.

113 - Affaire des moines de Tibéhirine, question d'actualité au gouvernement, n°0348G, JO Sénat, 10 juillet 2009; T. Lévêque, C. Guillou, N. Bertin, Le secret-défense sera levé sur les moines de Tibéhirine, Dépêche Reuters 7 juillet 2009, 17h38.

accordée à la défense et à la politique étrangère dans la répartition des pouvoirs au sein de la Vème République et au domaine réservé qui en résulte. Or, le secret-défense relève de la compétence du Premier ministre selon les articles R2311-5 et suivants du code de la défense et non du Chef de l'Etat. L'annonce par ce dernier de la levée du secret caractérise manifestement un acte ne relevant pas de sa compétence. L'intervention postérieure de la CCSDN relève donc du respect du formalisme mais est dépourvu de réelle utilité¹¹⁴.

La loi accorde aux membres du Gouvernement le soin de veiller au respect du secret-défense. La levée judiciairement demandée nécessite l'intervention d'un tiers, la CCSDN. Or, quelle est la compétence exacte de cette Commission ? Elle donne un avis que le ministre concerné n'est pas tenu de suivre. Certes, la Commission souligne que les ministres suivent ses avis dans leur immense majorité. Mais cette appréciation peut être relativisée. Soit, effectivement, les informations dont la communication est demandée par un juge sont importantes et le secret-défense s'imposait. Dans ce cas, l'avis positif suivi par le ministre a permis de débloquer la procédure pénale. Soit, l'avis positif concernait des documents dont la protection s'imposait peu. C'est ainsi que la Commission a pu relever que des articles de presse étaient classés secret-défense¹¹⁵ ! Dans ce cas, la levée du secret par le ministre n'est pas un exploit remarquable. Mais lorsque la levée est refusée malgré un avis positif dans les Affaires des écoutes téléphoniques de l'Elysée, du bombardement de Bouaké et à deux reprises dans l'Affaire Clearstream, on peut s'interroger sur les risques politiques pris dans tous les autres cas¹¹⁶. De même, lorsque le président de la CCSDN reproche à un ministre de l'intérieur d'avoir répondu directement et par la négative à la demande de levée du secret dans l'Affaire Borrel, on mesure les limites juridiques auxquelles est confrontée la Commission¹¹⁷.

Dans ces deux cas, la CCSDN est un média accessoire du gouvernement¹¹⁸. Elle est accessoire car la décision principale revient toujours au gouvernement sans aucun autre partage ni contrôle. Elle est un média en ce qu'elle relie la justice à l'exécutif sans que ce dernier pouvoir soit en quelque manière que ce soit juridiquement contraint. La saisie de la

114 - Avis n° 2009-17 du 5 novembre 2009 ; avis n° 2009-18 du 5 novembre 2009 ; avis n° 2009-19 du 5 novembre 2009, JORF 20 novembre 2009.

115 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 104.

116 - Rapport CCSDN, 2005-2007, préc., p. 9.

117 - G. Davet, Le ministère de l'intérieur accusé d'avoir violé la loi sur le secret-défense, *Le Monde* du 27 novembre 2004, p. 34.

D'ailleurs, lors des débats sur la loi de 1998, la qualification de la CCSDN en Autroité administrative indépendante était critiquée. La qualification de Commission administrative indépendante était proposée : Sénat, avis n°327 du 4 mars 1998, Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc.

118 - L'idée d'un « sas » est rapportée par B. Warusfel, Le contrôle du secret de la défense nationale : une exigence de l'Etat de droit, *Revue droit et défense* 1996/4, p. 23.

Commission révèle que la juridiction a conscience d'entrer sur un terrain qu'il lui est interdit d'investir selon ses moyens traditionnels. La saisie de la Commission et son avis confirment que la Justice s'intéresse au secret avec un plus ou moins grand danger. La zone-tampon constituée par l'intervention de la CCSDN permet au Gouvernement de donner l'illusion de céder à une demande de l'autorité administrative indépendante, sans se soumettre à la justice et à un contrôle juridictionnelle de sa décision. D'ailleurs, l'absence de recours contre l'avis de la CCSDN, ainsi que l'impossibilité pour le juge pénal de statuer sur une exception d'illégalité concernant un tel acte, confirme l'approche (CP, art. 111-5).

La question s'est posée, au sujet de l'Affaire Borrel, lorsque le ministre de la défense « a omis non seulement de faire publier l'avis, en dépit de plusieurs rappels de la Commission, mais aussi de faire connaître sa décision, assortie de l'avis de la CCSDN, au magistrat, dans le délai fixé par la loi »¹¹⁹. Pour répondre à cette situation de fait juridiquement non sanctionnée, la Commission émet le souhait que « les juridictions prennent l'habitude de transmettre une copie des requêtes qu'elles adressent aux autorités ministérielles afin [qu'elle] puisse assurer un meilleur suivi des saisines dont elle est finalement rendue destinataires »¹²⁰ ! Dans l'Affaire des paillottes corses, la Commission relève que l'« opinion publique pourra être conduite à supposer que le ministre se donne le beau rôle en déclassifiant ce qui ne soulève pas de problème, et se sert de l'écran de la CCSDN quand la requête des juges peut être gênante pour lui. Cela ne peut que conduire à accréditer l'idée que la CCSDN serait une commission alibi »¹²¹. La Commission soumet alors l'idée que la déclassification opérée sans saisie de la Commission, ou sans attendre son avis priverait la juridiction intéressée de garantie sur l'objet de la déclassification, faute d'un contrôle extérieur de la Commission qui se prête à jouer, sinon le rôle d'une quasi-juridiction¹²², du moins celui de seul rempart contre « les situations d'impasse »¹²³. Dans ce cas, la seule réelle menace est celle que le département ministériel « s'expose à un incident médiatique que nul ne pourrait maîtriser »¹²⁴ !

En conséquence, comment qualifier autrement que d'acte de gouvernement une décision qui relève du seul pouvoir exécutif, qui n'a pas à être spécialement motivée pour son adoption ou sa levée, qui peut être

119 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 67.

120 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 41.

121 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 35.

122 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 39 et s. 61.

123 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 160.

124 - G. Davet, Le ministère de l'intérieur accusé d'avoir violé la loi sur le secret-défense, préc.

discrétionnairement décidée à n'importe quel moment et qui ne fait l'objet d'aucun contrôle de nature juridictionnel, que ce soit de la part du juge administratif ou judiciaire ?

B. Le juge demandeur à la levée du secret-défense

Face au secret-défense dépendant exclusivement de l'autorité administrative, le juge, et notamment le juge pénal, se retrouve dans une position originale. Dans le droit fil de l'article 64 de la Constitution affirmant l'indépendance de la justice, le Code de procédure pénale confie aux magistrats la conduite de la procédure. C'est le Procureur de la République qui décide des suites à donner aux plaintes et procès-verbaux dont il est saisi (art. 40, CPP). C'est le juge d'instruction qui poursuit ses investigations en toute liberté dans le seul but de mettre à jour la vérité. C'est le tribunal (art. 406 et s., CPP) ou le président de la Cour d'assises qui mènent les débats (art. 309, CPP). On ne saurait donc remettre en cause la capacité légalement organisée et constitutionnellement protégée de la justice à agir.

Or, dès que le secret-défense se manifeste, la justice est demanderesse à la levée du secret-défense. Ceci signifie qu'elle perd la maîtrise de l'administration des preuves, qu'elle ne peut obtenir par la contrainte ce qu'il lui est possible d'obtenir en temps ordinaire. Ni réquisitions, ni perquisitions ne lui permettent de poursuivre son chemin. Cet obstacle seul démontre la prééminence de l'exécutif sur la justice et le privilège dont il bénéficie qui l'immunise d'une intervention judiciaire. La justice est privée des moyens de coercition qui sont habituellement les siens pour mener à bien son office.

L'immunisation est d'autant plus remarquable qu'elle souligne la disproportion de traitement au sujet de la motivation des actes. Alors que l'autorité administrative n'a qu'à affirmer pour démontrer, il est demandé au juge pénal, saisissant la CCSDN, de motiver sa demande. Cette motivation doit être précise et circonstanciée. La CCSDN considère que « c'est de la qualité de la motivation de la requête que découle directement la capacité de la Commission à cerner avec précision les informations dont a besoin le magistrat »¹²⁵. Elle considère que « l'expérience montre en effet que la Commission a eu tendance à proposer une plus large déclassification lorsque les motifs de la demande présentée par le juge étaient explicites, car ainsi, le risque d'une inutile divulgation d'information sensible était limité d'autant »¹²⁶. Plus précisément, la motivation « consiste à mettre la Commission en mesure de comprendre en quoi la bonne administration de la justice a besoin de

125 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 74.

126 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 93.

telle ou telle information. [...] Il faut] savoir si la déclassification sert la justice. [...] Si [la Commission] a l'impression qu'une information, même sensible, risque d'éviter la prison à un innocent, cela peut faire pencher la balance »¹²⁷. On ne peut être plus clair : la Commission apprécie l'opportunité de la demande du juge au moins autant que la possibilité de lui communiquer une information frappée du secret-défense. En arbitrant ainsi les intérêts en cause, elle se comporte comme une « quasi-juridiction » et non comme une commission administrative consultative. Cet excès de pouvoir reste malgré tout impuni puisqu'il n'existe pas de recours contre l'avis, consultatif, de la commission.

Cette approche a suscité des difficultés d'appréciation au regard de la protection du secret de l'enquête et de l'instruction. En effet, comment respecter l'article 11 du code de procédure pénale si le magistrat doit dévoiler les raisons pour lesquelles la levée du secret-défense est sollicitée ? De plus, motiver précisément la demande suppose que la juridiction demanderesse ait les éléments de preuve établissant l'utilité d'accéder à ce qui est secret. Il faut donc qu'elle ait d'abord connaissance de l'existence d'un élément de preuve protégé par le secret. Il est nécessaire ensuite qu'elle anticipe l'utilité probatoire de ce qui est protégé. Il est indispensable que ce soit pour elle le seul moyen d'arriver à la connaissance. Il est enfin utile qu'elle vise précisément cet élément dont, sur le fond, elle doit supposer le contenu.

Parallèlement, la Commission relevait qu'une motivation insuffisante, ou une demande trop large (ce qui revient au même) ne lui permettait pas de cerner précisément la nature des documents à analyser. La seule solution et c'est d'ailleurs celle retenue, est de considérer que la Commission est soumise au secret de la motivation de la levée qui lui est demandée. Il faut reconnaître qu'une demande suffisamment motivée ne signifie pas une demande mettant toute une procédure sur la table. Il faut uniquement que le magistrat soit précis et justifie la nécessité pour ses investigations d'accéder au bien protégé. Une telle motivation permet d'obtenir de la part de la Commission un avis circonstancié. Mais le trait caractéristique de la procédure inquisitoire a rapidement cédé devant le refus de la CCSDN de répondre positivement à une demande trop évasive. La juridiction doit ainsi se plier à une demande formelle et substantielle pour mener à bien son office. Mais, n'est-ce pas le cas lorsque « en matière criminelle ou correctionnelle, [...] une arrestation ou [...] toute autre mesure privative ou restrictive de liberté [n'est possible] qu'avec l'autorisation du Bureau de l'assemblée dont il fait partie » (art. 26, al. 2, Const.) ?

Ainsi, la loi contraint une juridiction constitutionnellement indépendante à s'adresser à une autorité dont l'indépendance n'est que légale.

127 - P. Lelong, Président de la CCNDS, La commission consultative du secret de la défense nationale, D. 2002, p. 1428.

La loi oblige le juge à développer son argumentation afin de convaincre cette autorité de la pertinence de sa demande. Il est par ailleurs entendu que toute demande judiciaire pertinente se heurtera à un refus si le secret protégé mérite de le rester, ce qui conduit d'ailleurs la CCSDN à procéder à un découpage des documents communicables ou non. Ce travail de découpage risque d'atteindre à la cohérence de l'ensemble et de priver la procédure d'éléments utiles. Il ne suffit donc pas que le juge mène toute « investigation utile à la manifestation de la vérité » (art. 81, CPP). Encore faut-il que cette utilité ne heurte pas la défense des intérêts fondamentaux de la nation (art. 410-1, CP).

Ces dispositifs de protection des documents et biens s'accompagnent, depuis la loi du 29 juillet 2009, d'un renforcement de la protection de certains lieux. En effet, il existe la « zone réservée » prévue à l'article 413-7 du code pénal et dont les délimitations sont prévues aux articles R413-1 et suivants du même code. Cette zone est déterminée par un arrêté ministériel et vise des locaux et terrains clos¹²⁸. L'autorisation de pénétrer dans ces lieux est délivrée selon les directives et sous le contrôle du ministre (art. R413-5 CP). Toutefois, l'avis du Conseil d'Etat du 5 avril 2007 n'exclut pas que le juge d'instruction puisse y pénétrer sans condition d'autorisation en application de l'article 94 du code de procédure pénale. Cela lui laissait une certaine liberté sous réserve de ne pas compromettre le secret, notamment lors de la saisie de documents. Ce n'est donc pas sans une certaine hypocrisie que le législateur de 2009 motive l'adoption des nouvelles dispositions par l'amélioration de la sécurité des magistrats dans leurs investigations. En effet, la question de l'accès à des lieux consistant en eux même des secrets-défense est ancienne. L'avis du Conseil d'Etat du 5 avril 2007 se concentrait sur cette question émanant du Gouvernement¹²⁹. Il constate d'abord, sur le fondement de l'article 81 du code de procédure pénale, que le juge d'instruction « ne tient pas du code de procédure pénale qualité pour prendre connaissance [des secrets et] peut seulement solliciter de l'autorité administrative compétente la déclassification et la communication d'informations protégées à ce titre ». Il souligne ensuite que le juge d'instruction ne peut déléguer à un officier de police judiciaire une compétence qu'il n'a pas. Il ne peut donc, au moyen d'une commission rogatoire adressée à un officier habilité au secret-défense, faire exécuter une perquisition. Il relève enfin, qu'à l'exception des enceintes militaires dans lesquelles la perquisition est organisée selon les dispositions de l'article 698-3 du code de procédure pénale, aucune disposition légale n'interdit au juge

128 - Par ex : arrêté du 6 février 2009 portant création et organisation d'une zone protégée au ministère de la santé et des sports, JORF 12 février 2009 ; arrêté du 14 janvier 2010 portant création d'une zone protégée au ministère de la justice et des libertés, JORF 23 janvier 2010.

129 - CE, Ass., Avis n°374-120, 5 avril 2007 publié en annexe n°2 de l'Avis n°493 du Sénat présenté par M. Pillet le 24 juin 2009 sur le projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense.

de perquisitionner en un autre endroit. Il doit naturellement, dans ce cas, veiller à ne pas compromettre le secret-défense. Une circulaire ministérielle du 3 janvier 2008 organise alors, selon la loi applicable, les rapports entre les autorités administratives concernées et la Justice¹³⁰. Elle précise d'abord les modalités d'exercice et de réponse aux réquisitions du parquet. « Adressée à l'autorité administrative dont relève la classification, aux fins de transmission d'éléments utiles à la manifestation de la vérité, est la solution la plus compatible avec le respect des règles concernant le secret de la défense nationale. Elle protège les magistrats et les OPJ, même habilités, de tout risque de compromission ». Si la réquisition vise un document particulier, elle suppose une demande de déclassification. Si elle reste indéterminée, l'administration effectue les recherches, transmet à la juridiction les éléments non classifiés. Si l'administration découvre des éléments classifiés, la circulaire ne lui fait pas obligation d'en signaler l'existence à la juridiction car elle indique seulement qu'ils « feront ultérieurement l'objet d'une demande de déclassification du magistrat qui entraînera la saisine de la CCSDN ».

Mais, ce n'est pas sans naïveté que l'on relèvera que le problème n'existe que du côté de l'Autorité administrative et non du côté de celui de la justice¹³¹. En effet, les magistrats sont statutairement astreints au secret professionnel sanctionné disciplinairement¹³². S'y ajoute, en matière pénale, le secret de l'article 11 du code de procédure pénale. C'est donc présumer de leur incapacité à connaître d'un secret protégé que de leur fermer les portes de certains lieux. La procédure suivie, selon les indications de la circulaire du 3 janvier 2008, conduisait l'autorité de perquisition à cesser tout acte lorsque le secret-défense lui était opposé. Il lui fallait recourir alors à une expertise sur la nature de secret-défense des éléments en voie de saisie avant de les saisir, ce qui n'écartait évidemment pas la demande de levée du secret s'il s'avérait que les documents étaient protégés¹³³. Cela étant dit, la loi de 2009 place derechef le juge en position de demandeur. En effet, privilège exceptionnel (!), l'article 56-4 du code de procédure pénale prévoit, *in limine*, que « Lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu précisément identifié, abritant des éléments couverts par le secret de la défense natio-

130 - Circulaire de la DAG n°CRIM 08-01/G1 du 3 janvier 2008 relative au secret de la défense nationale, BO Min. Justice 2008/1. Voir également dans ce sens : Instruction n°50038/DEF/SGA/DAJ/APM/EO relative à l'enquête de commandement et à l'enquête judiciaire, 18 mars 2008, NOR DEF08050722J, BO des armées 23 mai 2008, n°19.

131 - Il sera même question, pour la loi de 2009, de mettre fin à « une situation qui fragilise les services de renseignement » avec une loi pour « encadrer strictement les perquisitions » ! : E. Blessig, avis n°1552 relatif à la programmation militaire [...], préc..

132 - Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, version consolidée, art. 6, 20, 21-1, 25-3, 41-3, 43.

133 - Circulaire de la DACG n°CRIM 08-01/G1 du 3 janvier 2008 relative au secret de la défense nationale, préc. Par exemple : Cass. crim. 21 mars 2006, n°05-13302, Bull. n°168.

nale, la perquisition ne peut être réalisée que par un magistrat en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale ». De plus, « La perquisition ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision écrite du magistrat qui indique au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale les informations utiles à l'accomplissement de sa mission ». De plus, « Au commencement de la perquisition, le magistrat porte à la connaissance du président de la commission ou de son représentant, ainsi qu'à celle du chef d'établissement ou de son délégué, ou du responsable du lieu, la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition, son objet et les lieux visés par cette perquisition » (art. 56-4, I, al. 5 CPP). Certes, le juge n'a pas à obtenir l'accord de qui que ce soit pour perquisitionner. Mais lors de la saisie, les scellés sont placés immédiatement sur les saisies et confiée au président de la Commission, ou à son représentant (art. R2312-1 et s. c. déf.), qui en devient le gardien, en l'attente de la demande de levée du secret-défense par le juge. Le juge doit donc signaler et motiver sa perquisition, supporter le contrôle du président de la CCNDS puis solliciter auprès du ministre la levée du secret qui sera transmise à la Commission... Une solution semblable est trouvée lorsqu'à l'occasion d'une perquisition « ordinaire », des documents classifiés sont trouvés. Le président de la CCNDS est immédiatement averti et les saisies sont placées sous scellés. Enfin, lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu protégé de l'article 413-9-1 du code pénal, le magistrat doit obtenir une déclassification temporaire du lieu pour y pénétrer. Il va sans dire que la perquisition doit être motivée et sous le contrôle du président de la CCNDS. Mais il va sans dire aussi que faute d'avoir obtenu la levée du secret-défense sur ce lieu, aucune perquisition n'est possible.

Ne peut-on alors parler d'une immunisation grâce au secret-défense ? Comment qualifier autrement la création « sur notre territoire des zones où l'application du droit sera limitée. Mais ces limitations ne devraient intervenir que pour le strict intérêt du pays ; on ne saurait en abuser afin d'entraver l'action d'éventuels contre-pouvoirs »¹³⁴ ?. Qu'advient-il du contre-pouvoir exécutif qu'est la justice lors d'une procédure au cours de laquelle le secret-défense est invoqué ? Le pouvoir discrétionnaire laissé à l'autorité administrative ne permet-il pas une immunisation de fait des personnes et lieux qui seraient impliquées dans une procédure pénale, mais dont l'établissement des liens avec la commission d'une infraction nécessite la rupture du secret ?

134 - J.-L. Warsmann, Examen en commission, rapporté in E. Blessig, Avis n°1552 relatif à la programmation militaire [...], préc..

Section II - Un acte légal d'inviolabilité

L'effet premier du secret-défense est d'assurer son inviolabilité et d'éviter sa compromission sanctionnée à l'article 413-10 du code pénal. Il s'agit de l'effet procédural essentiel. A ce titre, on peut le comparer à l'inviolabilité du personnel et des biens diplomatiques ou à l'inviolabilité des parlementaires. La définition de l'inviolabilité permet de la distinguer de l'immunité. Ainsi, l'inviolabilité est entendue comme une « garantie particulière dont la loi enveloppe certains droits pour les protéger contre toute atteinte juridique ou matérielle »¹³⁵. Elle peut être la conséquence concrète de l'immunité qui est accordée afin de garantir l'indépendance d'exercice d'une fonction, et présente ainsi parfois le caractère de fin de non recevoir à toute action en justice. L'une et l'autre sont complémentaires¹³⁶.

La contiguïté des notions est moins évidente si l'on s'intéresse à l'inviolabilité en procédure pénale. Ainsi, la question de la perquisition est en principe étrangère à toute hypothèse d'immunité. Pourtant, la législation relative à cette immixtion au domicile d'une personne susceptible de contenir des informations ou éléments utiles à l'enquête ou à l'instruction, porte atteinte à l'inviolabilité du domicile. L'article 76 de la Constitution du 22 frimaire de l'An VII disposait que « La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé, ou par une loi, ou par un ordre émané d'une autorité publique ». Les dispositions encadrant la perquisition de nos jours sont toujours guidées par cette règle d'inviolabilité.

Présentée comme un moyen d'assurer la sécurité des magistrats enquêteurs (on les ignorait en danger dans des lieux classés secret-défense), ces dispositions confirment que la justice n'est pas libre de remplir son office. Se produit alors une altération de la procédure (§ I) à laquelle des voies raisonnables d'y faire échec confirment l'idée d'une immunité de fait résultant du secret-défense (§ II).

§ I : Une cause d'altération de la procédure

L'inviolabilité législative posée en matière de secret-défense altère la procédure de différentes manières. L'altération la plus évidente, celle expressément envisagée par la loi, est de stopper, au moins sur la forme, les ardeurs investigatrices de la Justice.

135 - *Vocabulaire juridique*, préc.

136 - A titre d'exemples : Cour Internationale de Justice, 14 février 2002, l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), Recueil 2002, p. 3 ; Loi n° 2002-1037 du 6 août 2002 autorisant l'approbation de l'accord de siège entre le Gouvernement de la République française et la Commission internationale de l'état civil, JORF 7 août 2002, art. 16.

Les contraintes procédurales imposées à la juridiction pénale sont nombreuses. Il y a celles qui sont expressément posées quant à l'accès aux preuves (A) et celles qui sont induites sur l'action publique (B).

A. Des contraintes expresses quant à l'accès aux preuves

La tentative de perquisition à l'Élysée et celle menée au siège de la Direction Générale de la Surveillance du Territoire ont conduit le législateur de 2009 à créer une nouvelle catégorie de biens, les « lieux auxquels il ne peut être accédé sans que, à raison des installations ou des activités qu'ils abritent, cet accès donne par lui-même connaissance d'un secret de la défense nationale » (art. 413-9-1, CP). « L'usage problématique de la perquisition dans des lieux abritant des secrets de la défense nationale »¹³⁷ est ouvertement à l'origine de ces lieux dont la classification pour cinq ans sera dressée par décret. La protection est telle qu'il n'est pas prévu de possibilité pour le juge d'y accéder selon les règles de droit commun du code de procédure pénale. Les dispositions de l'article 56-4, III, du code de procédure pénale y sont expressément consacrées. Après vérification par le magistrat de la protection accordée à ces lieux, la perquisition « ne peut être réalisée que par un magistrat en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale ». De plus, elle « ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision écrite et motivée qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci, ainsi que le lieu visé par la perquisition. Le magistrat transmet cette décision au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Il la porte, au commencement de la perquisition, à la connaissance du chef d'établissement ou de son délégué, ou du responsable du lieu ». Enfin, « La perquisition doit être précédée d'une décision de déclassification temporaire du lieu aux fins de perquisition et ne peut être entreprise que dans les limites de la déclassification ainsi décidée ».

Les lieux susceptibles de contenir des éléments protégés par le secret-défense, mais qui ne sont pas en eux-mêmes des secrets, sont plus accessibles. Le juge peut y pénétrer en respectant des règles qui tendent à rapprocher le secret-défense des secrets professionnels tels que ceux unissant un médecin son patient (art. 56-3, CPP) ou un avocat à son client (art. 56-1, CPP). Toutefois, dans ces dernières hypothèses, c'est la nature très intime des relations de confiance établies entre deux personnes qui est protégée. La loi protège la confiance placée en son médecin ou en son avocat pour le plus grand bien du sujet de droit confronté à une difficulté de santé ou juridictionnelle. On ne saurait rapprocher la protection du secret-défense, qui est une maque évidente

137 - E. Blessig, Avis n°1552 relatif à la programmation militaire pour les années [...], préc..

de défiance envers le sujet de droit lambda et la justice, des autres secrets professionnels. Les professionnels du secret-défense sont tenus de garder le silence même devant la justice. La loi ne prévoit aucune exception à l'infraction de compromission¹³⁸.

Par ailleurs, en cas de découverte de documents frappés du secret-défense lors d'une perquisition, l'article 56-4, II, du code de procédure pénale institue une procédure de préservation du secret. Dans cette hypothèse, « le magistrat présent sur le lieu ou immédiatement avisé par l'officier de police judiciaire en informe le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Les éléments classifiés sont placés sous scellés, sans en prendre connaissance, par le magistrat ou l'officier de police judiciaire qui les a découverts, puis sont remis ou transmis, par tout moyen en conformité avec la réglementation applicable aux secrets de la défense nationale, au président de la commission afin qu'il en assure la garde. Les opérations relatives aux éléments classifiés font l'objet d'un procès-verbal qui n'est pas joint au dossier de la procédure. La déclassification et la communication des éléments ainsi placés sous scellés relèvent de la procédure prévue par les articles L. 2312-4 et suivants du code de la défense ».

La loi écarte ainsi de la compétence de la juridiction la possibilité de mener certaines investigations en certains lieux. Lorsque les lieux ne sont pas protégés, mais dès que des éléments et documents sont classés secret-défense, la loi met une barrière à l'avancée du juge. D'ailleurs, l'article 413-10-1 du code pénal incrimine le fait pour une personne « responsable, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale d'en avoir permis l'accès à une personne non qualifiée ». Le juge fait partie de ces personnes dans le cas des lieux de l'article 413-9-1 du code pénal.

La question de l'inviolabilité des personnes soumises au secret-défense ne se pose pas. En effet, un argument important prêche pour la mise à l'écart de l'immunité en matière de secret défense. Les immunités permettent aux personnes protégées de ne pas subir la contrainte judiciaire. Les arrestations ne peuvent être qu'accidentelles et, une fois l'immunité connue, la libération est automatique. Les gardes à vue sont donc écartées et le procès impossible. Or, ce n'est pas le cas pour les personnes dépositaires du secret-défense. Toutes ces personnes peuvent être poursuivies, placées en garde à vue, mises en examen, placées en détention provisoire, jugées et condamnées. La loi ne les protège pas des infractions commises à l'occasion de leurs fonctions ou en dehors de celles-ci, sauf quelques exceptions spécialement prévues comme,

138 - La présentation de documents classifiés à l'appui d'une défense en justice, sans déclassification préalable, motive une sanction disciplinaire militaire : CAA Paris, 18 décembre 2007, n°04PA00270. Voir également : D. Bordier, La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques, AJDA 2008, p. 2319.

par exemple, les hypothèses d'infiltration. Aussi, si ces personnes ne sont pas poursuivies, ce n'est pas parce qu'elles sont protégées en elles-mêmes mais c'est parce que la preuve d'un méfait est impossible à établir à raison du secret. Il leur est interdit de compromettre le secret, à raison de l'incrimination de l'article 413-10 du code pénal. Une évolution vers un véritable statut d'immunité est cependant recherchée.

En effet, l'exposé des motifs du projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure indique que, « Les dispositions de la loi [...] suivent celles de la loi de programmation militaire qui organise la procédure judiciaire de perquisition dans les lieux susceptibles d'arbitrer un secret de la défense nationale. Après la protection des documents, des lieux et des renseignements, il s'agit de protéger la personne même de l'agent de renseignement ainsi que ses sources et ses collaborateurs. Plusieurs procédés sont utilisés pour y parvenir : – la création de nouvelles incriminations qui sanctionnent la révélation de l'identité des agents de renseignement, de leurs sources et de leurs collaborateurs ; – la création d'un régime qui protège l'identité de l'agent dans l'exécution de ses missions en autorisant l'agent à utiliser une identité d'emprunt et à faire usage d'une fausse qualité dans le cadre de l'exécution de ses missions et en instaurant une procédure de témoignage qui permette de ne pas faire figurer son identité réelle dans la procédure judiciaire »¹³⁹. Ainsi, alors que seule une procédure pénale pouvait permettre de préserver l'anonymat dans le cadre de procédures d'infiltrations prévues aux articles 706-81 et suivants du Code de procédure pénale, le Gouvernement demande au Parlement de créer une immunité pour ses agents. Le futur article Art. L2371 du code de la défense disposerait ainsi que « Pour l'exercice d'une mission intéressant la défense et la sécurité nationale, les agents des services spécialisés de renseignement peuvent, sous l'autorité de l'agent chargé de superviser ou de coordonner la mission, faire usage d'une identité d'emprunt ou d'une fausse qualité. Dans ce cas, ne sont pas pénalement responsables de cet usage les agents mentionnés à l'alinéa précédent, non plus que de leurs actes les personnes requises à seule fin d'établir ou de permettre l'usage de l'identité d'emprunt ou de la fausse qualité. Les services spécialisés de renseignement mentionnés au premier alinéa sont désignés par arrêté du Premier ministre ».

La limitation des pouvoirs d'investigation de la justice se poursuit par le projet d'adopter des dispositions spécifiques relatives à la manière dont sont reçues les dépositions des personnels des services spécialisés de renseignement. Une immunité judiciaire leur est offerte car le futur article 656-1 du même code disposerait que « Lorsque le témoignage des agents des services spécialisés de renseignement est requis au cours

139 - Projet de loi n°1697 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, préc., art. 20.

d'une procédure judiciaire sur des faits dont ils auraient eu connaissance lors d'une mission intéressant la défense et la sécurité nationale, leur identité réelle ne doit jamais apparaître au cours de la procédure judiciaire. [...] Les questions posées ne doivent avoir ni pour objet ni pour effet de révéler, directement ou indirectement, la véritable identité de ces agents. Les auditions sont reçues dans des conditions permettant la garantie de leur anonymat. [...]

Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations recueillies dans les conditions prévues par le présent article »¹⁴⁰.

Si l'on pouvait douter de l'effet immunitaire conféré par le secret-défense à ceux qui ont à en connaître, la chose est désormais plus claire puisque en passe d'entrer par la petite porte en droit positif.

B. Des contraintes induites sur l'action publique

Moins visibles que les limitations d'accès à certains lieux ou certaines informations, documents et biens, les contraintes procédurales induites par le secret-défense n'en sont pas moins prégnantes.

1) Une contrainte sur l'exercice des poursuites par le ministère public.

Le procureur de la République peut être placé dans une position instable. Tout d'abord, précisons que la loi du 8 juillet 1998 mentionne exclusivement les « juridictions » comme organes juridictionnels ayant compétence pour demander la levée du secret-défense à la CCSDN. Or, cette dernière a élargi le champ des organes pouvant la saisir au Procureur de la République. Il s'agit là d'une solution *contra-legem* que l'on comprend facilement lorsque l'on observe les compétences du parquet en matière d'enquêtes de flagrance et préliminaire. Il est certain qu'à leur occasion, il lui sera utile de percer le secret-défense. Mais si le législateur de 1998 a mentionné expressément la « juridiction », pourquoi élargir ainsi la portée de la loi alors que, comme le souligne benoîtement la Commission, « lequel n'est pas en droit strict une « juridiction française »¹⁴¹ ? On ne saurait considérer la loi de 1998 comme une loi pénale stricto sensu, mais il n'est pas interdit de la respecter strictement. Jamais le Procureur n'est qualifié de juridiction et la Cour européenne des droits de l'homme a fait douter de sa nature d'autorité judiciaire¹⁴². Pourquoi serait-ce le cas ici ?

140 - Projet de loi n°1697 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, préc., art. 20.

141 - Rapport CCSDN, 2005-2007, préc., p. 9, 29.

142 - CEDH, 10 juillet 2008, n°3394/03, Aff. Medvedyev et autres contre France, §61 ; AJDA 2010, p. 648, obs. S. Bondel, Les procureurs de la République sont-ils des autorités judiciaires ? ; D. Rebut, L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale, D. 2010, p. 970.

Voir également CEDH, Grande Chambre, n°3394/03, Aff. Medvedyev et autres contre France ; JCP G 2010, p. 454, note F. Sudre, Le rôle du parquet en question.

La loi souhaitait peut-être limiter au juge du siège, et surtout au juge d'instruction, l'accès au secret. Cette limitation ne visait pas à écarter le parquet mais à considérer que la voie de procédure logique pour une investigation pénale relative au secret-défense, ou liée à ce dernier, relevait de l'instruction. La question connaît aujourd'hui une portée importante entre la volonté politique de supprimer le juge d'instruction et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Quoiqu'il en soit, l'article 30 du code de procédure pénale place le procureur de la République sous l'autorité du Ministre de la justice, Garde des sceaux. Ce dernier peut lui adresser des instructions particulières dans des affaires individuelles. Comme il ne s'agit, selon la lettre de la loi, que d'instruction destinées à activer les poursuites, on peut imaginer qu'il reçoive de tels ordres. Mais qu'en sera-t-il si, exécutant ces réquisitions, il se heurte au secret-défense ? Ne peut-on penser que le parquet serait alors instrumentalisé, soit pour faciliter la révélation d'une affaire en facilitant la levée du secret-défense, soit comme paravent gouvernemental si le secret-défense n'est pas levé ?

Un arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'un des aspects de l'Affaire des écoutes de l'Elysée est révélateur de la difficulté pressentie. En effet, une partie à la procédure avait porté plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction chargé de l'affaire en raison de la publication dans la presse d'éléments classés secret-défense. Ce dernier a déclaré la plainte irrecevable car elle visait des faits d'atteinte au secret de la défense nationale. Or, comme le retient la Cour de cassation qui rejette le pourvoi contre cette décision, « les infractions prévues aux articles [...] 413-10 et 413-11 nouveaux du code pénal, ont pour objet exclusif la protection de l'intérêt général qui s'attache au secret de la défense nationale qu'assure seul le ministère public ; que, par ailleurs, sur la prévention d'atteinte à la vie privée dénoncées par les parties civiles, celles-ci auront accès à un tribunal indépendant et impartial qui décidera de leurs contestations sur leurs droits de caractère civil »¹⁴³. La porte est fermement refermée sur la possibilité pour une partie civile d'agir à l'égard du secret-défense et demander la sanction de sa compromission. En laissant au seul ministère public la mission de poursuivre la violation de cette infraction politique¹⁴⁴, qui relève exclusivement de l'intérêt général, la Cour donne un atout certain au Gouvernement. Et puis on ne peut écarter une décision de classement sans suite fondée uniquement sur l'impossibilité d'accéder la preuve d'une infraction¹⁴⁵.

143 - Cass. crim. 1er octobre 1996, n°95-85529, Bull. n°338. Voir : S. DETRAZ, La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ?, Procédures 2009, n°12, étude n°10.

144 - Cass. crim. 3 novembre 1999, préc.

145 - Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée, Rapport d'information n°513, Sénat, 1997-1998.

2) Une contrainte relative au délai de prescription de l'action publique.

Il s'agit là des suites logiques de l'opposition du secret-défense.

Tout d'abord, le secret constitue-t-il un obstacle de droit à l'exercice de l'action publique ? La Cour de cassation a considéré que l'immunité du chef de l'Etat durant son mandat constituait un obstacle de droit empêchant l'écoulement du délai de prescription¹⁴⁶. Peut-on raisonner par analogie pour le secret-défense ?

Il est manifeste qu'en ne pouvant accéder à certaines informations, en cas de refus de levée du secret-défense, la procédure pénale peut être bloquée. Ce blocage n'est pas forcément systématique. Se heurtant à un obstacle procédural résultant de l'application du code de la défense et du code pénal quant à la compromission du secret, on doute que le juge puisse le contourner ou trouve d'autres éléments de preuve à l'appui de la procédure. En s'en tenant à cette approche pessimiste, le secret fait obstacle au bon déroulement de la procédure. C'est un effet non recherché mais incontournable. La suspension du délai de prescription de l'action publique en résulte fort logiquement car il n'est pas prévu que le magistrat saisi de l'affaire puisse sursoir à statuer dans l'attente de la réponse concernant la levée du secret. D'ailleurs, on ne saurait imaginer un sursis qui durerait des années ! Le problème réside alors dans le temps de cette suspension. Comme la loi ne prévoit pas de limite temporelle expresse au secret-défense, on se heurte à un sérieux obstacle ! L'obstacle est d'autant plus incontournable si le secret est invoqué dans des poursuites relatives à un crime contre l'humanité dont l'article 213-5 du code pénal prévoit l'imprescriptibilité.

Les différentes affaires dont a été saisie la CCSDN démontrent que la question a peu d'incidence matérielle directe lorsque la Commission est saisie. Mais elle reste juridiquement pertinente en tout état de cause et, aussi parce que suite à la demande motivée adressée par le juge, « l'autorité administrative saisit sans délai la Commission consultative du secret de la défense nationale ». Le « sans délai » se veut aussi bref qu'imprécis ! Une fois la Commission saisie, le délai de 3 mois pour rendre son avis est largement absorbé par les délais de droit commun. De même, le délai de quinze jours francs laissé au par le ministre pour procéder à la levée du secret suite à l'avis de la CCSDN n'est pas suffisamment long pour dépasser les délais de prescription (art. L2312-8 c.déf.). Mais, le respect de ce délai de quinze jours ne connaît pas de sanction. En cas de mauvaise volonté de l'autorité administrative, soulignée dans une affaire par le rapport de la Commission, que se passe-t-il ? Il est certain que, placée dans l'impossibilité d'être normalement diligentée, la procédure bénéficiera de la suspension du délai à raison,

146 - Cass. A.P. 10 octobre 2001, n°01-84922, BICC, 15 novembre 2001, ccl. De Gouttes, rapp. Roman.

cette fois, d'un obstacle de fait. En toute hypothèse, la fin de la suspension interviendra au jour où la juridiction demanderesse de la levée du secret-défense sera mise mesure de prendre connaissance des informations déclassifiées. On peut regretter que le législateur n'ait pas pris la peine d'adopter un système similaire à celui adopté pour la saisine de la Commission des infractions fiscales, autre autorité administrative indépendante qui suspend, durant les six mois de sa saisine, la prescription de l'action publique (art. L230, al. 3, LPF). Il aurait même pu prévoir expressément un sursis à statuer, comme lorsque la cour de cassation est saisie pour avis, même si cela ne concerne que les juridictions du fond (art. 706-64 et s., CPP).

Enfin il faut envisager l'hypothèse d'une absence de déclassification. L'impossibilité d'accéder aux éléments classés cessera lorsque soit, l'autorité administrative choisira de déclasser spontanément, soit lorsque le délai d'accès aux archives sera écoulé. Ce cas, difficilement imaginable au regard du délai raisonnable de la procédure, n'est cependant pas juridiquement infondé. Naturellement, il est nécessaire qu'aucune cause d'extinction de l'action publique ne se soit produite (art. 6, CPP). Par ailleurs, il faut relever une possible évolution de la procédure pénale vers la prise en compte de délais de prescription fermés. Dans ce cas, le délai laissé aux poursuites est limité dans le temps à une durée maximum, quelles que soient les circonstances et incidents de procédure¹⁴⁷. Dès lors, si la législation se tourne vers ce type de prescription, la juridiction serait contrainte de se déclarer incompétente à raison de la prescription si l'autorité administrative résiste pendant ce temps. L'échec de la justice face à l'exécutif n'en serait que plus patent !

Par ailleurs, en retenant cette solution se posent les questions du point de départ de la suspension et de sa fin. Plus précisément, le délai de prescription est-il suspendu dès la demande adressée à la CCSDN ? Cesse-t-il à compter du rendu de l'avis de cette dernière ou lorsque le ministre accepte la levée du secret ? Faut-il considérer la saisie de la CCSDN comme un acte de poursuite ou d'instruction interruptif du délai de prescription ? Assurément, la saisie de la Commission a pour objectif d'accéder à un élément de preuve. Mais on doit considérer que c'est la demande de levée du secret elle-même qui constitue un acte de poursuite. En effet, la saisie de la Commission a pour objectif affirmé de découvrir les auteurs d'infraction pénale et de découvrir des preuves. En conséquence, la demande est constitutive d'une cause d'interruption du délai alors que la durée de réponse suspend ce délai si le juge est alors placé dans l'impossibilité d'agir. Mais la difficulté réside dans le

147 - Cette possibilité aurait été envisagée en 2010 par la Chancellerie dans le cadre du projet de réforme du code de procédure pénale et notamment de la prescription du délit d'abus de bien social. La possibilité était écartée de l'Avant projet du futur code de procédure pénale, soumis à concertation du 1er mars 2010 : www.union-syndicale-magistrats.org.

fait que la loi pénale ne prévoit pas cette hypothèse. Le recours aux expertises est bien visé aux articles 156 et suivants du code de procédure pénale. Mais il faut douter que le législateur ait eu cette possibilité à l'esprit au sujet de la CCSDN. Pour autant, c'est bien à un travail d'expertise auquel elle se livre puisqu'elle doit procéder à « l'examen de questions d'ordre technique » (art. 158, CPP). Toutefois, elle est un expert un peu particulier puisque, si elle rend un avis comme tout expert, son avis n'apporte en lui-même aucune information au juge. Il n'éclaire en rien la conviction du juge. C'est la conséquence de l'avis qui est utile : la levée du secret-défense. En conséquence, et malgré les atouts d'une telle solution, il est impossible de considérer la saisie de la Commission comme interruptive du délai de prescription. Ce qui interrompt la prescription, c'est la demande effectuée par le juge auprès de l'autorité administrative compétente. La commission étant saisie par cette dernière, elle n'a pas de lien direct avec le juge. En conséquence, en l'attente de la réponse de l'autorité administrative, on peut considérer que s'ouvre une période de suspension.

§ 2 : Une altération non-irréversible

Est-il possible de faire échec au secret-défense ? L'immunité de fait bénéficiant aux personnes indirectement protégées par le secret peut-elle être contournée par des moyens procéduraux légaux ? Ce n'est apparemment pas possible. Le risque est alors de voir le juge rechercher par d'autres moyens les informations qui lui sont utiles. Sans aller jusqu'à ce que l'illégalité, cause de nullité d'une procédure, soit réalisée, des moyens parallèles risquent de devenir une nécessité et donc une évidence¹⁴⁸.

L'altération procédurale produit logiquement des effets sur la décision rendue au fond. Comment la juridiction d'instruction réagira dans une procédure où le secret lui est opposé ? Comment une juridiction de jugement pourra apprécier, en son intime conviction, la nature et la portée des preuves obtenues ? Cette difficulté est indéniable lorsqu'il est nécessaire de trancher au fond (A). Toutefois, des opportunités procédurales permettent, non pas de contourner les contraintes, mais d'y remédier. Le recours aux voies de recours extraordinaires laisse supposer que la qualification d'immunité est inadéquate (B).

A. La nécessité d'une décision rendue sur le fond

Plusieurs contraintes convergentes obligent la justice à statuer dans les affaires malgré l'opposition du secret-défense. D'une part, il s'agit des

148 - Voir le cas de l'audition d'un témoin en dehors de la procédure et les suites qui en résulteront pour le magistrat instructeur : M. Delahousse, *Le CSM obscurcit l'avenir de Van Ruymbeke*, *Le Figaro.fr*, 21 novembre 2007.

contraintes de délai raisonnable et de droit à un procès équitable imposées par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces contraintes substantielles tiennent compte des difficultés de procédures complexes. Les obstacles résultant du secret-défense sont à prendre en compte dans la durée de la procédure ainsi que dans l'accès aux documents¹⁴⁹. D'autre part, il s'agit de la pression exercée par les victimes, qu'elles soient ou non constituées en association selon l'article 2-15 du code de procédure pénale. L'Affaire du Bugaleid Breizh illustre cette pression¹⁵⁰. On peut également se remémorer la disparition d'une Caravelle faisant la liaison entre Ajaccio et Nice le 11 septembre 1968 et à l'égard de laquelle les familles des victimes se mobilisent toujours 32 ans après les faits¹⁵¹. L'opposition du secret-défense est mal vécue par ces victimes et ralentit la procédure, sans que l'on soit certain que le secret masque quelque élément utile. Or, sauf à ce qu'un non-lieu vienne sanctionner l'absence d'infraction ou l'impossibilité d'administrer la preuve d'une infraction pénale, une décision sur le fond devra intervenir dans un délai raisonnable. Enfin, il est indispensable de lutter contre l'instrumentalisation du secret-défense qui sème le trouble sur son objet. Cette instrumentalisation résulte de divers comportements. On peut citer la version du prévenu ou accusé qui invoque pour se défendre un acte protégé par le secret-défense qui ne peut lui bénéficier. La suspicion est jetée à la fois sur ce qui est secret, et caché à la justice, et sur la décision de justice à venir : on condamne un innocent qui n'a pas eu les moyens de démontrer son innocence et le procès n'a pu être vraiment contradictoire.

Au-delà des propos d'audience ou tenus sur les marches du Palais, la question des procédures longues est préoccupante. En effet, nombre d'affaires impliquant le secret-défense n'ont pas trouvé d'issue judiciaire malgré des années d'investigations. Ainsi, l'Affaire Ben Barka débute le 29 octobre 1965 sans que la vérité ait pu judiciairement se faire jour. Le naufrage du Bugaled Breizh a eu lieu le 15 janvier 2004 sans fin de l'instruction six ans plus tard. L'Affaire des écoutes de l'Elysée opérées entre 1983 et 1986 éclate en 1993 mais se termine par un arrêt de la Cour de cassation en 2008¹⁵². La longueur, conjuguée aux délais de prescription de l'action favorise des réveils périodiques dont la presse se fait souvent l'écho. Ainsi, l'Affaire Ben Barka revient périodiquement dans l'actualité et favorise une « relance » de la procédure.

149 - CEDH, 9 juin 1998, n°10/1997/794/995-996, aff. McGinley et Egan c. Royaume-Uni ; AJDA 1997, p. 977, obs. J.-F. Flauss.

150 - Assouplissement des conditions de levée du secret-défense, question écrite n°10848, JO Sénat, 12 novembre 2009, et la réponse, JO Sénat, 4 février 2010.

151 - Disparition de la Caravelle Ajaccio-Nice le 11 septembre 1968 et levée du secret-défense, question écrite n°29037, JO Sénat, 9 novembre 2000.

152 - Cass. crim. 30 septembre 2008, n°07-82249, Bull. n°197.

Cette relance s'est notamment traduite par une demande de levée du secret-défense¹⁵³. L'acte de demande constituant un acte d'instruction, il est interruptif du délai de prescription de l'action publique. Il y a ainsi une sorte de maintien en vie artificiel de la procédure avec un acharnement des victimes ou de leur famille pour obtenir une vérité judiciaire¹⁵⁴. Pour ce type d'enquêtes ou d'instruction, existe-t-il un moyen d'obtenir un jugement sur le fond dans un délai raisonnable ? Si les auteurs d'infractions se protègent grâce au secret-défense, cela est compromis. De même, si aucun auteur ne souhaite assumer sa responsabilité, cela est impossible. Mais dans le cas contraire, une issue raisonnable est envisageable sans mettre à mal le secret-défense. La piste en est donnée par les dispositions des articles 495-7 et suivants du code de procédure pénale relatives à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Cette voie de procédure, qui n'est ouverte qu'au stade des enquêtes de police et non lors de l'instruction, mérite attention. Pour peu que le ministère public ait recueilli suffisamment d'informations convergentes, et que l'on soit dans l'un des faits ouvrant droit à cette procédure, une décision sur le fond est possible sans levée du secret-défense. Certes, on peut imaginer la vocation sacrificielle de l'auteur ou du complice qui reconnaîtrait certains faits sans que ceux-ci soient judiciairement prouvés. De même, on peut regretter qu'une vérité judiciaire soit postulée sans être réellement démontrée. Mais elle constitue une issue judiciairement acceptable à l'absence de levée du secret-défense. C'est d'ailleurs cette voie de procédure qui avait clôt le volet judiciaire de l'affaire du Rainbow Warrior en Nouvelle-Zélande¹⁵⁵. Elle coupe court à toute nouvelle investigation « déplaisante », met fin à un feuilleton médiatico-policier international, et ne décrédibilise pas la Justice. Et puis, la tenue d'un procès sans que toutes les preuves recherchées aient pu être obtenues laisse planer un doute sur la solidité et la pérennité de la décision.

La jurisprudence de la cour de cassation confrontée à cette question laisse poindre son malaise. Lorsque le secret-défense est maintenu, elle accepte la validité d'une décision rendue sur le fond sans que l'intégralité des demandes d'investigations soit satisfaite¹⁵⁶. La nécessité de faire passer la justice apparaît essentielle.

153 - Voir ainsi, avant la création de la CCSDN : Levée du secret-défense concernant l'affaire Ben Barka, question écrite n°05786, JO Sénat, 29 janvier 1998 et réponse, JO Sénat, 26 février 1998.

154 - E. Rude-Antoine (ss. dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, CURAPP-PUF, 2007.

155 - J. Carpentier, L'affaire du Rainbow Warrior, *Annuaire français de droit international* 1985, Vol. 31, n°1, p. 210.

156 - Cass. crim. 15 mars 2005, n°04-85250 ; cass. 1ère civ., 21 mars 2006, n°05-13302.

Voir, sur la nécessité de la juridiction administrative de connaître d'un secret-défense constitué par un texte organisation un statut : CAA Paris, 27 janvier 2000, n°97PA00191, puis avis CCSDN n° 2000-01 du 27 avril 2000 (JORF 16 juin 2000), puis CAA Paris, 28 septembre 2000, n°97PA00191 et enfin CE, 24 juin 2002, Wolny, n°227983, Rec. p. 879.

A ce sujet : A. Fuchs, *Le secret-défense, le Conseil d'Etat et la « légalité occulte »*, JCP Adm. Coll. Terr., 2002, p. 289 ; M. Guillaume, *Parlement et secret(s)*, préc.

Ainsi, dans l’Affaire Elf, un argument de défense consistait à demander la levée du secret-défense sur des documents qui auraient pu éclairer la justice. La juridiction du fond écarte la demande en ce que d’autres éléments permettaient d’établir la culpabilité et que les « documents classés secret-défense sont sans lien » avec l’infraction poursuivie¹⁵⁷. A l’inverse, cette nécessité a pu conduire la Cour à « court-circuiter » le secret-défense¹⁵⁸. A l’occasion d’une instruction, le magistrat instructeur demande à un collègue de lui transmettre une copie d’une pièce de procédure relative à des contrats commerciaux saisie à l’occasion d’une autre procédure. Ayant statué sur l’original qui ne comportait pas de marque protectrice¹⁵⁹, la Cour relève que la copie en est également dépourvue. Les parties concernées par les documents ont demandé, avec l’appui du président de la CCSDN, que la copie soit également classée secret-défense et restituée au demandeur. Or, les demandes sont rejetées au motif « qu’il ne peut y avoir restitution de documents qui n’ont jamais été placés sous main de justice » et qu’il « n’y a pas lieu de procéder à la saisie d’une copie d’une pièce provenant d’une autre procédure ». L’argument est à la fois pertinent et à la limite de la légalité. Il est pertinent en ce que la copie n’était pas le document original qui est placé sous main de justice ou n’a pu être saisi en raison du secret-défense. L’argument est à la limite de la légalité en ce que ce qui est protégé par le secret c’est le *negotium* et non l’*instrumentum*. L’inviolabilité du support permet de garder le secret sur la convention dont il établit la preuve. Toutefois, on doit relever ici une claire volonté de faire échec à un secret-défense qui priverait la justice d’éléments de preuve.

Le doute profitant à la personne poursuivie (art. 304, CPP), comment une décision de relaxe ou d’acquiescement démontrera-t-elle que la justice a été rendue sans tous les éléments de preuve, qu’ils soient ou non fondés ? Une présomption du fait de l’homme réussira-t-elle à renverser de manière solide et incontestable la présomption d’innocence ? C’est là un effet ambigu du maintien du secret-défense. Le juge ne dispose pas des informations probatoires qui lui sont utiles (ou dont il peut supposer qu’elles le seraient) mais il doit statuer. Quelle conséquence peut-il attacher au refus d’accès à une preuve ? Quelle conséquence attacher à un document dont certains éléments auront été déclarés non communicable par le CCSDN ? La question est d’importance. En effet, « lorsqu’elle se trouvait en présence d’un document classifié, émanant de l’un des services secrets, et contenant des informations utiles à la Justice, mais aussi des éléments permettant d’identifier certains agents, ou de pénétrer les méthodes de travail ou l’organisation du service, la

157 - Cass. crim. 19 novembre 2008, n°08-80581.

158 - Cass. crim. 11 mai 2005, n°05-81157, préc.

159 - Cass. crim. 11 mai 2005, n°05-81158, préc.

Commission n'a pas craint de se livrer à un travail minutieux de « découpage » afin de ne recommander au ministre de livrer au magistrat tout ce qui pouvait l'intéresser, mais seulement cela. Par exemple, les entêtes, les noms ou les pseudos d'agents secrets, les organigrammes, étaient occultés et tout le reste, c'est-à-dire l'essentiel était déclassifié »¹⁶⁰. Si la justice est à la recherche de coauteurs ou complices d'une infraction, le refus de communication de tous les éléments probants s'avère plus que problématique ! Cette méthode consiste à créer une nouvelle catégorie d'informations dont il est impossible d'obtenir la levée du secret. La formulation utilisée est d'ailleurs assez étonnante lorsque l'on connaît la compétence de la CCSDN : « Elle ne s'oppose pas à la suppression des mentions à caractère nominatif dont la divulgation serait de nature à porter atteinte aux capacités de défense de la France, au respect de ses engagements internationaux ou à la sécurité des personnes »¹⁶¹. Tout aussi problématique est l'appréciation de l'opportunité de ce qui est utile ou non au juge ! Sauf à occulter tout sens critique et déductif, un magistrat pourrait trouver matière à réflexion à disposer de documents non censurés. L'enfer est pavé de bonnes intentions...¹⁶² Il est difficile de le dire en dehors d'une analyse concrète. Il s'agirait en effet de tirer une conséquence du refus lui-même et non de l'information secrète dont le juge ne peut savoir si elle existe réellement et ce qu'elle démontrerait ! Le risque est grand de céder à l'opinion commune et de succomber aux sirènes d'une théorie du complot. Heureusement, l'on est rassuré par la formulation de la CCSDN selon laquelle « jamais, jusqu'à présent, le maintien d'une classification ne semble avoir eu pour conséquence, compte tenu des informations contenues dans les motivations fournies par les magistrats, de soustraire à ceux-ci une infraction qui aurait pu permettre une mise en examen, ou une aggravation des charges pesant sur une personne mise en examen, ou encore sa mise hors de cause, bref de modifier en quoi que ce soit le cours de la justice »¹⁶³ ! Cet optimisme doit cependant être apprécié à l'aune d'un des aspects de l'Affaire des écoutes de l'Elysée. Par un arrêt du 15 mars 2005, la Cour de cassation met clairement en évidence la conséquence de refus réitérés de levée du secret-défense¹⁶⁴.

160 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 167. Voir en ce sens : CCSDN, avis n°2008-13 du 2 octobre 2008, préc. ; avis n° 2009-19 du 5 novembre 2009, JORF 20 novembre 2009, Affaire des moines de Tibéhirine.
161 - CCSDN, avis n°2009-15 du 24 septembre 2009, préc.

162 - Le rapporteur du Sénat sur le projet de loi créant la CCSDN relevait d'ailleurs que « l'absence de « troisième voie » entre déclassification d'une part et maintien de la classification d'autre part, bien qu'atténuée par la possibilité d'une déclassification partielle, est néanmoins regrettable dans la mesure où elle peut inciter la commission à ne pas déclassifier ni donc communiquer à quiconque une information dont le juge seul aurait pourtant pu avoir connaissance, facilitant ainsi pour lui la recherche de la vérité », Sénat, rapport n°337 du 5 mars 1998 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, préc.

163 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 166.

164 - Cass. crim. 15 mars 2005, n°04-85250.

Le refus portait sur des documents mais aussi sur la possibilité de laisser venir témoigner une personne soumise au secret. La Cour relève bien la motivation de la Chambre de l'instruction qui a confirmé une ordonnance de non-lieu : « il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis les délits reprochés ».

Simplet, on relèvera que des juridictions étrangères ont la possibilité de demander des explications sur une absence de levée du secret-défense afin d'apprécier la légitimité du refus et, le cas échéant en tirer des conséquences.

B. Les opportunités offertes par les recours extraordinaires

Seuls des recours extraordinaires permettent de remettre en cause une décision de justice rendue en présence du secret-défense. En effet, les recours ordinaires sont voués à l'échec. L'appel ou l'opposition permettront-ils à la juridiction nouvellement saisie de statuer en toute connaissance de cause ? Assurément non. Si le secret-défense a été opposé en première instance, on ne voit pas pourquoi l'autorité administrative accepterait de lever la protection lors d'un procès en appel ou suite à opposition ! La seule hypothèse, qui s'est d'ailleurs produite, est celle d'un changement de gouvernement qui conduit à ce que ce qui était refusé sous une ancienne majorité devienne possible sous la nouvelle majorité. Mais il s'agit là d'une manière d'aborder la procédure encore plus hypothétique qu'ordinaire et, surtout, de faire peser le poids de la politique sur la décision judiciaire. Un recours contre un classement sans suite ou une ordonnance de non-lieu lors d'une instruction s'avèrera tout autant inutile. L'effet immunitaire ne sera pas remis en cause. Il en va de même pour les recours administratifs pour la simple raison qu'il n'existe aucun recours gracieux ou contentieux contre le refus de déclassification, comme d'ailleurs contre l'accord de déclassification. Confronté à ce type de demande avant la loi de 1998, le Conseil d'Etat considérait qu'il fallait prendre acte d'un refus confirmé et « statuer ce que de droit »¹⁶⁵. Le juge judiciaire ne statue pas autrement¹⁶⁶. La situation en droit positif reste inchangée faute pour le législateur d'avoir prévu un recours.

Dès lors, pourquoi un recours extraordinaire réussirait là où le droit commun a échoué ? Et bien l'écoulement du temps, obstacle à une décision rendue dans un délai raisonnable, peut devenir un outil pertinent. Parmi les différents recours, un seul mérite l'attention. C'est le recours en révision. En effet, le pourvoi en cassation ou la saisine de la Cour

165 - CE, avis du 19 juillet 1974, cité par le Rapport de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité pour 1993, La documentation française, 1994, p. 66.

166 - Au sujet de l'Affaire des écoutes au Canard enchaîné : Paris, Ch. Acc., 21 mai 1975, cité par B. Warusfel, *Le secret de la défense nationale. Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, préc., p. 356.

européenne des droits de l'homme ne sont pas en mesure de faire échec au refus de l'autorité administrative de lever le secret. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme admet des limitations au droit à la liberté de communication et d'information lorsque celles-ci « constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale [...] pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ». En conséquence, un recours devant la CEDH ne s'avère utile que si la Cour appréhendait le secret-défense sous l'angle du procès équitable et de l'égalité des armes¹⁶⁷. Une personne poursuivie pourrait alors invoquer cette inégalité si elle affirme avoir la preuve, protégée par le secret-défense, de son innocence sans que l'autorité administrative ait levé le secret. N'ayant pas eu les moyens de renverser les preuves apportées contre lui par le ministère public, l'égalité des parties au procès pourrait être remise en cause.

La solution ne sera pas différente sous l'angle du droit de l'Union européenne. Le Traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne mentionne en son article 346 que « 1. Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après : a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité, [...] ». En ce sens, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission établie en 2009 retient également la possibilité de limiter l'accès à certaines informations. L'article 1^{er} du futur règlement dispose qu'il vise à : « a) définir, conformément à l'article 255 du traité CE [nouvel art. 15 du Traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne], les principes, les conditions et les limites, fondées sur des raisons d'intérêt public ou privé, du droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission [...] , ainsi que de toutes les agences et organes créés par ces institutions, de manière à accorder au public un accès aussi large que possible à ces documents; b) arrêter des règles garantissant un exercice aussi aisé que possible de ce droit; c) promouvoir de bonnes pratiques administratives transparentes au sein des institutions afin d'améliorer l'accès à leurs documents ». Le texte prévoit d'ailleurs les mentions de classification « Très secret UE » ; « Secret UE » ; « Confidentiel UE » et « Restreint UE ». Enfin, pour en terminer sur les recours vers des juridictions internationales, la Cour internationale de justice, peut demander toute information aux États. « En cas de refus, elle en prend acte »¹⁶⁸.

167 - CEDH, 16 décembre 1992, n°12945/87, Aff. Hadjianastassiou c. Grèce ; CEDH, 9 juin 1998, n°10/1997/794/995-996, aff. McGinley et Egan c. Royaume-Uni, préc.

168 - Voir également la question au sujet de la Cour pénale internationale : S. Sur, Vers une Cour pénale internationale : La convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité, RGDI 1999, n°1, p. 29.

Mais le recours en révision offre une perspective plus certaine. Certes, il est fort probable que le condamné n'en profite pas, mais la décision de condamnation pourra être révisée. En réalité, l'écoulement du temps permet de relativiser le caractère de secret-défense. Le secret entourant la conception de la Ligne Maginot n'est plus aujourd'hui d'actualité. Il est certains secrets qui perdent donc de leur force le temps passant.

D'une part, l'autorité administrative a pu maintenir le secret, par « excès de prudence et [...] manque de temps pour l'actualisation des dossiers anciens »¹⁶⁹. Lorsque les documents seront en voie d'archivage, leur examen révélera le caractère excessif du classement ou, du moins, son obsolescence. Il est alors possible de supposer que le déclasserement permettra de rendre accessible les informations utiles au juge. Le problème sera alors de mettre la justice en mesure de rouvrir le dossier. Pour cela, en raison d'une probable décision définitive, seule la révision sera envisagée. Mais il faudra que l'information soit communiquée aux parties et au ministère public. Il serait ainsi bon d'insérer dans la loi l'obligation pour l'autorité administrative de signaler un déclasserement au parquet. Cette obligation pèserait lorsque les documents classés avaient fait l'objet d'une demande de communication par la justice mais qu'elle s'était heurtée à un refus.

Par ailleurs, le régime des archives relatives au secret-défense est prévu aux articles L211-1 et suivants du code du patrimoine (art. L213-1 c. déf.)¹⁷⁰. Le dépôt des documents classés secret-défense aux archives préserve le secret durant un temps en principe limité. Il s'agit de **cinquante ans** « à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier, pour les documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, aux intérêts fondamentaux de l'Etat dans la conduite de la politique extérieure, à la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique, [...] » (art. L213-2, I, 3° c. pat.). Le délai est de « **Cent ans** à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier, ou un délai de vingt-cinq ans à compter de la date du décès de l'intéressé si ce dernier délai est plus bref, [pour les] documents couverts ou ayant été couverts par le secret de la défense nationale dont la communication est de nature à porter atteinte à la sécurité de personnes nommément désignées ou facilement identifiables » (art. L213-2, I, 5° c. pat.). Enfin, « **Ne peuvent être consultées** les archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue » (art. L213-2, II c. pat.). Toutefois, l'article L213-3 du

169 - Rapport CCSDN, 1998-2004, préc., p. 104.

170 - Voir également : Déc., n°79-1035 du 3 décembre 1979 relatif aux archives de la défense dans sa version consolidée, legifrance.gouv.fr

code du patrimoine permet un accès, ou même une ouverture anticipée des archives, avant l'expiration des délais de l'article L213-2, I, sur accord de l'autorité dont émane l'archive.

Au regard de ces délais, il faut laisser le temps au temps¹⁷¹ ! Lorsque les documents archivés ne sont plus protégés, ou (hypothèse qu'il ne faut pas écarter) si l'autorité administrative procède à un déclassé à l'occasion d'une révision périodique des secrets ou avant leur archivage, il sera possible d'accéder aux informations jusqu'ici secrètes. L'argument est d'ailleurs invoqué, pour favoriser une accélération de la procédure pénale avec des levée du secret dans l'Affaire du naufrage du Bugaleid Breizh¹⁷². Dès lors, les dispositions relatives à la procédure de révision de l'article 622 du code de procédure pénale sont mobilisables. On est en présence d'un « fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné » (art. 622, 4° CPP). Ainsi, en relevant cet élément qui n'était pas à la connaissance de la juridiction de jugement au jour du procès, et si naturellement il est d'importance, une procédure de révision pourra être engagée. Cela reste cependant hypothétique et ne remets pas réellement en cause la portée immunitaire attachée au secret.

Conclusion

La protection accordée par le secret-défense à des justiciables n'est pas une fiction. L'apposition et l'opposition du secret-défense constituent un acte dont l'encadrement légal ne saurait dissimuler la profonde nature régaliennne et son effet auto-immunisant.

Consacré à la défense du secret, le secret-défense bénéficie de fait et par ricochet à des personnes qui ne sont pas placés sous un régime d'immunité à titre personnel et principal. Il serait donc hasardeux, tant que l'immunisation est un effet et non un objectif, de considérer le secret comme outil de la protection de délinquants. Ainsi, le secret-défense n'est pas à proprement parler une immunité. La raison en tient principalement au fait qu'il n'est pas attaché à une personne mais à un acte, une information ou un bien. Il s'agit donc plus précisément d'inviolabilité du secret qui entraîne, de fait, une immunisation de ceux qui en connaissent ou qui sont concernés par celui-ci. L'auteur d'une infraction est punissable, même s'il est habilité au secret-défense et que son infraction est réalisée dans un cadre protégé. Si la preuve de son méfait peut être acquise, il sera condamné. En conséquence, le secret-défense ne peut être une immunité attribuée pour « assurer l'exercice indépen-

171 - Plus de 32 ans après un accident une levée du secret-défense est sollicitée : « Disparition de la Caravelle Ajaccio-Nice le 11 septembre 1968 et levée du secret-défense », question écrite n°29037, JO Sénat 9 novembre 2000.

172 - « Assouplissement des conditions de levée du secret-défense », question écrite n°10848, JO Sénat, 12 novembre 2009, et la réponse, JO Sénat 4 février 2010.

dant et serein de ses fonctions par le bénéficiaire »¹⁷³.

En revanche, il est certain que le secret-défense constitue un privilège marquant l'inégalité des rapports entre l'exécutif et le judiciaire. Le conflit d'intérêts protégés par le secret-défense ou la justice se solde au bénéfice de l'autorité administrative. Dès lors, lorsque la protection des agents de l'Etat ou de certains lieux est directement recherchée, c'est une immunité qui est l'objectif. En l'absence de tout contrôle effectif et contraignant, et même si elle agit dans un cadre législatif, cette dernière s'accorde une immunisation pour son action. Cet acte unilatéral de volonté protège son auteur. Des techniques de procédure permettant de lutter réellement contre les obstacles résultant du secret existent mais elles s'avèrent relativement vaines.

Finalement, la justice a du mal à rompre l'immunisation objectif ou effet du secret-défense. C'est l'Histoire qui permettra, pour les affaires les plus marquantes, de trancher grâce à l'ouverture des archives et à l'expression extrajudiciaire des témoins.

173 - M. Cosnard, « Immunité », préc.

**SECONDE PARTIE :
L'ACTUALITE EN DROIT COMPARE ET DROIT
INTERNATIONAL PUBLIC**

LES IMMUNITÉS PÉNALES DANS LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DES CAPITAUX ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME

Fabrice Defferrard

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Reims

Directeur de l'Institut d'Etudes Judiciaires de Reims

Membre du CEJESCO

1. – On sait qu'il existe plusieurs approches doctrinales de l'immunité pénale, selon qu'elle est plutôt envisagée comme règle de fond¹ ou de procédure², selon qu'elle est préférablement vue comme une cause d'impunité³, d'exemption de la peine⁴, une fin de non-recevoir de l'action publique⁵ ou bien encore, comme l'autorisation⁶ ou la permission⁷ de commettre une infraction. Ces considérations, néanmoins, n'affectent pas l'objet de ces immunités – protéger, par exception, l'auteur de certaines infractions contre toute poursuite répressive. Lorsqu'elles trouvent en effet à s'appliquer, un obstacle définitif est dressé devant toute possibilité de mise en cause ou de sanction. Si le ministère public était néanmoins saisi, il devrait classer sans suite et si d'aventure l'action publique était engagée, elle devrait, selon les situations, déboucher sur une ordonnance de non-lieu du magistrat instructeur, une décision de relaxe ou un arrêt d'acquiescement.

2. – En tant qu'exception au principe de l'égalité des citoyens devant la loi, les immunités pénales constituent un microcosme hétérogène dans l'univers répressif⁸. Leur volume est limité, tout comme leur étendu, et, ainsi qu'il en est des immunités familiales, politiques, diplomatiques ou

1 - B. Bouloc, *Droit pénal général*, 21^{ème} édition, Précis Dalloz, 2009, n° 633 et s. ; F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 15^{ème} édition, Economica, 2008, n° 706 et s.

2 - J. Buisson et S. Guinchard, *Procédure pénale*, 6^{ème} édition, Litec, 2010, n° 1308 et s. ; J. Pradel, *Procédure pénale*, 14^{ème} édition, Cujas, 2008/2009, n° 227 et s.

3 - V° Impunité in *Vocabulaire juridique Capitant*, sous la dir. de G. Cornu, 8^{ème} édition, PUF-Quadrige, 2007, p. 473 et Immunité, *op. cit.*, p. 467 : « 1 (sens strict) : Cause d'impunité qui, tenant à la situation particulière de l'auteur de l'infraction au moment où il commet celle-ci, s'oppose définitivement à toute poursuite, alors que la situation créant ce privilège a pris fin » et Immunité in *Dictionnaire de droit pénal général et de procédure pénale*, 4^{ème} édition, par. A. Beziz-Ayache, Ellipses, 2008, p. 136. V. aussi, J. Buisson et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 1308.

4 - B. Bouloc, *op. cit.*, n° 633.

5 - J.-H. Robert, *Droit pénal général*, Coll. Thémis Droit, 6^{ème} édition, PUF, 2005, p. 281 ; J. Pradel, *op. cit.*, n° 227.

6 - M. Herzog-Evans, *Procédure pénale*, 2^{ème} édition, Vuibert, 2009, n° 384.

7 - F. Desportes et F. Le Guehec, *op. cit.*, n° 706.

8 - Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome II, *Procédure pénale*, 3^{ème} édition, 1979, n° 858. V. aussi, F. Debove et F. Falletti, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Coll. Major, 3^{ème} édition, PUF, 2010, p. 192 ; J. Pradel, *op. cit.*, n° 227.

judiciaires, elles ne bénéficient qu'à un nombre restreint de personnes ou ne concernent qu'une liste assez mince d'infractions⁹.

3. - Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, il existe un dispositif d'immunités pénales qui fut institué dès la première loi « anti-blanchiment » du 12 juillet 1990. Le droit antérieur prévoyait en effet une protection pour les organismes déclarant leur soupçon, notamment au titre de l'atteinte au secret professionnel¹⁰, ainsi que pour les infractions en lien avec le trafic de stupéfiants qui seraient commises par l'effet de l'opération suspecte¹¹. La nécessité de telles immunités avait été très tôt mise en lumière par le Groupe d'Action Financière (GAFI), en particulier dans sa Recommandation générale n° 14¹². L'ordonnance du 30 janvier 2009, qui transpose la Directive du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme¹³, a étendu le mécanisme initial tout en l'organisant dans un nouvel article L. 561-22 du code monétaire et financier.

4. - Beaucoup d'activités illicites ont pour objet immédiat de générer des profits, comme le trafic de stupéfiants ou la traite des êtres humains, et pour toute organisation criminelle, qu'elle soit embryonnaire ou transnationale, il est nécessaire que ces profits, à un moment ou à un autre, soient investis de façon régulière¹⁴. L'activité criminelle est donc de type parasitaire, en ce sens qu'elle ne peut se développer et se perpétuer qu'aux dépens de son hôte, c'est-à-dire, en l'occurrence, aux dépens de l'économie licite. C'est ainsi que l'on parle de blanchiment des capitaux ou, comme disent les Canadiens, de recyclage des produits de la criminalité¹⁵ : comme du linge souillé, il s'agit de passer l'argent « sale » du crime à la machine de cette économie licite, afin de le rendre « propre » et d'en dissimuler l'origine. Le blanchiment suppose

9 - Sur l'ensemble de la question, v. C. Chouckroun, L'immunité, Rev. sc. crim. 1959, p. 29 et C. Courtin, *L'immunité en droit criminel français*, Thèse Nice, 1999.

10 - Art. 8, L. n° 90-614 du 12 juillet 1990, relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants, JO du 14 juillet 1990.

11 - Art. 9 de la loi, préc.

12 - Recommandation n° 14 du GAFI : « Les institutions financières, leurs dirigeants et employés devraient être : a) Protégés par des dispositions légales contre toute responsabilité, pénale ou civile pour violation des règles de confidentialité - qu'elles soient imposées par contrat ou par toute disposition législative, réglementaire ou administrative - s'ils déclarent de bonne foi leurs soupçons à la CRF [Cellule de Renseignements Financiers], même s'ils ne savaient pas précisément quelle était l'activité criminelle en question, et même si l'activité illégale ayant fait l'objet du soupçon ne s'est pas réellement produite ». Pour des précisions sur le GAFI, v. J. A. F. Lopes de Lima, Le groupe d'action financière (Gafi) et sa « liste noire » : punir sans juger ?, Rev. sc. crim. 2006, p. 567 et le site du GAFI : <http://www.fatf-gafi.org>.

13 - Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Journal officiel n° L 309 du 25/11/2005, p. 0015 - 0036.

14 - Sur la question du crime organisé, v. Le crime organisé, Pouvoirs, n° 132, Seuil, 2010 et R. Parizot, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée (le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie)*, Bibl. sc. crim., Tome 48, LGDJ, 2010.

15 - Loi sur le Recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes. Pour des précisions, v. <http://www.canafe-fintrac.gc.ca>.

donc la commission d'une infraction sous-jacente générant un revenu lui-même illicite.

5. – Depuis la loi du 12 juillet 1990¹⁶, le droit français s'est doté d'un dispositif « anti-blanchiment » qui s'est peu à peu enrichi, en même temps que s'organisait, aussi bien en France que partout dans le monde, la lutte contre les circuits financiers clandestins, à laquelle s'est agrégé, depuis les attentats du 11 septembre 2001, le financement du terrorisme¹⁷.

Ce dispositif, en France, mais également dans beaucoup d'autres pays ayant adopté une législation similaire, comporte principalement deux volets :

- **Un volet pénal**, d'une part, composé de diverses incriminations au titre du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme, ces infractions faisant l'objet d'une répression policière et judiciaire classiques. On dénombre ainsi dans le code pénal quatre délits distincts : le blanchiment simple et le blanchiment aggravé, qui sont des délits de portée générale, et le blanchiment de trafic de stupéfiants, auquel s'ajoute le blanchiment des actes de terrorisme, infractions, comme leur intitulé le souligne, au domaine d'application spécifique¹⁸.

C'est l'article 324-1 du code pénal qui, au titre du blanchiment simple, définit celui-ci comme étant : « [...] le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect./ Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit »¹⁹. Mais le délit devient aggravé « lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle » ou bien s'il « est commis en bande organisée »²⁰.

- **Un volet financier**, d'autre part, fondé sur une approche par les risques²¹. Parce qu'elles constituent le vecteur du blanchiment, un

16 - Loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants, JO du 14 juillet 1990 et décret n° 91-160 du 13 février 1991, D. et ALD 1991, 154.

17 - Sur cette évolution, v. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 8^{ème} édition, Domat Montchrestien, 2009, n° 249 et s. ; F. Delferrard, Les métamorphoses de la législation française « anti-blanchiment », *Gaz. Pal.* 23-24 oct. 2009, p. 7.

18 - V. respectivement les art. 222-38 et 421-1 6° du code pénal.

19 - Peines principales encourues : 5 ans d'emprisonnement et une amende de 375 000 euros.

20 - Art. 324-2 du code pénal. Peines principales encourues : 10 ans d'emprisonnement et une amende de 750 000 euros, la peine d'amende pouvant atteindre « la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment » (art. 324-3 du code pénal).

21 - Ch. Cutajar, La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme, *RD bancaire*, dossier, mai-juin 2009, p. 84.

certain nombre de professions, pour l'essentiel les activités bancaires et plus généralement financières, sont assujetties à l'obligation d'exercer une vigilance à l'égard des personnes avec lesquelles elles se trouvent en relation d'affaires et par l'intermédiaire desquelles des opérations de conversion d'argent d'origine illicite peuvent avoir lieu²². Parmi les obligations qui pèsent légalement sur elles, ces entités, dont une liste limitative est dressée par le code monétaire et financier, doivent par ailleurs informer le Service à compétence nationale Tracfin – la cellule de renseignements financiers française –, que des sommes ou des opérations juridiques qu'elles jugent suspectes d'abriter un blanchiment de capitaux ou un financement du terrorisme ont eu lieu ou sont susceptibles d'avoir lieu par leur intermédiaire²³.

6. – Formalisée par une « Déclaration de soupçon », la suspicion de l'organisme doit demeurer inconnue du client²⁴, Tracfin pouvant néanmoins, pour des motifs stratégiques, laisser faire l'opération avant, éventuellement, de transmettre le dossier qu'il aura constitué à l'autorité judiciaire.

Or, pour le professionnel, du fait de ce dispositif auquel il ne peut déroger, plusieurs risques infractionnels sont encourus.

D'abord, en effectuant la déclaration de soupçon, il porte atteinte au secret professionnel dont on sait l'importance qu'il revêt, en particulier dans le milieu des affaires. Ensuite, si Tracfin ne s'y oppose pas, le professionnel, qui exécuterait l'opération suspecte, pourrait se rendre de la sorte complice d'une infraction de blanchiment, voire auteur d'un blanchiment aggravé, ayant, pour se faire, utilisé par exemple les facilités que lui procure l'exercice de son activité. Enfin, si le client soupçonné faisait l'objet de poursuites pénales et qu'il était finalement mis hors de cause, rien ne lui interdirait de faire engager la responsabilité de l'entité déclarante du chef de dénonciation calomnieuse²⁵, au cas où il aurait vent de ce que ces poursuites ont résulté d'une déclaration de soupçon.

7. – Face à de telles menaces, et par souci de cohérence autant que d'effectivité du dispositif « anti-blanchiment » qu'il a mis en place, le législateur a instauré, parallèlement aux obligations de vigilance et déclaratives de soupçon, un ensemble d'immunités pénales. Celles-ci, en tant que fait justificatif résultant d'un ordre de la loi, et parce qu'elles

22 - Art. L. 561-5 à L. 561-14-2 du code monétaire et financier (ci-après CMF).

23 - Art. L. 561-15 1 CMF : « Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 [professionnels assujettis] sont tenues, dans les conditions fixées par le présent chapitre, de déclarer au service mentionné à l'article L. 561-23 [Tracfin] les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme ».

24 - Si le professionnel révèle à son client que ce dernier fait l'objet d'une déclaration de soupçon, il commet un délit et encourt une amende de 22 500 euros (art. L. 574-1 CMF, qui renvoie aux art. L. 561-19 et L. 561-26 CMF).

25 - Art. 226-10 du code pénal.

Les immunités pénales dans la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme

font disparaître l'élément légal de l'infraction, constituent également, par voie de conséquence, des immunités disciplinaires et civiles. Il est indispensable en effet que le professionnel assujéti ne soit pas inquiété par le respect qu'il aura montré des obligations que la loi lui impose. Comme le souligne un auteur, « l'acte commis dans l'exercice régulier des fonctions n'est pas délictueux »²⁶. Le professionnel n'est nullement reprochable car il concourt à un dessein plus grand que lui. Il doit donc être mis à l'abri pour le rôle qu'il a pu jouer dans la traque des blanchisseurs ou de ceux qui financent le terrorisme.

8. – L'immunité a un domaine d'application à la fois restreint et large.

Large parce qu'il bénéficie sans exception à tous les professionnels concernés par le dispositif « anti-blanchiment », qu'il s'agisse des établissements bancaires ou d'assurance, des agents immobiliers, des casinos et des sociétés de jeu, de paris et de pronostics, ou encore des professions du chiffre ou du droit, comme les experts-comptables, les notaires ou les avocats²⁷. Il convient d'ajouter que l'immunité bénéficie

26 - C. Chouckroun, *L'immunité*, *op. cit.*, p. 37.

27 - Art. L. 561-2 CMF : « Sont assujettis aux obligations prévues par les dispositions des sections 2 à 7 du présent chapitre : 1° Les organismes, institutions et services régis par les dispositions du titre Ier du présent livre ;

2° Les entreprises mentionnées à l'article L. 310-1 du code des assurances et les intermédiaires d'assurance sauf ceux qui agissent sous l'entière responsabilité de l'entreprise d'assurance ;

3° Les institutions ou unions régies par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale ou relevant du II de l'article L. 727-2 du code rural ;

4° Les mutuelles et unions régies par le livre II du code de la mutualité ;

5° La Banque de France, l'institut d'émission des départements d'outre-mer mentionné à l'article L. 711-2 du présent code et l'institut d'émission d'outre-mer mentionné à l'article L. 712-4 du même code ;

6° Les entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille, les personnes mentionnées à l'article L. 440-2, les entreprises de marché mentionnées à l'article L. 421-2, les dépositaires centraux et gestionnaires de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, les conseillers en investissements financiers et les intermédiaires habilités mentionnés à l'article L. 211-4, les sociétés de gestion de portefeuille au titre des services d'investissement mentionnés à l'article L. 321-1, ainsi que les sociétés de gestion de portefeuille et les sociétés de gestion au titre de la commercialisation des parts ou actions d'organismes de placement collectif dont elles assurent ou non la gestion ;

7° Les changeurs manuels ;

8° Les personnes exerçant les activités mentionnées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 8° de l'article 1er de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, à l'exclusion de l'échange, de la location ou de la sous-location, saisonnière ou non, en nu ou en meublé ;

9° Les représentants légaux et directeurs responsables des opérateurs de jeux ou de paris autorisés sur le fondement de l'article 5 de la loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'organisation et le fonctionnement des courses de chevaux, de l'article 1er de la loi du 15 juin 1907 relative aux casinos, de l'article 47 de la loi du 30 juin 1923 portant fixation du budget général de l'exercice 1923, de l'article 9 de la loi du 28 décembre 1931, de l'article 136 de la loi du 31 mai 1933 portant fixation du budget général de l'exercice 1933 et de l'article 42 de la loi de finances pour 1985 (n° 84-1208 du 29 décembre 1984) ;

9° bis Les représentants légaux et directeurs responsables des opérateurs de jeux ou de paris autorisés sur le fondement de l'article 21 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne ;

10° Les personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'œuvres d'art ;

11° Les entreprises bénéficiant de l'exemption prévue au II de l'article L. 511-7 ;

12° Les experts-comptables, les salariés autorisés à exercer la profession d'expert-comptable en application des articles 83 ter et 83 quater de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant les titres et la profession d'expert-comptable ainsi que les commissaires aux comptes ;

13° Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats, les avoués près les cours d'appel, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les commissaires-priseurs judiciaires, dans les conditions prévues à l'article L. 561-3 ;

14° Les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques ;

15° Les personnes exerçant l'activité de domiciliation mentionnée aux articles L. 123-11-2 et suivants du code de commerce ;

16° Les agents sportifs ».

également à l'autorité de contrôle des entités déclarantes, comme l'Autorité de contrôle prudentiel²⁸ ou encore l'ordre des avocats, parce que ces organes sont pareillement soumis au dispositif « anti-blanchiment », même si elles ne se trouvent pas « en première ligne » et que les immunités sont avant tout conçues pour les professionnels eux-mêmes. C'est d'eux qu'il sera d'ailleurs essentiellement question dans notre propos.

Restreint ensuite parce que spécifique à la lutte contre le blanchiment, la protection ne vaut que pour certains délits, limitativement indiqués, et sous le respect de certaines conditions. Mais ces conditions de mise en œuvre une fois réunies, l'immunité produit un effet général et absolu : aucune poursuite pénale et, par suite, aucune poursuite civile ni disciplinaire ne peut être exercée à l'encontre du professionnel.

9. - De quelles immunités est-il au juste question ? Autrement dit, quels sont les agissements couverts par la loi au titre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ? À l'analyse de l'article L. 561-22 du code monétaire et financier, texte applicable en la matière et qui, il faut bien l'admettre, n'est pas d'une clarté éblouissante, on peut déduire deux grandes catégories de ce que nous choisissons de nommer, parce qu'elles jouent dans le cadre de l'exercice régulier d'une profession, des « immunités professionnelles ».

La différence entre ces deux catégories repose pour l'essentiel sur une distinction de fait générateur.

La première peut-être qualifiée d'« immunités indépendantes », dans la mesure où le professionnel assujéti commet un fait normalement punissable, mais autorisé, et ce *indépendamment du comportement adopté par celui de ses clients qu'il soupçonne*. Il s'agit d'infractions propres à l'entité qui portent atteinte à une valeur protégée dont il était personnellement, et de façon générale, le garant. Il en est ainsi, par exemple, de l'atteinte au secret professionnel.

La seconde peut-être qualifiée d'« immunités dépendantes », dans la mesure où le délit commis par le professionnel assujéti *dépend du comportement infractionnel de son client*, fût-il simplement soupçonné. Les infractions visées sont étrangères à l'activité ou à l'objet social du professionnel : celui-ci, par exemple un banquier ou un assureur, exécute une opération suspecte et, ce faisant, tout en permettant au client de commettre un délit de blanchiment, en commet un lui

28 - V. Ord. n° 2010-76 du 21 janv. 2010, portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, JO 22 janv. 2010, texte n° 13. Il s'agit de la nouvelle autorité administrative indépendante adossée à la Banque de France qui résulte de la fusion de la Commission bancaire, de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et du comité des entreprises d'assurance (v. notamment, les art. L. 612-1 à 612-50 CMF).

aussi, par ricochet en quelque sorte, car il prête son concours au projet illicite de son client.

10. – Mais qu'il s'agisse d'immunités indépendantes (I) ou dépendantes (II), le même régime juridique trouve à s'appliquer et protège uniformément le professionnel ayant satisfait aux obligations légales contre toute mise en cause ultérieure.

Section I – Les immunités indépendantes

11. – Le fait, pour les personnes physiques et morales soumises au dispositif « anti-blanchiment », de porter à la connaissance du service Tracfin des éléments qui viennent à l'appui d'un soupçon de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme, pourrait, du moins en théorie, constituer une ou plusieurs infractions distinctes. C'est la raison pour laquelle l'article L. 561-22 I du code monétaire et financier prévoit une série d'immunités. Deux délits ont été retenus : la dénonciation calomnieuse (articles 226-10 du code pénal) et l'atteinte au secret professionnel (article 226-13 et 226-14 du code pénal).

L'immunité peut jouer en plusieurs circonstances et selon certaines conditions qu'il conviendra de préciser (§ 1). Celles-ci réunies, la protection devient alors efficace en toute hypothèse, c'est-à-dire indépendamment de la qualité probatoire du soupçon et du sort réservé au client soupçonné (§ 2).

§ 1 : L'effectivité des immunités

12. – Si l'on s'en tient à l'article L. 561-22 du code monétaire et financier, deux types d'actes bénéficient de la protection légale lorsqu'ils émanent des professionnels assujettis au dispositif « anti-blanchiment » ou de leur autorité de contrôle. Il s'agit, à titre principal, de la déclaration de soupçon (A). S'y ajoute la communication ou l'échange de renseignements à la demande du service Tracfin ou bien sur initiative du professionnel ou de l'autorité de contrôle (B).

A. La déclaration de soupçon

13. – **Condition de bonne foi.** L'entité qui sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner qu'une somme ou qu'une opération est susceptible, par son intermédiaire, de présenter les caractéristiques d'un blanchiment des capitaux ou d'un financement du terrorisme est tenu de porter cette information à la connaissance du service Tracfin. Mais cette déclaration de soupçon ne donnera lieu à aucune action en responsabilité qu'autant qu'elle aura été faite « de bonne foi »²⁹.

29 - Art. L. 561-22 I CMF.

14. – La loi n'est pas davantage explicite. S'agissant toutefois de la référence à un concept juridique de portée générale, il est permis d'affirmer que cette bonne foi est présumée et que la présomption ne pourrait être renversée que si, à l'inverse, la mauvaise foi était établie par l'autorité disciplinaire ou devant un juge.

Que faudrait-il entendre, en l'occurrence, par déclaration « faite de mauvaise foi » ?

On peut indiquer, en premier lieu, qu'il ne s'agit pas de « concertation frauduleuse » entre le professionnel assujéti et son client, cette éventualité étant prévue séparément dans une autre disposition du code monétaire et financier³⁰. En second lieu, on n'imagine guère en pratique, dans le cadre de relations d'affaires, que l'entité effectivement soupçonnée déclare son soupçon dans le dessein de nuire à son client en l'exposant par ce biais à des poursuites³¹.

15. – Déclaration en temps utile. Il ne resterait, en définitive, que la question du délai. La loi impose en effet de déclarer son soupçon dès l'instant où il est établi³². Même si aucun terme n'est fixé, la mauvaise foi pourrait résulter d'une déclaration tardive, qu'aucune investigation interne ne justifierait, et qui serait mise sur le compte de la négligence du professionnel, de son indifférence à la législation « anti-blanchiment » ou bien encore, d'une carence dans la mise en œuvre de ses procédures internes de contrôle ou dans les programmes de formation de son personnel, l'une ou l'autre ayant entraîné un retard dans l'accomplissement de l'obligation³³.

De ce point de vue, la jurisprudence, en particulier celle, disciplinaire, de la Commission bancaire et, sur recours, celle du Conseil d'Etat, donne quelques indications. Rappelant que la déclaration de soupçon était couverte par une immunité lorsqu'elle était effectuée de bonne foi, le Conseil d'Etat, dans une décision du 3 décembre 2003, a souligné que le « retard significatif » dans la mise en œuvre de cette obligation était précisément, et en tout état de cause, « exclusif de la bonne foi requise par le texte »³⁴.

30 - V. *supra* n° 27.

31 - Ce qui correspondrait, au demeurant, à une hypothèse de dénonciation calomnieuse (art. 226-10 du code pénal).

32 - Art. L. 561-16 al. 2 CMF.

33 - Art. L. 561-32 à L. 561-35 CMF : en substance, les professionnels assujettis sont tenus de mettre en place « des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme » (art. L. 561-32 CMF), ainsi que d'assurer « la formation et l'information régulières de leurs personnels » en vue du respect de leurs diverses obligations au titre de la lutte contre le blanchiment (art. L. 561-33 CMF).

34 - CE, 3 déc. 2003, Banque SBA, n° 244084, inédit (sur recours contre Comm. banc., Décision du 14 janv. 2002, Bull. off. Banque de France, n° 44, août 2002, p. 48).

La Commission bancaire, statuant à titre disciplinaire, a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que la déclaration devait intervenir une fois détectées et démontrées les anomalies, autrement dit, sans tarder. Faute pour le professionnel d'avoir saisi le service Tracfin « en temps utile »³⁵, alors qu'il n'ignorait pas ou ne pouvait pas ignorer que les sommes ou les opérations considérées étaient suspectes, la bonne foi, condition de l'immunité, est mise à l'écart et la responsabilité du professionnel est encourue³⁶.

Cette condition de bonne foi n'est pas sans rappeler celle qui préside à l'immunité des comptes rendus judiciaires. On sait que l'article 41 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse fait exception à toute poursuite pour les délits de diffamation, d'injure ou d'outrage si le journaliste effectue un compte-rendu fidèle et qu'il le fait par ailleurs de bonne foi. Selon MM. Merle et Vitu, si « la bonne foi se distingue assez mal du caractère de fidélité [...], il est pourtant des cas où la mauvaise foi peut apparaître certaine [...], notamment *quand la publication est faite tardivement* »³⁷. On est frappé ici par la similitude de l'analyse juridique.

B. La communication et les échanges d'informations

16. - Les mêmes immunités prévalent dans le cadre de la communication et des échanges d'information entre le professionnel assujéti ou son autorité de contrôle et le service Tracfin, mais avec cette différence que la condition de bonne foi disparaît.

Ainsi, dans le cadre de ses recherches ou de ses relations avec des cellules de renseignements financiers étrangères, Tracfin peut demander au professionnel, qui est tenu de conserver pendant un délai de cinq ans une trace de toutes les opérations accomplies par son

35 - Nous écartons l'hypothèse où la carence du professionnel a entraîné *l'absence pure et simple* de déclaration de soupçon (par ex., Comm. banc., 12 juill. 2006, Crédit municipal de Paris, Bull. off. Banque de France, n° 95, nov. 2006, p. 25).

36 - Pour une déclaration au bout de plusieurs mois de mouvements suspects de fonds sur des comptes, faite seulement après le début d'une mission d'inspection (Comm. banc., Décision du 6 oct. 2006, Compagnie de Banques Internationales de Paris, Bull. off. Banque de France, n° 95, nov. 2006, p. 33) ou « après la parution d'un article de presse faisant allusion à d'éventuels soupçons de détournement de fonds publics » (Comm. banc., Décision du 31 août 2004, Arab Bank Plc, succursale de Paris, Bull. off. Banque de France, n° 70, oct. 2004, p. 15). Pour une déclaration au bout de deux ans (Comm. banc., 7 juin 2007, Crédit agricole Centre-Est, Bull. off. Banque de France, n° 108, juill. 2007, p. 59 ; Comm. banc., 18 déc. 2009, BPCA, Bull. du CECEI et de la Commission bancaire, n° 22, déc. 2009, p. 4).

37 - Merle et Vitu, *Traité de droit criminel, op. cit.*, n° 865 (nous soulignons). Pour une illustration, v. trib. corr. Seine, 8 juin 1904, D. 1905, 2, 150 (en l'espèce, le tribunal a souligné que la publication, pour ne pas être diffamatoire, doit être « contemporaine du jugement [de condamnation] » ; la diffamation est dès lors constituée lorsque la publication intervient « plus de trois ans » après la décision de justice, la volonté du journal de nuire au condamné étant manifeste (dans le même sens, v. CA Agen, 30 janv. 1890, DP 1891, 2, 270). V. aussi, G. Lécuyer, L'immunité et la liberté d'expression, in *Les immunités de responsabilité civile*, CEPRISCA, Coll. Colloques, PUF, 2009, p. 109, spéc. p. 115).

intermédiaire, de lui *communiquer* les informations qu'il juge utile, sur simple demande³⁸.

De même, les autorités de contrôle doivent, d'initiative ou à la demande du service Tracfin, lui *transmettre* « toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission [...] »³⁹ et qu'elles auraient pu obtenir, par exemple, à l'occasion de missions d'inspection. La règle est complétée et bilatéralisée à l'article L. 561-22 I c) du code monétaire et financier, qui prévoit que le service Tracfin *échange* avec les autorités de contrôle, les ordres professionnels et, de manière générale, avec les instances représentatives nationales des professions assujetties, « toute information utile à l'accomplissement de leurs missions respectives [...] »⁴⁰.

§ 2 : L'efficacité des immunités

17. – Selon l'article L. 561-22 I du code monétaire et financier, aucune poursuite pénale pour dénonciation calomnieuse ou atteinte au secret professionnel ne peut être diligentée à l'encontre de l'entité déclarante ou de l'autorité de contrôle qui aura déclaré un soupçon au service Tracfin ou qui lui aura transmis des informations à sa demande ou bien d'initiative. Parallèlement, aucune action en responsabilité civile ou disciplinaire ne peut être engagée sur les mêmes fondements juridiques⁴¹. L'immunité, qui englobe la tentative, profite aussi bien à la personne morale qu'à ses dirigeants ou préposés habilités, personnes physiques. Elle vaut devant toute juridiction, de quelque ordre que ce soit, et à l'égard de toute instance disciplinaire. Le législateur a entendu de la sorte mettre à l'abri de n'importe quelle mise en cause des protagonistes de droit public ou de droit privé qui participent, dans le cadre légal, à la détection et à la révélation d'opérations ou d'activités de blanchiment des capitaux, ou encore, de financement du terrorisme.

18. – De ce point de vue, la protection joue *erga omnes*. Ni le ministère public ni aucune personne qui se prétendrait lésée par une déclaration⁴² ou une transmission d'information au service Tracfin ne pourrait valablement agir.

En outre, peu importe que le soupçon déclaré ou les informations

38 - Art. L. 561-22 I a) CMF, qui renvoie à l'art. L. 561-26 du même code.

39 - Art. L. 561-22 I b) CMF, qui renvoie à l'art. L. 561-27 du même code.

40 - Art. L. 561-22 I c) CMF, qui renvoie à l'art. L. 561-30 du même code.

41 - Art. L. 561-22 II CMF.

42 - Sous réserve que celle-ci ait eu lieu de bonne foi (v. *infra* n° 13 à 15).

transmises soient utiles, pertinentes et aient, au bout du compte, une force probante de nature à convaincre le juge de l'éventuelle culpabilité du client, sujet à l'origine de la suspicion, puis de poursuites répressives. D'après l'article L. 561-22 III du code monétaire et financier, l'immunité joue « même si la preuve du caractère délictueux des faits à l'origine de la déclaration [...], de l'information transmise [...] ou de l'exercice du droit de communication [...] n'est pas rapportée ou si les poursuites engagées en raison de ces faits ont été closes par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement ».

On comprend bien que s'agissant de poursuites fondées au départ sur un soupçon, autrement dit sur une probabilité de participation du client à une opération de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme, cette probabilité étant plus ou moins grande et convaincante, le professionnel peut fort bien s'être mépris sur les agissements de son client. Par un souci assez évident d'efficacité du dispositif, il ne doit cependant jamais être inquiété, quand bien même aurait-il soupçonné à tort. Il convient par ailleurs d'ajouter que ni le professionnel assujéti, pas plus que l'autorité de contrôle, ne sont investis du pouvoir de qualifier juridiquement les faits, objet de leur suspicion. Cette prérogative n'appartient qu'au juge et il faut observer que lorsque celui-ci est susceptible d'intervenir, le processus « anti-blanchiment », dans son volet financier, est achevé ou sur le point de l'être. Le juge n'intervient donc qu'assez tardivement, lorsque l'affaire, dans sa phase suivante, a pris une orientation judiciaire (enquête de police, poursuites pénales, instruction préparatoire, etc.).

19. – En pratique, le risque de mise en cause de l'entité déclarante par un client ou un ayant-droit est extrêmement faible. Le code monétaire et financier verrouille en effet cette éventualité en prévoyant que dans l'hypothèse où le service Tracfin, convaincu d'une activité de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme, déciderait de saisir le procureur de la République, la déclaration de soupçon ou l'information transmise ne figurera pas au dossier de procédure. Le même texte souligne l'objet de cette disposition : il s'agit de « préserver l'anonymat de ses auteurs »⁴³ et donc d'éviter toute mise en cause ultérieure. Si des poursuites pénales sont engagées à l'encontre du client, le dossier judiciaire, dont le client poursuivi aura connaissance à ce moment, sera expurgé du volet « Tracfin », de sorte qu'il sera théoriquement impossible de remonter jusqu'au professionnel assujéti ou à l'autorité de contrôle.

43 - Art. L. 561-24 al. 1er CMF.

Section II – Les immunités dépendantes

20. – Des immunités sont prévues lorsqu'une opération suspecte a néanmoins été exécutée par le professionnel, car celui-ci a pu alors prêter son concours à un blanchiment des capitaux ou à un financement du terrorisme (§ 1) pour laquelle il ne doit pas être inquiété (§ 2).

§ 1 : L'effectivité des immunités

21. – Plusieurs cas de figure sont envisagés, dans deux dispositions successives, à l'article L. 561-22 du code monétaire et financier, selon que l'opération suspecte s'inscrit dans le cadre du mécanisme de la déclaration de soupçon (A) ou qu'elle résulte de la mise en œuvre, au cas particulier des établissements bancaires, du droit au compte (B).

A. Les immunités dépendantes et le dispositif « anti-blanchiment »

22. – L'article L. 561-16 alinéa 1^{er} du code monétaire et financier prévoit que lorsque le professionnel est parvenu à se convaincre d'un soupçon portant sur une opération liée au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme, il doit s'abstenir de l'exécuter jusqu'à ce qu'une déclaration ait été faite au service Tracfin⁴⁴.

Toutefois, il arrivera souvent en pratique que l'entité déclarante exécute l'opération suspecte, soit qu'il ait été impossible d'y surseoir à temps, soit que son caractère suspect n'apparaisse qu'ultérieurement. Il est également prévu que pour des motifs stratégiques, le service Tracfin, bien qu'informé du soupçon, souhaite ne pas s'opposer à l'opération⁴⁵, le professionnel devant alors se conformer aux instructions de son client⁴⁶.

44 - Art. L. 561-16 al. 1^{er} CMF : « Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 s'abstiennent d'effectuer toute opération dont elles soupçonnent qu'elle est liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme jusqu'à ce qu'elles aient fait la déclaration prévue à l'article L. 561-15. Elles ne peuvent alors procéder à la réalisation de l'opération que si les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 561-25 sont réunies ».

45 - Art. L. 561-16 al. 2 CMF : « Lorsqu'une opération devant faire l'objet de la déclaration prévue à l'article L. 561-15 a déjà été réalisée, soit parce qu'il a été impossible de surseoir à son exécution, soit que son report aurait pu faire obstacle à des investigations portant sur une opération suspectée de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme, soit qu'il est apparu postérieurement à sa réalisation qu'elle était soumise à cette déclaration, la personne mentionnée à l'article L. 561-2 en informe sans délai le service prévu à l'article L. 561-23 ».

46 - Il ne pourrait pas de son propre chef refuser d'exécuter l'opération sans voir sa responsabilité contractuelle éventuellement engagée. Pour une illustration, v. CA Paris, 9 avril 2004, Rev. dr. banc. et fin., sept./oct. 2004, n° 5, p. 318 (en l'espèce, refus de deux ordres de virement « swift » jugés suspects par la banque, déclarés au service Tracfin et bloqués).

Dans un cas comme dans l'autre, l'entité déclarante étant de bonne foi, la protection doit jouer. Il est bien admis que le professionnel ne doit pas être inquiété s'il n'a pas pu empêcher des opérations qui s'exécutent en un trait de temps (à l'impossible, nul n'est tenu) ou si, bien que disposant de procédures internes de contrôles satisfaisantes, des opérations douteuses, dont le caractère occulte est systématiquement recherché, ont échappé à son attention. Par ailleurs, si Tracfin « laisse faire » l'opération suspecte, afin de pouvoir mieux appréhender le processus de blanchiment, on comprendrait assez mal que par la suite, il en soit fait le reproche au professionnel.

B. Les immunités dépendantes et le droit au compte

23. - L'article L. 312-1 du code monétaire et financier institue au profit des personnes physiques et morales domiciliées en France un droit à l'ouverture d'un compte bancaire, lorsqu'ils en sont dépourvus, et ce dans l'établissement de leur choix. En cas de refus, la personne pourrait saisir la Banque de France, laquelle désignera un établissement qui sera alors tenu d'ouvrir un tel compte.

Quel lien existe-t-il entre ce dispositif et la législation « anti-blanchiment » ?

Si l'on s'en rapporte à l'article L. 561-8 du code monétaire et financier, le professionnel assujéti - en l'occurrence l'établissement bancaire - qui, au titre de l'obligation de vigilance, ne parvient pas à identifier son client ou à obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires, doit refuser de s'engager ou, si un lien contractuel est d'ores et déjà établi, doit le rompre unilatéralement. De façon plus générale, un établissement bancaire n'est jamais tenu de nouer ou de maintenir une relation contractuelle avec un client qu'il juge indésirable⁴⁷.

24. - Ces dispositions radicales sont susceptibles de créer des situations de vide bancaire pour certaines personnes physiques ou morales, que le droit au compte est conçu pour combler. Techniquement, un organisme bancaire pourrait ainsi se voir imposer par la Banque de France d'ouvrir un compte au bénéfice d'un client qui a pu antérieurement faire l'objet d'une déclaration de soupçon et, par voie de conséquence, s'exposer à passer des opérations elles-mêmes suspectes, s'il n'était pas en mesure de les faire échouer par ailleurs.

47 - Dans ce sens, v. Cass. com., 26 janv. 2010 (pourvoi n° 09-65086) : « [...] en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat [en l'espèce, un contrat de compte courant] à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus ».

C'est la raison pour laquelle l'article L. 561-22 V institue une immunité pénale qui protégerait l'établissement bancaire contre les conséquences d'éventuelles activités illicites d'un client qu'il n'a pas choisi.

§ 2 : L'efficacité des immunités

25. - D'après l'article L. 561-22 IV du code monétaire et financier, les professionnels « sont dégagées de toute responsabilité et aucune poursuite pénale ne peut être engagée à leur rencontre de ce chef par application des articles 222-34 à 222-41, 321-1, 321-2, 321-3, 324-1, 324-2 et 421-2-2 du code pénal ou de l'article 415 du code des douanes », ce qui embrasse tout autant l'infraction consommée que sa tentative. L'immunité vise évidemment les deux délits principaux de blanchiment des capitaux (blanchiment simple et aggravé)⁴⁸ et le financement du terrorisme⁴⁹. Sont ajoutés les infractions de recel⁵⁰ et celles qui sont en relation avec le trafic de stupéfiants, qui comprend en particulier le blanchiment qui lui est associé⁵¹.

26. - Le législateur ayant procédé par énumération plutôt que par généralisation, il a pris le risque d'oublier certaines infractions découlant de la mise en œuvre par le professionnel assujetti du dispositif « anti-blanchiment », ce qui malheureusement n'a pas manqué d'arriver. Ainsi, aucune immunité n'est prévue au titre du blanchiment des actes de terrorisme, aussi bien en cas d'exécution d'une opération suspecte que dans le cas de l'ouverture d'un compte sur injonction de la Banque de France⁵². Seul est visé le financement d'entreprise terroriste, délit qui n'est pas incriminé dans le même texte⁵³. La doctrine avait déjà souligné cette lacune au moment de la parution de l'ordonnance du 30 janvier 2009⁵⁴. Sans doute serait-il souhaitable d'aligner le domaine d'application de l'immunité sur le fait générateur de la déclaration de soupçon (une infraction sous-jacente passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou la participation au financement du terrorisme), par un parallélisme des règles de fond⁵⁵, ce qui aurait pour mérite de

48 - Art. 324-1 et 324-2 du code pénal.

49 - Art. 421-1-1 du code pénal (texte créé par la loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001).

50 - Art. 321-1 à 321-3 du code pénal.

51 - Art. 222-34 à 222-41 du code pénal (art. 222-38 pour le blanchiment de trafic de stupéfiants) et art. 415 du code des douanes.

52 - L'art. 421-1 6° du code pénal n'est pas expressément indiqué.

53 - Art. 421-2-2 du code pénal : « Constitue également un acte de terrorisme le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte ».

54 - Ch. Cutajar, Droit de blanchiment : une ordonnance nécessaire mais à parfaire (premières réflexions sur l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009), D. 2009, chron., 821, spéc., 823.

55 - Dans le même sens, v. Ch. Cutajar, *op. cit.*, 823.

conférer davantage de cohérence au dispositif, et d'entourer sa mise en œuvre de toute la sécurité nécessaire.

27. – **Exclusion en cas de « concertation frauduleuse. »** Les immunités disparaissent s'il est établi l'existence d'une « concertation frauduleuse » entre le professionnel assujéti et le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération suspecte⁵⁶. Le professionnel s'accordant avec son client pour blanchir de l'argent, celui-ci pourrait être poursuivi pour complicité de blanchiment ou de financement du terrorisme par aide ou assistance⁵⁷, voire, plus gravement, être inquiété pour blanchiment aggravé, puisqu'il utiliserait à cette occasion les facilités que lui procure son activité. On pourrait par ailleurs considérer que le client et le professionnel opérant de concert, ils pourraient être vus comme une association de malfaiteurs⁵⁸, sinon même une bande organisée⁵⁹, ce qui les rendraient alors justiciables d'une répression plus sévère.

Conclusion

28. – **Responsabilité de la puissance publique.** Ainsi qu'on l'a vue, le dispositif « anti-blanchiment » repose sur une approche par les risques et, du point de vue probatoire, sur un soupçon. Il est par conséquent inévitable que le professionnel assujéti, lorsqu'il saisit le service Tracfin de sommes ou d'opérations suspectes, puisse se tromper. Il en va de la nature même de toute suspicion, fût-elle légitime. Un client pourrait donc fort bien être judiciairement mis en cause et n'avoir finalement rien à se reprocher.

Si le professionnel ne doit pas être inquiété en raison de ce qu'il peut soupçonner à tort, le client, de son côté, peut avoir subi un préjudice causé par l'exercice de cette suspicion : préjudice économique du fait du blocage de certaines opération ou du gel ou de la saisie de certaines sommes d'argent, perte de clientèle ; préjudice moral découlant d'une mise en cause erronée (atteinte à l'image de marque, au crédit ou à la réputation pour les personnes morales, atteinte à l'honneur et à la réputation pour les personnes physiques). C'est la raison pour laquelle l'article L. 561-22 II *in fine* du code monétaire et financier prévoit qu'en cas de préjudice résultant directement d'une déclaration de soupçon ou de la communication d'un renseignement à Tracfin, « l'Etat répond du dommage subi ».

56 - Art. L. 561-22 IV et V CMF.

57 - Art. 121-7 al. 2 du code pénal : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ».

58 - Art. 450-1 du code pénal.

59 - Art. 132-71 du code pénal.

Cependant, le contentieux de la responsabilité de la puissance publique à cet égard est pour ainsi dire inexistant⁶⁰. Si des poursuites pénales étaient diligentées, il ne resterait plus alors au client accusé et poursuivi à tort qu'à mettre en cause la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice ou à demander l'indemnisation du préjudice subi, s'il s'agit d'une personne physique, en cas d'assignation à résidence ou de placement en détention provisoire.

60 - Pour une illustration, v. CE, 18 févr. 2002, Société Financial BC, inédit au recueil Lebon (n° 216343). Rejet de la demande d'indemnisation au titre d'un préjudice économique résultant d'une déclaration de soupçon, suivi d'une enquête diligentée par le service Tracfin, faute d'existence « d'un lien de causalité direct entre la déclaration qui aurait été faite en application de l'article 3 de la loi du 12 juillet 1990 [texte antérieur à l'art. L. 561-15 CMF] et les graves difficultés rencontrées par la société ».

LES IMMUNITÉS PÉNALES EN *COMMON LAW*

Mikaël Benillouche

*Maître de conférences à la faculté de droit
et de science politique d'Amiens*

Membre du CEPRISCA

Les pays de *Common Law* ont la spécificité d'avoir des règles d'origine jurisprudentielle, auxquelles se surajoutent des règles légales. Traiter de l'ensemble de la réglementation des immunités dans les pays de *Common Law* s'avérerait être une tâche délicate et particulièrement fastidieuse. Il s'agira donc de traiter des principales caractéristiques des réglementations existantes en se fondant sur le droit anglais, tout en évoquant les droits canadien et américain.

Dans les pays de *Common Law*, figurent des immunités similaires à celles existantes en droit français. Globalement, elles s'orientent autour de deux axes : l'expression de la souveraineté et la recherche de la vérité. Or, dans des pays où il est traditionnel d'octroyer aux personnes poursuivies un avantage se manifestant par une réduction de peine en échange d'un plaider coupable (*negotiated plea*), l'immunité est un outil de politique criminelle facilitant la détection et la poursuite des infractions particulièrement importantes ou complexes. La légitimité de ces immunités réside essentiellement dans leur efficacité à parvenir à une coopération des personnes poursuivies.

La présente contribution résidera en l'étude des principales immunités qui, pour l'essentiel, reprennent des pratiques leur préexistant.

Ces immunités empruntent une terminologie différente : *privilege* ou *immunity* selon que l'intérêt protégé est un intérêt privé ou public.

Le *privilege* octroie à la personne qui en bénéficie le droit d'obtenir à certaines conditions une immunité. Il se fonde sur l'intérêt de la personne protégée. En cas de disparition de cet intérêt ou en cas de conflit avec un intérêt supérieur, le *privilege* est écarté.

La *public interest immunity*, justifiée par la notion de « *public policy* », défend des intérêts publics. Cette notion était autrefois appelée « *Crown privilege* ». Mais, l'expression a cessé d'être utilisée car les *immunities* dépassent le cadre des intérêts de la Couronne¹.

Alors que le *privilege* doit être invoqué par la personne qui en est titulaire, la *public interest immunity* s'impose au juge et aux personnes concernées. Elle représente à la fois un droit et un devoir.

Quoiqu'il en soit, dans ces deux hypothèses, l'immunité est un statut légal permettant à une personne d'échapper à des poursuites judiciaires.

Parmi les immunités existantes en *Common Law* figurent notamment l'immunité diplomatique, l'immunité parlementaire, l'immunité judiciaire et l'immunité liée à la souveraineté.

La distinction la plus simple repose sur celle entre les immunités fondées sur la souveraineté (Section I) et les immunités fondées par l'intérêt de la justice (Section II). Toutefois, cette distinction ne permet pas de regrouper toutes immunités, dans la mesure où il existe des immunités justifiées à la fois par la souveraineté et par l'intérêt de la justice (Section III).

Section I – Les immunités fondées sur la souveraineté (*sovereign immunities*)

Les immunités fondées sur la souveraineté concernent essentiellement les représentants de l'Etat (§1), le personnel et les locaux diplomatiques (§2) ainsi que les parlementaires (§3).

§1 : L'immunité des représentants de l'Etat

L'immunité liée à la souveraineté (*sovereign immunity*) se fonde sur l'idée que la personne est souveraine, c'est-à-dire qu'elle se situe au-dessus de l'autorité et de la loi. Dans ce cas, aucune procédure ne peut être intentée tant que l'immunité n'est pas levée. Cette règle est exprimée

1 - C. Forsyth, *Public Interest Immunity : recent and future developments*, *The Cambridge Law Journal*, 1997, 56, pp. 51-59.

par l'adage « *the king (or queen) can do no wrong* » (« le roi (ou la reine) ne peut mal faire »).

Au Royaume-Uni, le *Crown Proceedings Act 1947* admet la responsabilité du gouvernement à quelques limitations près. Avant cela, il était possible de poursuivre avec l'autorisation préalable de l'*Attorney General*. Il s'agissait de la pétition des droits.

Aux Etats-Unis, le gouvernement fédéral a l'immunité et ne peut être poursuivi, sauf si l'immunité est levée ou en cas de consentement aux poursuites². L'immunité est levée par le *Federal Tort Claims Act* en cas de dommage par un employé fédéral et le *Tucker Act*.

Les poursuites contre les représentants de l'Etat sont également possibles en raison de la doctrine du déshabillage (la « *stripping doctrine* »).

Cette doctrine permet la poursuite d'un officiel ayant utilisé sa position pour agir illégalement. Cet officiel est « déshabillé » et peut donc être poursuivi individuellement. Il s'agit d'une fiction légale.

Cette doctrine a été utilisée dans la décision *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman* (465 U.S.) ou encore *Idaho v. Coeur d'Alene Tribe of Idaho*.

Plus encore, le 42 U.S.C. § 1983 octroie aux Etats fédérés la possibilité de poursuivre leurs propres agents (*Brandon v. Holt*, 469 U.S. 464 (1984)).

En conséquence, dans les pays de *Common Law*, l'immunité des représentants de l'Etat est fortement limitée et est tout simplement écartée, si celui-ci outrepassé ses fonctions.

§2 : Les immunités du personnel et des locaux diplomatiques

L'immunité diplomatique bénéficie aux représentants des gouvernements étrangers, comme par exemple les ambassadeurs.

Les immunités accordées aux autorités diplomatiques, ainsi qu'à leurs familles résultent de la Convention des relations diplomatiques de Vienne en 1961 dont le Royaume-Uni est partie. Les dispositions les plus pertinentes de cette convention sont appliquées au Royaume-Uni en raison de la transposition résultant du *Diplomatic Privileges Act 1964*³. Les immunités diplomatiques au Royaume-Uni sont conférées à toutes les personnes investies d'une mission à l'étranger et aux membres de la famille vivant dans le cercle familial c'est-à-dire faisant partis du ménage et ce, même s'ils ne sont pas ressortissants du Royaume-Uni. Toutefois, pour être applicable, l'immunité n'est conférée qu'à ceux qui sont

2 - Seth P. Waxman and Trevor W. Morrison, What Kind of Immunity? Federal Officers, State Criminal Law, and the Supremacy Clause, *The Yale Law Journal*, Vol. 112 2003, pp. 2195 - 2259.

3 - Section 2.

répertoriés par le *Foreign and Commonwealth Office* comme exerçant une fonction diplomatique. L'immunité empêche tout jugement pénal ainsi que toute forme d'arrestation ou de détention.

Le *Diplomatic Privileges Act 1964* contient les détails de la durée de l'immunité lorsque la personne a quitté le territoire national du pays de commission de l'infraction.

Par ailleurs, une immunité restreinte est conférée aux membres du personnel technique et administratif investis d'une mission diplomatique et les membres de leurs familles. Les détails de cette immunité résultent du *Consular Relations Act 1968*.

En plus d'offrir l'immunité de juridiction, la Convention des relations diplomatiques de Vienne exige des diplomates et de leurs familles de respecter les lois et règlements du pays d'accueil. Par conséquent un diplomate étranger ne peut pas méconnaître les règles du droit anglais. Le *Diplomatic Privileges Act 1964* confère l'immunité devant les juridictions pénales au personnel diplomatique et aux familles en empêchant par la même l'arrestation de ces personnes. Toutefois, il existe des cas où ces mêmes personnes peuvent être arrêtées à savoir quand leur statut n'est pas encore officiellement établi ou encore lorsque le devoir de la police doit primer afin de prévenir un dommage certain.

Le *Foreign and Commonwealth Office* peut demander une renonciation à l'immunité afin d'arrêter, d'interroger sous caution et, le cas échéant, d'accuser la personne.

Un diplomate ne peut renoncer à sa propre immunité. La renonciation ne peut résulter que de l'Etat dont il est le représentant. Le *Foreign and Commonwealth Office* demande une renonciation à travers la mission diplomatique concernée. La mission consulte son gouvernement et informe le *Foreign and Commonwealth Office* de sa décision.

Cette décision relève d'une décision politique et la décision de lever l'immunité n'implique pas la culpabilité.

Quoiqu'il en soit, quand le *Foreign and Commonwealth Office* estime qu'il existe des preuves suffisantes pour justifier une procédure contre une personne mais que la Direction de la Mission estime qu'elle n'admet pas une renonciation, le *Foreign and Commonwealth Office* peut demander le retrait de la personne ou de sa famille ou les déclarer *personae non gratae*.

Si l'immunité n'est pas levée, les autres personnes impliquées peuvent être normalement poursuivies.

Les locaux diplomatiques ne sont en aucun cas considérés comme des territoires étrangers. Toutefois, la police et les autres autorités ne peu-

vent entrer sans le consentement de l'ambassadeur ou le Chef de Mission⁴.

Toute infraction commise dans les locaux diplomatiques peut être poursuivie selon les principes ordinaires du droit anglais, sous couvert du respect de l'immunité diplomatique. C'est notamment ce qu'il est advenu dans le cas des terroristes ayant envahi l'ambassade iranienne à Londres en 1980.

La procédure spécifique aux immunités diplomatiques s'applique si une personne :

- (a) possède une immunité diplomatique ;
- (b) prétend avoir une immunité diplomatique ;
- (c) est perçue comme possédant une immunité diplomatique.

Dans tous ces trois cas, l'officier de police doit remettre un rapport au *Diplomatic Protection Group* du *Metropolitan Police*, et une copie est envoyée au *Protocol Directorate of Foreign and Commonwealth Office*.

Le *Foreign and Commonwealth Office* informe alors si la personne concernée est titulaire ou non de l'immunité diplomatique.

Les infractions mineures telles que les infractions routières ne font pas souvent l'objet d'un signalement au *Crown Prosecution Service*. Il est alors suffisant d'envoyer une copie du rapport de police au *Foreign and Commonwealth Office*. Le *Deputy Director, Protocol*, écrit alors au *Deputy Head of Mission* de la mission concernée, et lui demande de rappeler à ses membres de respecter la loi anglaise.

Dans les cas les plus sérieux, et lorsque le *Foreign and Commonwealth Office* estime que l'affaire nécessite une levée de l'immunité, le *Diplomatic Protection Group* du *Metropolitan Police* doit soumettre les faits au *Foreign and Commonwealth Office*, au *Chief Crown Prosecutor* ainsi qu'au secteur du *Crown Prosecution Service* concerné. Un cas sérieux est défini dans le *Foreign and Commonwealth Office guidance* comme une infraction qui peut entraîner une sentence de plus de 12 mois d'emprisonnement.

Le *Chief Crown Prosecutor* vérifie que les critères sont réunis.

Si tel est le cas, le *Foreign and Commonwealth Office*, après consultation avec le *Chief Crown Prosecutor* détermine laquelle de ces actions peut être exercée :

⁴ - Section 2 (1) et (3) du *Diplomatic Privileges Act 1964*.

- (a) avertir le Chef de Mission si l'auteur de l'infraction peut réparer ses agissements ;
- (b) demander le retrait de l'auteur dans son pays ;
- (c) demander au Chef de Mission de lever l'immunité.

Si les critères ne sont pas réunis, le *Foreign and Commonwealth Office* peut toujours décider qu'il est indésirable pour l'auteur de l'infraction de continuer sa tâche au Royaume-Uni.

Toutes les affaires impliquant une poursuite de la personne bénéficiaire de l'immunité diplomatique doit être dirigée par le *Chief Crown Prosecutor*.

Loin d'être absolue, cette immunité tend donc à concilier les intérêts de l'Etat concerné mais également le nécessaire respect de la loi anglaise. Il convient de relever la précision des dispositions de *Statute Law* régissant cette immunité.

§3 : L'immunité des parlementaires

L'immunité des parlementaires résulte de la section 34 du *Freedom of Information Act 2000*.

Les membres du Parlement ne peuvent être poursuivis pour les propos tenus ou l'attitude adoptée dans la Chambre ou un comité

Alors qu'en droit français, il s'agit d'une immunité, en Angleterre cette impossibilité de poursuite est désignée sous l'appellation de « *privilege exemption* ».

Les immunités fondées sur la souveraineté ne sont généralement pas absolues et reposent sur un fondement juridique solide, à savoir des règles de *Statute Law* et non de *Common Law*. Ce constat se partage concernant les immunités fondées sur l'intérêt de la justice.

Section II – Les immunités fondées sur l'intérêt de la justice

Les immunités fondées sur l'intérêt de la justice sont octroyées à celui qui coopère avec celle-ci. En effet, il existe peu d'immunités octroyées en raison de l'auteur de l'infraction commise si ce n'est notamment l'immunité familiale résultant du *Theft Act* de 1968 qui prévoit la plupart des infractions d'atteintes à la propriété d'autrui⁵. En *Common Law*,

5 - La section 30 de l'Act intitulée « *husband and wife* » n'emploie pas le terme « *immunity* ». L'immunité est prévue dans la sous-section 4 s'appliquant au vol (« *stealing* ») ou encore aux dommages illégaux à la propriété. Elle concerne celui qui, à l'époque des faits, était l'épouse ou le mari. Elle est applicable que l'époux concerné ait commis l'infraction, une tentative ou encore une conspiration sauf si les procédures sont décidées ou ont recueillies l'assentiment du *Director of Public Prosecution*. Ces dispositions ne s'appliquent pas à celui qui s'est joint au mari ou à la femme ou encore si une décision prévoit qu'il n'existe plus d'obligation de cohabitation.

deux droits méritent d'être relevés concernant l'immunité, à savoir le droit anglais (§1) et le droit canadien (§2).

§1 : L'immunité du témoin en Grande-Bretagne

De façon générale, l'immunité du témoin concernant les infractions de droit commun résulte de la section 31 du *Freedom of Information Act* 2000.

Le *Serious Organised Crime and Police Act* 2005 édicte de nouvelles prérogatives afin de faciliter les investigations concernant la criminalité organisée.

Les sections 71 à 75 réglementent les arrangements faits avec les auteurs d'infraction ayant offert d'aider les investigations ou les poursuites effectuées par les autres.

La personne poursuivante peut passer un accord, un « *formal agreement* » dans lequel l'accusateur s'engage :

- (a) à ne pas poursuivre la personne⁶ ;
- (b) à ne pas utiliser certaines preuves⁷ ;
- (c) à rédiger une note destinée à la juridiction afin que la personne obtienne une sentence réduite⁸ ;
- (d) à rédiger une note destinée à la juridiction dans laquelle la partie poursuivante fera référence à une « circonstance particulière » afin de permettre de réviser la sentence⁹.

De tels arrangements résultant de l'Act de 2005 coexistent avec les règles de *Common Law* permettant de passer des accords informels selon lesquels ne seront poursuivis que certains accusés ou encore aux termes desquels la juridiction sera informée de la coopération de tel ou tel accusé.

L'Act de 2005 reste d'ailleurs silencieux sur la pratique des « *texts* », procédure informelle par laquelle la police, de façon concurrente à l'accusateur, prévient la juridiction de l'aide fournie. Cette pratique devrait donc perdurer.

La *Court of Appeal, Criminal Division* a indiqué que de telles pratiques devraient perdurer pour les personnes ne rentrant pas dans le dispositif légal¹⁰.

6 - Auquel cas est délivrée une notice d'immunité (section 71).

7 - *A restricted use undertaking under* (section 72).

8 - Section 73.

9 - Section 74.

10 - *R v P and Blackburn* [2007] EWCA Crim 2290.

Les critères que doivent prendre en compte l'accusation sont :

- (a) la nature et la valeur de l'information que le défendeur coopérant est capable de donner ;
- (b) une estimation de l'étendue des effets de l'assistance sur la peine prononcée ; et
- (c) le contexte dans lequel l'assistance est offerte et l'avantage potentiel résultant de l'information.

De tels arrangements interviennent afin de préserver la preuve dans la poursuite d'autrui ou d'obtenir d'autres informations vitales pour la préservation d'un intérêt public.

Il n'est pas requis que l'accusé coopérant soit représenté légalement, mais c'est préférable dans l'intérêt de la justice. Quoiqu'il en soit, il est nécessaire d'informer le bénéficiaire de sa possibilité d'obtenir une aide juridique pour que les conséquences de l'arrangement lui soient expliquées.

Pour bénéficier de l'immunité, il est nécessaire que la personne :

- (a) admette totalement sa propre responsabilité ;
- (b) informe de toute information en sa possession concernant les faits sur lesquels portent l'investigation ;
- (c) soit d'accord pour maintenir une coopération continue et complète tout au long de la procédure et de toute procédure subséquente.

Il est nécessaire que l'intérêt public soit pris en compte. Seulement dans les cas les plus exceptionnels, l'immunité sera accordée.

Des critères supplémentaires à prendre en considération ont été posés par l'*Attorney General* dans une réponse écrite à la *House of Commons* le 9 novembre 1981, à savoir que :

- (a) il est préférable dans l'intérêt de la justice d'avoir un témoin qu'un accusé ;
- (b) les intérêts publics de sûreté et de sécurité publiques sont davantage préservés en obtenant une information concernant des activités criminelles plutôt qu'une condamnation individuelle ;
- (c) aucune information ne pourrait être obtenue sans l'offre d'immunité.

A ces critères, se surajoutent les critères légaux. Le témoin doit être crédible, pour cela :

- (a) l'infraction doit être sérieuse ;
- (b) l'infraction commise par le témoin est de moindre gravité que celle pour laquelle sa coopération est obtenue ;
- (c) la preuve ainsi obtenue doit être importante et de valeur ;

- (d) la preuve ne peut être obtenue d'une autre façon ;
- (e) la poursuite serait inefficace sans la preuve ainsi obtenue ;
- (f) l'impact de la preuve doit être évalué ;
- (g) la crédibilité du témoin résulte de son passé criminel et des détails de sa coopération ;
- (h) une appréciation de la sincérité et de la véracité des informations obtenues doit être effectuée ;
- (i) les circonstances dans lesquelles l'arrangement a été obtenu dans le passé doivent être explicitées ;
- (j) la ristourne sur la peine ne doit pas être comprise comme une incitation à commettre des infractions ;
- (k) les intérêts de la justice, incluant la protection du public et des intérêts de la victime, doivent être mieux servis en obtenant la preuve qu'en cas de condamnation.

La section 71 de l'Act de 2005 prévoit qu'un accusateur (*specified prosecutor*) octroie l'immunité s'il pense, que, dans l'intérêt des investigations ou des poursuites, il est approprié de proposer l'immunité à une personne. A cette fin, il peut délivrer à cette personne une notice d'immunité (« *an immunity notice* »).

Le domaine de cette immunité concerne uniquement la criminalité organisée (« *serious organised crime* ») et c'est exclu lorsque l'infraction a été commise en relation avec certaines incriminations comme celle prévue par la section 188 de l'*Enterprise Act 2002 (cartel offences)* [s.71(7)].

En dehors de cette exclusion, des *immunity notices* peuvent être délivrées en relation avec tout type d'infraction. Toutefois, seul un *specified prosecutor* peut délivrer une telle notice, à l'exclusion de la police ou des autres autorités d'investigation.

Les pratiques antérieures diffèrent¹¹. Selon ces pratiques, l'*Attorney General* était consulté avant toute décision visant à fournir une immunité absolue.

Les notices d'immunité doivent être écrites¹². Lorsqu'une personne en bénéficie, aucune poursuite n'est possible si ce n'est selon les conditions posées par l'Act¹³.

Une *immunity notice* ne produit plus d'effet si la personne n'accomplit pas les conditions posées par la notice¹⁴. Dans cette hypothèse, une notice de révocation est délivrée pour éviter toute incertitude.

11 - R v Turner and Others 61 Cr. App. R. 67.

12 - Section 71(1).

13 - Section 71(2).

14 - Section 71(3).

Avant la loi, les juridictions avaient considéré que la Couronne n'avait pas le pouvoir d'accorder une immunité couvrant des infractions à venir¹⁵. Rien dans la loi de 2005 ne permet de considérer que cette règle ait été modifiée. En conséquence, les notices ne peuvent être délivrées que pour des infractions déjà accomplies.

Cette règle contraste avec le pouvoir octroyé par la section 27 du *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* autorisant les « *surveillance officers and human intelligence sources* » de commettre certains agissements sous autorisation sans être responsables civilement ou pénalement.

Par ailleurs, selon la même loi, il est possible d'obtenir une réduction de peine.

Un accord repose nécessairement sur le fait que l'information est vraie. Lorsqu'il est démontré que la preuve ou l'information est fausse, l'accord peut être rescindé pour manquement. L'accord prévoit ces conséquences.

De plus, la fourniture de fausse preuve devant la juridiction conduit à une poursuite pour parjure (« *perjury* ») ou pour tentative de pervertir la juridiction (« *attempting to pervert the course of public justice* »).

L'octroi d'une immunité n'empêche pas l'exercice de poursuites privées, même si le *Director of Public Prosecutions* peut décider de mettre fin aux poursuites (section 6 du *Prosecution of Offences Act 1985*).

Les personnes suivantes ont le droit de délivrer des notices d'immunité :

(a) Les *Heads of the Organised Crime, Counter Terrorism and Special Crime Divisions*, dans la limite de leur compétence. En l'absence d'un chef de division, le chef d'une autre division peut exercer ses pouvoirs.

(b) Le *Principal Legal Advisor* dans le domaine de compétence des *Crown Prosecution Services Areas*.

(c) Un poursuivant désigné (« *nominated prosecutor* »), qui est un *Senior Civil Servant*, s'il est spécialement autorisé par le *Director* pour une période de temps déterminée.

L'office de l'*Attorney General* doit toujours être consulté avant toute décision d'immunité.

Les poursuivants doivent prouver la violation de l'accord.

Les sections 71 à 75 de l'Act de 2005¹⁶ prévoient que les procédures alors en cours sont soumises à décision pour vérifier que les normes

15 - R v DPP ex parte Pretty and Another [2001] UKHL 61; [2002] 1 All ER 1.

16 - Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er avril 2006.

légales n'ont pas été méconnues et s'il est nécessaire d'épouser le schéma légal ou de maintenir le processus de *Common Law*.

L'immunité accordée aux témoins en Grande-Bretagne concerne des infractions déterminées de criminalité organisée, dans lesquelles il paraît nécessaire de s'assurer de la coopération de personnes impliquées afin de démanteler le réseau. L'immunité apparaît alors comme un véritable outil de politique criminelle ; ce pendant, qu'il permet à certains délinquants d'échapper à des poursuites criminelles. Le cantonnement de ces dispositions par l'Act de 2005 atteste de la volonté du législateur d'encadrer davantage ces pratiques. Néanmoins, le maintien de la possibilité d'octroyer des immunités selon la *Common Law* doit aboutir à nuancer fortement cette affirmation.

L'immunité, véritable instrument à la disposition des autorités, est également très développée en droit canadien.

§2 : L'immunité des témoins au Canada

Au Canada, les immunités sont encore davantage développées qu'en Grande-Bretagne. Il existe une immunité de droit commun, mais également une qui est spécifique au droit de la concurrence.

A. L'immunité de droit commun

Le droit canadien connaît une immunité généralisée à l'ensemble des infractions qui résulte de la *Common Law*.

Toutefois, seul l'*Attorney General*, à travers les *Crown Prosecutors*, peut conférer aux témoins l'immunité de poursuite.

L'immunité de poursuite met en cause la sécurité publique, mais elle érode également la confiance publique dans l'administration de la justice, pourtant elle est considérée comme indispensable dans la lutte contre la criminalité.

Il existe des directives (« *guidelines* ») à destination des *Crown Prosecutors* concernant :

- (a) l'établissement d'une procédure à suivre en cas d'octroi d'une immunité ; et
- (b) la possibilité pour la Couronne de conclure un « *immunity agreement* » avec un témoin.

Un *immunity agreement* désigne tout engagement de la Couronne permettant de ne pas poursuivre quelqu'un pour une infraction en échange de l'obtention d'un témoignage, d'une information, d'une assistance ou d'autres formes de coopération.

Cela inclus un accord afin de prendre une position particulière lors de la phase préliminaire du procès, de mettre fin à une procédure, d'accepter un plaider coupable sur une infraction de moindre importance, ou encore de prendre une attitude particulière suite à la condamnation quant à la fixation de la peine.

Le *Crown Prosecutor* doit avertir son *Chief Crown Prosecutor* ou *Director* de sa volonté de conclure un accord.

Si le *Chief Crown Prosecutor* ou *Director* est d'accord avec la recommandation du *Crown Prosecutor* de décider d'une immunité, il doit obtenir l'approbation de l'*Assistant Deputy Minister (Criminal Justice)* pour commencer des négociations en respectant un accord d'immunité. L'*Assistant Deputy Minister* doit obtenir l'approbation du *Deputy Minister*.

Si les négociations sont autorisées, le *Chief Crown Prosecutor* ou le *Director* s'il estime l'accord acceptable le soumet à l'approbation de l'*Assistant Deputy Minister (Criminal Justice)*. L'*Assistant Deputy Minister* doit ensuite obtenir l'approbation du *Deputy Minister*.

Par la suite, l'accord est signé

De tels accords ne sont possibles que pour les infractions graves et l'information ainsi obtenue doit être significative.

Ainsi, il est recherché si une preuve équivalente ne pourrait être obtenue sans qu'une immunité ne soit obtenue.

Généralement, la Couronne ne conclut pas de tels accords avec quelqu'un qui en a déjà bénéficié précédemment. L'accusé pourra faire état, le cas échéant, de cet antécédent¹⁷.

Le taux d'implication du témoin est pris en compte ainsi que l'infraction commise. Il faut que la protection du public soit mieux servie par la conclusion de l'accord.

Le *Crown Prosecutor* procédant aux négociations doit respecter un certain nombre d'obligations, à savoir : s'assurer que l'immunisé à une assistance juridique ; limiter au maximum les contacts avec cette personne et ne jamais la rencontrer seul ; rendre compte de l'ensemble des négociations ; n'accorder une totale immunité que si c'est absolument nécessaire...

Un ensemble de mesures peuvent être octroyées comme l'abandon ou la réduction de charges, l'octroi d'une nouvelle identité ou encore des privilèges en prison.

17 - R. v. Antinello (1995) 97 C.C.C. (3d) 126 (Alta CA).

Selon la Cour Suprême du Canada, la Couronne ne doit pas donner effet à l'accord tant que celui-ci n'a pas été conclu dans ces conditions d'admissibilité¹⁸.

Au Canada, il n'existe aucune disposition législative permettant d'accorder une immunité personnelle complète contre les poursuites. La Commission de réforme du droit au Canada déconseille cette pratique, au motif que ce système officieux d'octroi d'immunité est invisible et n'est assujéti à aucun mécanisme de contrôle.

Le système d'octroi de l'immunité permet de s'assurer de sa nécessité et d'uniformiser les pratiques à travers le pays.

B. L'immunité en droit de la concurrence

En droit canadien, il est prévu par une loi une immunité spécifique concernant les infractions prévues par le droit de la concurrence.

La loi sur la concurrence¹⁹ est une loi d'application générale qui pose les principes fondamentaux de la conduite des affaires au Canada. Cette loi comporte des dispositions d'ordre criminel qui interdisent certains comportements commerciaux anticoncurrentiels comme les ententes ou la fixation concertée des prix.

Celui qui a commis une infraction envers cette loi peut proposer au Bureau de la concurrence de coopérer et alors demander à bénéficier d'une immunité.

Les poursuites criminelles intentées en vertu de la loi sur la concurrence relèvent, tout comme les immunités accordées, du procureur général du Canada.

Le procureur général et le commissaire effectuent un examen approfondi de chaque demande d'immunité.

Sous réserve des exigences exposées ci-dessous, et conformément à l'application juste et impartiale du droit, le commissaire recommandera au procureur général que l'immunité soit octroyée à une partie dans les situations alternatives suivantes :

(a) le Bureau n'est pas au courant de l'infraction, et la partie est la première à la signaler ;

(b) le Bureau est au courant de l'infraction, mais la partie est la première à se manifester avant que suffisamment d'éléments de preuve n'aient été réunis pour justifier le renvoi de l'affaire au procureur général.

18 - R. v. K.G.B. (1993) 79 C.C.C. (3d) 257.

19 - Loi sur la concurrence, LRC 1985 ch.C, 34.

La partie doit prendre des mesures efficaces pour mettre fin à sa participation à l'activité illégale. Elle ne doit pas être à l'origine de cette activité illégale.

Pendant la durée de l'enquête du Bureau et des actions en justice subséquentes, la partie doit coopérer sans réserve et en temps opportun :

(a) la partie doit révéler toute infraction à laquelle elle peut avoir été mêlée ;

(b) la partie doit fournir de façon exhaustive et franche tous les éléments de preuve et tous les renseignements, où qu'ils puissent se trouver, qu'elle connaît ou dont elle a le contrôle, qui sont reliés aux infractions faisant l'objet de l'enquête. Les faits substantiels ne doivent faire l'objet d'aucune déclaration erronée ;

(c) la partie doit apporter son entière coopération, de façon continue et expéditive, pendant toute la durée de l'enquête et des actions en justice subséquentes. Lorsque la partie est une entreprise, ceci s'effectue à ses propres frais. Les entreprises doivent prendre toutes les mesures légales nécessaires en vue d'assurer la coopération de leurs administrateurs, dirigeants et employés pendant toute la durée de l'enquête et des actions en justice subséquentes.

Tout manquement aux exigences de l'entente en matière d'immunité peut entraîner la révocation de l'immunité par le procureur général.

Si une entreprise satisfait aux exigences applicables à l'octroi de l'immunité, tous les administrateurs, dirigeants et employés actuels qui reconnaissent leur participation à l'activité anticoncurrentielle illégale dans le cadre de l'aveu de l'entreprise et qui coopèrent sans réserve et en temps opportun pourront bénéficier de la même recommandation en matière d'immunité. Les anciens administrateurs, dirigeants et employés qui offrent de coopérer à l'enquête du Bureau peuvent aussi obtenir l'immunité. Toutefois, cette décision sera prise selon le mérite de chaque cas et non de façon automatique.

Si une entreprise n'est pas admissible à une recommandation en matière d'immunité, les administrateurs, dirigeants et employés, anciens ou actuels, qui ont souscrit à l'offre de coopération de l'entreprise peuvent être admissibles à un octroi d'immunité, comme s'ils avaient pris personnellement contact avec le Bureau²⁰.

20 - Quiconque souhaite présenter une demande dans le cadre du programme d'immunité du commissaire peut communiquer avec le sous commissaire, affaires criminelles, ou encore le sous commissaire, pratiques loyales des affaires. Le processus d'octroi de l'immunité repose sur plusieurs étapes :

(1) Première prise de contact :

N'importe qui peut amorcer des démarches relativement à une demande d'immunité en communiquant avec le sous commissaire de la concurrence, affaires criminelles, ou le sous commissaire de la concurrence, afin de discuter de la possibilité d'obtenir l'immunité à l'égard d'une poursuite liée à une infraction à la loi. Le Bureau détermine si la partie satisfait aux exigences.

(2) Garantie provisoire concernant l'octroi de l'immunité :

Suite de la note 20 page suivante...

Les immunités accordées au témoin sont très présentes dans les pays de *Common Law*. Toutefois, elles sont encadrées par la loi ou la jurisprudence. Elles sont d'autant plus présentes lorsque les infractions sont délicates à constater et les preuves délicates à découvrir.

Section III – Les immunités mixtes

Certaines immunités reposent à la fois sur la souveraineté et sur l'intérêt de la justice : il s'agit de la *public interest immunity* (§1), du *legal professional privilege* (§2), mais aussi de façon plus surprenante de l'immunité accordée aux surveillants de prison (§3).

§1 : La *public interest immunity*

La *public interest immunity* permet aux juridictions de concilier deux intérêts publics opposés, à savoir l'intérêt public d'une juste administration de la justice et la volonté de maintenir la confidentialité dans l'information de transmission des preuves portant atteinte à l'intérêt public.

La *public interest immunity* est une exception à la règle générale que tous les éléments de preuve doivent être communiqués à la partie adverse.

Elle couvre notamment les informations relatives au secret de la défense nationale.

En usant de cette prérogative de *Common Law*, les juridictions sont parfois conduites à ne pas avoir connaissance d'agissements constitutifs d'infractions pénales.

§2 : Le *legal professional privilege*

Un *legal professional privilege* est prévu par la section 42 du *Freedom of Information Act 2000*. Cette section crée une exemption lorsque les faits sont en relation avec un sujet d'information.

Si une partie décide de soumettre une demande d'immunité, elle devra donner une description de l'activité illégale. Le Bureau présentera alors tous les renseignements pertinents au procureur général, qui a entière discrétion dans ces affaires, en vue d'obtenir une garantie provisoire écrite concernant l'octroi de l'immunité.

(3) Divulcation intégrale :

Une fois qu'une partie a reçu du procureur général une garantie provisoire écrite en matière d'immunité, le Bureau doit savoir avec suffisamment de détails et de certitude quels éléments de preuve ou quelle déposition un témoin potentiel est en mesure de fournir, et il doit connaître la force probante de ces éléments d'information. Une divulgation intégrale est donc essentielle. Le processus de divulgation intégrale se déroulera suivant l'entente que le Bureau ne se servira pas des renseignements fournis au détriment de la partie concernée, à moins qu'il n'y ait manquement aux exigences de l'entente.

(4) Entente en matière d'immunité :

Lorsque le Bureau recommande au procureur général d'accorder l'immunité et si, suite à un examen indépendant, le procureur général accepte la recommandation, il conclura une entente en matière d'immunité qui comprendra toutes les obligations à caractère continu.

Un *legal professional privilege* s'applique également aux communications confidentielles entre les juristes et leurs clients donnant ou recevant un avis juridique, ainsi que toute communication portant sur l'accusation ou la défense dans une procédure juridictionnelle.

Cette section s'applique-t-elle aux conseils du *Crown prosecution service* et des conseillers juridiques ?

Cette section ne s'applique normalement pas aux communications et documents entre le *Crown prosecution service* et la police car la relation n'est pas analogue à celle d'une firme juridique privée ou une chambre de *barristers* rendant un avis ou une consultation pour le compte d'un client privé.

Le *Crown prosecution service* est une autorité indépendante de poursuite créée par la loi, ayant des pouvoirs étendus et des obligations dans la poursuite des affaires criminelles.

Son rôle est d'agir pour le compte du public et dans l'intérêt public. Les relations avec la police sont régies par la loi.

La police est soumise à son autorité.

Dans des cas particulièrement rares, la police peut devenir cliente du *Crown prosecution service* et le *legal professional privilege* peut alors s'appliquer²¹.

La question est alors de savoir si la relation se déroule dans le cadre légal, ce qui permettrait au *privilege* de s'appliquer, comme l'a déterminé la *House of Lords* dans la décision *Three Rivers District Council v Bank of England (No 6)* [2004] 3 WLR 1274. Dans cette affaire, Lord Scott a mis en évidence un test en trois étapes pour décider si le *legal professional privilege* était applicable.

Pour autant, les communications entre le *Crown prosecution service* et la police ne sont pas communicables systématiquement.

De la sorte, le *privilege* crée une immunité dans la mesure où les documents ou renseignements fournis ne peuvent être transmis à une juridiction et ne peuvent servir de preuve dans une action en justice. Toutefois, ils sont strictement limités à certaines professions et à certaines activités.

§3 : Les immunités des surveillants de prison

En droit anglais, des immunités sont susceptibles d'être accordées en vertu des sections 21 à 24 du *Offender Management Act 2007*²².

21 - Goodridge v Chief Constable of Hampshire Constabulary [1999] 1 All E.R. 896.

22 - Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2008.

Les sections 21 à 24 du *Offender Management Act 2007* réactualisent the *Prison Act 1952*, qui renforce les dispositifs de contrôle et de sécurité dans les prisons. Leur but est prévenir les activités illégales du milieu carcéral.

Les sections 21 à 24 du *Offender Management Act 2007* créent un certains nombres de nouvelles infractions criminelles telles que :

- (a) la falsification des autorisations de sortie de prison ;
- (b) l'utilisation non autorisée de certains objets tels que des caméras ou des magnétophones ;
- (c) la diffusion de documents, concernant les prisonniers, sans autorisation préalable.

Les dispositions prennent en compte le développement des nouvelles technologies, et plus particulièrement la généralisation des téléphones portables dans les prisons ou encore d'autres outils électroniques, pouvant mettre en péril la sécurité dans les prisons.

Les employés des prisons qui ne possèdent pas le statut d'employé de la couronne peuvent octroyer à certains détenus une immunité pour les infractions désignées. La section 40F du *Prison Act* autorise le secrétaire d'Etat à désigner n'importe quelle personne travaillant à la prison et ne possédant donc pas le statut d'un agent de la couronne à disposer de ce pouvoir. Une fois désignés, ils possèdent l'immunité de la couronne mais uniquement en ce qui concerne les infractions spécifiques aux sections 40B à 40D du *Prison Act*.

Cette autorisation de conférer l'immunité reste spécifique à certains besoins qui sont rappelés à la section 40B (et, à titre moindre, dans la section 40E) du *Prison Act 1952*.

Les immunités sont soumises à l'appréciation des responsables des centres pénitenciers, mais toujours sous le contrôle suprême du secrétaire d'Etat.

Cette immunité permet de maintenir l'ordre dans les prisons et de concilier l'intérêt de la justice et la souveraineté représentée par les surveillants de prison.

En conclusion, il convient de constater que l'octroi d'une immunité résulte d'une démarche pragmatique.

Ainsi, le plus fréquemment, l'immunité est accordée par la *Common Law* car elle permet nécessaire dans des cas déterminés. Plus encore, la période récente démontre que des *Statute Laws* sont adoptées afin de consacrer certaines immunités spécifiques, tout en laissant se maintenir les immunités issues de *Common Law*.

La doctrine s'interroge sur la légitimité de ces immunités qui permettent à des autorités non judiciaires d'octroyer une immunité afin de faciliter les poursuites pour des infractions plus graves. En effet, l'absence d'encadrement systématique par une loi *stricto sensu* et de contrôle par un juge peut paraître surprenante. Il n'en demeure pas moins que les

décisions relatives aux immunités font l'objet d'un contrôle approfondi et reposent sur de strictes conditions.

Ainsi, apparaît la spécificité des pays de *Common Law* dans lesquels le plaider coupable (*guilty plea*) et la négociation sur la peine (*plea bargaining*) existent. En effet, l'objectif de la justice n'est alors pas tant d'obtenir la manifestation de la vérité, mais plutôt de juguler la criminalité le cas échéant, en permettant aux repentis d'échapper à des poursuites...

Faut-il en conclure que la fin, à savoir démanteler les réseaux criminels ou maintenir l'ordre dans les prisons, justifient les moyens, et donc d'octroyer l'immunité à des délinquants ? Il semble qu'une réponse affirmative doive s'imposer...

LES VICISSITUDES DE L'IMMUNITÉ PÉNALE DU PREMIER MINISTRE EN ITALIE

Cristina Mauro

Maître de conférences – Université Panthéon-Assas Paris II

La question de l'immunité du premier ministre a suscité en Italie de nombreuses polémiques liées non seulement à ses aspects techniques et juridiques, mais aussi plus largement aux institutions de l'État. Depuis une petite trentaine d'années, l'Italie connaît une grave crise politique et institutionnelle qui a eu pour effet de remettre en cause à la fois la crédibilité, la légitimité et le fonctionnement des plus hautes institutions de l'État ainsi que les principes fondamentaux de l'État de droit, tels qu'ils avaient été conçus par le Constituant en 1947. Il est donc très difficile d'analyser cette question de l'étranger en prétendant apporter un regard objectif sur la technique pénale et/ou constitutionnelle¹. Mais le sujet mérite une attention toute particulière en France dès lors que les choix opérés par le législateur italien et censurés par le juge constitutionnel ont été largement inspirés par le modèle français : cette crise toute italienne soulève de nombreuses questions à propos du système français lui-même.

1 - *Contra*, F. Laffaille, L'immunité pénale des organes constitutionnels monocéphales en Italie, RIDcomp. 2009, p. 839 et s.

L'une des principales manifestations de cette crise, ou peut-être son catalyseur, a été le phénomène *Mani Pulite* – Mains Propres : un ensemble d'enquêtes et de procédures déclenchées à la fin des années 1980 et ayant conduit à la mise en cause et parfois à la condamnation de nombreux hommes politiques – tous partis et courants confondus - et de nombreux hommes d'affaires. Bien connu à l'étranger, ce phénomène a fait l'objet en Italie de nombreuses analyses et critiques.

Selon certains, il aurait permis de mettre en évidence les liens corrompus entre une vieille classe politique et le monde des affaires. Par conséquent, il aurait permis de faire émerger des personnages politiques nouveaux censés être plus proches des inquiétudes des gens et moins soucieux du financement de leurs partis. Ces hommes nouveaux, qui trouvent dans l'actuel premier ministre leur figure symbolique, auraient en effet suffisamment de moyens personnels pour financer leurs activités politiques et puiseraient leur légitimité toute entière dans l'élection fondée sur le système majoritaire². Aucune enquête, aucune poursuite ne devraient donc pouvoir remettre en cause leur réputation et par là même la souveraineté populaire.

Selon un autre point de vue, *Mani Pulite* aurait surtout exacerbé les relations entre le monde politique pris dans son ensemble et le monde judiciaire et conduit à un conflit permanent entre les différents pouvoirs de l'Etat, et tout particulièrement entre les pouvoirs législatif et exécutif d'une part et le pouvoir judiciaire d'autre part³. La célèbre formule des « petits pois » utilisée par le Président Sarkozy en France à propos des magistrats réunis devant lui lors de l'ouverture de l'année judiciaire il y a quelques années pourrait faire sourire l'observateur italien désormais habitué à des attaques et insultes graves et courantes dirigées à l'encontre de magistrats individuels et ou du Conseil Supérieur de la Magistrature.

Enfin, dans une optique plutôt procédurale, *Mani Pulite* aurait contribué à la prise de conscience de la part de la magistrature italienne des énormes pouvoirs que le système procédural adopté en 1988 donnait -

2 - Ainsi, le système majoritaire viendrait justifier la remise en cause du principe de la séparation des pouvoirs. Selon certains auteurs, cependant, cette remise en cause pourrait se transformer en une dictature de la majorité. Pour éviter les abus de majorité, il serait donc particulièrement important de sauvegarder l'indépendance de la magistrature (G. Neppi Modona, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in G. Neppi Modona (dir.), *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano, 1998) et la fonction du juge constitutionnel appelé à empêcher à des majorités transitoires de porter atteinte, en raison d'intérêts particuliers, à des principes fondamentaux (G. Silvestri, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. Violante (dir.), *Storia d'Italia, Annali*, Vol. XIV, *Legge, Diritto, Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, cet auteur applique à la Cour constitutionnelle italienne les théories développées par J. Rawls).

3 - Comme on le verra à propos du Conseil Supérieur de la Magistrature italien, la Constitution italienne envisage en effet l'autorité judiciaire comme un véritable pouvoir et non comme une simple autorité.

et donne encore aujourd'hui – aux membres du parquet devenus les maîtres des enquêtes et des poursuites. En effet, le nouveau Code de procédure pénale de 1988 a abandonné le système à dominante inquisitoire français de l'ancien code de 1930 et a donc supprimé le juge d'instruction, pour consacrer un modèle accusatoire. Or, dès le début, et dans des affaires politico-financières notamment, il a été clair que le juge de l'enquête préliminaire censé autoriser les actes attentatoires à la présomption d'innocence et aux libertés fondamentales jouait un rôle très réduit et se limitait souvent en pratique à reprendre textuellement les réquisitoires du procureur⁴.

Cette toute puissance des membres du parquet qui fait si peur aux hommes politiques italiens depuis *Mani Pulite* est également due à deux autres particularités du système juridique italien : la totale indépendance de la magistrature italienne et le principe de la légalité des poursuites.

D'une part, par réaction au système de contrôle du ministre de la justice sur les décisions prises par le Conseil Supérieur de la Magistrature et sur les membres du parquet établi pendant le régime fasciste⁵, la Constitution de 1947⁶ et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ont conçu l'autorité judiciaire comme un véritable pouvoir indépendant des pouvoirs exécutif et législatif. Pour en garantir l'indépendance, le *Consiglio Superiore della Magistratura* - CSM - n'est pas seulement le garant de l'indépendance par rapport aux décisions prises par le gouvernement, mais constitue un véritable organe d'auto-gestion⁷. Par ailleurs, les membres du parquet sont soumis au même statut

4 - On a expliqué cette tendance par différentes raisons. D'une part on a insisté sur les raisons liées à la pratique procédurale : ne suivant pas l'enquête dans son ensemble et n'ayant que peu de temps pour décider, le juge de l'enquête n'aurait pas eu les moyens pour décider effectivement en toute indépendance. C'est pourquoi le législateur a accru les pouvoirs propres d'enquête du juge. D'autre part, on a dénoncé le corporatisme de l'autorité judiciaire. Sur les réformes de nature procédurale qui ont tenté d'accroître les pouvoirs du juge de l'enquête préliminaire et de la police judiciaire qui peut désormais conduire des investigations propres sans en prévenir immédiatement le Procureur de la République, cf. S. Gleb, J. Leblois-Happe, C. Mauro, F. Messner et V. Murschitz, Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 203 et s., spéc. p. 214 et s.

5 - Cf. C. Federico Grosso, G. Neppi Modona et L. Violante, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Garzanti, Milano, 2002, spéc. pp. 109 et s.

6 - Article 104 de la Constitution : *La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*. Article 101, al. 2 : *I giudici sono soggetti soltanto alla legge*.

7 - En italien, le CSM est souvent désigné comme l'organe qui assure l'*auto-governo* de la magistrature. Par opposition au CSM français qui ne viendrait qu'exercer un contrôle sur les décisions du Ministre, le CSM italien est conçu comme l'institution qui est à l'origine de toute décision relative au statut des magistrats. Sur cette comparaison, cf. C. Guarnieri, *Magistrati in Europa : indipendenza, professionalità, responsabilità*. Il caso italiano, *Studi Urbinati* n° 59, 2008, p. 255 et s. La Constitution garantit l'indépendance du CSM en exigeant que les deux tiers du Conseil soient élus directement par les magistrats et que le tiers restant soit nommé par le Parlement parmi des professeurs universitaires dans les matières juridiques ou des avocats ayant au moins 15 ans d'expérience. Par ailleurs, le CSM est présidé par le Président de la République qui, comme on le verra, n'a qu'un rôle d'arbitre impartial entre les différents pouvoirs de l'Etat.

et aux mêmes garanties d'indépendance que les membres du siège⁸. Ainsi, le conflit ouvert entre le monde politique et la magistrature s'est traduit par de nombreuses tentatives de réforme constitutionnelle ou législative du statut de la magistrature et du fonctionnement du CSM qui ont en substance visé à limiter les pouvoirs d'auto-contrôle du CSM et surtout l'indépendance des membres du parquet⁹.

L'autre particularité du système italien qui explique en partie la gravité du conflit entre la magistrature et les autres pouvoirs de l'Etat est le principe constitutionnel de la légalité des poursuites – *principio dell'obbligatorietà dell'azione penale*¹⁰. Dans sa conception italienne, ce principe exclut toute marge d'appréciation du procureur par rapport à l'opportunité des poursuites, et ceci quelle que soit la nature ou la gravité de l'infraction en cause : dès lors qu'il constate qu'une infraction a été commise, le procureur doit poursuivre¹¹. Ainsi, en raison de ce principe, il serait faux de dire que les procureurs italiens n'hésitent pas à poursuivre des hommes politiques : il vaudrait mieux souligner qu'ils sont tenus de le faire !

Ces considérations ne sont pas seulement utiles pour illustrer le contexte général, elles permettent surtout d'illustrer l'importance des règles relatives aux immunités et aux privilèges de juridictions pour les parlementaires et les membres du gouvernement dans le système italien : depuis *Mani Pulite*, les hommes politiques italiens ont pris acte du fait que des procureurs totalement indépendants et soumis au principe de la légalité poursuivent des actes de corruption, de blanchiment, de fraude fiscale, de faux, de comptes infidèles etc.... même lorsqu'ils mettent en cause des parlementaires et des membres de l'exécutif. Après avoir tenté d'adopter des réformes pour limiter l'indépendance de la magistrature et des membres du parquet plus particulièrement, ou pour limiter les pouvoirs du procureur pendant l'enquête préliminaire, en suivant le modèle français, le gouvernement et le législateur ont tenté l'ultime voie, celle consis-

8 - Article 107 de la Constitution.

9 - Sur cette réaction, cf. notamment S. Staiano, *I duellanti empatici : corte costituzionale e legislatore in tema di giustizia*, *Quaderni di scienze penali* n° 3, 2007, p. 31 et s.

10 - Article 112 de la Constitution : *Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*.

11 - Malgré les nombreuses difficultés pratiques qu'il soulève (notamment engorgement des juridictions, insuffisance des moyens humains et économiques, prescription de l'infraction), selon la majorité de la doctrine, le principe de la légalité constitue une garantie fondamentale de l'égalité des citoyens devant la loi (M. Chiavario, *Obbligatorietà dell'azione penale : il principio e la realtà*, in *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 83 et s.). Cependant, pour limiter les effets néfastes de l'engorgement des juridictions répressives et du manque de moyens humains et économiques et éviter ainsi que l'action publique dépende du hasard, des critères de priorité pour le déclenchement et l'exercice de l'action publique ont été établis soit par la loi (la loi a établi des critères de priorité pour le déclenchement et l'exercice de l'action publique pour les infractions moins graves qui relèvent de la compétence du juge unique – *giudice unico o monocratico*) soit par des instructions établies au sein de certains parquets (à Turin, en 1990, le Procureur avait fixé plusieurs critères de priorité allant de la détention du prévenu à l'existence d'un préjudice non encore indemnisé, cf. *Cass. Pen.* 1991, p. 361 et s.).

tant à renforcer les immunités et les privilèges de juridictions des parlementaires et des ministres. On remarquera d'emblée que les médias ont vu apparaître dans ces tentatives une véritable immunité pour les plus hautes charges de l'Etat. Or, techniquement, il ne s'agissait pas d'introduire une immunité mais juste le principe de la suspension des poursuites pendant le mandat, en suivant l'exemple français.

Ainsi, d'abord par le *Lodo Schifani*, loi n° 140 du 20 juin 2003, puis par le *Lodo Alfano*, loi n° 124 du 22 juillet 2008¹², à partir de deux projets rédigés par les ministres de la justice Schifani et Alfano, le législateur a tenté d'introduire le principe de la suspension de toute poursuite pénale devant les juridictions ordinaires pour les infractions de droit commun commises avant ou pendant le mandat et ceci au bénéfice du Président de la République, du Président du Sénat, du Président de la Chambre des députés (Assemblée Nationale), du Président du Conseil des ministres et du Président de la Cour constitutionnelle¹³.

L'urgence de cette réforme était grande. En 2003, suivant une proposition de l'opposition, le ministre de la justice de l'époque avait d'abord mis en avant la nécessité de mettre à l'abri de toute poursuite pénale le premier ministre Silvio Berlusconi à l'occasion de la Présidence italienne du Conseil européen et ceci pour éviter toute atteinte à l'image internationale du pays. Mais certains commentateurs avaient publiquement exprimé la crainte que la réforme ne vise qu'à assurer l'impunité du premier ministre dans l'affaire SME – où finalement Berlusconi a été relaxé en raison de l'amnistie prévue par la même loi Schifani.

En tout état de cause, saisie d'une question de constitutionnalité – *questione di legittimità costituzionale* -, la Cour constitutionnelle avait déclaré en 2004 l'illégitimité constitutionnelle de la loi et ceci sur le fondement de plusieurs articles de la Constitution¹⁴ : étaient notamment visés l'article 3 qui consacre le principe d'égalité des citoyens devant la loi et l'article 24 qui consacre le droit à agir devant un tribunal et le droit à la défense¹⁵. D'autres vices étaient également pointés du doigt, et tout particulièrement la non conformité de la loi par rapport au principe constitutionnel de la légalité des poursuites (art. 112).

12 - L'expression *Lodo* - sentence arbitrale - a été employée par les journalistes et la majorité pour indiquer que la loi était le fruit d'un compromis entre les différents courants et partis. Ainsi, selon un auteur, cette expression suffirait à indiquer que ces lois sont le fruit d'un arbitrage politique qui vise à protéger les intérêts de certains membres de la majorité (en ce sens, cf. E. Olivito, *Eguaglianza come parità di trattamento e sospensione dei processi*, in R. Bin (dir.), *Il lodo ritrovato. Una questione e un referendum sulla legge n° 124 del 2008*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 196 et s.).

13 - Ce dernier était visé dans la loi Schifani, mais il n'était pas visé dans la loi Alfano.

14 - Décision n° 24 des 13-20 janvier 2004.

15 - Art. 24 : *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.*

Ces mêmes soupçons, liées à l'instrumentalisation des réformes pour des intérêts propres au Premier Ministre et à ses proches, ont pu être à nouveau avancés à propos du projet Alfano de 2008 : le procès en appel à l'encontre d'un avocat anglais – David Mills - accusé d'avoir procédé à des faux témoignages dans des affaires judiciaires concernant le premier ministre Berlusconi devait en effet s'ouvrir en janvier 2009.

Or, jusqu'à cette affaire, le premier ministre avait toujours bénéficié de lois parfois considérées comme *ad personam*, adoptées par la majorité dans le but, selon certains, de garantir l'impunité du premier ministre et de ses collaborateurs¹⁶. Mais dans cette affaire, seules deux solutions étaient envisageables en pratique. D'une part, on pouvait tenter d'abrégé les délais de prescription : ce qui a été tenté indirectement grâce à un projet sur le *processo breve* – procès rapide – qui devait établir des délais procéduraux très rapides pour certaines infractions spécialement prévus. Envisagé en décembre 2009, ce projet a suscité de nombreuses réactions négatives y compris de la part des membres de la majorité et a été finalement abandonné. D'autre part, avec le projet Alfano, on pouvait tenter une nouvelle fois d'introduire le principe de la suspension des poursuites, repris du Lodo Schifani. C'est cette deuxième voie qui a été privilégiée en 2008 (section I). Le nouveau système a cependant été condamné par la Cour constitutionnelle (section II).

Section I - La réforme

Opérée par la voie législative, la réforme Alfano a tenté d'étendre le système relatif aux immunités consacrés par différents articles de la Constitution pour le Président de la République, les Présidents des Chambres et le Président du Conseil des ministres.

§ 1 : Le système consacré par la Constitution

Le système antérieur était consacré aux articles 68, 90 et 96 de la Constitution. A la suite de la décision de la Cour constitutionnelle à propos de la loi Alfano, ce système constitue le droit positif.

16 - La liste de ces lois est longue. Selon le quotidien *La Repubblica*, avant le projet Alfano, on pouvait compter au moins 14 lois adoptées afin de sauvegarder les intérêts du premier ministre (*La Repubblica* du 23 novembre 2009). Parmi ces lois, on peut citer : la loi n° 367 de 2001 sur les limites à la possibilité d'utiliser les preuves obtenues grâce à des commissions rogatoires internationales ; la loi n° 61 de 2001 sur la dépénalisation du *falso in bilancio* – infraction qui peut être comparée à la présentation de comptes infidèles ; la loi n° 248 de 2002, dite Loi Cirami, qui introduit la possibilité de demander la récusation du juge en raison d'un simple soupçon légitime d'impartialité ; la loi n° 251 de 2005, dite Loi Cirielli, qui réduit les délais de prescription pour certaines infractions – corruption notamment ; la loi n° 46 de 2006, dite Loi Pecorella, qui interdisait au Ministère Public de former appel à l'encontre des décisions de relaxe ou d'acquiescement mais qui a été déclarée inconstitutionnelle. Les dispositions de toutes ces lois ont été invoquées dans des affaires en cours à l'encontre de Silvio Berlusconi.

Pour le Président de la République, dont le rôle limité le rapproche plus de l'arbitre neutre entre les différents pouvoirs que d'un chef du gouvernement, l'article 90 prévoit qu'il n'est pas responsable des actes commis dans l'exercice de ses fonctions, sauf en cas de haute trahison ou d'attentat à la Constitution. Dans ces derniers cas, il est mis en accusation par les deux chambres réunies devant la Cour constitutionnelle. Les travaux préparatoires laissent apparaître que le constituant a volontairement choisi une formulation ambiguë dictée par deux préoccupations contradictoires : d'une part, le souci de limiter en fait les poursuites à l'encontre du Président, mais d'autre part la nécessité d'écarter l'hypothèse d'une immunité complète en affirmant ainsi symboliquement le principe de l'égalité des citoyens devant la loi¹⁷.

Dans le respect de la volonté du constituant, la doctrine s'accorde ainsi pour donner une interprétation fonctionnelle à l'expression « actes commis dans l'exercice de ses fonctions », et non seulement chronologique : ainsi pour être couverts par cette immunité les actes non seulement doivent avoir été commis pendant le mandat mais doivent également présenter un lien avec les fonctions présidentielles. Il est donc impossible de remettre en cause et attaquer le Président pour ses choix et ses décisions politiques. Pour toute autre infraction, commise avant ou pendant le mandat, mais ne présentant aucun lien avec l'exercice des fonctions présidentielles, la doctrine suggère que le texte soit interprété comme établissant la suspension de la prescription des poursuites et de l'infraction¹⁸.

Pour les membres du Parlement, la Constitution établissait à l'origine une immunité – ou plutôt une insindicalité – pour les opinions et voix exprimées dans l'exercice des fonctions parlementaires et soumettait toute poursuite pénale à la condition préalable de l'autorisation de la chambre d'appartenance¹⁹. S'étant révélé trop restrictif pendant *Mani Pulite*, ce système fut modifié en 1993 : désormais, pour les infractions de droit commun, l'autorisation de la chambre d'appartenance n'est plus nécessaire pour déclencher des poursuites devant les juridictions

17 - Lors de la rédaction du texte, le Président de la Commission avait notamment souligné que le Président de la République, comme tout autre citoyen, doit être soumis, quoique avec des précautions, à la loi. Le fait que des poursuites puissent être évitées ne suffit pas à sauvegarder le prestige lié à cette fonction, dès lors que sur le Président pèse une accusation ou un soupçon de culpabilité (il Presidente della Repubblica, come ogni altro cittadino, deve essere sottoposto, sebbene con certe cautele, alla legge. Né il fatto che venga evitato il procedimento giudiziario possa essere sufficiente a salvaguardare il prestigio della carica, quando sulla persona del Presidente grava un'accusa o un sospetto di colpevolezza). Le texte des débats entre les membres de la Commission qui a rédigé la Constitution italienne peuvent être consultés à la page www.nascitacostituzione.it.

18 - En ce sens, même dans la doctrine antérieure à *Mani Pulite*, cf. T. Martines, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, spéc. pp. 531 à 534.

19 - Sur l'immunité des parlementaires, cf. E. Furno, *L'insindicalità parlamentare*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

répressives, mais seulement pour procéder à certains actes d'enquête – arrestation, détention provisoire, perquisition, fouille corporelle, sauf dans le cas de flagrance, et pour procéder à des écoutes téléphoniques ou des correspondances²⁰. Ce dispositif consacre ainsi pour les membres du parlement une inviolabilité plus qu'une véritable immunité.

Pour le premier ministre et les ministres, l'article 96 prévoit depuis 1989 une procédure particulière pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions²¹. Comme pour le Président de la République, la formule « infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions » doit être interprétée de façon fonctionnelle et non seulement chronologique, mais, selon la Cour de cassation, elle recouvre potentiellement toute qualification de droit commun²².

Même après la fin de leur mandat et pour les infractions ministérielles, les ministres ne peuvent être poursuivis devant les juridictions ordinaires qu'après autorisation donnée par le Sénat s'ils ne sont pas parlementaires ou par leur chambre d'appartenance. La loi de 1989 prévoit l'intervention d'une formation collégiale, appelée aussi tribunal des ministres – *tribunale dei ministri* -, instituée dans le ressort de chaque Cour d'appel pour une durée de deux ans, composé de trois magistrats, tirés au sort parmi les magistrats du ressort ayant au moins 5 ans d'expérience dans le même tribunal. Saisi par le procureur de la République²³, ce tribunal vérifie l'existence d'indices sérieux de culpabilité, la qualification choisie et les liens existant entre les fonctions ministérielles et l'infraction. Il peut décider de classer l'affaire sans suite ou de transmettre le dossier au procureur pour que celui-ci puisse adresser une demande au Parlement pour obtenir une autorisation en vue de poursuivre.

20 - Article 68 de la Constitution issu de la loi - *legge costituzionale* - n° 3 du 29 octobre 1993.

21 - A l'origine, le texte prévoyait que le Président du conseil des ministres et les ministres étaient mis en accusation par le Congrès pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions devant la Cour constitutionnelle (*Il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri sono posti in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni*). Mais le referendum des 8-9 novembre 1987 avait eu pour effet d'abroger les dispositions de la loi n° 170 de 1978 relatives à la décision et à la mise en accusation par les chambres réunies devant la Cour constitutionnelle. Depuis la loi - *legge costituzionale* - n° 1 du 16 janvier 1989, l'article 96 est ainsi rédigé : *Il Presidente del Consiglio dei ministri e i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei Deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale*.

22 - Cass. SS UU, 20 juillet 1994. Sur cette décision, cf. E. Furno, *La Cassazione e i reati ministeriali nel testo novellato dall'articolo 96 della Costituzione* : un'occasione mancata, *Giurisprudenza Italiana* 1995, p. 377. La doctrine antérieure à la réforme allait dans le même sens, cf. T. Martines, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 470 et s. Selon la formule d'un auteur, les infractions ministérielles sont des infractions commises par un ministre parce qu'il est ministre (G. Zagrebelski, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 405 et s.).

23 - En effet, la réforme de 1989 avait pour objectif de soustraire à la commission parlementaire la charge de conduire l'enquête et recueillir les éléments de preuve, mais présentait aussi le risque que l'autorisation ne soit justement refusée pour éviter que l'autorité judiciaire conduise des enquêtes approfondies (en ce sens et plus largement sur le contexte de la réforme, cf. G. Zagrebelski, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 462 et s.).

Ainsi, selon une partie de la doctrine et le texte même de la loi de 1989, le Parlement n'aurait qu'une légère marge d'appréciation - de nature politique - de l'opportunité des poursuites : il s'agit ainsi de se demander si le ministre a agi pour la protection d'un intérêt constitutionnel ou public prioritaire et décider par rapport à la nécessité de la continuité des fonctions du ministre en cause²⁴. Au delà de cette autorisation en vue des poursuites, et comme dans les procédures qui intéressent un parlementaire, le Parlement doit cependant autoriser les atteintes à la liberté personnelle, les écoutes téléphoniques, les saisies des correspondances, les fouilles et les perquisitions au domicile des ministres, sauf en cas de flagrance pour une infraction pour laquelle le mandat d'amener ou d'arrêt sont obligatoires. Or, cette inviolabilité constitue en pratique une véritable impunité dès lors qu'il est possible aux chambres de faire obstacle à de nombreux actes d'investigations²⁵. C'est d'ailleurs pour cette raison que le projet Alfano a également focalisé l'attention de l'opinion publique sur les écoutes téléphoniques et tout enregistrement audio-vidéo et a tenté de limiter les possibilités de procéder à ces opérations dans toute enquête qu'elle intéresse un ministre ou pas, tout en sanctionnant pénalement la publication par les médias des informations issues de ses actes²⁶.

Mais, si l'impunité des ministres peut être garantie par l'inviolabilité et les obstacles de plus en plus nombreux qui s'opposent au ministère public dans une enquête préliminaire, la loi de 1989 fait symboliquement preuve de beaucoup de sévérité. En effet, lorsqu'enfin la culpabilité peut être établie, la réforme de 1989 exige du juge qu'il prononce à l'encontre d'un ministre et pour des infractions ministérielles une peine aggravée d'un tiers par rapport à celle prévue par le texte d'incrimination lorsque les circonstances sont d'une particulière gravité.

Par ailleurs, pour toute infraction de droit commun, commise avant ou pendant le mandat mais ne tombant pas sous la qualification « ministérielle » - en pratique, la question se pose pour les infractions commises

24 - Cf. En ce sens, P. dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 17 et s. Ainsi, en raison de la réforme de 1989, le Parlement était désormais conduit à motiver sa décision, sans pouvoir se fonder sur des solutions partisans.

25 - De plus, la requête du procureur en vue d'obtenir l'autorisation pour procéder à ces actes d'enquête permet aux membres du Parlement d'obtenir des informations quant aux enquêtes en cours à l'encontre des ministres alors même que ces mêmes informations ne seraient pas nécessairement communiquées au public ou à la personne soupçonnée dans une enquête ordinaire.

26 - En dernier lieu, Cf. le projet de loi n° 1611 sur «Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice e degli atti di indagine. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche » qui a été adopté par la Camera dei deputati le 11 juin 2009 et renvoyé devant la Commission Giustizia au Sénat le 7 juin 2010. Le projet limite la possibilité d'écoutes à une liste d'infractions et exige qu'elles ne soient autorisées par ordonnance spécialement motivée que lorsqu'il existe des indices évidents de culpabilité, ces opérations étant absolument indispensables pour la poursuite des enquêtes.

avant le mandat -, cette procédure ne doit pas trouver application. Les juridictions ordinaires sont compétentes selon une procédure de droit commun, étant entendu que lorsque le ministre est aussi membre du Parlement, les règles relatives à l'inviolabilité de l'article 68 de la Constitution doivent trouver application pour tous les actes d'enquête soumis à autorisation.

§ 2 : Le système envisagé en 2008

En 2008, le législateur n'a pas voulu modifier ce système : ceci aurait requis une réforme constitutionnelle et donc l'adoption d'une procédure parlementaire particulière et l'obtention d'une majorité absolue²⁷.

Toutefois, afin de soustraire toutes les plus hautes charges de l'Etat à l'emprise de la magistrature ordinaire pendant la durée de leur mandat, la loi Alfano a tenté de consacrer expressément le principe de la suspension de la prescription de l'action publique pour les infractions ne présentant pas de lien avec les fonctions présidentielles ou ministérielles. En effet, la loi prévoyait que, en dehors des cas prévus aux articles 90 et 96 de la Constitution pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions par le Président de la République et par les ministres, les procédures pénales à l'encontre des Présidents de la République, du Sénat, de la Chambre des députés et du Conseil des ministres devaient être suspendues pendant toute la durée du mandat. Ainsi, la loi Alfano venait étendre au premier ministre et aux présidents des deux chambres le bénéfice d'une solution qui était d'ores et déjà admise implicitement par les travaux du constituant et acceptée en France pour le Président de la République.

En pratique, la loi constituait néanmoins un bouclier pénal pour l'actuel premier ministre qui était dès lors comparé par certains à un sultan²⁸. Elle aboutissait en effet à la solution quelque peu paradoxale où, pendant le mandat, un premier ministre aurait pu être poursuivi devant les juridictions ordinaires pour une infraction ministérielle, mais n'aurait pas pu être poursuivi devant ces mêmes juridictions pour une infraction n'ayant aucun lien avec ses fonctions.

Ce constat avait conduit de nombreux constitutionnalistes italiens à manifester des doutes sérieux quant à la légitimité de cette solution. Bien avant que la loi ne soit soumise à contrôle de constitutionnalité, et sur le fondement de la décision de 2004 relative à la loi Schifani,

27 - Toute réforme constitutionnelle et toute loi constitutionnelle - *legge costituzionale* - doivent être adoptées selon une procédure particulière et avec une majorité absolue (art. 138 de la Constitution).

28 - A Pizzorusso, Pizzorusso Contrario : Così' viene violata la nostra carta, *Corriere della sera* du 9 juillet 2008, page 6.

certaines avaient en effet pu souligner que la nouvelle solution portait atteinte à de nombreux principes constitutionnels. Tout d'abord, elle portait atteinte au principe de l'égalité des citoyens devant la loi parce qu'elle imposait automatiquement la suspension des poursuites quelle que soit l'infraction en cause – alors que les systèmes d'immunités avaient été établis par le constituant pour sauvegarder le prestige et la continuité de la fonction elle-même (d'où la délimitation aux infractions ministérielles) et non la personne²⁹. Elle portait atteinte au principe d'égalité aussi parce qu'elle ne visait que les présidents sans l'étendre à tous les ministres et à tous les parlementaires³⁰. Ensuite, la loi tendait à contourner le principe constitutionnel de la légalité des poursuites. En outre, elle portait triplement atteinte au principe du procès équitable et du délai raisonnable de la procédure consacré par l'article 111 de la Constitution : atteinte aux intérêts de la personne poursuivie et des possibilités de rechercher des preuves en défense, atteinte aux intérêts de la victime et des possibilités de rechercher des preuves à charge³¹ et atteinte au principe constitutionnel de *concentrazione del processo* - concentration du procès - qui exige que le procès se déroule intégralement devant une même formation collégiale, composée des mêmes membres³².

De plus, comme le soulignait un ancien membre de la Cour constitutionnelle, en fonction lorsque la décision de 2004 avait été rendue, la question de la nature constitutionnelle de toute règle relative aux immunités et donc de l'exigence d'une réforme constitutionnelle restait ouverte malgré la décision sur la loi Schifani³³.

Les commentateurs admettaient néanmoins que le législateur avait tiré quelques enseignements de la décision de 2004. En effet, par rapport à la loi Schifani, le juge constitutionnel avait soulevé la question du caractère illimité de la suspension – et par conséquent de la violation du principe du délai raisonnable de la procédure – et de la possibilité pour l'accusé de se défendre effectivement à l'occasion d'un procès. Ainsi, pour écarter les vices liés au droit de la défense et au délai raisonnable, la loi Alfano avait prévu que la suspension des poursuites devait trouver application dans toute affaire, y compris dans les procédures relatives à

29 - L. Elia, Sul c.d. Lodo Alfano, 1 agosto 2008, associazionedeicostituzionalisti.it

30 - Par exemple, T. Giupponi, Il lodo Alfano e la riserva costituzionale in materia di immunità : la lezione francese, 10 luglio 2008, *Forum Quaderni Costituzionali*.

31 - On soulignait d'ailleurs que, de ce point de vue, la loi était contraire à la convention européenne des droits de l'homme, l'Italie ayant été condamnée par la Cour européenne dans deux décisions (CEDH, 30 janvier 2003, *Cordova c. Italie*, n° 40877/98 et CEDH, 30 janvier 2003, *Cordova c. Italie*, n° 45649/99).

32 - Cento costituzionalisti contro il Lodo Alfano, www.repubblica.it.

33 - G. Neppi Modona, Sul Lodo l'incognita Consulta, *Il Sole 24 Ore* du 12 juillet 2008, page 14.

des infractions commises avant le mandat³⁴, mais pouvait faire l'objet d'une renonciation expresse de la part du bénéficiaire. Elle devait entraîner la suspension de la prescription de l'infraction pour toute la durée du mandat, mais ne pouvait pas empêcher le juge de l'enquête préliminaire d'acquérir tout élément de preuve de façon anticipée³⁵ et laissait intacte la possibilité pour la partie civile de transférer son action et de saisir ainsi les juridictions civiles³⁶. De plus, la suspension ne pouvait opérer que pendant la durée d'un mandat sauf en cas de renouvellement avant la fin de la législature.

Or, les nouvelles dispositions étaient d'application immédiate à partir du lendemain de la publication de la loi³⁷. Et les avocats de Silvio Berlusconi ont immédiatement invoqué ces dispositions dans l'affaire Mills. Mais le ministère public a soulevé la question prioritaire de constitutionnalité qui a été renvoyée devant la Cour constitutionnelle.

Section II - La remise en cause des solutions législatives

Comme on sait, la décision de la Cour a été précédée de graves polémiques autour de l'impartialité de deux juges de la Cour constitutionnelle mise en cause par les révélations d'un hebdomadaire³⁸. En effet, le fait que le Président de la Cour constitutionnelle admette avoir organisé un dîner, y avoir invité un autre conseiller, le premier ministre et le ministre de la justice et y avoir envisagé les suites possibles de la question prioritaire de constitutionnalité sur la loi Alfano a exacerbé les débats sur l'opportunité d'introduire les opinions dissidentes dans les décisions de la Cour³⁹ et sur la portée des exigences d'impartialité pour la Cour

34 - 1. *Salvi i casi previsti dagli articoli 90 e 96 della Costituzione, i processi penali nei confronti dei soggetti che rivestono la qualità di Presidente della Repubblica, di Presidente del Senato della Repubblica, di Presidente della Camera dei deputati e di Presidente del Consiglio dei ministri sono sospesi dalla data di assunzione e fino alla cessazione della carica o della funzione. La sospensione è applicata anche ai processi penali per fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione. 2. L'imputato o il suo difensore munito di procura speciale può rinunciare in ogni momento alla sospensione.*

35 - 3. *La sospensione non impedisce al giudice, ove ne ricorrano i presupposti, di provvedere, ai sensi degli articoli 392 e 467 del codice di procedura penale, per l'assunzione delle prove non rinviabili. On remarquera ainsi que la loi permettait au juge de l'enquête préliminaire de procéder à tout acte permettant d'acquérir des éléments de preuve et n'excluait pas par exemple la possibilité d'entendre le premier ministre en qualité de témoin.*

36 - 6. *Nel caso di sospensione, non si applica la disposizione dell'articolo 75, comma 3, del codice di procedura penale. Quando la parte civile trasferisce l'azione in sede civile, i termini per comparire, di cui all'articolo 163-bis del codice di procedura civile, sono ridotti alla metà, e il giudice fissa l'ordine di trattazione delle cause dando precedenza al processo relativo all'azione trasferita. On remarquera donc que la loi n'avait pas choisi d'appliquer le même principe de la suspension de la prescription à toute action et ne s'intéressait qu'aux poursuites et aux actions devant les juridictions répressives.*

37 - 7. *Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai processi penali in corso, in ogni fase, stato o grado, alla data di entrata in vigore della presente legge.*

38 - Consulta, la cena segreta, *L'Espresso* du 26 juin 2009.

39 - En ce sens, cf. notamment B. Caravita, Concediamo ai giudici dissidenti di fare una relazione di minoranza, *Il Riformista* du 10 octobre 2009 et E ora introduciamo la dissenting opinion, *Federalismi.it* n° 20/2009.

constitutionnelle elle-même et ses membres⁴⁰. Malgré la décision de la Cour constitutionnelle, les débats ne semblent pas avoir pris fin.

§ 1 : La décision de la Cour constitutionnelle

Finalement, dans sa décision du 7 octobre 2009, et par 9 voix contre 6, la Cour a déclaré la loi non conforme à la constitution. Dans ses mémoires, le gouvernement avait insisté sur la nécessité d'assurer la continuité et l'exercice effectif des fonctions publiques dans des domaines soumis au pouvoir des électeurs. Il avait également souligné la nécessité de mettre les plus hautes charges de l'Etat à l'abri des attaques des médias et des lenteurs de la justice italienne pour garantir à la fois les droits de la défense des accusés ainsi que la continuité et l'effectivité de leurs fonctions.

Dans la doctrine, certains auteurs avaient également insisté sur l'évolution des fonctions du premier ministre italien qui serait devenu aujourd'hui non seulement le chef du gouvernement, mais aussi le chef et porte parole de la majorité parlementaire. En raison de ce cumul de fonctions, il serait donc aujourd'hui particulièrement exposé aux attaques des médias et de la magistrature⁴¹. Cet argument permettait d'ailleurs de comparer le premier ministre italien au Président de la République français et de justifier ainsi la réforme du point de vue du droit comparé !

La Cour balaye ces arguments sur le fondement des articles 3⁴² et 138⁴³ de la Constitution pris ensemble. En effet, selon la Cour, toute modification du statut des plus hautes fonctions de l'Etat doit être adoptée par la voie d'une réforme constitutionnelle. Or, introduire un régime dérogatoire au droit commun pour certaines charges de l'Etat, sans qu'il y ait un lien raisonnable entre les fonctions exercées et ce régime déroga-

40 - Dans une lettre ouverte, le conseiller P.M. Napolitano avait considéré que les garanties d'impartialité consacrées pour les juges ordinaires ne doivent pas trouver application pour la Cour constitutionnelle et ses membres : en effet, la Cour ne serait pas un juge et ne ferait pas partie de l'ordre judiciaire et la procédure devant la Cour ne pourrait en aucun cas et sous aucun profil être rapprochée de celle suivie devant un juge ordinaire pendant un procès civil ou pénal (Lettera al Direttore del *Corriere della Sera*, 3 juillet 2009). *Contra*, cf. R. Bin, In casa mia invito chi voglio e parlo di quello che voglio, *forumcostituzionale.it* du 2 juillet 2009 et Sull'imparzialità dei giudizi costituzionali, *associazionedeicostituzionalisti.it* ; A. Morelli, La Corte imparziale e i suoi nemici. L'inapplicabilità nei giudizi costituzionali delle norme sull'astensione e la ricasazione dei giudici, *Forumcostituzionale.it* du 17 juillet 2009 ; A. Rauti, Riflessioni in tema di imparzialità dei giudici costituzionali, *associazionedeicostituzionalisti.it*.

41 - En ce sens, par exemple, cf. S. Ceccanti, Per un nuovo equilibrio tra giustizia e politica, *Federalismi.it* n° 16/2008.

42 - Article 3 al. 1 : *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

43 - Article 138 al. 1 : *Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione.*

toire, constitue une modification du statut de ces charges constitutionnelles et une atteinte au principe d'égalité et implique donc nécessairement une réforme constitutionnelle⁴⁴. Notamment, la Cour considère que la suspension des poursuites et de la prescription pour les hautes charges de l'Etat est contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi en ce que, pour les infractions de droit commun, elle soumet le premier ministre à un régime particulier par rapport aux autres citoyens et aux autres ministres. Par rapport aux autres citoyens, le premier ministre bénéficie en effet d'une sorte de présomption absolue d'empêchement légitime de répondre aux convocations et de participer au procès qui ne doit pas être justifiée au cas par cas par rapport à ses fonctions ou par rapport à des exigences spécifiques liées aux droits de la défense⁴⁵. Par rapport aux autres ministres, le premier ministre n'a pas des fonctions ou responsabilités particulières qui justifieraient raisonnablement une protection accrue de ses droits de la défense ou une atteinte au principe d'égalité⁴⁶. Par rapport aux deux, le premier ministre peut bénéficier de ce régime dérogatoire pour tout type d'infraction, y compris pour les infractions commises avant le mandat et n'ayant aucun lien avec les fonctions ministérielles, ce qui constitue une atteinte injustifiée au principe d'égalité.

Comme toute décision de la Cour constitutionnelle, cette décision a eu pour effet d'abroger purement et simplement la loi Alfano et les dispositions relatives à la suspension des poursuites, pour revenir au système consacré par la Constitution et par la loi de 1989.

§ 2 : Suite et fin ?

Finalement, dans l'attente d'une éventuelle réforme constitutionnelle, le Sénat a adopté le 10 mars 2009 le projet de loi visant à introduire pour une période de 18 mois, la possibilité pour le premier ministre et les ministres de justifier l'absence à une audience pénale en raison d'obli-

44 - Si, selon certains, la Cour aurait opéré un revirement de jurisprudence à propos de la nécessité d'une réforme constitutionnelle par rapport à la décision de 2004, la majorité de la doctrine insiste sur la continuité entre la décision de 2004 et celle de 2009. En effet, dans la décision de 2004, la Cour n'aurait simplement pas été amenée à se prononcer sur cette question (A. Pugiotto, La seconda volta, *Forum Quaderni Costituzionali* et *Cass. Pen.* 1/2010 et les références cités par cet auteur). *Cf. supra*, note 33.

45 - La Cour semble cependant admettre qu'une exception d'empêchement légitime devrait pouvoir être présentée par le premier ministre comme par tout autre citoyen, sachant que, dans son appréciation, le juge devrait tenir compte des fonctions exercées par le premier ministre et de la continuité du service public.

46 - Cet argument a été critiqué par une partie de la doctrine qui insiste sur le rôle spécifique du Président du conseil des ministres selon la Constitution italienne (P. Carnevale, « A futura memoria » : dalla Corte segnali per il « dopo », in A. Celotto (dir.), *Prerogativa o privilegio ? Opinioni a confronto sul lodo Alfano*, Nel Diritto, Roma, 2009). Mais une autre partie de la doctrine insiste sur le fait que selon la Cour, ce rôle spécifique ne suffit pas pour justifier une atteinte raisonnable au principe d'égalité (les références citées in A. Ruggeri, Il lodo Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale, *associazionedeicostituzionalisti.it* et *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1/2010).

gations et/ou occupations liées à l'exercice de leurs fonctions – *obblighi coessenziali*⁴⁷. Après réflexion, et pour garantir le serein accomplissement des fonctions constitutionnelles des ministres, le Président de la République a signé et promulgué la loi le 7 avril dernier⁴⁸. Ainsi, désormais, sur le fondement de l'article 420 ter du Code de procédure pénale italien⁴⁹, si le ministre poursuivi justifie d'un empêchement légitime lié à ses fonctions et ses obligations, le juge est obligé de renvoyer l'affaire à une autre audience, étant précisé dans le texte que la prescription est suspendue jusqu'à la nouvelle audience.

Par ailleurs, et toujours le 7 avril dernier, le ministre pour la simplification législative a présenté au Président de la République un premier projet de réformes constitutionnelles composé de 37 articles visant à établir un nouveau cadre institutionnel largement inspiré du système français. Ainsi, le nombre des membres du Parlement serait porté de 945 actuellement à 600 (dont 400 députés et 200 sénateurs). Par ailleurs, le Président de la République serait directement élu par les citoyens parmi des candidats ayant un âge minimum de 40 ans, pour un mandat de 5 ans, dans la limite de deux mandats consécutifs et serait le véritable chef du gouvernement avec des pouvoirs propres pour la nomination du premier ministre et des juges à la Cour constitutionnelle, pour ouvrir un *referendum*, pour décider la dissolution du Parlement, pour accorder la grâce et envoyer des messages au Parlement. Le premier ministre pourrait poser la question de confiance – *governabilità* – aux chambres : en cas de refus, il devrait présenter sa démission, mais le Président pourrait alors dissoudre le Parlement.

L'extension des pouvoirs du futur Président explique non seulement que la durée du mandat passe des 7 ans actuels à 5 ans, mais aussi et surtout qu'il bénéficie d'une protection renforcée à l'égard d'éventuelles poursuites ou actions en justice. Ainsi, il deviendrait impossible d'agir à l'encontre du Président de la République, devant les juridictions civiles ou les juridictions répressives, et son témoignage ne pourrait pas être recueilli pendant toute la durée de son mandat et ceci quelle que soit l'infraction en cause. La prescription de l'infraction serait suspendue.

47 - Loi n° 51 du 7 avril 2010, sur l'impossibilité de comparaître à l'audience (*recante disposizioni in materia di impedimento a comparire in udienza*).

48 - Via libera al legittimo impedimento. Napolitano ha firmato la legge, *La Repubblica* du 7 avril 2010.

49 - Art. 420-ter. - *Impedimento a comparire dell'imputato o del difensore*: "Quando l'imputato, anche se detenuto, non si presenta all'udienza e risulta che l'assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, il giudice, con ordinanza, anche d'ufficio, rinvia ad una nuova udienza e dispone che sia rinnovato l'avviso all'imputato". Ainsi, le renvoi est prévu exclusivement au profit du prévenu dans le cadre de l'action publique devant les juridictions répressives et n'oblige pas le juge à renvoyer l'audience lorsque le ministre est partie civile ou dans le cadre d'une action devant les juridictions civiles.

Par ailleurs, saisie d'une question de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle ne pourrait plus prononcer la non-conformité d'une loi à la constitution en l'absence d'une majorité qualifiée de deux tiers des membres, alors qu'aujourd'hui une majorité simple est suffisante et a été suffisante pour prononcer l'inconstitutionnalité de la loi Alfano !

Mais l'urgence d'une réforme constitutionnelle n'existe peut-être plus car le procès à l'encontre de David Mills s'est conclu avec le constat que la prescription de l'infraction était acquise et que par conséquent l'action était éteinte⁵⁰. La procédure à l'encontre du premier ministre reste ouverte, mais la prescription acquise dans le procès à l'encontre de l'avocat pourrait bénéficier au premier ministre. Plus généralement, insérée dans le contexte des réformes institutionnelles, la question de l'immunité du premier ministre dépend désormais des nouveaux équilibres et des nouvelles fonctions des différentes institutions de l'Etat qui seront le fruit de nombreux compromis politiques à venir.

Paris, le 10 juin 2010

50 - Décision de la Cour de cassation, Chambres criminelles réunies, du 25 février 2010.

**CRIMES ET IMMUNITES DIPLOMATIQUES :
LE DROIT INTERNATIONAL
PEUT-IL A LA FOIS SOUFFLER
LE CHAUD ET LE FROID ?**

Marcel Sinkondo

Maître de conférences à l'Université de Reims Champagne Ardenne

Les immunités diplomatiques irritent par les dérives tragiques qu'elles permettent parfois, par le sentiment de défiance victorieuse au droit que leur application suscite, ou de révolte devant la douceur de la protection dont elles couvrent le diplomate -au sens large- face aux violations les plus criantes des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

Passé encore que des diplomates -et la crise en a renforcé les rangs- n'assurent pas le paiement de leurs loyers ou de leurs fournisseurs -parfois de bonne foi, n'ayant pas eux-mêmes été rétribués et leurs services étant en cessation de paiement parfois depuis plusieurs mois. Leurs malheureuses victimes n'ont pas de juge accessible pour entendre leur cause et réparer le dommage qui leur est causé. La Cour européenne des droits de l'homme estime qu'il n'y a pas lieu à condamnation de l'Etat dont les tribunaux invoquent leur incompétence en raison de l'immunité de juridiction qui protège l'Etat et son représentant. Cette immunité, selon la Cour, poursuit un but légitime, pourvu que ses conditions d'invocation soient réunies¹.

1 - CEDH, 9 février 2000, McElhinney c. Irlande et Royaume-Uni, req. n° 32253/96 ; 21 novembre 2001, Fogharty c. Royaume-Uni, req. n° 37112/97 ; 12 décembre 2002, Kalogeropoulos et al. c. Grèce et Allemagne, req. n° 59021/00.

L'applicabilité des immunités pénales, même aux crimes les plus graves, est autrement plus choquante. Pourtant le droit international s'accommode de cette mise en couple d'exigences contradictoires : la garantie des droits de la personne et des collectivités humaines, et la nécessaire protection de l'Etat et de ses agents afin que ceux-ci puissent exercer efficacement leurs fonctions internationales à l'abri de toute contrainte extérieure, dans le respect intégral de la souveraineté de l'Etat mandant. S'il en est ainsi, c'est parce que la protection diplomatique des agents de l'Etat - ce sont ces derniers qui sont bénéficiaires des immunités diplomatiques au sens strict - est si essentielle et nécessaire qu'elle apparaît comme une condition de base des relations internationales et une dimension du droit international lui-même. L'ancienneté de l'institution est le plus sûr témoignage de son absolue nécessité et de sa perpétuelle vitalité.

Que l'on se souvienne du cas de Mendoza en 1584. Ambassadeur d'Espagne à Londres, il est soupçonné d'être l'un des principaux instigateurs du complot visant à empoisonner la reine Elisabeth 1^{re}. Une foule savamment organisée et excitée par l'entourage de la reine se presse aux portes de l'oratorium d'Espagne - les ambassadeurs portaient encore le titre médiéval d' « orateur » - pour conspuer Mendoza et réclamer sa tête. La reine consulte les grands juristes de droit international du royaume, parmi lesquels l'immense Albericus Gentili (1552-1608), juriste italien exilé en Angleterre au moment des faits. La réponse de Gentili et de ses confrères est formelle : Mendoza ne peut être cité devant un tribunal anglais ni faire l'objet d'aucune mesure de coercition en raison de l'immunité pénale et civile que lui confère son statut de diplomate. La Cour se range à cet avis, et malgré la fureur vengeresse qui s'est emparée de la foule, se contente de déclarer l'ambassadeur *persona non grata* et de le prier de quitter le territoire sans délai. Plus près de nous, lorsque le général Keitel a signé la reddition de l'Allemagne à Reims puis à Berlin le 8 mai 1945, il n'a pas été arrêté à ces moments là pour les faits qui l'ont conduit plus tard devant le Tribunal militaire international de Nuremberg : porteur de la volonté de l'Allemagne, il était sous sauvegarde du droit diplomatique coutumier.

Le principe de l'inviolabilité et de l'immunité pénale des représentants de souverains étrangers est une règle internationale aussi ancienne que les rapports entre collectivités politiques indépendantes. Avec l'intensification des échanges internationaux, la mobilité internationale accélérée des personnes, le développement de la coopération internationale et la prolifération des organisations internationales, l'immunité pénale a multiplié ses points de fixation, s'étendant ainsi des représentants de l'Etat habituellement habilités à agir dans les matières internationales relevant de l'autorité souveraine de l'Etat, à certains fonctionnaires inter-

nationaux et aux agents internationaux en mission, et même de manière plus inattendue aux militaires étrangers en service actif.

L'immunité pénale met obstacle à l'exercice de la compétence du juge interne répressif. Or s'est affirmée au XX^e siècle une catégorie inédite de normes juridiques internationales, celle des « normes impératives du droit international général » ou normes de *jus cogens*. La convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre Etats définit la norme impérative du droit international général à son article 53 comme une « norme reconnue et acceptée par la communauté internationale des Etats dans son ensemble, en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise, qui ne peut être modifiée que par une norme ayant le même caractère ». La prohibition du génocide, du crime de guerre, du crime contre l'humanité et de la violation grave des principes fondamentaux du droit international humanitaire relèverait de ces obligations de *jus cogens* selon la jurisprudence internationale et interne². Ainsi, sauf à établir que le principe millénaire d'immunité pénale des représentants diplomatiques -au sens large- a lui aussi valeur de norme impérative du droit international général ou que son domaine d'application le soustrait à toute possibilité de conflit avec un tel principe, on n'échappe pas au questionnement sur sa capacité à résister aux situations où s'affirme un impératif de répression pénale en raison du caractère criminel des faits de la cause, s'agissant *a fortiori* de crimes internationaux.

La confrontation de l'immunité pénale des représentants attirés de l'Etat au crime international n'aboutit pas toujours au triomphe de l'impunité. Si les juridictions internes, organes d'un Etat et par cela dépourvues du pouvoir d'exercer leur autorité à l'égard des services publics d'un autre Etat sont ainsi portées à affirmer la priorité de l'immunité pénale, il en va tout autrement devant les tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale, qui n'ont pas à prendre souci d'un intérêt de réciprocité.

Il y a donc lieu de distinguer. Il est des situations où l'immunité pénale résiste victorieusement à la répression du crime, parce que sa mise à l'écart reviendrait à prendre le parti du droit et de la justice contre celui de l'ordre (section I). La justice et le droit eux-mêmes n'y trouvent pas leur compte à terme. Dans d'autres situations, l'obligation internationale impérative de poursuivre ne laisse aucune place pour

2 - Voir en particulier, TPIY, 10 décembre 1998, Furundzija ; CIJ, 3 février 2006, Activités armées sur le territoire du Congo, RDC c. Rwanda ; Crim. 6 octobre 1983 et 20 décembre 1986, Barbie ; 21 octobre 1993, Touvier ; C. ass. Bordeaux, 2 avril 1998, Papon ; pour les affaires Barbie, Papon et Touvier, voir, J.-P. Jean, D. Salas (dir.), *Des procès pour l'avenir*, éd. « Autrement », coll. Mémoires, 2002 ; adde, J.-P. Bazelaire et Th. Cretin, *La justice pénale internationale*, PUF, 2000.

l'immunité : elle doit s'effacer à certains égards, mais persiste néanmoins, solidement ancrée à la jurisprudence interne ainsi qu'à celle de la Cour internationale de Justice, comme témoin de l'imprescriptibilité de l'Etat au regard des principes organiques du droit international (II).

Section I - L'embarrassante radicalité du principe : l'immunité pénale, berceau de l'impunité ?

Malgré l'embarras que crée le côté excessif des immunités pénales, le droit international contemporain maintient au bénéfice des diplomates et des hauts représentants de l'Etat en exercice (chefs d'Etat, Premiers ministres, ministres des affaires étrangères) une immunité absolue. Certes, les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux et de la Cour pénale internationale n'admettent pas que les inculpés puissent faire valoir leur qualité officielle pour se soustraire à la compétence du juge international répressif. Mais on aura remarqué toutes les difficultés de la saisine et le refus d'un grand nombre d'Etats d'exécuter la décision du juge international. Le cas du président soudanais Omar El Béchir, inculpé pour génocide par la Cour pénale internationale en 2005 et toujours en fonction illustre le décalage des pouvoirs de la Cour par rapport à l'autorité du droit international des immunités.

§ 1 : Fondements et sources de l'immunité pénale diplomatique

A l'époque moderne et contemporaine, la théorie a fondé l'immunité pénale diplomatique, d'abord sur l'idée de courtoisie internationale (*comitas gentium*), puis sur les principes de souveraineté et d'égalité des Etats. L'égalité souveraine des Etats qu'affirme l'article 2 § 1 de la Charte des Nations Unies s'oppose à ce que les autorités d'un Etat puissent juger les actes d'un souverain ou d'un Etat étranger, ou ceux accomplis au nom de ce dernier : *par in parem non habet imperium*. La compétence et les pouvoirs du juge du *for* doivent s'arrêter dès lors qu'est en cause le fonctionnement de l'Etat étranger, l'exercice à son égard de la juridiction d'un tribunal autre que le sien pouvant apparaître comme un pouvoir de commandement et de sanction, ainsi que de contrôle du fonctionnement de ses services publics y compris celui de la Justice par les autorités d'un autre Etat. Comme l'avait si bien vu le Tribunal civil de la Seine dans sa décision du 2 mai 1828, « ... soumettre les engagements d'une nation à la juridiction d'une autre nation, c'est nécessairement ôter à la première son indépendance et la rendre sujette de l'autre »³.

3 - Ternaux-Gandolphe c. République d'Haïti, Dalloz, 1849,I, p. 6.

Les immunités pénales diplomatiques, preuve d'une pratique générale, constante et uniforme des Etats reconnue comme du droit depuis les temps les plus reculés reposent aussi sur une élémentaire nécessité : elles sont à la fois l'instrument et la condition des relations entre collectivités politiques indépendantes. La Cour de cassation l'avait souligné dans son arrêt du 22 janvier 1849 en l'affaire *Gouvernement espagnol c. Lambège et Pujol* : « Le droit de juridiction qui appartient à chaque Etat pour juger les différends nés à l'occasion des actes émanés de lui est un droit inhérent à son autorité souveraine, qu'un autre gouvernement ne saurait attribuer sans exposer à altérer leurs rapports respectifs »⁴. La Cour internationale de Justice a dû rappeler énergiquement un Etat (l'Iran) au respect de cette exigence élémentaire de sociabilité internationale dans son arrêt du 24 mai 1980, rendu en l'affaire *relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* : « dans la conduite des relations entre Etats, déclare la Cour, il n'est pas d'exigence plus fondamentale que celle de l'inviolabilité des diplomates et des ambassades » (Rec. p. 19).

Les relations internationales de l'époque contemporaine, par essence politiques et diplomatiques en raison de l'élimination définitive de la compétence de guerre de l'Etat, sont par cela mal ajustées à l'idée de sanction pénale de ceux qui conduisent la politique extérieure de la nation, le châtement étant par ailleurs en mutuelle exclusion avec l'idée de pouvoir initial et suprême qui définit la souveraineté⁵. Le juge interne étranger manque de pouvoir pour interférer dans une matière attachée à l'autonomie de décision et d'action de l'Etat étranger.

A l'origine coutumière, l'immunité des agents diplomatiques (ambassadeurs, conseillers et attachés d'ambassade) a été codifiée par la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, et celle des agents consulaires, par la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires. La convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens procède à la même entreprise de codification à l'égard des hauts représentants de l'Etat, en disposant à son article 2, § 1, c, que les « représentants de l'Etat agissant ...dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat » sont eux aussi titulaires de l'immunité juridictionnelle.

L'immunité des représentants d'Etats a été étendue par analogie aux fonctionnaires des organisations internationales installées sur

4 - Civ. 22 janvier 1849, I, 5.

5 - Voir, O. Beaud, Le souverain, in *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 33-45 ; S. Rials, La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de « souveraineté externe », *Arch. philo. dr.*, 1987, p. 189-218 ; M. Sinkondo, Une pierre d'angle de la construction juridique de l'Etat : l'irréductible acte de gouvernement dans les relations internationales, *Rev. rech. jur.*, 2006/1, p. 235-275.

le territoire et aux membres des délégations étrangères auprès de ces organisations. On ne saurait cependant soutenir avec la certitude de son bon droit que ces immunités soient coutumières. Elles ont toujours pour support formel un traité exprès, soit général (cas des conventions sur les immunités des fonctionnaires des Nations Unies), soit particulier (cas des accords de siège).

L'immunité pénale diplomatique trouve ainsi sa source dans « la règle de droit international public gouvernant les relations entre les Etats » selon la formule de la Cour de cassation⁶.

Le droit international privé s'en remet sur ce point au droit international public ; parce que « la dimension internationale d'un problème purement privé suffit à faire venir l'Etat sur le devant de la scène »⁷ pour assurer la défense de valeurs dont la force peut être plus ou moins grande, *a fortiori* lorsqu'il s'agit, selon le célèbre arrêt *Lautour* de la Cour de cassation, des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme dotés de valeur internationale absolue »⁸. L'immunité pénale des représentants attitrés de l'Etat relève de ces valeurs universelles incontestables que le droit international privé incorpore comme « règles d'ordre public véritablement international »⁹.

Partie prenante à la longue pratique des Etats qui a abouti à la cristallisation des immunités pénales diplomatiques en normes coutumières internationales, le droit interne français en constitue lui aussi une source autonome. Le procureur général précisait dans ses réquisitions en l'affaire jugée par la Chambre civile de la Cour de cassation le 10 janvier 1891 : « L'immunité de juridiction, établie déjà au profit des agents diplomatiques dans notre ancien droit... a été confirmée par un arrêt de l'Assemblée constituante du 2 décembre 1789 et par un décret du 13 Ventôse an II. (...) il semble bien, en présence du fondement même sur lequel repose le privilège des agents diplomatiques, qu'il y a lieu de le regarder comme touchant à l'ordre public » (JDI, 1891, p. 138-139). C'est en application du même décret que la Cour de cassation décida dans son arrêt du 22 avril 1958 que « l'immunité édictée par ce texte en faveur des envoyés des gouvernements étrangers fait obstacle à l'exercice en France de toute action en justice contre l'épouse de l'agent diplomatique »¹⁰.

6 - Civ. 1, 20 octobre 1987, Rev. cr. 1988, p. 727, note P. Mayer.

7 - P. Mayer, L'Etat et le droit international privé, Droits, n° 16, 1992, p. 27.

8 - Civ. 25 mai 1948, Rev. Cr. 1949, p. 89, note H. Batiffol.

9 - B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2002, n° 397 et suiv.

10 - Civ. 1, 22 avril 1958, *Epoux x c. société centrale de construction*, Gaz. Pal., 1958, p. 416.

§ 2 : L'étendue de l'immunité pénale diplomatique

Les diplomates en fonction jouissent d'une immunité personnelle de juridiction absolue en matière pénale et quasi absolue en matière civile (art. 31 Conv. Vienne sur les relat. diplom.). Cette immunité sans failles tirée de la souveraineté de l'Etat accréditant interdit à un Etat de laisser entreprendre une procédure contre un Etat étranger, un souverain étranger ou un agent diplomatique qui les représente.

La notion de « procédure » doit d'ailleurs s'entendre de la manière la plus extensive. L'immunité qui y met obstacle déploie ses effets depuis le stade de la signification, qui est nulle si elle est faite par voie d'huissier, jusqu'à celui de l'exécution. La signification doit se faire à Parquet et est obligatoirement transmise par l'intermédiaire du ministère de la Justice¹¹. Les tribunaux nationaux se déclarent incompétents pour statuer sur de telles actions. La doctrine ainsi qu'une jurisprudence plus récente tendent même à y voir un véritable défaut de pouvoir de juridiction¹². La méconnaissance de l'immunité par les juges du fond ouvre une voie de recours spéciale : le recours pour excès de pouvoir prévu par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1967.

Même moins favorable, la situation des agents consulaires demeure comparable à bien des égards à celle des diplomates. « Les fonctionnaires consulaires et les employés consulaires ne sont pas justiciables des autorités judiciaires et administratives de l'Etat de résidence pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires » (art. 43.1 Conv. Vienne sur les relat. consul.). Ils peuvent être appelés à répondre comme témoins au cours de procédures judiciaires et administratives, mais « si un fonctionnaire consulaire refuse de témoigner, aucune mesure coercitive ou autre sanction ne peut lui être appliquée » (art. 44.1 Conv. Vienne sur les relat. consul.). Et s'agissant donc des « actes accomplis par un fonctionnaire consulaire ou un employé consulaire dans l'exercice de ses fonctions, l'immunité de juridiction subsiste sans limitation de durée » (art. 53.4).

Bénéficiaire d'une simple immunité fonctionnelle, l'agent consulaire ne saurait se prévaloir de l'immunité consulaire pour les actes accomplis à titre privé. L'article 41.1 de la Convention de Vienne de 1963 présume sans possibilité de réfutation que les cas de crimes

11 - Art. 688 NCP; voir avant ce texte, Paris, 30 juin 1967, Rev. cr. 1968, p. 478, note Bourel ; depuis, Civ. I, 15 avril 1986, Rev. cr. 1986, p. 723, note Couchez, JDI 1987 p. 632, 1^è espèce, note Kahn ; Paris, 30 juin 1981, Rev. cr. 1982, p. 129, note Bourel.

12 - Voir Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, n° 632 ; Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse, Paris II, 1981 ; T. Vignal, *Droit international privé*, Paris, Armand colin, 2005, p. 334 ; A. Sinay-Cytermann, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse, Strasbourg, 1980 ; *Liber amicorum Jean-Pierre Cot, Le procès international*, Bruylant, 2009.

graves relèvent de l'activité privée, et ainsi rendent l'immunité pénale partiellement inopérante : le fonctionnaire consulaire peut être mis en état d'arrestation ou de détention préventive, mais seulement en cas de « crime grave », et « à la suite d'une décision de l'autorité judiciaire compétente ». Hors l'exception de l'article 41.1, « les fonctionnaires consulaires ne peuvent pas être incarcérés ni soumis à aucune forme de limitation de leur liberté personnelle, sauf exécution d'une décision judiciaire définitive » (art. 41.2).

En dehors des limitations propres aux agents consulaires, les immunités diplomatiques et consulaires ne cèdent que par la volonté de l'Etat accréditant, lorsqu'il décide de lever l'immunité, ou encore en vertu d'un traité international liant l'Etat intéressé et dont les stipulations excluent expressément toute immunité. L'immunité absolue du diplomate se mue toutefois, rétroactivement, en immunité limitée aux actes de la fonction lorsque celle a pris fin.

S'il est sans conteste que les chefs d'Etat, chefs de Gouvernement et ministres des affaires étrangères ne sauraient être écartés du bénéfice de l'immunité pénale, la question de l'étendue de leur immunité peut donner lieu à controverse.

La Chambre des Lords avait laissé entendre dans son arrêt du 24 mars 1999 sur l'affaire *Pinochet* l'idée reprise et amplifiée par Lord Millet, selon laquelle l'immunité pénale d'un chef d'Etat pour les actes de fonction serait impuissante à arrêter l'exercice de l'action répressive à son encontre lorsqu'il s'agit des crimes internationaux les plus graves. C'est l'adhésion à la thèse de *ratio legis* tirée du principe de non contradiction selon lequel le droit n'a pu incriminer des comportements si graves qu'ils sont regardés comme des violations des normes impératives du droit international général et par cela qualifiés « crime international », et à la fois élever des obstacles infranchissables au châtement de leurs auteurs. C'est ce mode de raisonnement *a coherentia* appuyé sur un appel aux exigences de la conscience universelle et de la solidarité internationale pour la sauvegarde des valeurs fondamentales communes à l'ensemble des nations, qui avait amené la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris à juger dans son arrêt *Kadhafi* du 20 octobre 2000 que « aucune immunité ne saurait couvrir les faits de destruction de biens par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste »¹³.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a pas approuvé cette manière de voir. Dans son arrêt du 13 mars 2001 elle

13 - Paris, 20 octobre 2000, n° A 1999 0591, RGDIP, 2000/2, p. 475-476.

décide à l'encontre des motifs et du dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel que « ... la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger ». Et la haute Cour judiciaire d'ajouter : « le crime dénoncé, quel qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat en exercice »¹⁴.

Un an plus tard, la Cour internationale de Justice statue dans le même sens à l'occasion de l'affaire *Yérodia*, relative au mandat d'arrêt émis le 11 avril 2000 par un juge d'instruction belge contre le ministre des affaires de la République démocratique du Congo. La Cour dit pour droit qu'il est « clairement établi en droit international » que certains hauts représentants de l'Etat, dont le ministre des affaires étrangères, « jouissent dans les autres Etats de l'immunité de juridiction pénale et de l'inviolabilité »¹⁵. Après la cessation des fonctions, l'immunité ne vaut que pour les seuls actes ayant été accomplis dans l'exercice de celles-ci. La Cour a même indiqué que l'obligation faite aux Etats par certaines conventions internationales de poursuivre ou d'extrader ne porte en rien atteinte aux immunités si longuement cristallisées par le droit international coutumier, même lorsque les tribunaux internes exercent leur compétence sur la base de ces conventions (arrêt *Yérodia*, § 59). Le fait que les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux et de la Cour pénale internationale ne permettent d'aucune façon de conclure à l'existence d'une exception à l'immunité de juridiction pénale devant les juridictions nationales apporte, estime-t-elle, un renfort singulier à la thèse de la persistance de celle-ci dans l'ordre interne.

Section II – Echec à l'impunité : l'immunité pénale à l'épreuve des implications du principe de communauté internationale

Nul ne songe aujourd'hui à contester l'existence d'une société internationale et celle du système de normes juridiques qui la régit. L'individuel, l'Etat et ses volontés en demeurent les principales variables d'ajustement, mais cette société « libertaire » comme la qualifiait le professeur René-Jean Dupuy n'en est pas moins gouvernée par des normes juridiques qui ont nécessairement une dimension objective : tant il est vrai que « un million d'indicatifs ne font pas un impératif », autant on doit admettre que pour qu'une addition de volontés

14 - Crim. 1^{ère} et 2^e sect. réunies, 13 mars 2001, n° 00-87-215, aff. *Kadhafi*, RGDI, 2001/2 p. 474.

15 - CIJ, 14 février 2002, § 58 ; voir, M. Sassoli, l'arrêt *Yérodia* : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international, RGDI, 2002/4.

étatiques puissent créer du droit, il faut supposer toujours, sinon une norme antérieure, au moins un fait de conscience collective de caractère normateur qui les investit d'une telle capacité. Forme du consensus social faible que les institutions internationales ont produit pour vivre et durer, le droit international de l'époque moderne, porté par l'universalisme du *jus gentium* et du *jus commune* médiéval, a pu être pensé, déjà, comme système global. A travers la rénovation juridique du début du XX^e siècle, l'idée d'une société internationale avec ses exigences propres s'impose à l'attention. La naissance du concept de société internationale universelle et d'un droit international général expression de cette société internationale trouve son expression d'excellence dans la SDN, puis dans l'ONU et ses institutions spécialisées, les grands traités universels et régionaux sur la coopération internationale, les droits de l'homme, l'économie et le commerce ou encore la création de juridictions internationales. Dès lors, le problème des rapports entre le droit international et le droit interne est devenu un problème constitutionnel de la société internationale¹⁶.

Sans que l'on s'en rende compte, la société internationale mondialisée est entrée dans une phase d'agrégation communautaire qui aménage la prépondérance d'intérêts communs, réels ou symboliques, et d'une idéologie communautaire reposant sur l'identité universelle de la personne humaine et le sentiment d'un destin commun de l'humanité. C'est dans ce contexte particulier qu'ont pu naître les accords internationaux créateurs de juridictions internationales répressives, et avec elles la question du traitement nouveau du principe d'immunité pénale diplomatique.

§ 1 : L'absence d'immunité pénale devant les TPI et la CPI

Devant les tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale l'immunité pénale n'existe pas, pour des raisons politiques mais aussi juridiques.

Sur un plan politique, ces juridictions pénales combleront les inévitables lacunes de l'action répressive internationale des Etats. Les « intérêts essentiels de la communauté internationale dans son ensemble » qu'il s'agit de protéger par la répression des crimes internationaux les plus graves n'étant pas toujours en parfaite coïncidence avec ceux de chacun des Etats, ce sont les considérations nationales qui, dans l'ordre juridique interne, peuvent être appelées à arbitrer entre la norme internationale imposant de poursuivre et punir, et l'intérêt national prescrivant d'opposer l'immunité.

16 - Sur ces évolutions, voir R. Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruylant, 2003, 434 p.

Sur le plan juridique, le domaine matériel ouvert à la conclusion de traités internationaux n'étant pas limité ainsi que l'ont rappelé la Cour internationale de Justice dans son arrêt *Wimbledon* du 27 août 1923 et le Conseil constitutionnel dans sa décision *Maastricht I* du 9 avril 1992, rien ne s'oppose à ce que des Etats conviennent par voie d'accord de renoncer à l'exercice de droits souverains dans les conditions qu'ils ont voulues. Ils peuvent donc en toute licéité décider de renoncer à l'immunité pénale diplomatique dans leurs rapports mutuels.

Une réserve formulée sur le Statut de la CPI à l'effet de rendre opposable à celle-ci l'immunité pénale des diplomates serait irrecevable parce que contraire à l'objet et au but du traité. Cette première considération prise ensemble avec le défaut d'intérêt de *par in parem non juridictio habetur* devant une juridiction internationale conduit en toute logique à l'abandon de l'immunité pénale des diplomates devant cette Cour. Quant au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et au Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), ils ont été créés pas le Conseil de sécurité dans l'exercice de son pouvoir largement discrétionnaire de dire s'il y a une menace à la paix, et dans l'affirmative décider de mettre en œuvre les mesures de règlement diplomatique du chapitre VI de la Charte, recourir à celles, coercitives, du chapitre VII, et sur ce fondement, décider l'application des sanctions politiques, économiques, commerciales, techniques, financières de l'article 41, passer directement aux sanctions militaires de l'article 42, ou encore, adopter toute autre mesure qu'il juge appropriée au traitement énergique de la situation, comme par exemple la création du TPIY et du TPIR. Dans l'exercice de ses pouvoirs de crise, le Conseil de sécurité est le sommet du pouvoir politique et l'auteur unique de la loi internationale suprême nécessaire au retour à la paix et à la sécurité internationales¹⁷. On voit mal la règle de l'immunité pénale des diplomates supporter un conflit avec les pouvoirs discrétionnaires de crise attribués au Conseil de sécurité. La doctrine suggérant de les soumettre au contrôle d'une juridiction constitutionnelle internationale est d'ailleurs si minoritaire qu'elle en paraît insolite¹⁸.

Il est certes loisible, au nom d'un formalisme positiviste maximisant le statut international de l'Etat pour minimiser celui des individus agissant en son nom ou sous son couvert, de soutenir comme les grands criminels nazis ont pu le faire lors des procès de Nuremberg que la responsabilité pénale internationale de l'individu est indétachable de celle de l'Etat et subordonnée à celle-ci. L'argument doit être écarté, pas seulement parce que pour un courant de la doctrine auxquels se sont

17 - Voir TPIY, Ch. de 1ère inst. 10 août 1995, *Tadic*, § 1.

18 - Par exemple, J.E. Alvarez, in AJIL, vol. 90, 1996 ; M. Bedjaoui, ex-président de la CIJ.

jointes les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans leurs opinions individuelles sur l'arrêt *Yérodia*, commettre des crimes internationaux n'appartient jamais aux fonctions officielles d'un Gouvernement. Il est d'ailleurs bien difficile de les suivre jusqu'au bout de leur argument téléologique. La Chambre d'appel du TPIY statuant en l'affaire *Blaskic* le 29 octobre 1997 avait parfaitement exprimé l'idée que les agents pouvaient fort bien avoir agi en simples instruments de l'Etat : les « responsables officiels de l'Etat (qui agissent) ès qualité (...) ne sont que des agents de l'Etat et leurs actions officielles ne peuvent être attribuées qu'à l'Etat. Ils ne peuvent faire l'objet de sanctions ou de pénalités pour une action qui n'est pas privée mais entreprise au nom de l'Etat »¹⁹. L'idée que les crimes internationaux reprochés à Hitler, Milosevic, Karadic ou Mladic puissent être réduits à de simples actes privés ne paraît pas correspondre à un traitement juridique systématique des faits en cause. Ce sont des crimes susceptibles d'être imputés à l'Etat. La Cour internationale de Justice ne soutient pas le contraire. Seulement, en l'état actuel du droit international et en considération de la vigueur persistante du principe *societas non potest delinquere*, une telle imputation ne peut résulter d'une application rigoureuse des règles de droit. Ce sont les considérations d'opportunité politique qui l'emportent, et plutôt en faveur de la non imputation à l'Etat, comme la jurisprudence de la Cour internationale de Justice l'a illustré dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ayant opposé la Bosnie Herzégovine à la Serbie Monténégro²⁰.

Il va de soi que le génocide, l'agression, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les atteintes graves aux principes fondamentaux du droit international humanitaire sont par définition ou au moins par implication des actes officiels. Leur répression ne peut ainsi être organisée qu'à un niveau international, devant les juridictions pénales internationales, constituées précisément pour statuer par exception au principe d'immunité pénale des représentants des Etats. Les articles 7 du Statut du TMI de Nuremberg, 6 du Statut du TMI pour l'Extrême Orient, 4 de la Convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide, 7 (2) du Statut du TPIY, 6 (2) du Statut du TPIR, et 27 du Statut de la CPI précisent l'étendue de ces exceptions à l'immunité pénale devant la juridiction pénale internationale. Les exceptions en cause coïncident avec la sphère de compétence de ces juridictions : le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression, au sens de chacun des statuts et le génocide en moins pour les deux Tribunaux militaires de 1945

19 - TPIY, aff. IT-96-14-AR108 bis, *Blaskic*, § 8.

20 - Arrêt du 26 avril 2007 ; voir, P.-M. DUPUY, Crime sans châtimeut ou mission accomplie, RGDI, 2009/1.

et 1946. Tous les cas dans lesquels la compétence de ces juridictions n'a pas lieu ou pas eu lieu de s'exercer échappent ainsi à l'exception au principe d'immunité pénale.

§ 2 : L'existence de cas d'obligation impérative des juridictions nationales de poursuivre

L'immunité des agents étatiques n'est qu'une application particulière du principe de l'immunité des Etats²¹. Si les tribunaux d'un Etat ne peuvent juger un autre Etat, ils ne peuvent davantage juger ses agents dès lors que ceux-ci ne sont que les instruments par lesquels l'Etat a réalisé sa politique criminelle. « ...les responsables officiels des Etats ne peuvent subir les conséquences des actes illicites que l'on ne peut leur attribuer personnellement mais qui sont imputables à l'Etat au nom duquel ils agissent : ils jouissent d'une immunité fonctionnelle »²². Ainsi, selon les juridictions nationales mais aussi devant la Cour internationale de Justice, c'est le principe d'immunité pénale diplomatique qui prévaut toujours, que l'Etat du *for* agisse au titre de la compétence territoriale, de la compétence personnelle ou de la compétence universelle (cf. affaire *Yérodia*).

Cependant, ne serait-on pas fondé à soutenir que derrière le paravent de l'Etat ce sont des individus qui agissent toujours, et que par conséquent, lorsqu'ils utilisent les moyens, les pouvoirs ou même le consentement passif de l'Etat pour commettre des atteintes criminelles à l'existence et à la dignité de l'espèce humaine, ils se détachent de leurs fonctions officielles en retournant l'Etat contre ses propres obligations, droits et intérêts et contre la communauté internationale ? L'Etat ne saurait se prévaloir d'un droit fondamental au respect de son indépendance et au développement de sa puissance, et à la fois se reconnaître comme Etat le droit de combattre et détruire sa propre finalité, la population qui l'a fait « Etat » pour le meilleur et contre le pire²³. Aussi est-ce dans l'intérêt de la justice, de l'équité et de la cohérence du droit que les Etats, les tribunaux nationaux et les juridictions internationales déci-

21 - Ann. CDI, 1978, II, 2^e partie, p. 171.

22 - Civ. I, 12 octobre 1999, JDI 2000, p. 1038, note M. Cosnard.

23 - C'est tout le sens du rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats co-présidée par Gareth Evans et Mohamed Sahnoun sur « la responsabilité de protéger » (décembre 2001). La résolution 60/1 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 septembre 2005 approuve le « Document final du Sommet mondial de 2005 » sur la « Responsabilité de protéger les populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité » et énonce à son § 138 : « C'est à chaque Etat qu'il incombe de protéger ses populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Cette responsabilité consiste notamment dans la prévention de ces crimes, y compris l'incitation à les commettre, par les moyens nécessaires et appropriés. (...) Dans ce contexte nous sommes prêts à mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément à la Charte, notamment son chapitre VII, (...) lorsque les moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations... ».

dent-ils que l'individu, quel que soit son rang, peut être détaché de son Etat, la position de gouvernant ne paraissant pouvoir constituer un titre d'exonération de la responsabilité pénale individuelle.

Il n'est pas étonnant dans ces conditions que les règles fondamentales des conventions de Genève du 12 août 1949 et du droit international humanitaire dans son ensemble incriminant les atteintes graves à leurs dispositions aient posé une obligation de poursuivre lorsque l'auteur présumé des violations est dans les mains de l'Etat²⁴. Les articles 49 de la Convention I, 50 de la Convention II, 129 de la Convention III et 146 de la Convention IV sont sans ambiguïté sur ce point. Or les obligations dont elles tiennent les Etats parties sont des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) selon une jurisprudence internationale désormais certaine, plurielle et concordante²⁵.

Contrairement à la lecture classique du droit international qui limite le champ des normes de *jus cogens* aux seuls rapports entre traités, le TPIY a décidé dans l'arrêt *Furundzija* du 10 décembre 1998 que les normes ayant cette qualité sont situées au sommet de l'ensemble de la hiérarchie normative, ce qui aurait pour conséquence, selon la Cour, que la norme impérative l'emporte, même sur le droit interne contraire. Et de citer en exemple les lois d'amnistie, qui doivent être considérées comme privées de tout effet international. Les personnes amnistiées en contradiction d'une norme impérative du droit international général restent ainsi punissables au regard du droit international et pourraient alors être poursuivies partout en vertu de la compétence universelle des Etats. L'article 139 § 3 de la Constitution suisse de 1998 qui dispose que toute initiative populaire tendant à réviser la Constitution et qui ne respecterait pas entre autres les règles impératives du droit international doit être déclarée partiellement ou totalement nulle par l'Assemblée fédérale est un exemple significatif de l'autorité du *jus cogens* dans l'ordre interne²⁶.

Un certain courant de la doctrine est d'ailleurs franchement hostile à l'immunité des représentants de l'Etat ayant titre pour s'en prévaloir, estimant comme le juge Khasawneh dans son opinion dissidente

24 - L'obligation de poursuivre posée par les 4 conventions ne signifie évidemment pas que la compétence universelle puisse être exercée par défaut, et encore moins qu'existe une obligation de l'exercer même par défaut. L'obligation de poursuivre en vertu de la compétence universelle n'existe qu'en présence de l'auteur présumé.

25 - TPIY, 10 décembre 1998, *Furundzija*, § 153 et suiv. ; CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo*, RDC c. Rwanda ; CEDH, 21 novembre 2001, *El-Adsani*, req. n° 35763197 ; TPI CE, 21 septembre 2005, Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission, aff. T-306/01 ; Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation générale n°29 sur l'article 4 du PIDCP, 24 juillet 2001, 1950^e session.

26 - Voir R Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruylant, 2003, p. 30.

sur l'arrêt *Yérodia* que le respect de « *par in parem...* » est assuré à suffisance par l'immunité d'exécution d'un ministre des affaires étrangères en mission officielle pour qu'il soit besoin d'en appeler au surplus à la protection choquante que constitue parfois l'immunité de juridiction pénale²⁷.

Toute la difficulté est ainsi pour l'Etat de concilier deux exigences qui tirent en sens contraire : d'un côté appliquer le cas échéant l'obligation internationale d'exercer l'action répressive, et de l'autre, exécuter l'obligation « essentielle » intransgressible de respect de l'immunité pénale.

Il paraît plus en cohérence avec le principe de communauté en voie d'affermissement de faire triompher l'obligation de poursuivre sur le respect de l'immunité. En effet, aussi bien établie soit-elle dans l'ordre juridique international, la règle d'immunité des représentants attitrés de l'Etat n'est pas une norme impérative du droit international général. L'octroi ou le refus d'attribution de l'immunité relève de considérations plus politiques que juridiques. Ainsi, les Etats non reconnus ne se voient pas nécessairement refuser le bénéfice de l'immunité, surtout lorsque l'Etat du *for* entretient des relations avec l'entité pré-étatique, et de la sorte contribue à l'action diplomatique en faveur de sa reconnaissance par les tiers. La Cour de cassation a pris position pour l'opposabilité de l'immunité d'un Etat pourtant non reconnu²⁸. Mais alors même que l'Etat étranger est reconnu par l'Etat du *for*, celui-ci est en droit de ne donner aucun effet aux qualités étatiques de l'agent public étranger et ainsi l'exclure du bénéfice de l'immunité, à la condition de n'avoir pas agi par surprise. L'Etat du *for* peut ainsi poursuivre un chef d'Etat étranger ou un ministre des affaires étrangères dont il ne reconnaît pas la qualité : les Etats-Unis n'ont pas violé de droit des immunités diplomatiques en poursuivant le président panaméen en exercice, le général Noriégua, pour trafic de drogue, blanchiment d'argent et racket.

L'Etat du *for* peut aussi ne reconnaître à l'Etat étranger qu'une partie des immunités, pourvu que celui-ci en soit dûment averti, conformément au devoir de loyauté par lequel les Etats s'obligent mutuellement.

Enfin, rien ne s'oppose en droit à ce que des Etats renoncent en tout ou partie à leurs immunités, unilatéralement ou par voie d'accord international. Une telle renonciation permettrait d'ailleurs d'assurer une meilleure protection des droits de l'homme et des Etats d'accueil

27 - Voir M. Sassoli, RGDIP 2002/4 préc.

28 - Civ. 2 novembre 1971, *Clerget*, JCP 1972.II p. 16969, note Ruzié ; Rev. cr. 1972, p. 310, note Bourel ; JDI, 1972, p. 267, note Pinto ; il s'agissait de la République démocratique du Nord Vietnam.

eux-mêmes. Pourtant, nul n'envisage sérieusement que l'exécution d'une obligation impérative d'action répressive excluant l'immunité, même pour les crimes internationaux les plus graves, puisse aboutir à paralyser radicalement l'immunité pénale. Il ne pourra en être ainsi que lorsque les Etats souverains se seront dissous dans une vaste fédération mondiale. On en est bien loin.

Quel avenir pour l'immunité pénale diplomatique ?

L'immunité pénale des représentants attitrés de l'Etat n'est pas en crise. Sa surprenante vigueur malgré la défaillance récente d'un certain nombre d'Etats l'atteste. Aussi longtemps que le principe de souveraineté restera gravé au cœur de l'Etat l'immunité pénale persistera, parce qu'elle peut apparaître comme une véritable technique de défense des intérêts vitaux de l'Etat qui la délivre. Parce que les Etats se dotent toujours, quasi instinctivement, du corps de règles juridiques assurant la primauté de leurs intérêts de haute politique, l'immunité pénale diplomatique trouvera toujours à servir. Le droit reconnaît d'ailleurs ses limites à régir les questions que l'Etat considère comme relevant de son identité propre et du cercle de ses actes de souveraineté : « *de maximis non curat praetor* ».

Dans les circonstances exceptionnelles, faites d'atteintes si graves aux fondements de la société internationale et à la survie même de certains de ses membres qu'elles présentent un caractère de calamité publique internationale, c'est le principe d'immunité pénale et d'inviolabilité des représentants de l'Etat qui constitue l'ultime voie de secours, le dernier fil de contact entre les Etats en crise, la dernière torsade qui retient encore l'alpiniste à la suite de la rupture des fils de trame de sa corde d'escalade. Dans ces circonstances exceptionnelles, c'est le respect de l'immunité pénale diplomatique qui peut encore empêcher que le système normatif et politique délabré par la crise ne bascule tout entier dans la barbarie, et avec lui les normes impératives censées être les marqueurs ultimes du monde civilisé.

L'immunité pénale l'emporte alors sur l'obligation internationale impérative de poursuivre, non point en raison de l'autorité juridique qui lui est attachée, mais en considération de l'incontestable primauté de sa fonction dans les situations de rupture de la continuité de la vie politique, économique, sociale et juridique internationale. Elle apparaît ainsi comme une règle de nécessité invincible sous-tendue par une finalité suprême, celle de la sauvegarde de l'Etat et de la reconstruction du lien juridique et politique international. On comprend alors les raisons profondes de l'attachement des juridictions nationales et de la Cour internationale de Justice au principe d'immunité pénale dans

Crimes et immunités diplomatiques :
le droit international peut-il à la fois souffler le chaud et le froid ?

l'ordre juridique interne. Si l'Etat est l'horizon indépassable de la modernité politique, l'immunité pénale des représentants de l'Etat a de beaux jours devant elle.

RAPPORT DE SYNTHESE

Bernard Bouloc,

Professeur émérite de l'Université Paris I - Panthéon Sorbonne

Je tiens à remercier les organisateurs de cette journée qui nous ont bien accueillis, ainsi que les différents intervenants qui ont eu la délicatesse de me faire parvenir leurs communications en vue de la préparation de ce rapport.

A vrai dire, cela m'a gâché ces derniers jours, car je les ai lues et relues, et comme on a pu le remarquer, il n'y a pas d'unité en la matière, mais une mosaïque.

Examinant le thème consacré aux immunités pénales, j'ai noté qu'il constituait le deuxième volet d'une recherche dont le premier portait sur les immunités de responsabilité civile¹, thème devenu très actuel depuis dix ans.

Mais, si l'on en croit les propos de notre collègue d'Alteroche, l'immunité, en matière pénale, est de loin très ancienne². N'aurait-il donc pas fallu commencer par le droit pénal ? Même s'il est quelque peu ébréché par ceux qui croient que la justice pénale poursuivrait des innocents, il

1 - *Les immunités de responsabilité civile*, ss. dir. O. Deshayes, PUF, collection CEPRISCA, 2009.

2 - B. d'Alteroche, Un exemple d'immunité pénale : l'asile ecclésiastique, *supra*, p. 9.

existe encore un principe selon lequel « le criminel tient le civil en l'état » (art. 4, al. 2 CPP). Bref, les immunités en matière pénale auraient dû précéder l'effet Costedoat. Il est vrai que la primauté du criminel n'a lieu d'être que si le pénal a été mis en œuvre, et à condition que le civil soit dans le droit fil du pénal.

Quoi qu'il en soit, les organisateurs ont eu pleinement raison de faire état des « immunités pénales », car comme le signalait Ch. Choukroun dans son étude à la Revue de sciences criminelles³, il n'y a pas une théorie unitaire de l'immunité. On en voudra pour preuve deux situations parmi les plus classiques : l'article 311-12 du code pénal fait état de l'absence de poursuites pénales en cas de vol entre époux et entre ascendant et descendant, tandis que l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse indique « ne donneront lieu à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée Nationale ou du Sénat, ou les discours prononcés ou les écrits devant les tribunaux ». Dans un cas, seule la poursuite pénale est exclue, tandis que dans l'autre, aucune action n'est possible, ce qui exclut l'action civile⁴. C'est dire la difficulté qu'il y aurait de ramener à l'unité ce qui est disparate.

Une autre difficulté se présente, celle du vocabulaire. Des auteurs ont tendance à assimiler l'immunité et l'inviolabilité. C'est le cas pour l'immunité parlementaire qui, en réalité, est une inviolabilité⁵. Ce qui est interdit, c'est d'arrêter ou de mettre en détention (ou en garde à vue) un parlementaire, sauf autorisation donnée par le bureau de l'assemblée concernée.

Quant au président de la République, il ne relevait que de la Haute Cour de Justice, ce qui instituait un privilège de juridiction. Depuis la réforme constitutionnelle du 23 février 2007, le chef de l'Etat est irresponsable pénalement pour les actes de sa fonction. Mais en cas de manquement grave aux devoirs de sa fonction, il pourrait être destitué par les parlementaires, et rendu, en quelque sorte à l'état laïc.

Pour les membres du Gouvernement, ils relevaient également de la Haute Cour de Justice, mais la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 a institué une Cour de Justice de la République, compétente pour juger les membres du Gouvernement ayant commis des crimes ou des délits commis dans l'exercice de leurs fonctions dont nous a entretenu le professeur Boudon⁶. Antérieurement à cette réforme, les ministres bénéficiaient, en fait, d'une immunité. Celle-ci a joué pleinement en matière de financement des partis politiques jusqu'au jour où des juges

3 - C. Choukroun, L'immunité, RSC, 1959, p. 29.

4 - V. G. Lecuyer, La liberté d'expression, in *Les immunités de responsabilité civile*, préc., p. 109 ; H. Guillot, Rép. Pénal Dalloz, V°. Diffamation, n°385 et 444.

5 - G. Soulier, *L'inviolabilité parlementaire en droit français*, thèse Paris, 1966 ; P.M. Gaudemet, Rép. Pénal Dalloz, V°. Immunités, n°31 et ss. ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2010, n°611.

6 - J. Boudon, Le privilège de juridiction de l'article 68-1 de la Constitution s'apparente-t-il à une immunité ? Autour de l'affaire Clearstream, *supra*, p. 31. Comp. B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n°514 ; S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Litec, 2009, n°195.

d'instruction se sont servis de l'abus de biens sociaux ou des emplois fictifs pour faire sauter le verrou de la prescription de l'action publique. Une autre immunité de fait protège aussi les magistrats et les officiers de police judiciaire. Ils bénéficiaient d'un privilège de juridiction qui s'est traduit par des dépaysements et par un préalable à la poursuite. Dans un souci d'égalité des citoyens, la loi du 4 janvier 1993 a abrogé les articles 679 à 688 du code de procédure pénale⁷. Les magistrats ont vite réalisé qu'ils étaient exposés à comparaître devant leurs collègues pour une bavure portant sur un placement en détention. N'ayant pu obtenir un aménagement lors de la loi du 1^{er} février 1994, ils ont eu gain de cause avec la loi du 8 février 1995 qui a introduit un article 6-1 dans le code de procédure pénale. Selon ce texte, en cas de crime ou de délit prétendument commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire qui impliquerait la violation d'une disposition de procédure pénale, l'action publique ne peut être exercée que si le caractère illégal de l'acte accompli à cette occasion, a été constaté par une décision judiciaire définitive. Or, parfois, les chambres de l'instruction n'annulent pas un acte irrégulier soit parce qu'il serait sans utilité soit parce qu'il ne porterait pas atteinte aux droits de l'intéressé. C'est dire que cette disposition assure une bonne protection aux magistrats et parfois aux officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire.

D'autres fonctionnaires ont cherché à s'abriter, pour justifier une action illicite, derrière l'autorité légitime. Mais tant dans l'affaire des paillottes corses que dans celle des écoutes de l'Elysée, nos juges ont considéré que ni le préfet⁸ ni les gendarmes de la cellule de l'Elysée⁹ ne pouvaient se prévaloir d'une cause de justification, pour l'acte manifestement illégal demandé. Une décision du président de la République ne peut valoir fait justificatif.

En revanche, il est permis de regretter que le droit de la presse n'ait pas été retenu parmi les causes d'immunité pénale. C'est qu'en effet, cette matière est très sensible du fait de la liberté reconnue par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et les positions prises par la cour européenne de Strasbourg.

Malgré tout, la liberté a des limites, consacrées par les infractions de diffamation et d'injures. Mais la loi du 29 juillet 1881 prévoit des immunités pour les discours tenus dans les assemblées parlementaires, ou pour les rapports ou toutes autres pièces imprimées. Pas d'action non plus pour le compte rendu des séances publiques des assemblées ou pour les propos ou écrits produits devant les commissions d'enquête, ainsi que pour les débats judiciaires ou les écrits produits devant les tribunaux. Toutefois, les juges peuvent prononcer la suppression des propos

7 - B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n°531.

8 - Cass. crim. 13 octobre 2004, Bull., n°243 ; D. 2005, 1528.

9 - Cass. crim. 30 septembre 2008, Bull., n° 197 ; D. 2008, 2975, note H. Matsopoulou.

injurieux et même condamner à des dommages-intérêts. Si les faits évoqués sont étrangers à la cause, les actions publique et civile peuvent être réservées par les tribunaux aux parties, les tiers conservant leur action civile. On voit donc que le législateur a mis en place une problématique particulière.

Au-delà de ces remarques, qu'a-t-on observé aujourd'hui dans les savantes conférences des rapporteurs ? Tout d'abord que dans les temps anciens, il y avait une dispense de charge ou d'impôt puis que concrètement il y a eu une immunité réelle qui a été étendue aux personnes. Mais, depuis cette époque, même si certains lieux ou documents peuvent échapper à des investigations, ce qui est le plus remarquable ce sont les immunités personnelles.

Aussi bien, il convient de s'intéresser d'abord aux immunités personnelles, puis d'examiner les immunités réelles.

Section I - Sur les immunités personnelles

Parmi les immunités personnelles, la plus ancienne sans doute et la plus fréquemment invoquée, se trouve l'immunité familiale.

Cette immunité qui a été présentée avec finesse et humour par le doyen Gérard Clément sur le rapport établi en commun avec Mme Béatrice Clément¹⁰, a pour objet d'éviter un déballage d'affaires intimes devant les tribunaux, soumis à la règle de la publicité.

La famille, cependant, est en péril aujourd'hui, car il y a des concurrents, PACS hétéro ou homo, ou bien ceux qui vivent ensemble sans liens, compagnon ou compagne. Il y a aussi les familles recomposées. Comment faudra-t-il comprendre l'ascendant de l'auteur de l'acte ? Selon la loi civile, auquel cas il n'y aura pas d'immunité si l'enfant dérobe un objet appartenant au père du nouveau compagnon de la mère. La sagesse sera de ne rien faire.

Par ailleurs, jusqu'en 1990, on considérait qu'il n'y avait pas de viol entre époux, sauf peut-être en cas de résidence séparée lors d'une instance de divorce¹¹. Mais la Cour de cassation a estimé qu'en cas de contrainte la loi peut (ou doit) s'appliquer car elle a pour objet de protéger la liberté de chacun¹². Depuis lors, la loi du 4 avril 2006 a introduit un alinéa 2 à l'article 222-22 du code pénal précisant que le viol et les agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils sont imposés à la victime..., quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime « y compris s'ils sont unis par les liens du mariage ». La loi a repris la formule de la Cour de cassation, à savoir que la présomption de consente-

10 - Les immunités familiales, *supra*, p. 49.

11 - Cass. crim. 17 juillet 1984, Bull., n°260 ; D. 1985, 7, note D. Mayer ; RSC 1985, 82, obs. G. Levasseur.

12 - Cass. crim., 5 septembre 1990, Bull., n°313 ; D. 1991, 13, note H. Angevin ; JCP 1991, II, 21629, note M.-L. Rassat ; Gaz. Pal., 1991, I, 58, note J.-P. Doucet ; RSC 1991, 348, obs. G. Levasseur.

ment des époux aux actes sexuels ne vaut que jusqu'à preuve contraire. Dans le domaine des activités professionnelles, le législateur a été amené à édicter une immunité personnelle au profit de ceux soumis à l'obligation de dénoncer des opérations douteuses à la cellule de lutte contre le blanchiment d'argent. Tel a été l'objet de la conférence très pertinente et précise de M. Defferrard¹³. L'article L.561-22 du code monétaire et financier écarte toute poursuite fondée sur la dénonciation calomnieuse ou la violation du secret professionnel au profit des personnes ayant dénoncé les faits à TRACFIN, mais encore faut-il qu'elles aient agi de « bonne foi », ce qui peut donner lieu à discussion. En outre, le même article L.561-22 dans son paragraphe II écarte toute action en responsabilité civile et toute sanction professionnelle au profit des personnes ayant effectué des déclarations à TRACFIN, ou de celles figurant dans les autorisés de contrôle. Du fait de l'élimination de la responsabilité civile, il y a une différence avec l'immunité familiale qui n'écarte que la responsabilité pénale.

Il est à noter que la loi exclut l'immunité quand il y a concert frauduleux, ce qui est un concept un peu vague et flou, comme cela a été établi dans le domaine du droit des sociétés, à propos de l'action de concert.

S'agissant des dirigeants des Etats, il existe aussi une immunité personnelle comme l'a montré brillamment M. Sinkondo¹⁴. C'est une règle traditionnelle¹⁵. Toutefois, ce principe cède aujourd'hui du fait des actes de génocide et de la création de tribunaux internationaux spécifiques ou permanents¹⁶.

Parfois, c'est le chef du Gouvernement qui cherche à obtenir une immunité pour des actions un peu irrégulières. Madame Mauro nous a montré les différents procédés mis en œuvre par M. S. Berlusconi pour des faits étrangers aux fonctions¹⁷. Même si la Cour constitutionnelle a déjoué certains stratagèmes, il est permis de penser que finalement la prescription absolue mettra un terme à certaines affaires.

M. Georgopoulos nous a fait part de la position de la Cour européenne quant aux témoins¹⁸. Ceux-ci bénéficient d'une immunité pour venir devant la Cour. Mais la Cour exerce aussi un contrôle sur les immunités admises par les Etats et qui peuvent entraver le recours à un juge. On sent là l'influence du droit anglais qui a été si bien décrit par Monsieur M. Bénillouche, dans différentes composantes¹⁹.

13 - Les immunités dans la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, *supra*, p. 117.

14 - Crimes et immunités diplomatiques : le droit international peut-il à la fois souffler le chaud et le froid ?, *supra*, p. 167.

15 - A. Decocq, La poursuite d'une chef d'Etat étranger, *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 287.

16 - D. Carreau, La compétence universelle au regard du droit international, *Mélanges Bouloc*, préc., p. 89.

17 - C. Mauro, Les vicissitudes de l'immunité pénale du premier ministre en Italie, *supra*, p. 151.

18 - T. Georgopoulos, Immunités pénales et Convention européenne des droits de l'homme (communication orale).

19 - M. Benillouche, Les immunités pénales en Common Law, *supra*, p. 133.

Chemin faisant, M. Bénillouche a évoqué le droit de la concurrence. Mais si l'on regarde les procédures de clémence, qu'il s'agisse de celle de l'Union Européenne ou de celle consacrée en droit interne, il semble bien que l'on ne soit pas en présence d'une immunité, puisqu'une procédure est engagée et n'emporte pas absence de culpabilité. On est plutôt en présence de circonstances atténuantes tarifées, selon ce qui est transmis à l'autorité de la concurrence. Dans certaines situations, on est plutôt en présence d'une reconnaissance de culpabilité (plaider coupable). Même si cette technique peut voir s'ouvrir un certain développement, il reste qu'il n'y a pas dispense de peine, mais au contraire examen très attentif des renseignements communiqués et des engagements de comportements.

Dans les immunités personnelles, il est permis de ranger l'immunité des diplomates, dont il a été peu question. En application de la Convention de Vienne du 18 avril 1961, les agents d'un Etat étranger sont soustraits aux juridictions de l'Etat accréditaire²⁰. En fait, il s'agit plutôt d'une incompétence du juge français, à moins que l'Etat étranger ait renoncé à l'immunité de juridiction.

On pourrait aussi évoquer le cas des repentis qui bénéficient d'une exemption de peine quand ils ont averti l'autorité administrative ou judiciaire avant que l'infraction ne soit accomplie. Mais s'agissant d'une exemption de peine, il y a en théorie maintien de la culpabilité ; ce n'est donc pas un véritable obstacle à la mise en mouvement d'une poursuite. Car, dans le strict respect d'une définition, l'immunité protège la personne contre une possible reconnaissance de culpabilité. La personne est protégée. Est-ce à dire qu'il ne pourrait pas y avoir d'immunité concernant des biens ? C'est ce qu'il faut examiner.

Section II - Sur les immunités réelles

Comme nous l'a montré avec une grande finesse le professeur d'Alteroche²¹, c'est d'abord et avant tout certains lieux qui ont été protégés. Il s'agit des locaux de l'Eglise, et l'on sait que certains couvents ont pu abriter des personnes recherchées ou craignant pour leur vie. Hors certaines situations, il est plus ou moins admis que la police ne saurait pénétrer dans un couvent ou une église, sans y avoir été « invitée ».

Il en est de même pour les locaux diplomatiques, les ambassades et aussi les bâtiments militaires. Ces lieux ne sauraient, à proprement parler, bénéficier d'une immunité ; ils sont plutôt soumis à une inviolabilité.

En ce sens, on pourrait aussi évoquer le cas des locaux de certains professionnels soumis à un secret absolu, comme c'est le cas de l'avocat²² ou du médecin. En fait, ce qui se trouve protégé c'est le secret plus que le

20 - S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, préc., n°1292.

21 - B. d'Alteroche, Un exemple d'immunité pénale : l'asile ecclésiastique, préc.

22 - B. Boulloc, Le secret professionnel de l'avocat, *Mélanges Gassin*, PU Aix en Provence, 2007, p. 121.

local, car les juges peuvent appréhender tous documents établissant une participation de l'avocat à l'infraction poursuivie.

Il en est un peu de même en ce qui concerne le secret-défense²³. En principe ce secret a pour finalité de protéger la sécurité du territoire contre les ennemis potentiels, et d'empêcher tous tiers d'évaluer les matériels et les moyens de défense dont dispose la France. Mais ce secret est utilisé aussi pour mettre à l'abri du regard de très nombreux documents. Et si ceux-ci sont couverts par le secret, certaines procédures ne pourront pas aboutir, comme le démontre l'affaire des frégates de Taïwan ou d'autres liées à la livraison de matériel militaire à des Etats étrangers. On comprend que certains documents ne puissent pas être mis entre toutes les mains, et il faut se rappeler qu'après une instruction, la procédure devant une juridiction de jugement ne peut être que publique, le huis clos étant très encadré.

Afin d'éviter des excès, une commission consultative du secret-défense a été instituée, pour donner un avis sur une éventuelle déclassification. Cela peut être utile pour faciliter les investigations, sinon il ne sera pas possible d'approcher la vérité.

Que penser de toutes ces recherches si bien exposées ?

Tout d'abord que les immunités personnelles quand elles font obstacle à toute action, pénale et civile, agissent plutôt comme un fait justificatif. En ce cas, les participants accessoires (complices notamment) bénéficient de cet effet objectif. En revanche, s'il n'y a qu'une impossibilité de mettre en œuvre l'action publique, l'immunité se rapproche d'un classement d'opportunité ou d'une dispense de peine qui laisse subsister l'action de la victime.

Quel peut être l'avenir de ces immunités ? Il ne peut qu'être incertain, tant cela peut choquer le principe de l'égalité des citoyens face à la loi pénale. Pourraient alors demeurer les immunités réelles qui se présentent comme des inviolabilités de certains lieux ou documents. Bref la notion d'immunité déjà incertaine pourrait être compromise.

Pour terminer, j'indiquerai que la Cour de cassation contribue à semer l'incertitude quand elle admet comme cause d'impunité les droits de la défense²⁴. Ceux-ci peuvent justifier le vol de documents par un salarié pour pouvoir obtenir satisfaction devant le juge des prud'hommes. Est-ce une immunité, ce n'est pas sûr, car *prima facie* il y a apparence de délit dont il conviendra de se justifier.

Je remercie tous les intervenants de cette journée, qui ont permis de mieux comprendre les différentes facettes des immunités réelles ou supposées évoquées en droit pénal.

23 - J. Lefebvre, Immunité pénale et secret défense, *supra*, p. 63.

24 - B. Bouloc, *Droit pénal général*, 21^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°377 ; cass. crim. 11 février 2003, Bull., n°29 ; cass. crim. 11 mai 2004, Bull., n°113 et 117 ; V. aussi cass. crim. 9 juin 2009, Bull., n°118.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	2
--------------------	---

PREMIERE PARTIE : L'ACTUALITE EN DROIT INTERNE

Une question d'actualité permanente ?

Un exemple d'immunité pénale : l'asile ecclésiastique par Bernard d'Alteroche	9
---	---

Section I - Le droit classique de l'Eglise	18
§ 1 : Le principe et les lieux de l'asile	18
§ 2 : Les effets du droit d'asile	20

Section II - Les limites et les contestations du droit d'asile	22
§ 1 : Les cas exceptés.....	22
§ 2 : Les contestations du droit d'asile	24

Un regard de droit constitutionnel

Le privilège de juridiction de l'article 68-1 de la Constitution s'apparente-t-il à une immunité ? Autour de l'affaire <i>Clearstream</i> par Julien Boudon	31
---	----

Section I - Immunité et privilège de juridiction	33
---	----

Section II - Le caractère d'ordre public des règles de compétence	39
--	----

Un regard sur la famille

Les immunités familiales

par Béatrice Clément et Gérard Clément 49

Section I – La nature et les effets des immunités familiales :

consubstantiels à leur fondement 50

§ 1 : D'une dualité de fondement... 50

§ 2 : ... à une dualité de nature 52

Section II – Le domaine d'application des immunités familiales 56

§ 1 : Les bénéficiaires..... 57

§ 2 : Les infractions couvertes par les immunités familiales..... 59

Un double regard en matière pénale

Immunité pénale et secret défense

par José Lefebvre 63

Section I - Un acte régalien d'immunisation73

§ 1 : L'étonnante immunisation par le règlement d'un conflit
d'intérêts75

§ 2 : L'évidente immunisation par la matérialité des actes 82

A. La décision administrative (de classement et de
déclassement) est certainement un acte de
gouvernement 82

1) Une décision non motivée de l'autorité
administrative..... 83

2) Une décision non figée dans le temps..... 86

3) Une décision exclusive et donc dépourvue
de contrôle 88

B. Le juge demandeur à la levée du secret-défense 91

Section II - Un acte légal d'inviolabilité 96

§ I : Une cause d'altération de la procédure 96

A. Des contraintes expresses quant à l'accès aux preuves....97

B. Des contraintes induites sur l'action publique 100

1) Une contrainte sur l'exercice des poursuites
par le ministère public..... 100

2) Une contrainte relative au délai de prescription
de l'action publique. 102

§ 2 : Une altération non-irréversible 104

A. La nécessité d'une décision rendue sur le fond 104

B. Les opportunités offertes par les recours
extraordinaires..... 109

Conclusion 112

SECONDE PARTIE : L'ACTUALITE EN DROIT COMPARE
ET DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Les immunités pénales dans la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme

par Fabrice Defferrard 117

Section I – Les immunités indépendantes 123

§ 1 : L'effectivité des immunités 123

A. La déclaration de soupçon 123

B. La communication et les échanges d'informations... 125

§ 2 : L'efficacité des immunités 126

Section II – Les immunités dépendantes 128

§ 1 : L'effectivité des immunités 128

A. Les immunités dépendantes et le dispositif

« anti-blanchiment » 128

B. Les immunités dépendantes et le droit au compte... 129

§ 2 : L'efficacité des immunités 130

Conclusion 131

Diverses observations européennes

Les immunités pénales en Common Law

par Mikaël Benillouche 133

Section I – Les immunités fondées sur la souveraineté

(sovereign immunities) 134

§ 1 : L'immunité des représentants de l'Etat 134

§ 2 : Les immunités du personnel et des locaux diplomatiques.... 135

§ 3 : L'immunité des parlementaires 138

Section II – Les immunités fondées sur l'intérêt de la justice 138

§ 1 : L'immunité du témoin en Grande-Bretagne 139

§ 2 : L'immunité des témoins au Canada 143

A. L'immunité de droit commun 143

B. L'immunité en droit de la concurrence 145

Section III – Les immunités mixtes 147

§ 1 : La *public interest immunity* 147

§ 2 : Le *legal professional privilege* 147

§ 3 : Les immunités des surveillants de prison 148

Les vicissitudes de l'immunité pénale du premier ministre en Italie par Cristina Mauro.....	151
---	-----

Section I - La réforme	156
§ 1 : Le système consacré par la Constitution	156
§ 2 : Le système envisagé en 2008	160

Section II - La remise en cause des solutions législatives	162
§ 1 : La décision de la Cour constitutionnelle	163
§ 2 : Suite et fin ?.....	164

Observation en droit international public

Crimes et immunités diplomatiques : le droit international peut-il à la fois souffler le chaud et le froid ? par Marcel Sinkondo	167
--	-----

Section I - L'embarrassante radicalité du principe : l'immunité pénale, berceau de l'impunité ?	170
§ 1 : Fondements et sources de l'immunité pénale diplomatique....	170
§ 2 : L'étendue de l'immunité pénale diplomatique	173

Section II - Echec à l'impunité : l'immunité pénale à l'épreuve des implications du principe de communauté internationale	175
§ 1 : L'absence d'immunité pénale devant les TPI et la CPI.....	176
§ 2 : L'existence de cas d'obligation impérative des juridictions nationales de poursuivre	179

Conclusion : Quel avenir pour l'immunité pénale diplomatique ?	182
---	-----

Rapport de synthèse par Bernard Bouloc, Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne	185
---	-----

Section I - Sur les immunités personnelles	188
---	-----

Section II - Sur les immunités réelles	190
---	-----