



L'INDÉPENDANCE DE LA FONCTION PARLEMENTAIRE, LA SÉPARATION DES POUVOIRS ET L'AFFAIRE « FILLON »*

par Maria Rosaria Donnarumma**

Sommaire : 1. Introduction. - 2. Les questions de compétence et de pertinence de la règle de droit pénal applicable, y compris le droit international - 3. Les questions de droit constitutionnel : l'indépendance de la fonction parlementaire, la séparation des pouvoirs. - 4. Considérations conclusives.

1. Introduction

L'affaire « Fillon », qui a éclaté dans la presse française à la suite de l'information judiciaire pour détournement de fonds publics¹, ouverte le 24 février 2017, après un mois d'enquête préliminaire, par le Parquet national financier² contre le candidat du parti « Les républicains » à l'élection présidentielle de 2017, soulève plusieurs questions relevant, selon certains commentateurs, non seulement du droit pénal, mais aussi du droit constitutionnel.

En effet, les avocats de Fillon, ainsi que d'autres juristes, ont non seulement contesté la compétence du Parquet et l'application de l'article 432-15 du code pénal, mais aussi invoqué la

* Étude soumise à « double blind peer review ».

**Professeur des Institutions de droit public et de Droit public avancé.

¹ Exactement pour « détournement de fonds publics, abus de biens sociaux et recel, trafic d'influence et manquements aux obligations de la déclaration à la Haute Autorité sur la transparence de la vie publique ».

² Le communiqué du Parquet précise textuellement : « Dans le prolongement de l'enquête préliminaire ouverte le 25 janvier 2017 concernant, notamment, monsieur et madame Fillon, le Parquet national financier a décidé d'ouvrir, dès ce jour, une information judiciaire en raison de l'ancienneté d'une partie des faits concernés et de l'exigence de la mise en œuvre de l'action publique résultant de l'article 4 de la loi adoptée définitivement le 16 février 2017 ». On fait référence au risque de prescription prévue par la loi n° 2017-242 sur la prescription en droit pénal, qui en exempte, d'après son article 4, les infractions ayant « valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique » au moment de son entrée en vigueur, et non entachées par la prescription selon la loi jusqu'alors applicable..

violation de principes du droit constitutionnel, tels que l'indépendance de la fonction parlementaire et la séparation des pouvoirs.

Ils sont allés jusqu'à dénoncer un « coup d'État institutionnel » (!), tandis que François Fillon, lors d'une émission sur la chaîne télévisée France 2 le 23 mars dernier, a accusé même le président de la République d'être à la tête d'un « cabinet noir »³. Cela a provoqué l'immédiate réaction de François Hollande, qui a condamné « avec la plus grande fermeté les allégations mensongères de François Fillon », en ajoutant que celui-ci a dépassé tout respect à la dignité liée aux fonctions à remplir⁴.

C'est le spectacle peu édifiant, auquel on est confronté au cours de cette campagne pour l'élection présidentielle de 2017.

2. Les questions de compétence et de pertinence de la règle de droit pénal applicable, y compris le droit international

Les avocats de François Fillon, ainsi que treize juristes, ayant signé un appel, publié le 18 février 2017 sur le site *Atlantico.fr*⁵, pour dénoncer un « coup d'État institutionnel », ont contesté l'enquête ouverte le 25 janvier 2017 par le Parquet national financier, en faisant appel à plusieurs arguments, parmi lesquels la compétence du Parquet et la pertinence de la règle de droit pénal applicable.

Le Parquet national financier a été créé en décembre 2013⁶ et installé en mars 2014, pour centraliser et rendre plus efficaces les procédures contre la fraude fiscale et la délinquance économique et financière, alors que le pays faisait face à un des plus grands scandales sous la

³ Par l'expression « cabinet noir » on fait référence à la pratique du non respect du secret de la correspondance, qui en France prit de l'importance sous Richelieu, en poursuivant jusqu'au Seconde Empire.

⁴ Le Parquet national financier, saisi par des membres du parti « Les républicains » au sujet des soupçons d'un « cabinet noir », a décidé, le 6 avril, de ne pas ouvrir d'enquête, car les affirmations contenues dans le livre « Bienvenue place Beauvau », sur lesquelles s'appuyait l'accusation portée par Fillon, « sont trop imprécises et manquent trop d'étai pour pouvoir justifier l'ouverture d'une enquête préliminaire ».

⁵ Il s'agit d'un site d'information sur internet, créé en 2011.

⁶ Cf. la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier et la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

présidence Hollande : l'affaire « Cahuzac », mettant en cause, pour fraude fiscale et blanchiment d'argent, l'ancien ministre du budget.

Les compétences du Parquet sont définies aux articles 705 et 705-1 du code de procédure pénale. D'après l'article 705, le Parquet a compétence pour les fraudes fiscales, les fraudes électorales et les délits d'atteinte à la probité (ex. : corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, détournement de fonds publics), à la condition qu'il s'agisse d'« affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité ». C'est justement cet aspect qui est contesté par la défense de Fillon, puisque, à première vue, l'allégation d'emplois fictifs, fournis par Fillon à son épouse et à ses enfants, ne semble pas impliquer une enquête de grande complexité.

Étant donné, toutefois, la souplesse de la notion d'« affaire de grande complexité », il n'est pas aisé de prouver que la condition n'est pas remplie dans l'affaire Fillon, d'autant plus que le délit de détournement de fonds publics ne figure pas expressément à l'article 705 et l'application de l'article 432-15 du code pénal est contestée en l'espèce. Cela pourrait justifier la complexité de l'affaire.

Il faut aussi souligner que la compétence en cause du Parquet n'est pas exclusive, mais concurrente avec celle des juridictions interrégionales spécialisées et des tribunaux de grande instance de droit commun. Ce qui a amené le Parquet à préciser, dans un communiqué du 6 février 2017, qu'avant l'ouverture de l'enquête préliminaire il y a eu concertation avec le Parquet de Paris, comme le prévoit la circulaire du ministère de la justice du 31 janvier 2014⁷.

Une autre objection, avancée par la défense de Fillon, concerne la règle de droit pénal applicable, soit l'article 432-15, qui récite textuellement :

« - Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa

⁷ Visant à préciser la nouvelle architecture des juridictions spécialisées en matière économique et financière, induite par la création du procureur de la République financier.

mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction. - La tentative du délit prévu à l'alinéa qui précède est punie des mêmes peines ».

La querelle porte sur les personnes visées, puisque cet article, à la différence d'autres articles (article 432-12 et article 432-14), ne mentionne pas les personnes « investies d'un mandat électif public ». D'où découlerait, selon les avocats de Fillon, la loi étant « d'interprétation stricte », l'exclusion des parlementaires.

Mais peut-on vraiment affirmer qu'un membre du parlement, qui représente la Nation ou bien les collectivités locales, qui participe à l'exercice de la souveraineté nationale et vote la loi, n'est pas dépositaire de l'autorité publique, ni chargé d'une mission de service public ? Il s'agit d'une interprétation biaisée de la loi, et non « stricte ».

Par ailleurs - comme le juriste Guillaume Beaussonie le souligne sur son blog - même si on conteste l'application de l'article 432-15, on peut toujours faire référence au délit d'abus de confiance (article 341-1 du code pénal⁸), pour lequel aucune qualité particulière de l'agent n'est requise.

Cela d'après le droit interne. À l'appui de la thèse, selon laquelle le parlementaire est un agent public, il y a aussi le droit international. La convention de Merida contre la corruption⁹, ratifiée par la France¹⁰ et ayant, donc, « une autorité supérieure à celle des lois » (article 55 de la constitution), définit ainsi l'agent public dans son article 2, *sub a*) i :

« Aux fins de la présente Convention : a) On entend par “agent public” : i) toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un État Partie, qu'elle ait été nommée ou élue, à titre permanent ou temporaire, qu'elle soit rémunérée ou non rémunérée, et quel que soit son niveau hiérarchique ».

En outre la convention, en prévoyant le délit de détournement ou autre usage illicite de biens

⁸ Article 341-1 c. p. : « - L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. - L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ».

⁹ Adoptée par l'Assemblée des Nations Unies le 31 octobre 2003.

¹⁰ Cf. la loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005 autorisant la ratification.

par un agent public (article 17)¹¹ et le délit d'abus de fonctions (article 19)¹², engage chaque État Partie à adopter « les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale » aux délits visés.

Peut-on arguer valablement que les membres du parlement ne peuvent être poursuivis pour détournement de fonds publics ?

3. Les questions de droit constitutionnel : l'indépendance de la fonction parlementaire, la séparation des pouvoirs

Dans l'affaire « Fillon » on n'a pas seulement soulevé des questions de compétence et de droit pénal, mais aussi mis en cause des principes fondamentaux du droit constitutionnel.

On stigmatise¹³ l'enquête ouverte contre un député candidat à l'élection présidentielle, car en violation de l'indépendance de la fonction parlementaire, qui engloberait, selon les défenseurs de cette thèse, aussi le statut d'un assistant parlementaire, en excluant tout contrôle sur son activité et sur l'utilisation correcte des fonds mis à la disposition du parlementaire¹⁴. « Le contrat conclut par un député est un acte non détachable de ses fonctions »¹⁵.

Il s'agit d'une interprétation tout à fait fautive du principe cité et des règles de la constitution, notamment de son article 26.

Tout d'abord, il faut préciser que la reconnaissance d'un statut spécifique aux membres du parlement, comme au président de la République, est strictement finalisée, dans un État de droit, à l'accomplissement des fonctions, et elle trouve justement en cette finalité ses limites, empêchant

¹¹ Article 17, *Soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public* : « Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement, à la soustraction, au détournement ou à un autre usage illicite, par un agent public, à son profit ou au profit d'une autre personne ou entité, de tous biens, de tous fonds ou valeurs publics ou privés ou de toute autre chose de valeur qui lui ont été remis à raison de ses fonctions ».

¹² Article 19, *Abus de fonctions* : « Chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, au fait pour un agent public d'abuser de ses fonctions ou de son poste, c'est-à-dire d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité ».

¹³ L'accusation d'un « coup d'État institutionnel », « préalable à un "coup d'État permanent" », d'après les treize juristes ayant signé l'appel, est exprimée par des mots et des phrases d'une extrême virulence. Voici quelques exemples : le parquet national financier qualifié de « bras armé du pouvoir » ; « collusion » ; « acharnement » ; « machination » ; « tentative de déstabilisation... sans précédent » ; « jamais le pouvoir en place n'avait orchestré la campagne avec une pareille impudence » ; « ce sont tous les principes essentiels d'un État démocratique qui sont bafoués ».

¹⁴ Cf. P. Avril et J. Gicquel, « Collaborateurs parlementaires : respectons le droit », *Le Figaro*, 9 février 2017.

¹⁵ Cf. D. Chagnollaud, « Cette procédure piétine plusieurs principes constitutionnels », *Le Figaro magazine*, 3 mars 2017.

que ce statut se traduise dans un privilège en violation du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi.

D'après l'article 26 de la constitution un membre du parlement bénéficie de deux catégories d'immunités : l'irresponsabilité (alinéa 1^{er}) et l'inviolabilité (alinéa 2).

Selon l'alinéa 1^{er}, il « ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis... dans l'exercice de ses fonctions ». L'immunité prévue est absolue, contre toute action judiciaire, civile ou pénale, elle subsiste après la fin du mandat, et n'est pas passible de renonciation par le titulaire, s'agissant d'un moyen d'ordre public. Évidemment cette immunité n'exempte pas le parlementaire d'être soumis au régime disciplinaire fixé par le règlement de l'assemblée concernée.

L'inviolabilité au sens de l'alinéa 2 est, au contraire, limitée à la durée du mandat et non absolue.

Depuis la révision constitutionnelle du 4 août 1995¹⁶ l'inviolabilité ne protège plus le parlementaire contre l'engagement de poursuites pénales, mais seulement contre l'arrestation ou toute autre mesure privative ou restrictive de liberté, en conditionnant ces mesures, sauf crime ou délit flagrant ou condamnation définitive, à l'autorisation de l'assemblée concernée, et cela dans le seul but de ne pas entraver l'exercice du mandat parlementaire.

Comme il ressort de la lettre de l'article 26, alinéa premier, excluant tout doute d'interprétation pour sa clarté, l'« irresponsabilité » couvre un membre du parlement pour les « *opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions* », et non le collaborateur d'un parlementaire.

Par ailleurs, cela est confirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation, bien que relative aux collaborateurs du président de la République. Dans l'arrêt du 19 décembre 2012¹⁷ la Cour, chambre criminelle, affirme textuellement, en examinant le statut juridictionnel du chef de l'État aux termes de l'article 67 de la constitution :

- « la protection... du chef de l'État ne peut pas s'étendre à l'ensemble des actes et faits commis par les services et personnels de la Présidence de la République » ;

¹⁶ Cf. la loi constitutionnelle n° 95-880 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires.

¹⁷ Cf. Cour de cassation, chambre criminelle, 19 décembre 2012, 12-81.043.

- « en ce qu'il pose une exception aux principes à valeur constitutionnelle de responsabilité et d'égalité devant la loi, l'article 67 de la Constitution qui confère une immunité au Président de la République ne peut être mis en œuvre au bénéfice d'autres personnes » ;

- « aucune disposition constitutionnelle, légale ou conventionnelle ne prévoit l'immunité ou l'irresponsabilité pénale des membres du cabinet du Président de la République ».

On peut aussi citer l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, du 29 septembre 2010¹⁸ sur les emplois fictifs et la liberté d'expression. Par cette décision le juge rejette le pourvoi formé par un député contre l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar, ayant jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement par le député d'une femme, qui avait dénoncé au procureur de la République le caractère fictif de l'emploi de la fille du député dans la permanence parlementaire de son père.

La Cour précise tout d'abord que :

- « le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute » ;

- « la cour d'appel a constaté que la salariée avait informé le procureur de la République de ce que M. X... avait établi une attestation destinée à l'Assedic mentionnant inexactement qu'il employait sa fille, et relevé qu'il résultait des procès-verbaux d'enquête que celle-ci n'avait exercé aucune activité au profit de son père, que les sommes payées à titre de salaire pour cette prétendue activité, d'abord versées sur son compte bancaire, avaient été transférées sur celui de M. X... et que les bulletins de paie correspondants avaient été envoyés à une adresse à laquelle seul ce dernier pouvait accéder ; ... ayant ainsi fait ressortir que les faits dénoncés par la salariée n'étaient pas mensongers, elle a exactement décidé que, peu importe la décision de classement sans suite prise par le procureur de la République au motif que l'infraction était insuffisamment caractérisée, la salariée n'avait commis aucune faute en les lui révélant ».

Enfin la Cour réitère la faculté pleine, sauf abus, d'exercice par le salarié de sa liberté d'expression, « à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ».

¹⁸ Cf. Cour de cassation, chambre sociale, 29 septembre 2010, 09-41.543.

Il y a lieu de souligner que les fonds alloués au parlementaire, tirés du budget de l'assemblée, ne sont pas des fonds privés, mais ils sont bien des fonds publics, dont il est tout à fait légal d'en contrôler l'utilisation contre un éventuel détournement.

Le principe de la séparation des pouvoirs¹⁹, dont l'indépendance de la fonction parlementaire est l'une des expressions, a été aussi mis en cause.

Les avocats de Fillon ont dénoncé « une grave atteinte au... fondement même de [la] démocratie ». Ce principe – ont-ils ajouté – « a été constitué pour protéger les citoyens afin que leurs représentants, les législateurs, ne puissent pas être victimes de l'ingérence du juge ».

D'autres juristes sont allés jusqu'à affirmer que « l'on a donné aux juges le pouvoir de faire ou défaire une carrière politique, au mépris du principe de séparation des pouvoirs », en souhaitant que « le temps de la justice et celui de la politique cessent d'interférer l'un sur l'autre »²⁰.

Encore une fois, il y a une fausse interprétation d'un principe qui est à la base de l'État de droit, ou – ce qui est plus grave – on assiste à son instrumentalisation dans un but étranger à son véritable contenu.

Historiquement la séparation des pouvoirs a ses origines dans la *Magna Carta* anglaise de 1215²¹ et, notamment, dans la clause n° 61, dénommée « clause de garantie ». Cette Charte constitue en Angleterre une des premières tentatives²² de limiter les pouvoirs du roi et de garantir, par un collège de vingt-cinq barons du royaume, les libertés accordées contre tout abus. Elle contient trois règles essentielles pour le développement futur de l'État de droit : a) la

rule of law ; b) la séparation des pouvoirs par le biais du lien entre la levée des impôts et le parlement (pas de levée des impôts par le roi sans le consentement du parlement et sans signature par le roi, à partir de 1295, des *bills* du parlement) ; c) la garantie des libertés et droits de l'homme, dont nul ne peut être privé sans « un jugement légal de ses pairs » (clause 39).

¹⁹ Cf. sur le principe A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs – Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2006 ; Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2014 (1^{er} éd. 1973) ; Id., « La V^e République et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2006/1, n° 43, p.33.

²⁰ Cf. B. Mathieu et H. Bonnard, « Il faut séparer le temps de la campagne et le temps de la justice », *Le Figaro*, 1^{er} février 2017.

²¹ Signée par le roi Jean sans Terre pour mettre fin à la révolte de ses barons, lui imposant des mesures pour freiner l'arbitraire royal.

²² Venant après d'autres tentatives pour limiter les pouvoirs du roi et mettre un frein aux abus.

Les principes énoncés à la clause 38, interdisant les arrestations arbitraires, et à la clause 39 de la *Magna Carta* constitueront le noyau des règles sur la justice, proclamées par l'*Habeas Corpus Act* de 1679, un des piliers dans la lutte pour la garantie des libertés individuelles.

Ces précédents posent les jalons du moderne constitutionnalisme, alimenté par les théories politiques de deux grands penseurs : Locke²³ en Angleterre et Montesquieu²⁴ en France.

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 affirme solennellement le principe de la séparation des pouvoirs, jusqu'à déclarer que : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Montesquieu soutient que : « Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends entre particuliers »²⁵.

La séparation des pouvoirs implique, quand même, leur balance et contrôle réciproque. « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir », c'est la célèbre affirmation de Montesquieu²⁶.

Quel État de droit aurait-on si le judiciaire dût s'arrêter devant la politique, si des immunités fonctionnelles dussent se traduire en privilèges et impunité ?

4. Considérations conclusives

L'affaire « Fillon » est très instructive, car elle montre le risque auquel sont confrontées les démocraties contemporaines, par l'instrumentalisation de concepts, qu'on croyait acquis à l'État de droit, et par la confusion entre le domaine politique et le juridique, même par ceux qui devraient être les gardiens de la loi et de sa correcte interprétation.

²³ Cf. J. Locke, *Two treatises of Government*, London, Awnsham Churchill by Amen-Corner, 1690.

²⁴ Cf. Ch. Montesquieu de Secondat, *De l'esprit des lois*, Genève, Barillot et Fils, [1748].

²⁵ Cf. Montesquieu, *De l'esprit...* cité, livre XI, chapitre IV.

²⁶ *Ibid.*, livre XI, chapitre IV.

« Coup d'État institutionnel ». Il s'agit d'une accusation d'une extrême gravité, qui est reprochable et devrait susciter la réaction de l'opinion publique même si prononcée par les avocats de la personne poursuivie. Mais, qu'elle soit lancée par des professeurs de droit, c'est choquant.

« Précipitation » dans l'ouverture de la procédure. La loi n° 2017-242 portant réforme de la prescription en matière pénale et, en particulier, son article 4²⁷ ont aussi joué un rôle dans l'ouverture de l'information judiciaire, car - comme le Parquet national financier l'a souligné dans son communiqué du 24 février - il y avait le risque d'une prescription des infractions contestées.

Un dernier mot sur le « népotisme »²⁸. L'emploi des proches par les parlementaires dans leur permanence, et la rémunération par des fonds tirés du budget de l'assemblée et alloués pour l'exercice du mandat, est une pratique - semble-t-il - très répandue en France. Aucune loi ne l'interdit, c'est l'observation récurrente de ceux qui sont favorables. Mais il ne faut pas oublier que, dans un régime démocratique, on doit privilégier l'égal accès de tous les individus aux emplois sur la base de la compétence et du mérite, et non par l'« ascenseur familial ». De plus, il y a une éthique et une déontologie qui devraient primer en politique et induire à condamner une telle pratique. Si on ajoute que souvent les emplois sont fictifs, il devrait être une priorité d'adopter une règle, qui interdise une pratique blâmable dans un État de droit.

²⁷ Cf. *supra* note 2.

²⁸ Des papes aux élus de la République, il s'agit d'un phénomène enraciné dans la vie politique, qui a contaminé aussi l'Union européenne. Celle-ci, après le premier rapport du comité d'experts indépendants du 15 mars 1999 et le scandale amenant la commission à démissionner pour son incapacité à prévenir et sanctionner les déviances au sein de ses propres services, a réagi en créant, en 1999, l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF). En outre, depuis 2009, le parlement européen a interdit à ses membres d'embaucher des proches dans leur cabinet.