



HAL
open science

**Traduction et commentaire de la décision de la Cour
constitutionnelle italienne, n°24/2004 du 13 janvier
2004 : la censure en pointillé de la loi “sauve-Berlusconi
”.**

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Traduction et commentaire de la décision de la Cour constitutionnelle italienne, n°24/2004 du 13 janvier 2004 : la censure en pointillé de la loi “sauve-Berlusconi ”. Politeia [Les Cahiers de l’Association française des auditeurs de l’Académie internationale de droit constitutionnel], 2004. hal-01664985

HAL Id: hal-01664985

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01664985v1>

Submitted on 15 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Traduction et commentaire de la décision de la Cour constitutionnelle italienne, n°24/2004 du 13 janvier 2004 : la censure en pointillé de la loi «sauve-Berlusconi ».

Par Véronique Champeil-Desplats, Professeur de droit public à l'Université du Littoral

Cour constitutionnelle italienne, décision n° 24/2004 du 13 janvier 2004 (extrait).

« 1. Le tribunal de Milan soulève la question de la légitimité constitutionnelle de l'alinéa 2, lié à l'alinéa 1, de l'art. 1 de la loi n° 140 du 20 juin 2003 (dispositions de mise en œuvre de l'art. 68 de la constitution relatives aux procédures pénales engagées à l'encontre des titulaires des hautes charges de l'Etat), lequel, exceptés les actes mentionnés aux articles 90 et 96 de la Constitution, prévoit la suspension, à partir de l'entrée en vigueur de la ladite loi, des procédures pénales engagées à l'encontre des sujets de droit visés à l'alinéa 1 (Président de la République, Président du Sénat de la République, Président de la Chambre des députés, Président du Conseil des ministres, Président de la Cour constitutionnelle), à tout moment, étape ou degré, pour tous faits, y compris ceux commis antérieurement à l'accession à la charge ou à la fonction, jusqu'à la cessation de celles-ci.

Selon le juge de renvoi, la norme contestée, en établissant pour les procès sus-indiqués une suspension automatique, généralisée et pour une durée indéterminée, viole l'art. 3 de la Constitution, et surtout, l'art. 112 de la Constitution qui consacre le principe du caractère obligatoire de l'action pénale. En outre, elle attribue aux personnes qui occupent une des hautes charges sus-mentionnées de l'Etat, une prérogative non prévue par les art. 68, 90 et 96 de la Constitution qui se trouveraient donc illégitimement modifiés par la loi ordinaire, en violation de l'art. 138 de la Constitution (...). Enfin, elle viole les art. 24, 111 et 177 de la Constitution, en tant qu'elle ne permet pas l'exercice des droits de la défense de la partie accusée et de la partie civile, contrairement à ce qu'exige la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (...)

3. Pour répondre aux questions posées par l'ordonnance de renvoi, il convient, en premier lieu, de définir la nature, la fonction et la portée de la norme contestée. (...)

4. La norme contestée prévoit la suspension [du procès pénal] en cas de coïncidence entre les conditions d'accusé et de titulaire d'une des cinq plus hautes charges de l'Etat ; le bien que la mesure examinée veut protéger est l'assurance d'un serein accomplissement des éminentes fonctions inhérentes à ces charges.

Il s'agit d'un intérêt appréciable dont la protection peut être effectuée en harmonie avec les principes fondamentaux de l'Etat de droit, et constitue un moyen pour une meilleure réalisation de celui-ci.

La thèse selon laquelle le législateur, en considérant que l'intérêt public poursuivi par les activités liées aux hautes charges implique un empêchement légitime à comparaître, a voulu établir une présomption absolue d'empêchement légitime est une façon différente mais non contraire, de concevoir les présupposés et les buts de la norme. Sous cet aspect aussi, la mesure est directement liée à la protection de la fonction. (...)

6. (...) La mesure contestée crée un régime différencié au regard de l'exercice du recours juridictionnel, en particulier pénal.

La constatation d'une telle différenciation ne conduit pas en soi à l'affirmation de la contrariété de la norme avec l'art. 3 de la Constitution. Le principe d'égalité conduit en effet à ce que, si des situations égales exigent un traitement égal, des situations différentes peuvent impliquer des normes différentes. Dans cette seconde hypothèse, toutefois, le niveau que l'ordre juridique attribue aux valeurs au regard desquelles la diversité des situations peut être prise en considération revêt une importance décisive.

Dans le cas examiné, les valeurs au regard desquels le législateur a fait prévaloir l'exigence de protection de la sérénité de l'accomplissement des activités liées aux charges en cause sont fondamentales.

Le principe de l'égalité de traitement devant la justice, dont l'exercice, dans notre ordre juridique, à plusieurs points de vue, a le rang de principe constitutionnel est aux origines de la formation de l'Etat de droit.

L'automatisme généralisé de la suspension a des incidences, en les diminuant, sur les droits de la défense de l'accusé, qui se trouve devant l'alternative de continuer à accomplir sa haute charge sous le poids d'une accusation qui, par hypothèse, est susceptible de concerner des faits graves et particulièrement infamants, ou de se démettre de la charge occupée dans le but d'obtenir, par la continuation du procès, la vérité judiciaire qui peut lui être favorable, et renoncer ainsi à la jouissance d'un droit constitutionnellement garanti (art. 51 de la Constitution). Et il est à peine besoin de relever qu'en raison de l'intérêt général sous-tendu par les questions de légitimité constitutionnelle, la défense adoptée par l'accusé au cours du jugement est dépourvue d'effet.

Le droit de la partie civile se trouve aussi sacrifié puisque le transfert de l'action au civil est soumis à la suspension prévu à l'alinéa 3 de l'art. 75 du Code de procédure pénale.

7. Il est affirmé, pour soutenir la légitimité constitutionnelle de la loi, qu'aucun droit n'est définitivement sacrifié, qu'aucun principe constitutionnel n'est indéfiniment écarté.

La thèse ne peut être accueillie.

L'effectivité de l'exercice du recours juridictionnel n'est pas indifférente à la durée du procès. En outre, le principe de la durée raisonnable du procès a expressément été consacré dans la Constitution (art. 111, alinéa 2), cette Cour ayant estimé qu'une paralysie du procès pour un temps indéfini et indéterminable portait atteinte au droit au recours et de la défense (sentence n° 354 de 1996), et que la possibilité de réitérer des suspensions lésait l'exigence constitutionnelle de l'effectivité du procès (sentence n° 353 de 1996).

8. La Cour estime aussi que l'art. 3 de la Constitution a été violé par la norme contestée sous un autre aspect.

Celle-ci, en effet, soumet à un régime identique des charges différentes non seulement en raison de leur mode d'investiture, mais en raison de la nature de leur fonction et distingue, pour la première fois, vis-à-vis des principes fondamentaux de l'égalité devant la justice, les Présidents des Chambres, du Conseil des ministres et de la Cour constitutionnel par rapport

aux autres membres des organes qu'ils président. L'art. 205 du Code de procédure pénale qui régit un aspect secondaire de l'exercice du recours juridictionnel ou les cas dans lesquels les titulaires de cinq plus hautes fonctions de l'Etat peuvent être convoqués comme témoin ne peuvent être invoqués comme précédent et terme de comparaison.

Il n'est pas sans effet d'ajouter (...) qu'aucune précision n'est apportée au second alinéa de l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 9 février 1948, n° 1, qui a étendu à tous les juges de la Cour constitutionnelle la jouissance de l'immunité accordée au second alinéa de l'art. 68 de la Constitution aux membres des deux Chambres. Il en résulte que la norme contestée présente ainsi un caractère gravement et intrinsèquement injustifié.

La question préjudicielle est par conséquent fondée au regard des art. 3 et 24 de la Constitution ».

* * *

Imaginons qu'au moment fort des suspicions concernant certains faits que le Président de la République française, d'une part, et le Président du Conseil constitutionnel, d'autre part, auraient commis avant leur entrée en fonction, une loi ordinaire – justifiée par la sérénité qu'exige l'accomplissement de ces charges – interrompe toute mesure d'instruction sur les faits litigieux jusqu'à la fin de chacun de ces mandats. Imaginons encore que cette loi bénéficie également au Premier Ministre et aux Présidents des deux assemblées parlementaires. Imaginons enfin que cette loi, contestée pour violation du principe d'égalité, du droit au recours et des compétences du pouvoir constituant, soit soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, puis censurée, et qu'une des personnes concernées comparaissent devant les juges ordinaires.

Ce scénario imaginaire n'est pas sans en évoquer un autre, réel, celui-là. Voici une décision du Conseil constitutionnel français du 22 janvier 1999 dont il ressort que le Président de la République en exercice ne peut être jugé que par la Haute Cour de Justice pendant la durée de son mandat. Plus d'un an après, le 10 octobre 2001, la Cour de Cassation, ayant à se prononcer sur des faits que J. Chirac aurait commis avant son accès à la Présidence de la République conclut solennellement sur l'impossibilité de poursuivre le chef de l'Etat, pendant la durée de son mandat, pour les faits commis en dehors de l'exercice de ses fonctions. Enfin, depuis le rapport d'une commission de spécialistes¹, une révision constitutionnelle consacrant en substance la solution de la Cour de cassation est envisagée.

Dans l'un et l'autre cas, les mêmes principes sont mis à l'épreuve : égalité devant la justice, exigence de protection des fonctions. Pourtant, les données juridiques – et bien plus encore le contexte politique – sont pourtant très distincts. Dans le premier cas, il est question d'une loi ordinaire de circonstance votée en urgence par une majorité parlementaire désireuse de protéger son Président de la République et d'en élargir le profit aux quatre autres plus hautes fonctions de l'Etat. Dans le second cas, on se trouve, en période de cohabitation, face à une décision – certes controversée - d'un juge constitutionnel sur un traité international et d'un arrêt de la cour suprême de l'ordre judiciaire venant – quoi qu'on en pense sur le fond - clore un long débat juridique largement relayé par la presse sur la question précise du statut pénal du Président de la République. La révision constitutionnelle envisagée est un moyen de

¹ Rapport remis le 12 décembre 2002 au Président de la République par la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, *J.O.*, 13 décembre 2002, p. 20633

donner le dernier mot au pouvoir constituant souverain. Le parallèle entre le premier cas qui correspond à la situation juridique italienne récente (à la différence près qu'il s'agissait de protéger le Président du Conseil et non le Président de la République) et le second cas retraçant synthétiquement l'épopée de la question du statut pénal du chef de l'Etat français est révélateur des attraites et des écueils du droit comparé : la similitude apparente des principes et des problèmes en cause masquent parfois des différences sensibles de contextes politiques et juridiques nationaux qu'il faut se garder de négliger.

La décision que la Cour constitutionnelle italienne était appelée à rendre le 13 janvier 2004 sur la loi n° 140 du 20 juin 2003 portant mise en œuvre de l'art. 68 de la constitution relatives aux procédures pénales engagées à l'encontre des titulaires des hautes charges de l'Etat, s'avérait, à maints égards, délicate. La loi soumise à l'examen de la Cour avait été votée par le parlement en urgence le 18 juin 2003. Elle prévoyait en son art. 1 que les procédures pénales engagées contre le Président de la République, Président du Sénat de la République, Président de la Chambre des députés, Président du Conseil des ministres, Président de la Cour constitutionnelle, pour les faits commis en dehors de l'exercice de leurs fonctions, sont suspendues jusqu'à la cessation de celles-ci. La loi prenait le soin de préciser qu'elle vise les faits commis antérieurement à l'accession aux fonctions et que, dès son entrée en vigueur, elle s'appliquerait aux procédures en cours.

L'initiative d'une telle loi ne résulte évidemment en rien d'une volonté désintéressée de parfaire le texte de la constitution italienne, muet sur le sujet. Elle a très prosaïquement destinée à permettre au Président du Conseil en exercice, Silvio Berlusconi, d'échapper un temps – espéré le plus long possible par ses partisans - aux procédures judiciaires dans lesquelles son nom figure au dossier². La protection de la fonction est le moyen de protéger l'homme. En l'occurrence, étaient tout particulièrement en ligne de mire les poursuites dont Silvio Berlusconi faisait l'objet devant le Tribunal de Milan pour corruption de magistrats dans l'affaire du rachat manqué de la société agro-alimentaire SME. On comprend ainsi le surnom donné par l'opposition à la loi du 20 juin 2003, à savoir «loi sauve-Berlusconi ». Pour conférer un semblant de généralité et d'objectivité au procédé, le subterfuge a consisté à étendre le bénéfice de la suspension des poursuites aux quatre autres titulaires des fonctions de l'Etat les plus élevées. Mais, à la lecture de la solution retenue par la Cour constitutionnelle, là a sans doute résidé l'erreur de stratégie juridique.

La censure de la loi « Sauve-Berlusconi » prend place au sein de nombreux et complexes faces à faces entre la justice et le monde politique³ depuis début des années 90. L'emblème en reste la retentissante opération « mani pulite » qui est notamment à l'origine, avec des enjeux et des issues très différents, des procès Andreotti et Sofri. Les appréciations qui ont suivi la décision de la Cour reflètent particulièrement ce contexte. Comme cela est d'ailleurs fréquent lorsque les Cours constitutionnelles rendent des décisions dont les enjeux politiques sont forts, celle du 13 janvier 2004 a suscité des réactions contrastées. Stigmatisé comme « verdict politique » par les partisans de Silvio Berlusconi, pour les principaux représentants de la magistrature « l'arrêt de la Cour montre au contraire [que les juges] n'ont fait que leur devoir, ce que tout juge doit faire s'il a un soupçon d'inconstitutionnalité

² Pour un aperçu des démêlés de l'actuel Président du Conseil italien avec la justice voir AFP, « La saga judiciaire de Silvio Berlusconi », *Le Monde*, le 10 décembre 2004

³ En ce sens, G. Pecorella, député de Forza Italia, propos recueillis par S. Aloïse, *Le Monde*, 15 janvier 2004 : « cette loi sur l'immunité met en lumière une question de fond : celle des rapports entre la magistrature et la politique ». Pour une analyse plus générale des rapports entre la magistrature et le monde politique, voir la revue *Laboratoire italien*, n° 2, 2001, p. 72

concernant la loi qu'il est chargé d'appliquer »⁴. Ces derniers entendent inscrire cette décision dans un mouvement de retour à la primauté du « droit ». Ce droit se trouve - stratégiquement ou sincèrement - réifié, volontiers idéalisé, présenté comme mû par des principes ontologiques supérieurs. Par conséquent, en tant que tel, il n'est pas négociable et réputé échapper à l'arbitraire et à l'instrumentalisation politique. Si instrumentalisation il y a, elle serait davantage celle du droit par le juge *contre* le monde politique que celle du droit *par* ce dernier.

Juridiquement, la loi contestée devant la Cour constitutionnelle présente deux fragilités majeures. La première réside dans le fait qu'elle conférerait un régime pénal identique pour les faits commis en dehors de l'exercice des fonctions aux cinq plus importants « Présidents » d'organes constitués. Or, comment justifier cette identité circonscrite de traitement par rapport aux citoyens ordinaires mais également par rapport aux autres membres des organes constitués ? La seconde fragilité concerne la hiérarchie des normes : le législateur ordinaire peut-il ou non préciser le statut pénal des titulaires des cinq plus hautes fonctions de l'Etat ? N'usurpe-t-il pas les compétences du pouvoir constituant ?

C'est essentiellement autour de ces questions que s'engage le débat juridique sur la loi du 20 juin 2003 dont la Cour constitutionnelle a été saisie par renvoi préjudicielle du Tribunal de Milan. Si, de façon prévisible, la Cour déclare les dispositions litigieuses ainsi que celles qu'elle estime inséparables contraires à la constitution (I), sa motivation est en demi-teinte. La Cour a choisi la prudence, en se fondant sur des justifications minimales et nuancées, et en s'abstenant de se prononcer explicitement sur la question de la répartition des compétence entre le pouvoir législatif ordinaire et le pouvoir constituant. Par ses silences, la Cour laisse donc sans doute sans réponse autant de problèmes qu'elle n'en a résolu (II).

I. Une censure prévisible mais prudemment motivée

La censure de l'article 1 de la loi du 13 janvier 2004 était prévisible⁵. Elle s'inscrit tout particulièrement au regard du principe d'égalité, dans une jurisprudence établie dont il aurait été difficile de s'écarter dans un contexte politique délicat⁶. Par ailleurs, de nombreux constitutionnalistes avaient exprimé de sérieux doutes quant à la constitutionnalité de la loi⁷. Plusieurs arguments ainsi avancés – violation du principe d'égalité sous plusieurs formes, du droit d'ester en justice, des droits de la défense et des parties civiles, violation de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, violation des compétences du pouvoir constituant - ont d'ailleurs nourri l'ordonnance de renvoi du Tribunal de Milan et les moyens soulevés par les parties civiles.

En revanche, plus étonnante a pu paraître la *ratio decidendi* de l'arrêt. La surprise résulte moins de ce que la Cour évite de répondre aux arguments les plus polémiques et préfère une motivation technique, fondée sur la violation des droits des parties (1) et du principe d'égalité (2) que dans la prise en compte, en dépit de la censure, pour chacun de ces fondements, des intérêts contradictoires en jeu. Ceci ne ferme donc pas toute perspective

⁴ J.-J. Bozonnet, « Les juges italiens privent Silvio Berlusconi de son immunité », *Le Monde*, 15 janvier 2004

⁵ A. Pugiotto, « Sull'immunità delle 'alte cariche', una sentenza di 'mezzi silenzi' », *Diritto & Giustizia*, 2004, n°5, également accessible sur www.forumcostituzionale.it/giurisprudenza/ap242004.htm.

⁶ S. Curreri, « Prime riflessioni sulla sentenza 20 gennaio 2004, n° 24 della Corte costituzionale », www.forumcostituzionale.it/giurisprudenza/sc242004.htm

⁷ Pour un aperçu significatif de ces débats, voir le dossier « Immunità e Stato costituzionale – Invito alla discussione di A. Barbera », www.forumcostituzionale.it/contributi/immunita.htm.

quant à la justification possible d'un statut pénal dérogatoire pour les faits commis en dehors de l'exercice de leur fonction par les cinq plus hauts responsables de l'Etat italien.

1. La méconnaissance des droits respectifs des parties

La censure des dispositions législatives contestées trouve une première justification dans la méconnaissance des droits respectifs des parties civiles et de la défense. La Cour s'appuie sur l'art. 24 de la Constitution. Elle ne dit toutefois mot d'une éventuelle incompatibilité avec l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, moyen pourtant soulevé par le Tribunal de Milan dans son ordonnance de son renvoi.

Pour la Cour, les droits des parties civiles ont été méconnus car la suspension des poursuites porte atteinte à leur droit d'ester en justice. Elle soumet tout particulièrement les parties civiles au risque de se voir opposer la prescription des faits. En Italie, cette prescription peut effectivement intervenir en cours de procédure. C'est d'ailleurs ce qui arrivera en l'occurrence et alors même que la loi censurée n'a pu produire tous ses effets⁸

Concernant la violation des droits de la défense, la Cour met en avant la particularité des personnes visées par la loi. La Cour s'arrête sur deux ordres de considération.

Tout d'abord, la Cour reconnaît la singularité des fonctions que la loi veut protéger et donc la légitimité, en soi, de l'objectif poursuivi. « L'assurance d'un serein accomplissement des éminentes fonctions inhérentes à ces charges » constitue, selon la Cour, « un intérêt appréciable »⁹. Même si, comme en la circonstance, cet intérêt peut être mis en échec par des intérêts estimés prévalant, il n'est pas un élément indifférent concernant l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions contestées. La Cour admet ainsi que le jugement des faits commis en dehors de l'exercice de leur fonction par les titulaires des cinq plus hauts responsables de l'Etat, déborde la sphère de seuls intérêts privés. Il a des répercussions sur l'exercice même des fonctions concernées et donc sur des intérêts publics et généraux.

Ensuite, la Cour fait état du dilemme des titulaires en exercice des hautes fonctions de l'Etat exposé à l'éventualité du procès pénal. Si ceux-ci continuent d'exercer leur mandat sous le poids d'une accusation, cela est susceptible de fragiliser l'accomplissement de leur mission ou, si les poursuites sont suspendues, de maintenir un climat de suspicion sur la commission de faits souvent graves. Si, au contraire, ils démissionnent pour permettre à la justice de se prononcer, ils renoncent ainsi, peut-être indûment, à l'exercice d'une charge obtenue grâce à l'assentiment direct ou indirect des citoyens, et à un des droits fondamentaux de la personne qu'est la présomption d'innocence. Ceci n'est pas sans faire écho, en France, à la « doctrine Balladur-Bérégozovoy » selon laquelle lesdits Premiers Ministres ont exigé que les membres de leurs gouvernements démissionnent lorsqu'ils sont mis en examen pour des faits extérieurs à l'exercice de leur fonction.

Cette prise en considération de la nécessaire protection de l'exercice des fonctions des plus hauts responsables de l'Etat incite à penser qu'une loi future, qui instaurerait un statut

⁸ *Infra*

⁹ La Cour de cassation française, s'agissant du Président de la République, sans le formuler aussi distinctement n'avait pas été indifférente à un tel ordre de considération. La décision de suspendre les procédures pénales en cours pour les faits commis à l'extérieur de l'exercice des fonctions avait en effet été précédée du rappel que le Président de la République était « élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat », Cass. , 10 octobre 2001, *Breisacher*.

pénal dérogatoire plus respectueux des différents intérêts en cause, pourrait être approuvée par la Cour. En l'occurrence, ce n'était pas le cas.

2. Des assimilations et des distinctions injustifiées.

Le principe constitutionnel de l'égalité de traitement devant la justice, rappelle solennellement la Cour sur le fondement de l'art. 3 de la Constitution italienne, se trouve « aux origines de la formation de l'Etat de droit ». Il n'interdit pas toute différenciation de traitement. A l'instar de l'interprétation donnée au principe d'égalité dans de nombreux Etats, la Cour constitutionnelle italienne estime que « si des situations égales exigent un traitement égal, des situations différentes peuvent impliquer des normes différentes ». Elle ajoute toutefois que dans cette seconde hypothèse, « le niveau que l'ordre juridique attribue aux valeurs au regard desquelles la diversité des situations peut être prise en considération revêt une importance décisive ». Autrement dit, la Cour n'admet de distinctions qu'au regard de certaines justifications. Elle reproche alors à la loi du 20 juin 2003 d'avoir méconnu ces justifications « légitimes ou admissibles », en distinguant là où elle n'aurait pas dû le faire et en ne distinguant pas là où elle aurait dû le faire¹⁰. La Cour estime que loi « soumet à un régime identique des charges différentes non seulement en raison de leur mode d'investiture, mais en raison de la nature de leur fonction et distingue, pour la première fois, vis-à-vis de l'égalité devant les principes fondamentaux relatifs aux droits juridictionnels, les Présidents des Chambres, du Conseil des ministres et de la Cour constitutionnel par rapport aux autres membres des organes qu'ils président ».

La violation du principe d'égalité pour différence de traitement injustifié devant la justice aurait pu avoir pour fondement la rupture d'égalité entre les cinq titulaires des hautes charges de l'Etat et les citoyens ordinaires¹¹. La Cour ne s'est pas engagée dans cette perspective. Elle a préféré se situer sur le terrain plus restreint de l'égalité des titulaires de fonctions d'organes institués par la constitution. Cette attitude n'est pas dénuée de sens. Elle s'inscrit dans la logique de la reconnaissance qu'avait préalablement effectuée la Cour de l'intérêt « appréciable » qu'il peut y avoir à protéger l'exercice de certaines fonctions de l'Etat. En d'autres termes, la Cour admet que les titulaires des hautes fonctions de l'Etat ne sont pas des citoyens ordinaires, et qu'il n'est donc pas pertinent de comparer l'incomparable pour établir une rupture d'égalité.

On peut certes trouver contestable une telle conception de la distinction ainsi admise entre les citoyens ordinaires et les hauts titulaires de fonctions étatiques devant la justice pénale. Toutefois, à partir du moment où une différence est présumée, elle ne peut conduire à censurer une loi pour violation du principe d'égalité en raison d'une différenciation injustifiée de traitement. Cet argument ne peut être retenu qu'en changeant de point de référence. Il ne s'agit plus de considérer la différence de traitement entre les citoyens ordinaires et les titulaires des hautes fonctions de l'Etat mais, de confronter le statut pénal de ces derniers – pour les faits commis en dehors de l'exercice de leurs fonctions - aux autres titulaires d'autres fonctions d'organes institués par la constitution. La question devient alors de savoir si parmi ces potentiels bénéficiaires d'un statut pénal protecteur, il est possible de justifier constitutionnellement une différenciation de traitement, c'est-à-dire d'en protéger certains plus que d'autres.

¹⁰ Voir A. Pugiotto, op. cit.

¹¹ Voir S. Merlini, « Le esternzioni di Berlusconi e le immunità », www.forumcostituzionale.it/contributi/immunita.htm, p. 7

Pour la Cour constitutionnelle italienne, la réponse est négative. Les conséquences de cette réponse, en l'absence de quelconque réserve d'interprétation, ne sont pas aisées à cerner s'agissant du Président de la République. A tout le moins, on en revient à la solution qui prévalait antérieurement, à savoir celle du silence de la Constitution. Ceci laisse donc place à toutes interprétations possibles sur la soumission - ou non - du Chef de l'Etat au droit commun. Les conséquences de la solution retenue par la Cour sont en revanche plus faciles à appréhender concernant les chefs d'organes collégiaux. Face au procès, le Président du Conseil doit être traité comme les autres ministres, le Président de la Cour constitutionnel comme les autres juges, et les Présidents des assemblées comme les autres députés et sénateurs. En condamnant cette différenciation injustifiée, la Cour consacre une solution qui prévaut largement en droit comparé. Très rares - s'il en existe - sont les présidents d'institutions étatiques collégiales, qu'elles soient parlementaires, exécutives ou juridictionnelles, qui bénéficient d'un statut pénal privilégié par rapport à leurs collègues pour les faits commis en dehors de l'exercice des fonctions.

Si la loi déferée distingue là où il n'y avait pas lieu de distinguer, il lui est également reproché par la Cour de ne pas avoir distingué là où elle aurait dû le faire. La loi traite en effet « en bloc » le statut pénal des faits commis en dehors de l'exercice des fonctions par les titulaires des cinq plus hautes fonctions de l'Etat. Or, ces fonctions impliquent des responsabilités dissemblables qui, selon la Cour, appellent donc des solutions différenciées quant au statut pénal de leur titulaire. C'est d'ailleurs ce qui prévalait jusqu'alors en droit italien et perdurera donc depuis la censure de la loi. Pour les faits commis en dehors de l'exercice des fonctions, la poursuite pénale des parlementaires et des juges à la cour constitutionnelle dépend d'une levée d'immunité par les instances collégiales concernées (respectivement art. 68 al. 2 de la constitution et loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948), tandis que les ministres ne bénéficient d'aucune protection particulière. Ils sont donc soumis au droit commun. Le statut du Président de la République demeure en la matière incertain.

Cette distinction par fonction rejoint le droit des autres Etats de l'Union européenne. Le statut pénal des titulaires des plus hautes fonctions de l'Etat n'est pas fixé globalement, mais fonction par fonction. Ainsi, il est faux d'affirmer en toute généralité, comme l'ont fait certains partisans de Silvio Berlusconi, que la loi contestée s'inspirait d'exemples « en vigueur dans presque tous les pays d'Europe »¹² ou que « l'Italie redevient un cas unique en Europe, où l'exercice d'une haute responsabilité institutionnelle peut être interrompu sur une décision d'un magistrat »¹³. Dans la plupart des Etats au contraire, le statut pénal des faits commis en dehors de l'exercice des fonctions obéit à des règles différenciées selon les fonctions considérées. Pour un nombre non négligeable de celles-ci, la poursuite des mesures d'instructions et le prononcé de jugement ne sont pas exclus pendant l'exercice du mandat, même s'ils interviennent parfois aux termes de procédures dérogatoires au droit commun. Ainsi, en règle générale, les parlementaires ne peuvent être poursuivis qu'après levée de l'immunité. Les chefs de l'Etat républicains bénéficient d'une suspension des poursuites jusqu'à la fin du mandat¹⁴ ou ne peuvent être poursuivis qu'après autorisation parlementaire¹⁵, tandis que les monarques bénéficient d'une immunité absolue. Enfin, les ministres et les chefs de gouvernement sont, pour les faits commis en dehors de l'exercice de leurs fonctions,

¹² Selon les propos de S. Bondi recueillis dans, J.-J. Bozonnet, « Les juges italiens privent Silvio Berlusconi de son immunité », *Le Monde*, 15 janvier 2004.

¹³ G. Pecorella, op. cit., *Le Monde*, 15 janvier 2004

¹⁴ Voir par exemple, l'art. 49 al. 1 de la Constitution grecque, l'art. 133 al. 4 de la Constitution portugaise, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 2001 en France.

¹⁵ Voir l'art. 63 de la Constitution autrichienne ou l'art. 60 de la Constitution allemande.

soumis le plus fréquemment au droit commun, à l'exception de la Belgique où les poursuites ne peuvent être engagées qu'après autorisation du Parlement. On rappellera qu'en France, depuis le début des années 1990, les ministres se sont même infligés un sort bien plus sévère que celui des ministres italiens et de leur Président du Conseil puisque l'habitude a été prise de démissionner dès qu'ils sont mis en cause dans une procédure pénale pour des faits extérieurs à l'exercice de leur fonction. De façon similaire, mais certes après quelques mois de flottement sur l'attitude définitive à adopter, l'ex-Président du Conseil constitutionnel Roland Dumas s'est finalement résolu, le 1^{er} mars 2000, à présenter sa démission à la suite de sa mise en examen dans l'affaire Elf.

II. Une censure aux conséquences contrastées

Les conséquences de la décision de la Cour constitutionnelle italienne sont pour les unes immédiates (1), pour d'autres beaucoup plus incertaines (2).

1. Une certitude : la reprise du procès

L'implication immédiate de la censure de la loi est la reprise du procès dans lequel comparait Silvio Berlusconi. En dépit des très sévères réquisitions du Procureur – peine maximale de huit ans d'emprisonnement et interdiction à vie d'exercer une charge publique –, le Tribunal de Milan a, dans un jugement du 10 décembre 2004, relaxé le chef de gouvernement italien. Les faits reprochés qui dataient de 1985 concernant le rachat manqué de la société agro-alimentaire SME et de 1991 pour l'accusation de corruption de magistrat qui aurait fait suite ont été jugés prescrit par le Tribunal de Milan. Silvio Berlusconi a bénéficié de la reconnaissance de circonstances atténuantes permettant un raccourcissement des délais de prescription¹⁶.

Dans l'attente du procès, un débat s'était engagé sur l'éventualité d'une démission du chef de gouvernement en cas de condamnation. La constitution est en effet muette sur ce point. Très classiquement, l'opposition demandait la démission en soutenant son caractère souhaitable, pour les uns, ou obligatoire, pour d'autres, au regard du bon fonctionnement des institutions. L'intéressé avait déclaré qu'il ne démissionnerait pas en cas d'accusation car rien ne l'y obligeait¹⁷.

2. Une incertitude : l'intervention législative

Avant que la Cour ne rende sa décision, la question de la compétence du législateur ordinaire pour fixer le sort des poursuites pénales à l'encontre des faits commis en dehors de l'exercice de leurs fonctions par les cinq hauts responsables de l'Etat avait été, avec la question de l'égalité devant la justice, au centre des débats¹⁸. Beaucoup soutenaient que seul le pouvoir constituant est compétent pour remédier au silence du texte initial de la constitution sur la question. Matériellement constitutionnelle, la question doit l'être aussi formellement, *a*

¹⁶ Voir J.-J. Bozonnet, « 'Il Cavaliere' retourne, serein, devant la justice », *Le Monde*, 15 janvier 2004 ; A.F.P., « Italie, Silvio Berlusconi relaxé dans son procès pour corruption », *Le Monde*, 10 décembre 2004

¹⁷ A.F.P., « Verdict attendu dans le procès pour corruption de magistrats de Silvio Berlusconi, qui risque huit ans de prison », *Le Monde*, 9 décembre 2004

¹⁸ Argument central des intervenants au débat, « Immunità e Stato costituzionale – Invito alla discussione di A. Barbera », *op. cit.*

fortiori lorsqu'il s'agit d'apporter des exceptions à des principes constitutionnels aussi importants que l'égalité ou le droit des parties devant la justice. La loi « sauve-Berlusconi » violerait alors la hiérarchie des normes promptement protégée par la Cour¹⁹. D'autres, au contraire, ont fait valoir que rien n'interdit au législateur ordinaire d'apporter des précisions complémentaires sur telle ou telle disposition de la Constitution, ne serait-ce que pour gagner du temps, ou parce qu'il s'agit de fixer le sort de faits extérieurs à l'exercice des fonctions constitutionnelles. La Cour n'apporte pas de réponse explicite sur ce débat. Elle laisse donc ouvertes plusieurs interprétations²⁰.

La première est qu'en censurant « sèchement » la loi, alors qu'elle aurait pu procéder comme elle en a l'habitude à une déclaration sous réserve d'interprétation, la Cour condamne toute intervention législative ordinaire. Seul le constituant pourrait alors intervenir. Le raisonnement est ici amplifiant puisqu'il consiste à généraliser l'appréciation portée sur une loi à toutes les lois portant sur la matière.

Selon une deuxième interprétation, le respect du principe d'égalité et des droits des parties s'impose au pouvoir constituant lui-même. Cette solution découlerait de la référence faite par la Cour « aux origines de la formation de l'Etat de droit », dans lesquelles le principe de l'égalité de traitement devant la justice se trouve situé. Une révision constitutionnelle ne pourrait alors s'affranchir du respect de ce principe qui accèderait alors au rang de la « supra-constitutionnalité ».

Enfin, pour certains, la solution retenue par la Cour n'interdit pas toute intervention législative ordinaire. Elle ne s'oppose qu'à celles qui n'effectuent pas une conciliation suffisante des principes constitutionnels. En effet, la Cour a reconnu la légitimité de la protection d'un « serein accomplissement des éminentes fonctions inhérentes » aux cinq plus hautes fonctions de l'Etat lorsqu'elle s'allie « en harmonie avec les principes fondamentaux de l'Etat de droit ». Une loi ordinaire opérant une telle conciliation ne serait donc pas forcément censurée. Par ailleurs, la Cour a admis contre la loi contestée l'initiative de référendums abrogatifs (n°25/2004), ce qui devenait inutile pour celle-ci mais donc envisageable pour d'autres intervenant sur la même matière.

Plusieurs mesures législatives peuvent alors être envisagées à partir du moment où elles atténuent le caractère discriminatoire, automatique, général, à durée indéterminée des dispositions censurées par la Cour²¹. Ces mesures peuvent s'échelonner du renoncement à toute suspension des procès à la généralisation de celle-ci à tous les membres des organes constitutionnels dont seul le Président avait été protégé par la loi « sauve-Berlusconi ». Entre ces deux extrêmes, il reste une place pour la suspension du procès en raison d'un intérêt public appréciable, des mécanismes de suspension différenciés selon les autorités visées (pour le seul Président de la République par exemple), ou l'application de la seule procédure civile.

* * *

Epilogue... Le 16 décembre 2004, c'est-à-dire moins d'une semaine après le procès qui acquittait Silvio Berlusconi, le parlement vote une loi sur la réduction de la prescription pour certains faits de corruption. La loi devrait bénéficier à Cesare Pevreti, condamné en première

¹⁹ Sentence n° 1146/1988.

²⁰ Pour un exposé de ces interprétations, voir A. Pugiotto, *op.cit.* et S. Curreri, *op. cit.*

²¹ Voir A. Pugiotto, *op.cit.*

instance, dans l'affaire pour laquelle Silvio Berlusconi vient de bénéficier d'une relaxé pour prescription²²

Il est alors difficile de résister à la tentation d'inscrire ce nouvel épisode des rapports entre la justice et la classe politique italienne dans l'analyse qu' A. Pizzorusso en livrait, il y a quelques temps : « Mais plus grave encore est l'activité qui s'est développée à l'extérieur des procès pour les influencer. Cet objectif est manifestement celui poursuivi par le parti politique de Silvio Berlusconi et par ses alliés et amis politiques. Par des lois, des mesures de nature diverse et même par des réformes constitutionnelles, cette pression tend à retarder des procès ou au contraire à encourager des solutions favorables aux accusés (mais pas nécessairement favorables à la recherche de la vérité). La pression est telle que l'on peut affirmer que les acquittements s'obtiennent plus facilement au Parlement que dans les salles des tribunaux (et cela sans recourir à des moyens impopulaires tels que les amnisties »²³.

²² Voir J.-J. Bozonnet, « La majorité Berlusconi modifie la prescription pour corruption », *Le Monde*, 10 décembre 2004

²³ A. Pizzorusso, « Les rapports entre politique et justice en Italie de l'après-guerre à nos jours », *Laboratoire italien*, n° 2, 2001, p. 66